

WYROK

z dnia 19 grudnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: M.K.

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2023r. przez wykonawcę **FCC Tarnobrzeg Sp. z o. o. z siedzibą w Tarnobrzegu** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Tarnobrzeg**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala,
3. kosztami postępowania obciąża w ½ Odwołującego oraz w ½ Zamawiającego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3750 zł (trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych).
 - 4.3. znosi wzajemnie pomiędzy Zamawiającym i Odwołującym koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodnicząca:.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Miasto Tarnobrzeg reprezentowane przez Prezydenta Miasta Tarnobrzega prowadziło na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Utworzenie i prowadzenie Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2023/BZP 00435988/01 z dnia 10 października 2023 r.

W dniu 29 listopada 2023 r. wykonawca - FCC TARNOBRZEG sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
1) art. 522 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez zaniechanie wykonania żądania, wniosku zawartego w uwzględnionym w całości przez Zamawiającego w dniu 8.11.2023 r. odwołaniu w sprawie KIO 3275/23, tj. kontynuowania czynności badania i oceny ofert i czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej po dokonaniu czynności unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania. Zamawiający w piśmie procesowym skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wyraził oświadczył, że uwzględnia odwołanie w całości i wnosi o umorzenie postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, co jednocześnie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
ewentualnie:

2) naruszenie art. 255 ust. 6 w zw. z art. 457 ust. 1, 5 Pzp oraz art. 260 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez niezasadne unieważnienie Postępowania przez Zamawiającego oraz zaniechanie wykazania w uzasadnieniu faktycznym i prawnym spełnienia wszystkich przesłanek uprawniających Zamawiającego do unieważnienia Postępowania w trybie art. 255 pkt 6 Pzp, w szczególności braku istnienia wpływu wady na wynik postępowania oraz braku możliwości ustalenia, że zawarcie umowy o wykonania zamówienia publicznego w tym przypadku jest obiektywnie niemożliwe, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, przejrzystości postępowania i pisemności postępowania przetargowego.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. wykonanie żądania określonego w odwołaniu, które zainicjowało sprawę o sygn. akt KIO 3275/23 tj.: unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania oraz kontynuowania czynności badania i oceny ofert i czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania;
3. kontynuowania czynności badania i oceny ofert i czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 27 października 2023 r. na stronie internetowej, gdzie opublikowane zostały dokumenty Postępowania, opublikował informację o pierwszym unieważnieniu Postępowania. Unieważnienie Postępowania w tym przypadku dokonane zostało przez Zamawiającego z naruszeniem przepisów Pzp, co sam Zamawiający przyznał w treści oświadczenia z dnia 8.11.2023 r., w którym uznał w całości za zasadne odwołanie wniesione przez Odwołującego w sprawie KIO 3275/23, gdzie Zamawiający także wniósł o umorzenie postępowania przed KIO na skutek uwzględnienia odwołania w całości.

Odwołujący wyjaśnił, że w odwołaniu rozpoznawanym w toku sprawy o sygn. akt KIO 3275/23 zawarł następujące żądanie, wnioski:

- 1) „unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania;
- 2) kontynuowania czynności badania i oceny ofert i czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej;”

Według Odwołującego, Zamawiający nie wykonał wyżej wskazanego żądania, ponieważ nie kontynuował czynności badania i oceny ofert i czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, czym w ocenie Odwołującego wprost naruszył przepis art. 522 ust. 1 Pzp. Brak wykonania żądania z uwzględnionego odwołania wynika z faktu jakim jest to, że Zamawiający w dniu 24.11.2023 r. na stronie internetowej, gdzie opublikowane zostały dokumenty Postępowania, opublikował informację o kolejnym unieważnieniu Postępowania.

Mając na uwadze powyższe oczywiste jest, według Odwołującego, naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 522 ust. 1 Pzp.

Uzasadniając zarzut drugi odwołania, Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 24.11.2023 r. poinformował o ponownym unieważnieniu Postępowania. Jedyną różnicą pomiędzy pierwszym a drugim unieważnieniem jest taka, że Zamawiający podał przy ponownym unieważnieniu jakie powody uważa za takie okoliczności, które uzasadniają unieważnienie postępowania. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nieprawidłowo zastosował przepis art. 255 pkt 6 Pzp i w sposób nieuprawniony dokonał ponownie unieważnienia Postępowania. Powyższe wynika z tego, że jeżeli przyczyny wskazane w treści informacji o unieważnieniu Postępowania z dnia 24 listopada 2023 r. legły u podstaw tej decyzji Zamawiającego, to nie zaistniały przesłanki z art. 255 pkt 6 Pzp, a zawarta w wyniku rozstrzygnięcia tego Postępowania umowa nie mogłaby podlegać unieważnieniu. Odwołujący podkreślił, że w Postępowaniu wziął udział tylko jeden wykonawca i w dodatku jest to ten sam wykonawca, który realizuje usługę w ramach zawartej z Zamawiającym Umowy z dnia 30.12.2021 r. na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z terenu Miasta Tarnobrzeg, zatem wykonawca, który doskonale zna przedmiot zamówienia i nawet jeżeli doszło do omyłki, to jej charakter ma dla tego wykonawcy oczywisty charakter. W konsekwencji nawet, jeżeli doszło do omyłki, to nie ma najmniejszego wpływu na krąg wykonawców. Według Odwołującego stwierdzona przez Zamawiającego wada postępowania, prowadząca do unieważnienia Postępowania, nie tylko musi być niemożliwa do usunięcia, lecz także musi wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechania jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik. Tymczasem w przedmiotowym Postępowaniu, omyłka Zamawiającego nie ma i nie mogła mieć wpływu na wynik Postępowania (krąg wykonawców), ponieważ nie ograniczała konkurencji i nie tworzyła podwójnych standardów dla wykonawców, a także Zamawiający nie podał jaki przepis Pzp został przez niego naruszony.

Odwołujący podkreślił, że nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp na etapie przed składaniem ofert i dlatego nie mogły wystąpić konsekwencje w postaci takich, które miały lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp może zatem mieć miejsce jedynie w wyjątkowych sytuacjach. Katalog przesłanek z art. 255 pkt 6 Pzp jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco, co oznacza, że z żadnej innej przyczyny lub bez podania przyczyn Zamawiający nie może unieważnić postępowania (zob. wyrok SO w Warszawie z 30.08.2010r., IV Ca 831/10, ZPO 2011/8, poz. 125). Tym samym Zamawiający nie może kreować podstaw do unieważnienia postępowania – tak jak w przedmiotowym wypadku, na etapie po otwarciu ofert.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie podał w uzasadnieniu jaki przepis Pzp naruszył i jaki to ma skutek na wynik postępowania. Zamawiający wskazuje w uzasadnieniu do ponownego unieważnienia postępowania na przepisy ustawy o dyscyplinie finansów publicznych – jednak w ocenie Odwołującego nie można z ewentualnego, a nawet nieistniejącego naruszenia przepisów ustawy o finansach publicznych, które to naruszenie nie stanowi jednocześnie naruszenia Pzp – czynić podstawy do unieważnienia postępowania przetargowego w trybie art. 255 ust. 6 Pzp i wywodzić dalsze skutki w postaci konieczności unieważnienia umowy w trybie art. 457 Pzp. Co znamienne – cena jedynej oferty złożonej w postępowaniu nie przekracza kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na jego sfinansowanie – zatem nie można tu powiedzieć, że Zamawiający w przypadku zawarcia umowy z Odwołującym zapłaci

„dwa razy za tę samą czynność”. Wada postępowania, która może być przyczyną jego unieważnienia, musi mieć charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, że umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady podlegała unieważnieniu. Taka konstrukcja przepisu odsyła wyraźnie do art. 457 ust. 1 i 5 Pzp, w których wymienione są wszystkie przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważnienia umowy. Wystąpienie innych wad w postępowaniu nie może być powodem jego unieważnienia na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp, dlatego nie jest tak, jak napisał Zamawiający w dniu 24.11.2023 r., że katalog ten ma charakter otwarty. Warunkiem skutecznego zastosowania art. 255 pkt 6 Pzp jest bowiem wykazanie jego powiązania z co najmniej jedną z przesłanek unieważnienia umowy wymienionych w art. 457 Pzp, tymczasem Zamawiający nie wykazał takiego powiązania z konkretnie wskazaną przesłanką z art. 457 Pzp.

W ocenie Odwołującego Zamawiający podejmuje próbę bezzasadnego uchylecia się od zawarcia umowy, którego następstwem jest unieważnienie postępowania o zamówienie. Udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia

ma swoje normatywne i faktyczne podstawy, spoczywa zawsze na Zamawiającym. Tymczasem Zamawiający nie tylko nie udowodnił, ale nawet nie uprawdopodobnił, że zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania w tym konkretnym przypadku. Możliwość unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp nie służy konwalidowaniu wszelkich błędów i niedopatrzeń zamawiającego w postępowaniu (zob. wyrok KIO z 12.08.2021 r., KIO 2309/21). Zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia bez jego rozstrzygnięcia, poprzez czynność unieważnienia, ma charakter wyjątkowy i dopuszczalne jest wyłącznie w przypadku łącznego spełnienia wszystkich przesłanek, zgodnie z ich ścisłą interpretacją. Nie może być to czynność podejmowana przez Zamawiającego dowolnie czy też w przypadku każdej wady postępowania.

Zamawiający ma obowiązek wykazania, że zachodzą podstawy do ewentualnego unieważnienia umowy określone w art. 457 Pzp lub określone w kodeksie cywilne skutkujące unieważnieniem umowy. W szczególności dotyczy to oświadczeń woli złożonych pod wpływem błędu, podstęp lub groźby bezprawnej, art. 388 kodeksu cywilnego stanowiącego, że strona umowy pokrzywdzona wyzyskiem drugiej strony może w ciągu dwóch lat żądać unieważnienia umowy przez sąd, jeśli przywrócenie ekwiwalentności świadczeń jest nadmiernie utrudnione czy art. 70 kodeksu cywilnego.

Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu przedstawionym przez Zamawiającego brak jest jakiegokolwiek analizy związku pomiędzy omyłką a ryzykiem unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Argumentacja Zamawiającego sprowadza się do jednozdaniowej konstatacji, bez analizy ryzyka unieważnienia umowy, ze wskazaniem tylko na to na czym konkretnie omyłka polega i nadal bez wskazania jaki ma ona realny wpływ na postępowanie.

Uwzględniając charakter wskazanej przez Zamawiającego „wady” oraz wszystkie okoliczności sprawy, Odwołujący stwierdził, że udzielenie odpowiedzi na pytanie nr 3 nie ma wpływu na wynik postępowania, a tym bardziej - nie doprowadzi do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu z jakichkolwiek przyczyn. Ze względu na przedmiot postępowania, rynek wykonawców zainteresowanych i zdolnych do skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz jego realizacji, ograniczony jest do profesjonalistów, posiadających m.in. wymagane doświadczenie i potencjał osobowy i techniczny do świadczenia usług objętych postępowaniem. Żaden z tych wykonawców nie zgłaszał jakichkolwiek pytań, wątpliwości czy zastrzeżeń do pojawiających się w odpowiedzi na pytania. Dla wszystkich uczestników postępowania było bowiem oczywiste i ewidentne, że w ramach przedmiotu zamówienia w zasadzie na skutek odpowiedzi na pyt. nr 3 niewiele się zmieniło. Ze względu na przedmiot zamówienia, którym jest Utworzenie i prowadzenie Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych oczywistym, że należało uwzględnić w ramach OPZ to co wskazał w odpowiedziach na pytania Zamawiający. Inne rozumienie obowiązków wykonawcy byłoby nielogiczne, jak również nie mogło budzić wątpliwości, że właśnie tak określone są obowiązki Wykonawcy w tym Postępowaniu.

W ocenie Odwołującego wskazywana przez Zamawiającego „wada” postępowania to jak sam napisał Zamawiający co najwyżej „oczywista omyłka” w jego mniemaniu. Wbrew zatem twierdzeniom Zamawiającego, wskazywana przez niego „wada” nie ma charakteru nieusuwalnego, gdyż omyłkę w treści odpowiedzi na pyt. nr 3 trudno nawet uznać za omyłkę

ze względu na jej nieistotność oraz wyraźny kontekst tego Postępowania. Jeżeli jakakolwiek omyłka powstała to wykonawcy mogą usunąć (i de facto usunęli) samodzielnie stosując wykładnię przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z ewidentną intencją Zamawiającego, ich profesjonalizmem oraz przepisami ustawy.

Zdaniem Odwołującego już na pierwszy „rzut oka” rzekoma omyłka Zamawiającego nie może być rozumiana jak istotna wada postępowania, co ewidentnie potwierdza zachowanie wykonawców w trakcie postępowania przetargowego, jak również zachowanie samego Zamawiającego. Żaden z wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, ani żaden

inny wykonawca potencjalnie zainteresowany nie zgłaszał jakichkolwiek pytań, wątpliwości czy zastrzeżeń do pojawiających się odpowiedzi na pytania do SWZ. Świadczy to, zdaniem Odwołującego, że dla wszystkich uczestników postępowania było oczywiste, co stanowi przedmiot zamówienia. Co więcej dokonując weryfikacji złożonej oferty, sam Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości co do zakresu wymaganych od Wykonawcy obowiązków, które wynikały z SWZ, w tym z opis przedmiotu zamówienia. Potwierdza to chociażby odpowiedź udzielna przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego do złożenia dokumentów w trybie art. 126 Pzp.

Również, według Odwołującego, Zamawiający nie wykazał istotności wady postępowania, która uzasadniałaby unieważnienie postępowania. Takiej istotności nie sposób przypisać omyłce pisarskiej w określeniu odpowiedzi na pytanie do SWZ, która to omyłka została w sposób jednakowy odczytana przez Zamawiającego i przez wykonawców w toku postępowania przetargowego, w tym toku badania i oceny ofert względem wymagań zawartych w SWZ. Jak Odwołujący wskazał powyżej, gdyby rzeczywiście wykonawcy mieli wątpliwości co do zakresu OPZ, to wystąpiliby do Zamawiającego o złożenie wyjaśnień w powyższym zakresie. Odwołujący podkreślił także, że Zamawiający w żaden sposób nie wykazał dlaczego rzekoma "wada" postępowania uniemożliwia zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy z wykonawcą. Zamawiający wskazał, że omyłka w udzielonych odpowiedziach skutkuje niemożnością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zdaniem Odwołującego, nie mamy do czynienia w omawianym stanie faktycznym z jakąkolwiek wadą postępowania. Omyłka na jaką powołał się Zamawiający była oczywistą omyłką pisarską – bowiem sam Zamawiający za taką omyłkę ją uznał w pierwotnej treści ogłoszenia o unieważnieniu Postępowania. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający, w celu zastosowania art. 255 ust. 6 Pzp, winien wykazać, że zachodzą przesłanki unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego określone w kodeksie cywilnym lub art. 457 Pzp. Wykazać związek przyczynowy pomiędzy rzekomą wadą postępowania, a koniecznością unieważnienia umowy. Takich informacji Zamawiający nie przedstawił w uzasadnieniu swojej decyzji. Podkreślił, że Pzp przewiduje zamknięty katalog podstaw do unieważnienia postępowania, jak również - podstaw do unieważnienia zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powołując się na przesłankę unieważnienia postępowania z art. 255 ust.6 Pzp, Zamawiający powinien odnieść się do ściśle określonych przesłanek unieważnienia umowy (Vide wyrok z dnia lipca 2021 r., sygn. KIO 1580/21 oraz o sygn. KIO 2309/21).

W ocenie Odwołującego, żadna z przesłanek zawartych w przepisie art. 457 ust. 1 Pzp nie znajduje zastosowania do przedmiotowej sytuacji ani nie obejmuje wady wskazanej przez Zamawiającego jako podstawa unieważnienia Postępowania.

W ocenie Odwołującego, wobec powyższego, w Postępowaniu nie wystąpiły podstawy do jego unieważnienia, w szczególności wskazana przez Zamawiającego podstawa z art. 255 ust. 6 Pzp, gdyż nawet przyjmując, że Zamawiający omyłkowo udzielił nieprawidłowych odpowiedzi na pytanie do SWZ, to treść tych odpowiedzi nie stoi na przeszkodzie zawarciu niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a przedstawiona przez Zamawiającego informacja o unieważnieniu postępowania nie zawiera przedstawienia okoliczności faktycznych i prawnych, które mogłyby wskazywać na zasadność podjętej czynności unieważnienia Postępowania.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 13 grudnia 2023 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba ustaliła:

Zamawiający w dniu 24 listopada 2023 r. w informacji o unieważnieniu niniejszego postępowania w trybie art. 255 pkt 6 Pzp wskazał: „*Przedmiotowe postępowanie zostaje unieważnione na podstawie art. 255 ust. 6) ustawy Pzp., ponieważ obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

W toku postępowania potencjalny Wykonawca zwrócił się z wnioskiem do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ tj:

- O wyjaśnienie zapisu pkt. 1. 2 SWZ, zdanie drugie który stanowi: „ Zebrane odpady będą zagospodarowywane w ramach umowy nr BZP-I.272.41.2021 z dn. 30.12.2021". Koszt przewozu odpadów do instalacji firmy FCC na ul.

Strefowej 8 leży po stronie Wykonawcy ”

W postępowaniu przetargowym zakończonym umową nr BZP-I.272.41.2021 z dn. 30.12.2021r. przywołaną w niniejszej SWZ, zgodnie z udzielonymi przez Zamawiającego w toku ww. postępowania wyjaśnieniami (Odpowiedzi na pytania wraz z modyfikacją SWZ z dn. 21 października 2021r. znak sprawy BZP-I.271.22.2021), Zamawiający wyjaśnił, odpowiadając na pytanie nr 20 wykonawcy co następuje: „Zamawiający informuje, iż przedmiotem postępowania nie jest prowadzenie PSZOK po dniu 31.12.2022r., Po tym dniu Wykonawca będzie miał obowiązek odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów z PSZOK do dnia 31.12.2024r. C.)”

W związku z powyższym prosimy o wyjaśnienie zawarcia w obecnej SWZ zapisu, aby to Wykonawca wyłoniiony w drodze obecnego postępowania znak BZP-1.271.34.2023 przewoził odpady do instalacji przy ul. Strefowej 8 i ponosił koszt przewozu odpadów zgromadzonych w PSZOK do instalacji firmy FCC na ul. Strefowej 8, skoro koszty te zostały już raz wliczone w realizację innej, obowiązującej do dn. 31.12.2024r. umowy tj. umowy nr BZP-I.272.41.2021., a zgodnie z udzielonymi przez Zamawiającego wyjaśnieniami z dn. 21 października 2021r. to wykonawca realizujący umowę nr BZP-I.272.41.2021 z dn. 30.12.2021r. ma obowiązek odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów z PSZOK do dnia 31.12.2024r. '

Koszt przewozu odpadów zgromadzonych w PSZOK do instalacji firmy FCC na ul. Strefowej 8 jest pokrywany przez Zamawiającego w ramach realizacji umowy nr BZP1.272.41.2021 z dn. 30.12.2021r., obowiązującej do dn. 31.12.2024r.

Zatem do obowiązków Wykonawcy wyłoniionego w drodze obecnego postępowania nie może należeć transport odpadów z PSZOK i ten koszt nie powinien być wliczony w cenę oferty.

Zamawiający udzielił błędnej odpowiedzi na pytanie dotyczące wyjaśnienia zapisu pkt. 1.2) SWZ odpowiadając, że koszt przewozu odpadów do instalacji firmy FCC na ul. Strefowej 8 leży po stronie Wykonawcy zamiast, że leży po stronie firmy FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o. Fakt ten jednoznacznie wskazywał Wykonawcom konieczność uwzględnienia w swoich ofertach cenowych kosztów transportu odpadów z PSZOK do instalacji zagospodarowującej odpady komunalne z terenu Miasta Tarnobrzega w ramach umowy nr BZP-1.272.41.2021 z dn. 30.12.2021r. (instalacja firmy FCC na ul. Strefowej 8). Wobec planowanego rozliczenia ryczałtowego za realizację przedmiotu zamówienia, oferty Wykonawców zawierać powinny cenę wykonania usługi, bez wskazania kosztów jednostkowych poszczególnych elementów składających się na koszt całkowity jej wykonania. Mając na uwadze powyższe, oraz zawarte w ofercie oświadczenie Wykonawcy iż oferowana cena zawiera wszystkie koszty wynikające z zakresu przedmiotu zamówienia, wobec braku możliwości weryfikacji ceny, należy stwierdzić że zawiera również koszt przewozu odpadów zgromadzonych w PSZOK do instalacji firmy FCC na ul. Strefowej 8.

Zawarcie umowy z Wykonawcą wyłoniionym w drodze obecnego postępowania doprowadziłoby do sytuacji, w której koszt przewozu odpadów zgromadzonych w PSZOK do instalacji firmy FCC na ul. Strefowej 8 byłby pokrywany raz w ramach tej umowy, a drugi raz w ramach umowy nr BZP-I.272.41.2021 z dn. 30.12.2021r.. Zawierając umowę z Wykonawcą wyłoniionym w drodze obecnego postępowania Zamawiający świadomie zaakceptowałby tzw. podwójne finansowanie, czym naruszyłby dyscyplinę finansów publicznych.

Co do zasady katalog przesłanek unieważnienia postępowania ma charakter katalogu zamkniętego i nie może podlegać wykładni rozszerzającej. W odniesieniu do zapisów zawartych w art. 255 ust. 6) ustawy Pzp oznacza to, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jeśli wada postępowania jest usuwalna, konieczne i wystarczające jest jej usunięcie, a nie unieważnienie całego postępowania. Jeżeli wady nie da się usunąć i oddziałuje ona na ważność umowy - zamawiający obligatoryjnie unieważnia postępowanie.

Nieważność umowy lub podstawy do jej unieważnienia może wynikać także z innych okoliczności, np. wskazanych w art. 17 lub w art. 11 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 289 z późn. zm.). Zważając na istotne znaczenie dla podjętej przez Zamawiającego decyzji w zakresie unieważnienia postępowania, ma art. 11 ww. ustawy, który stanowi: „Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest dokonanie wydatku ze środków publicznych bez upoważnienia określonego ustawą budżetową, uchwałą budżetową lub planem finansowym albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących dokonywania poszczególnych rodzajów wydatków.” Z pewnością doprowadzenie do podwójnej zapłaty kosztów za przewóz odpadów zgromadzonych w PSZOK należy zakwalifikować jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych ze względu na dokonanie wydatku z przekroczeniem zakresu upoważnienia w uchwale budżetowej.

Powyższe skutkuje tym, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obarczone jest wadą. Co więcej, wadą niemożliwą do usunięcia, bowiem na obecnym etapie postępowania, które ma miejsce po upływie terminu składania ofert, niemożliwym jest wprowadzenie zmian w zapisach SWZ w odniesieniu do udzielonej odpowiedzi.

Tym samym Zamawiający ma obowiązek unieważnić postępowanie, w którym doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, którego nie można usunąć. Powyższe przemawia za tym, że w przedmiotowym postępowaniu zaistniały

przesłanki, o których mowa w art. 255 ust. 6 ustawy Pzp.

W aktualnym stanie prawnym możliwości unieważnienia postępowania z powołaniem się na niemożliwą do usunięcia wadę mającą wpływ na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy zostały przez ustawodawcę, w świetle literalnego brzmienia art. 457 ustawy Pzp znacząco ograniczone.

Wady wymienione w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, nie wyczerpują wszystkich wadliwości postępowania, jakich może dopuścić się zamawiający, a które powinny skutkować unieważnieniem postępowania.

Potwierdza to orzecznictwo: „(...) przesłanką prawidłowego zastosowania przepisów umożliwiających unieważnienie postępowania według ustawy Pzp jest to, że ustalona w postępowaniu wada, która jest niemożliwa do usunięcia, uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Taka konstrukcja przepisu odsyła wprost do art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, w którym wymienione są wszystkie przypadki naruszenia Pzp powodujące konieczność unieważnienia umowy. Odesłania nie można jednak ograniczać wyłącznie do przywołanego przepisu, który zawiera zamknięty i bardzo ograniczony katalog sytuacji powodujących unieważnienie umowy. Taka interpretacja skutkowałaby tym, iż wystąpienie innych wad w postępowaniu nie mogłoby być powodem jego unieważnienia. Taka wykładnia prowadziłaby do błędnego zdaniem Izby wniosku, że nawet wystąpienie wady w sposób oczywisty wypaczającej wynik postępowania nie daje zamawiającemu prawa do unieważnienia postępowania, podczas gdy zawarcie umowy będzie rodzić skutki w postaci dochodzenia jej nieważności lub unieważnienia przez innych wykonawców na podstawie odrębnych przepisów, czego w przypadku wad innych niż określone art. 457 ust. 1 pkt 1 nie zabrania.” / wyrok KIO z 7.02.2022 r., KIO 169/22, LEX nr 3361623./

Zamawiający unieważniając przed zawarciem umowy postępowanie o udzielenie zamówienia obarczone wadą, zapobiega szkodom, jakie mogą powstać w związku z wykonaniem umowy. Oznacza to, że dodatkową przesłanką, jaką należy brać pod uwagę przy dokonywaniu oceny dopuszczalności unieważnienia postępowania jest ustawa o finansach publicznych.”

Izba zważyła:

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 522 ust. 1 Pzp wskazać należy, że w ocenie Izby okazał się on niezasadny.

Podkreślić należy, że zgodnie z art. 522 ust. 1 Pzp „W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu”.

Izba analizując treść odwołania w sprawie KIO 3275/23 uznała, że z treści odwołania wynikało, iż Odwołujący kwestionował m.in. fakt, że Zamawiający „zaniechał wykazania, jakie przepisy ustawy zostały naruszone poprzez ”omyłkowe udzielenie odpowiedzi na pytanie”, jak również nie przedstawił na czym owo omyłkowe udzielenie odpowiedzi polegało – w tym wyraźnie nie wskazał którego pytania omyłka dotyczy ponadto w uzasadnieniu unieważnienia Postępowania brak pełnej analizy stanu faktycznego i wskazania okoliczności potwierdzających spełnienie wszystkich przesłanek umożliwiających unieważnienie postępowania.”.

Zamawiający na rozprawie wyjaśnił, że powyższe stanowisko było zasadne co wiązało się ze złożeniem oświadczenia o uwzględnieniu odwołania i ponowną oceną i badaniem ofert, w konsekwencji czego Zamawiający ponownie stwierdził, że postępowanie winno podlegać unieważnieniu na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. W ocenie Izby Zamawiający dokonując w dniu 21 listopada 2023 r. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania miał prawo do ponownego badania i oceny ofert. Fakt natomiast, że w wyniku dokonanych czynności Zamawiający ponownie unieważnił postępowanie, a nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej – co stanowiło przedmiot żądania odwołania w sprawie KIO 3257/23- nie może stanowić o naruszeniu przepisu art. 522 ust. 1 Pzp. Wskazać należy, że niewątpliwie w świetle art. 522 ust.1 Pzp obowiązek wykonania żądań sformułowanych w odwołaniu musi być postrzegany w odniesieniu do podniesionych w tym odwołaniu zarzutów. Ponadto powołany przepis – tak jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej – ma charakter formalny i jest elementem procedury zarówno postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i postępowania odwoławczego. Izba stwierdziła, że Zamawiający może dokonując czynności w postępowaniu przetargowym, po oświadczeniu o uwzględnieniu odwołania, wykraczać poza zakres okoliczności wskazanych w zarzutach, weryfikować każdą okoliczność mogącą wpłynąć na wynik oceny oferty, nawet jeżeli ostatecznie wynik czynności nie będzie w pełni odpowiadał żądaniom uwzględnionego odwołania. Ustawodawca w takiej sytuacji przewidział natomiast możliwość ponownego zakwestionowania w drodze odwołania czynności w postępowaniu wykonanych niezgodnie z żądaniem wcześniej uwzględnionego odwołania, co z jednej strony nie zamyka drogi Zamawiającemu do przeprowadzenia czynności wymaganych dla zapewnienia ich zgodności z przepisami Pzp

regulującymi podstawy materialne decyzji podejmowanych w postępowaniu, a z drugiej strony pozwala wykonawcom na skorzystanie ze środków ochrony prawnej wobec czynności, które nie zostały wykonane zgodnie z żądaniami Odwołującego. Przepisy regulujące procedurę odwoławczą nie mogą naruszać zasad i przestrzegania przepisów szczególnych regulujących proces udzielania zamówienia publicznego, według których Zamawiający zobowiązany jest do oceny ofert w postępowaniu, wyboru najkorzystniejszej oferty lub w sytuacji, kiedy zaistnieją ku temu przesłanki dokonać unieważnienia postępowania.

W konsekwencji Izba oddaliła zarzut pierwszy odwołania jako niezasadny.

Izba za zasadny uznała natomiast zarzut dotyczący nieuprawnionego unieważnienia przez Zamawiającego postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. Podkreślić należy, że na podstawie 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. Niezbędne jest zatem kumulatywne wystąpienie w prowadzonym postępowaniu przesłanek: (1) naruszenia przepisów ustawy, czyli wady, (2) której nie da się już usunąć, (3) a powoduje ona, że zawarta umowa podlegałaby unieważnieniu. Ostatnia z wymienionych wyżej przesłanek została sprecyzowana 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; (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.

Tym samym, co należy podkreślić, ponieważ art. 457 ust. 1 Pzp zawiera zamknięty katalog pięciu przesłanek, związanych z naruszeniem konkretnie wskazanych tam przepisów ustawy dotyczących prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w których umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu – unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy udzielenie zamówienia prowadziło do zaistnienia jednego z tych pięciu przypadków, o których mowa w art. 457 ust. 1 ustawy.

Izba analizując informację o unieważnieniu przedmiotowego postępowania z dnia 24 listopada 2023r. stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał, że wskazane przez niego przyczyny unieważnienia postępowania zawierają się w katalogu opisanym w art. 457 ust. 1 Pzp, co umożliwiłoby Zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. Podkreślić również należy, że Zamawiający pomimo prezentowanego przez siebie stanowiska, nie wskazał, żadnego innego przepisu, w tym ustawy o dyscyplinie finansów publicznych, którego naruszenie powodowałoby, że zawarta umowa podlegałaby unieważnieniu. Podnoszona natomiast przez Zamawiającego okoliczność, że zawarcie umowy może skutkować poniesieniem konsekwencji w zakresie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie umożliwia Zamawiającemu unieważnienia postępowania. Izba wskazuje, że unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp następuje w przypadku, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a nie, gdy Zamawiający nieprawidłowo dokonał opisu przedmiotu zamówienia, co miało miejsce w wyniku udzielonej odpowiedzi, mającego wpływ na budżetowanie swojej działalności. Podkreślić należy, że odpowiedzialność Zamawiającego na gruncie dyscypliny finansów publicznych jest irrelevantna z punktu widzenia oceny prawidłowości działania Zamawiającego na gruncie Pzp. Wskazać należy, że na Zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania postępowania z uwzględnieniem przepisów Pzp oraz pogodzenia ze sobą obowiązków wynikających z przepisów o budżetowaniu z przepisami Pzp, zaś nieprawidłowości w ewentualnym finansowaniu zamówienia, mającego odbicie w budżecie Zamawiającego nie mogą skutkować naruszeniem interesu Odwołującego.

Uwzględniając powyższe okoliczności, Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył przepis art. 255 pkt 6 Pzp. Zamawiający nie wykazał bowiem, że w postępowaniu wystąpiły wady uniemożliwiające zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w związku z czym w sposób nieuprawniony dokonał unieważnienia postępowania na wskazanej wyżej podstawie. Działanie to pozbawione jakichkolwiek podstaw prawnych jest krzywdzące dla Odwołującego — przede wszystkim dlatego, że wszystkie podnoszone argumenty odnoszą się do niezależnych od Odwołującego i występujących już wcześniej okoliczności, takich jak kwestia udzielonych w postępowaniu odpowiedzi mającej wpływ na budżetowanie działalności Zamawiającego.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 Pzp oraz § 7 ust. 2, ust. 3 pkt 1 i 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych

rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....