Sygn. akt: KIO 1420/13

WYROK
z dnia 3 lipca 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2013 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 czerwca 2013 roku przez C…… G…….. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą C…….. G…….. Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe TRANSSPRZĘT z siedzibą Zabłotce 51, 38-500 Sanok w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasta Sanoka z siedzibą w Sanoku przy ulicy Rynek 1, 38-500 Sanok

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.
   Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielnie zamówienia publicznego oraz nakazuje Zamawiającemu dokonanie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Miasta Sanoka z siedzibą w Sanoku przy ulicy Rynek 1, 38-500 Sanok i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez C…….. G…….. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą C…….. G…….. Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe TRANSSPRZĘT z siedzibą Zabłotce 51, 38-500 Sanok tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od Gminę Miasta Sanoka z siedzibą w Sanoku przy ulicy Rynek 1, 38-500 Sanok na rzecz C…….. G…… prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą C…….. G…… Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe TRANSSPRZĘT z siedzibą Zabłotce 51, 38-500 Sanok kwotę **18 475 zł 04 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy czterysta siedemdziesiąt pięć złotych,

cztery grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, udziału w rozprawie i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krośnie.

Przewodniczący: ……..……

Sygn. akt: KIO 1420/13

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Miasta Sanoka prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *Usługa związana z odbiorem odpadów komunalnych stałych z terenu Gminy Miasta Sanoka* opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 20 marca 2013 roku pod numerem 2013 S/056-092524.

5 czerwca 2013 roku Zamawiający przekazał Odwołującemu *Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania* informując, że postępowanie zostało unieważnione

na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa") bowiem obarczone jest niemożliwymi do usunięcia wadami, uniemożliwiającymi zawarcie ważnej umowy.

14 czerwca 2013 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 wniósł wobec czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z powodu niemożliwymi do usunięcia wad postępowania uniemożliwiających zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z zaskarżoną czynnością Odwołujący zarzucił Zamawiającemu rażące naruszenie przepisów ustawy mające wpływ na wynik postępowania:

- art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że postępowanie o udzielenia przedmiotowego zamówienia obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą nieuniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego - gdy tymczasem brak było wad postępowania, które obligują zamawiającego do unieważnienia przetargu,
- art. 146 ust. 6 ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie, przez przyjęcie, że umowa zawarta w wyniku postępowania podlegałaby unieważnieniu z uwagi na dokonanie przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, gdy tymczasem brak jest podstaw do przyjęcia, że ewentualne uchybienia Zamawiającego mogły w chwili unieważnienia przetargu mieć wpływ na wynik postępowania,

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie lub nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie złożony na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że interes prawny wyraża się w tym, że w przypadku prawidłowego zastosowania przez Zamawiającego przepisów ustawy nie doszłoby do naruszenia istotnych zasad udzielania zamówień publicznych mających wpływ na wynik postępowania, a Odwołujący mógłby pozyskać zamówienie w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ spełnia warunki udziału w przetargu. Zgodnie z aktualnym brzmieniem przepisu art. 179 ust 1 ustawy środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. W niniejszym postępowaniu Odwołujący jest wykonawcą ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie, który złożył ofertę z najniższą ceną ustaloną jako jedyne kryterium w przedmiotowym postępowaniu - wykazanie zatem, że kwestionowana czynność unieważnienia postępowania została podjęta z naruszeniem ustawy, potwierdzałoby że czynność taka mogła narażać Odwołującego na poniesienie szkody.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Zamawiający informacją doręczoną Odwołującemu za pośrednictwem faksu poinformowało unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, dotyczącego odbioru odpadów komunalnych stałych z terenu Gminy Miasta Sanoka. Jako przyczynę unieważnienia wskazano, iż postępowanie obarczone jest niemożliwymi do usunięcia wadami, uniemożliwiającymi zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego m.in. powołał się na:

- wadliwy opis przedmiotu zamówienia, w opisie nie zostały ujęte dane dotyczące liczby mieszkańców w zabudowie jedno i wielorodzinnej oraz zostały ujęte niewłaściwe ilości nieruchomości niezamieszkałych na terenie gminy, Zamawiający nie podał w SIWZ również liczby i rozmieszczenia posesji zamieszkałych, a także nieruchomości niezamieszkałych objętych odbiorem odpadów w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia. Brak informacji na temat liczby osób w poszczególnych

posesjach zdaniem Zamawiającego powoduje niemożność rzetelnego wyliczenia ceny oferty. Wykonawcy obliczając cenę oferty uczynili to w oderwaniu

od rzeczywistych nakładów, które będą zmuszeni ponosić w celu realizacji zamówienia. Dodatkowo błędy spowodowały brak możliwości dokonania badania ofert i ich oceny pod kątem wystąpienia okoliczności skutkujących stwierdzeniem, czy nie złożono oferty z rażąco niską ceną,

- wadliwy opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz odnoszący się do dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków: brak ustalenia warunku posiadania uprawnienia do wykonywania czynności objętych przedmiotem zamówienia a także brak żądania dokumentu potwierdzającego posiadanie tego uprawnienia, żądanie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy Zamawiający nie ustalił kryteriów oceny spełniania tych warunków, nie opisanie szczegółowego sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w treści ogłoszenia o zamówieniu, wprowadzenie w załączniku nr 7 do SIWZ zawężającej interpretacji sposobu oceny spełniania warunku w stosunku do treści ogłoszenia o zamówieniu, nie opisanie szczegółowego sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w treści ogłoszenia o zamówieniu, zaniechanie żądania złożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie opisanym w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą nieuniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przytoczone argumenty nie znajdują uzasadnienia i nie zgadzają się ze stanem faktycznym w niniejszym postępowaniu.

Powoływanie się Zamawiającego na wadliwy opis przedmiotu zamówienia nie znajduje uzasadnienia. Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w opisie przedmiotu zamówienia w rozdziale III „Określenie przedmiotu wielkości lub zakresu zamówienia" podał m.in. że: „Odbiór odpadów komunalnych zmieszanych (niesegregowanych) z pojemników o pojemności: 60 l, 120 l, 240 1, 1100 l, 7000 1 i transport do Zakładu Utylizacji Odpadów w Krośnie przy ul. Białobrzeskiej z terenu Gminy Miasta Sanoka z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych zgodnie z wykazem ulic stanowiący załącznik nr 4 do siwz w szacunkowej ilości 35000 Mg od: - szacunkowej ilości 3600 nieruchomości zamieszkałych w tym: budynki jednorodzinne - 3250,budynki wielorodzinne - 350, - szacunkowej ilości 700 nieruchomości niezamieszkałych. Odbiór odpadów komunalnych segregowanych z pojemników o pojemności: 1100 l, 1500 l, 2500 1

oraz odbiór worków z wysegregowanymi odpadami o pojemności 120 l i transport do Gminnego Punktu Zbiórki Odpadów Segregowanych w Sanoku przy ul. Jana Pawła II z terenu Gminy Miasta Sanoka z nieruchomości zamieszkałych zgodnie z wykazem ulic stanowiący załącznik nr 4 do siwz w szacunkowej ilości 1200 Mg od: szacunkowej ilości 3600 nieruchomości zamieszkałych w tym: budynki jednorodzinne – 3250, budynki wielorodzinne – 350 ".
Ponadto Zamawiający wymagał dołączenia do oferty załącznika nr 2 do SIWZ - kosztorysu ofertowego sporządzonego zgodnie ze wzorem sporządzonym przez Zamawiającego. W kosztorysie ofertowym zawarte były dane niezbędne do wyliczenia ceny oferty w rozbiciu na ceny jednostkowe, dane z załącznika były tożsame z danymi znajdującym się w opisie przedmiotu zamówienia. Przytaczane przez Zamawiającego argumenty, iż opis przedmiotu zamówienia utrudniał prawidłową wycenę powodując nieporównywalność ofert jest bezpodstawny. Wszyscy potencjalni oferenci mieli ujednolicone zasady wyceny ofert dowodem na to były złożone oferty w porównywalnych cenach. Opis przedmiotu zamówienia był wystarczający do wyceny oferty, potwierdził to sam Zamawiający w odpowiedziach na pytania oferentów, jednoznacznie wskazał: *Zamawiający informuje, że dane zawarte*

w opisie przedmiotu zamówienia są wystarczające do sporządzenia oferty". Niezrozumiałe są więc wątpliwości Zamawiającego dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, które to pojawiły się dopiero po otwarciu ofert, pomimo wiedzy jaką posiadał już na etapie trwania postępowania a wiedzę o ewentualnych brakach czerpał od wykonawców z ich zapytań. Ponadto Zamawiający w niniejszym postępowaniu przewidział rozliczenie kosztorysowe w SIWZ rozdział XIII „Opis sposobu obliczenia ceny" w pkt 5, podał w jaki sposób będzie się rozliczał z Wykonawcami: „Rozliczenie wykonania usługi odbywać się będzie wg rzeczywistej ilości odebranych odpadów komunalnych w oparciu o ryczałtowe ceny jednostkowe pozycji zaoferowane w załączniku nr 1 oferty". We formularzu ofertowym zał. Nr 1 do SIWZ, Zamawiający w pkt 4 przewidział, że: „do wyceny Oferty przyjęto następujące ceny jednostkowe: cena jednostkowa netto za lMg odpadów niesegregowanych (zmieszanych) odebranych transportowanych do Zakładu Utylizacji Odpadów w Krośnie ul. Białobrzeska 108, - cena jednostkowa netto za 1Mg odpadów segregowanych odebranych i transportowanych do Gminnego Punktu Zbiorki Odpadów Segregowanych w Sanoku ul. Jana Pawła II 59 -…….zł".
Dokładny sposób rozliczenia usług między Wykonawcą a Zamawiającym przedstawia wzór umowy w § 3. Zamawiający określił kosztorysowe wynagrodzenie za wykonywanie przedmiotu umowy na podstawie cen jednostkowych za rzeczywiście wykonany przedmiot umowy. Zasadą rozliczenia kosztorysowego jest, to że kwota podana w ofercie za całość zamówienia, wyliczona na podstawie cen jednostkowych jest tylko szacunkową wartością

służąca Zamawiającemu do porównania ofert. Wynagrodzenie kosztorysowe, określone w ofercie przetargowej, zawsze będzie miało charakter wstępny, orientacyjny. Całościowe, końcowe wynagrodzenie wykonawcy wynikać będzie z rzeczywiście wykonanych usług na podstawie cen jednostkowych za wywóz 1Mg odpadów. Takie rozliczenie zabezpiecza Wykonawcę przed ewentualnymi błędami w opisie przedmiotu zamówienia dotyczącymi liczby nieruchomości zamieszkałych, niezamieszkałych czy też liczby ludności. Należy również zauważyć, że Zamawiający w SIWZ rozdział XVI *„Informacje* dotyczące umowy w sprawie zamówienia publicznego", w pkt 5, dopuszczalne zmiany umowy dopuścił m.in.: „zmianą zakresu usług przez wprowadzenie nowych właścicieli nieruchomości określonych w załącznikach do umowy wynikająca z potrzeb Zamawiającego". Powoływanie się Zamawiającego w zawiadomieniu o unieważnieniu na brak możliwości dokonania badania ofert i ich oceny pod kątem wystąpienia okoliczności skutkujących stwierdzeniem, czy nie złożono oferty z rażąco niską ceną jest całkowicie bezpodstawna. Obowiązujące przepisy ustawy dają Zamawiającemu wystarczające narzędzia, by dokonać takiej oceny. Przede wszystkim przewidują możliwość żądania od wykonawców wyjaśnień, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska oraz przerzucenia ciężaru dowodu na wykonawcę. Nie ma w tym zakresie żadnych ograniczeń. Zamawiający nie musi nikomu tłumaczyć się ze swojej decyzji - ma prawo mieć wątpliwości i żądać wyjaśnień, ale obowiązek rzetelnie te wyjaśnienia ocenić. Wobec powyższego Odwołujący uważa, że unieważnienie postępowania z ww. powodów jest bezzasadne i nie znajduje uzasadnienia w przedmiotowym postępowaniu.

Powoływanie się Zamawiającego na unieważnienie postępowania z powodu wadliwego opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz na brak ustalenia warunku, posiadania uprawnienia (wpisu do działalności regulowanej wynikającego z art. 9 c ustawy z dnia 13 września 1996 r.o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jednolity Dz. U. z 2012 r., poz. 391 i 951 z późn. zm.) dalej u.c.p.g. do wykonywania czynności objętych przedmiotem zamówienia a także brak żądania dokumentu potwierdzającego posiadanie tego uprawnienia za bezpodstawne.
Odwołujący nie zgodził się z Zamawiającym, iż w przedmiotowym postępowaniem mamy do czynienia z wadliwym opisem warunku udziału w postępowaniu (dotyczy zezwolenia na transport odpadów) oraz brakiem wymogu posiadania zezwoleń na wykonywanie działalności związanej z przedmiotem zamówienia (dotyczy wpisu do działalności regulowanej). Zamawiający w SIWZ rozdział V *„Warunki* udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków" żądał m.in.: uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania tj.: zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu

odpadów wydane przez właściwy organ zgodnie z ustawą o odpadach oraz oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 22 ust 1 ustawy. Ponadto Zamawiający w SIWZ rozdział III „Określenie przedmiotu wielkości lub zakresu zamówienia" powołał się m.in. na przepisy prawa jakie mają przestrzegać wykonawcy w trakcie trwania umowy w szczególności: ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U z 2012 r. poz. 391 z póź. zm.), ustawy o odpadach (Dz. U z 2013 r. poz.21), uchwały Nr XXXVI/307/13 Rady Miasta Sanoka z dnia 17 stycznia 2013r. w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Miasta Sanoka, rozporządzenia ministra środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U z 25 stycznia 2013 r.). Zamawiający w SIWZ i Ogłoszeniu o zamówieniu przez przytoczenie ww. przepisów prawa oraz ustanowienie warunku o konieczności posiadania zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów wydane przez właściwy organ zgodnie z ustawą o odpadach, nałożył obowiązek posiadania uprawnień, decyzji czy też zezwoleń niezbędnych do prowadzenia działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Ponadto obowiązek ich posiadania wynika z generalnej zasady wykazania się przez wykonawców prowadzeniem działalności gospodarczej zgodnie z ustanowionymi przepisami. Zatem każdy z pięciu wykonawców składających oferty musiał mieć świadomość posiadania obowiązujących dokumentów co do treści i aktualności i w żadnym wypadku nie mogło być dobrowolności w ich wyborze. Składając oferty w przedmiotowym postępowaniu, wykonawcy musieli liczyć się z możliwością wezwania w trybie art. 26 ust. 4 ustawy do złożenia wyjaśnień dotyczących zezwoleń lub oświadczeń, których wymagał Zamawiający, jeżeli ten prowadząc postępowanie, będzie miał jakiekolwiek wątpliwości czy dany wykonawca obowiązujące go dokumenty posiada. W przypadku braku wspomnianych dokumentów Zamawiający był uprawniony do wezwania o uzupełnienie brakujących dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego - również nie może być mowy, że o rodzaju i zakresie wymaganych dokumentów decydowała u wykonawców dowolność w ich wyborze. W przedmiotowym postępowaniu wszyscy wykonawcy składający oferty złożyli oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, mając na uwadze prawny obowiązek posiadania właściwych dokumentów, czterech wykonawców złożyło wraz z ofertą również zezwolenia na transport odpadów. Odwołujący wymaganego w SIWZ i ogłoszeniu zezwolenia na transport odpadów nie załączył do oferty, wobec czego Zamawiający mógł zastosować art. 26 ust 3 ustawy i wezwać do uzupełnienia brakującego dokumentu tj. zezwolenia na transport odpadów. W odpowiedzi na uzupełnienie Odwołujący uzupełniłby dokument spełniający warunek na dzień składania ofert gdyż takie zezwolenie posiada. Zamawiający mógł również sprawdzić

Odwołującego na ogólnodostępnej stronie internetowej Centralnej Ewidencji i Informacji o działalności Gospodarczej gdzie pod pozycją informacja o koncesjach, zezwoleniach, licencjach oraz wpisach do rejestrów działalności regulowanej znajdują się wszelkie zezwolenia i licencje m.in. wpis o zezwoleniu wydanym na zbieranie i transport odpadów z terminem ważności od 2013-01-15 do 2023-01-15. Przytaczana przez Zamawiającego argumentacja, że nie miał uprawnień do żądania dokumentu przez ograniczenia opisane w art. 25 ust. 1 ustawy, jest błędna, ponieważ przepis zabrania żądania nowych dokumentów (w tym po upływie terminu składania ofert) nie wskazanych w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zobligował wykonawców do posiadania odpowiednich zezwoleń w SIWZ jak i ogłoszeniu o zamówieniu na dzień składania ofert. W przypadku wpisu do działalności regulowanej trzej włącznie z Odwołującym z pięciu Wykonawców złożyło przedmiotowe dokumenty. Wobec dwóch pozostałych Zamawiający powinien wszcząć postępowanie wyjaśniające. Należy wspomnieć, że Wykonawcy starający się o przedmiotowe zamówienie, powinni wystąpić z wnioskiem o wpis do działalności regulowanej w Gminie Miasta Sanoka. Zamawiający miał więc możliwość pełnej weryfikacji na miejscu złożonych przez Wykonawców oświadczeń spełnieniu warunku udziału w postępowaniu pod względem ich prawdziwości. W myśl art. 9b ust. 2 u.c.p.g. rejestr działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych

od właścicieli nieruchomości prowadzi wójt, burmistrz lub prezydent miasta właściwy ze względu na miejsce odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Warunkiem uzyskania wpisu obok podania danych przedsiębiorcy oraz wskazania rodzaju odbieranych odpadów komunalnych jest złożenie przez przedsiębiorcę oświadczenia wskazanego w art. 9c ust. 4 tej ustawy, odnośnie znajomości i spełniania warunków określonych w art. 9d ust. 1 u.c.p.g. Natomiast art. 9d jednoznacznie wskazuje wymagania, jakie musi spełnić podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. Należy wspomnieć, że wpis jest dokonywany wyłącznie na zasadzie oświadczenia złożonego wraz z wnioskiem. Warto w tym miejscu wspomnieć, że wszyscy wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu posiadali na dzień składania ofert wpisy do działalności regulowanej w Gminie Miasta Sanoka. Odwołujący uważa, że Zamawiający miał możliwość pełnej weryfikacji wykonawcy pod względem posiadanych przez niego zezwoleń niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z umową. Nie było więc mowy o wyłonieniu wykonawcy nie posiadającego wspomnianego wpisu co mogło się wiązać z zawarciem umowy podlegającej unieważnieniu.

Powoływanie się Zamawiającego na unieważnienie postępowania z powodu wady, uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy z powodu żądania

dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy Zamawiający nie ustalił kryteriów oceny spełniania tych warunków, oraz nie opisał szczegółowego sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w treści ogłoszenia o zamówieniu. Jak również wprowadzenie w załączniku nr 7 do SIWZ zawężającej interpretacji sposobu oceny spełniania warunku w stosunku do treści ogłoszenia o zamówieniu, nie opisanie szczegółowego sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w treści ogłoszenia o zamówieniu - nie znajduje uzasadnienia w przedmiotowym postępowaniu. W postępowaniu, Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ w rozdziale V „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków ” postawił następujące warunki: Na potwierdzenie posiadania uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania wymagał m.in. „Należy wykazać posiadanie zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów wydane przez właściwy organ zgodnie z ustawą o odpadach ”. „Należy przedłożyć oświadczenie w zakresie wykazania spełniania przez wykonawcą warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy zał. nr 5 siwz. Na potwierdzenie wiedzy i doświadczenia, wymagał m.in.: „Należy przedłożyć wykaz wykonanych usług związanych z odbiorem i transportem odpadów komunalnych, wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, z załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie zał. nr 7 siwz ”. „Należy przedłożyć oświadczenie w zakresie wykazania spełniania przez wykonawcą warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy zał. nr 5 siwz”. Na potwierdzenie potencjału technicznego: „Należy przedłożyć oświadczenie w zakresie wykazania spełniania przez wykonawcą warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy zał. nr 5 siwz ”. Na potwierdzenie, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: „Należy przedłożyć oświadczenie w zakresie wykazania spełniania przez wykonawcą warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy zał. nr 5 siwz ”. Na potwierdzenie sytuacji ekonomicznej i finansowej m.in.: „Należy przedłożyć informacją banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia ”.
Na potwierdzenie wyżej wymienionych warunków Zamawiający żądał:
Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości,

przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, oraz na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie zał. nr 7 siwz.
Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonywania zamówienia realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami.
Opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia - aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.
Informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo- kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
Dodatkowo Zamawiający doprecyzował warunek wiedzy i doświadczenia w załączniku nr 7 do SIWZ „Wykaz zrealizowanych usług" przez dodanie słów „wartość zrealizowanych zadań o charakterze i złożoności porównywalnej z zakresem zadania będącego przedmiotem zamówienia przez ostatnie trzy lata" oraz „Należy dołączyć posiadane referencje (listy polecające)od co najmniej 5 podmiotów potwierdzając, że usługi były realizowane w okresie ostatnich trzech lat", W związku z niedoprecyzowaniem warunków już na etapie trwania postępowania a żądaniem dokumentów na ich potwierdzenie, Zamawiający otrzymał zapytanie następującej treści: „Prosimy o wskazanie jakie są warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia i potencjału finansowego. Zamawiający, wśród dokumentów, jakie mają przedłożyć wykonawcy wymienił m.in. wykaz usług i oświadczenie banku. W siwz brakuje natomiast określenia, jakie warunki postawione przez Zamawiającego mają być wykazane żądanymi dokumentami, w szczególności Zamawiający nie określił, jakie usługi ma wykazać wykonawca w wykazie (i ile tych usług), nie wiadomo również jaką zdolność kredytową / posiadanymi środkami ma się wykonawca wykazać. Powoduje to, iż wykonawcy nie mają wiedzy, co będzie uznane przez Zamawiającego za spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Co więcej, przy aktualnych zapisach siwz nigdy nie spełni się przesłanka wykluczenia wykonawcy opisana a art. 24 ust. 2 pkt.2. W żadnym

wypadku, zamawiający nie będzie mógł stwierdzić, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, albowiem takich warunków po prostu nie ma. Jeżeli Zamawiający nie skonkretyzował udziału w postępowaniu, to nie może żądać przedłożenia dokumentów na potwierdzenie spełnienia tego warunku. Przykładowo, jeśli nie został sprecyzowany warunek dotyczący posiadania doświadczenia, to nie może żądać wykazu wykonanych usług. Potwierdzeniem powyższego jest stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych który w informacji o wyniku kontroli uprzedniej Sygn. Akt UZP/DKUE/KU/65/10 opisał naruszenie ustawy polegające na tym, że zamawiający żądając przedstawienia wykazu narzędzi (...) oraz oświadczenia na temat wielkości średnio rocznego zatrudnienia wykonawcy (...) nie opisał konkretnych warunków udziału w postępowaniu, których spełnienie dokumenty te miałby potwierdzić, tj. nie wskazał np. ilości czy rodzaju konkretnych narzędzi i urządzeń lub minimalnej wielkości zatrudnienia. Podobnie, w informacji o wyniku kontroli uprzedniej Sygn. akt UZP/DKUE/KU/116/10 stwierdzono naruszenie: w przedmiotowej sprawie zamawiający, żądając przedstawienia ww. dokumentu finansowego, nie dokonał opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, których spełnienie dokument ten miałby potwierdzać, tj. nie wskazał np. konkretnych wskaźników ekonomicznych, których osiągnięcie wykonawca powinien wskazać ".
Na wyżej zadane pytanie Zamawiający udzielił odpowiedzi: „Wykonawca składa stosowne oświadczenie zgodne z art.22 ust. l ustawy. Zamawiający zgodnie z § 1 ust. l pkt.3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. na potwierdzenie warunku doświadczenie zażądał dokumentu zgodnego z zapisami niniejszego rozporządzenia.

Zamawiający zgodnie § 1 ust. l pkt. 10 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. na potwierdzenie sytuacji ekonomicznej i finansowej zażądał dokumentu zgodnego z zapisami niniejszego rozporządzenia ”.
Wobec ww. faktów Odwołujący nie rozumie decyzji Zamawiającego unieważnienia postępowania przetargowego. Zamawiający został poinformowany o swoich błędach już w trakcie trwania postępowania a pomimo tego ich nie naprawił a nawet nie usiłował. Wprost przeciwnie w odpowiedzi udzielonej wykonawcom stwierdził, że wystarczające będzie przedstawienie dokumentów wymaganych pierwotnie w SIWZ i ogłoszeniu, podkreślając rolę jaką nadał oświadczeniu o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Mamy do czynienia z niezrozumiałym i kuriozalnym, postępowaniem Zamawiającego gdyż w uzasadnieniu unieważnienia postępowania powołuje się na stanowiska Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przytoczonych w pytaniach o wyjaśnienie treści SIWZ i nakazujących Zamawiającemu doprowadzenia postępowania do zgodnego z ustawą. Cytat z uzasadnienia unieważnienia postępowania: „ (...) Zamawiający w SIWZ nie zamieścił opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, do czego był zobligowany

stosownie do treści art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Także Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, w informacji o wyniku kontroli uprzedniej Sygn. akt UZP/DKUE/KU/65/10 stwierdził naruszenie przepisów ustawy poprzez to, że zamawiający żądając przedstawienia wykazu narzędzi (...) oraz oświadczenia na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy (...) nie opisał konkretnych warunków udziału w postępowaniu, których spełnienie dokumenty te miałyby potwierdzać (...) Podobnie w zawiadomieniu UZP/DKUE/KU/116/10 napiętnowano żądanie dokumentu potwierdzającego zdolność finansowa wobec braku doszczegółowienia warunku udziału w ogłoszeniu”.
Powyższe może dowodzić, że Zamawiający nie był zainteresowany rozstrzygnięciem przetargu w celu wyłonienia najkorzystniejszej oferty. Zamawiający zostawił sobie „furtkę” do ewentualnego podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania gdyby jego wynik był dla niego niekorzystny (jeden ze startujących wykonawców to Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. Z o.o. będący w grupie kapitałowej z Gminą Miejską Sanok organizatorem przetargu).
Przytaczając powyższe fakty, według oceny Odwołującego, Zamawiający miał możliwość rozstrzygnięcia postępowania na warunkach w nim określonych i wyłonienia Wykonawcy z ofertą najkorzystniejszą w celu zawarcia ważnej umowy. Brak opisu warunków udziału, przez ich niedoprecyzowanie oraz żądanie dokumentów na ich potwierdzenie nie może powodować negatywnych skutków dla Wykonawcy. W zaistniałej sytuacji warunki udziału powinny być oceniane w sposób korzystny dla Wykonawcy, przy ich interpretowaniu należało stosować literalną wykładnię odpowiednich postanowień SIWZ lub ogłoszenia o zamówieniu, co zapobiegłoby jakiejkolwiek uznaniowości Zamawiającego na etapie oceny ich spełniania przez wykonawców, którzy przystąpili już do udziału we wszczętym postępowaniu. Wobec tego przy odczytywaniu znaczenia tych postanowień powinien kierować się przede wszystkim zwykłym znaczeniem słów, wyrażeń i zwrotów, ustalonym z uwzględnieniem reguł znaczeniowych i składniowych języka polskiego. Z drugiej strony powinien odrzucić interpretacje oparte na swoich intencjach, które nie znalazły wyrazu w formie pisemnej, niezależnie od tego, czy warunki w tej postaci obiektywnie należałoby uznać za bardziej adekwatne do przedmiotu zamówienia. Również w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 20 czerwca 2006 r. sygnatura UZP/ZO/O-1725/06 podniesiono, że- „Zamawiający nie może w trakcie postępowania uściślać czy wręcz stawiać wykonawcom nowych warunków udziału w postępowaniu, gdyż takie postępowanie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania podmiotów". Z kolei w wyroku KIO z 13.12.2010 r., sygn. akt K10/2583/10 podkreślono, że „Zamawiający nie może oceniać wykonawcy w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami, które nie zostały w sposób jasny dookreślone w SIWZ”.

Warto również zauważyć, że doprecyzowanie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, przez wprowadzenie załącznika nr 7 do SIWZ nie miało wpływu na

wynik postępowania w stopniu uniemożliwiającym zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zamawiający, opisując warunek udziału w postępowaniu nie określił, jakiego rodzaju usługi - rodzajowo czy też wartościowo - będą miały dla niego znaczenie. Określił jedynie ilość usług jakie wystarczą dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. Generalne odwołanie się, i to nie w rozdziale dotyczącym opisu warunków udziału w postępowaniu, lecz we wzorze wykazu usług (załącznik nr 7 do SIWZ) do zamówień odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia ma nazbyt ogólny charakter, co pozwala na stwierdzenie, że warunek de facto nie został opisany przez zamawiającego, stąd też taka sytuacja nie może w sposób negatywny skutkować dla wykonawców (wyrok KIO z 2 lutego 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 15/10).

Powoływanie się Zamawiającego na unieważnienie postępowania z powodu zaniechania żądania złożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie opisanym w art. 24 ust 1 pkt10 i 11 ustawy a związek z wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy jest błędne. W SIWZ Zamawiający żądał w punkcie dotyczącym warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, aby udział w postępowaniu wzięli wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy m.in. w zakresie niekaralności. W punkcie SIWZ dotyczącym Wykazu oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający wymienił m.in. aktualną informację z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 i pkt 9 ustawy, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Nie wymagał natomiast: aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. Należy zaznaczyć, że brak KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy, przy jednoczesnym żądaniu KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 i pkt 9 ustawy jest wystarczające i nie powoduje wadliwości postępowania w stopniu uniemożliwiającym zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. W celu rozstrzygnięcia tej kwestii, kluczowe znaczenie mają przepisy ustawy z dnia 24 maja 2000 roku o Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. z 2008 r., Nr 50, poz. 292), zwanej dalej „ustawą KRK” oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie, w tym przede wszystkim Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 listopada 2003 roku w sprawie udzielania informacji o osobach i podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym

Rejestrze Karnym (Dz. U. Nr 198, poz. 1930 ze zmianami), zwane dalej Rozporządzeniem o KRK. Zgodnie z art. 19 ustawy KRK informacji o osobie na podstawie danych zgromadzonych w rejestrze udziela się na wniosek osoby. Elementami obligatoryjnymi wniosku są: nazwisko, w tym przybrane, imiona, nazwisko rodowe, data i miejsce urodzenia, imiona rodziców, nazwisko rodowe matki, miejsce zamieszkania, obywatelstwo, nr PESEL, podpis wykonawcy. Wniosek podmiotu zbiorowego powinien zawierać oznaczenie tego podmiotu i jego adres. Zgodnie z dyspozycją § 7 ust. 1 i 2 Rozporządzenia o KRK, udzielenie odpowiedzi na zapytanie lub wniosek dotyczące odpowiednio osoby lub podmiotu zbiorowego polega na sporządzeniu informacji o osobie lub podmiocie zbiorowym z Rejestru lub Kartoteki Podmiotów Zbiorowych Rejestru, zgodnie z zakresem danych objętych zapytaniem lub wnioskiem. Jeżeli dane osobowe osoby lub dane o podmiocie zbiorowym są zgromadzone w Rejestrze, to zgodnie z dyspozycją § 11 ust. 1 (osoby) i ust. 3 (podmiot zbiorowy) Rozporządzenia o KRK, informacji udziela się na formularzu wymienionym w § 10 pkt 2 Rozporządzenia (osoby), a w przypadku podmiotu zbiorowego - na formularzu określonym w § 10 pkt 4 Rozporządzenia. Do informacji tej załącza się nadesłane zapytanie lub wniosek. Wydana wówczas informacja zawiera m.in. omówienie orzeczonych kar, sygnaturę akt sprawy, datę wydania i uprawomocnienia się orzeczenia, kwalifikację prawną czynu zabronionego, wskazanie czy zawieszono wykonanie kary. Jeżeli zaś dane osobowe osoby lub dane o podmiocie zbiorowym nie są zgromadzone w Rejestrze, zapytanie lub wniosek zwraca się podmiotowi pytającemu lub wnioskodawcy z adnotacją „NIE FIGURUJE”. Z powyższego wynika więc, że jeżeli dane osobowe osoby lub podmiotu zbiorowego, których dotyczy zapytanie lub wniosek, nie są zgromadzone w Rejestrze i zostały wydane z adnotacją na zapytaniu „NIE FIGURUJE”, osoba taka lub podmiot

zbiorowy w ogóle nie figuruje w Rejestrze z tytułu skazania za jakiekolwiek przestępstwo, w tym również za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. O skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769) - przez okres 1 roku od dnia uprawomocnienia się wyroku oraz za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej - przez okres 1 roku od dnia uprawomocnienia się wyroku.
Dlatego też, stwierdzić należy, że tak sporządzone informacje wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert potwierdzają brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy w związku z art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i 9 oraz 10 i 11 ustawy. Wykonawcy mogą posługiwać się takimi informacjami (zaświadczeniami) z Rejestru KRK. Nie ma znaczenia tutaj również fakt, czy

zapytanie lub wniosek zawierało zakres i rodzaj danych, które mają być przedmiotem informacji. Warto również zauważyć, że w przedmiotowym postępowaniu wszyscy z pięciu wykonawców złożyli odpowiednie dokumenty z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie opisanym w art. 24 ust 1 pkt 10 i 11 ustawy.

Odwołujący wskazał, że sposób prowadzenia postępowania i opieszałość Zamawiającego w prowadzeniu procedury od momentu otwarcia ofert do podjęcia decyzji o unieważnieniu na nie był postępowania celowe, Zamawiający zainteresowany przeprowadzeniem badania i oceny ofert skupił się natomiast na unieważnieniu postępowania. Odwołujący przyznaje, że postępowanie było obarczone uchybieniami, o których wiedział Zamawiający w trakcie postępowania ale pomimo tego nie zareagował i celowo nie dokonywał zmian w ogłoszeniu oraz SIWZ, może to wskazywać na dążenie Zamawiającego do nieudzielenia zamówienia wykonawcy, który zaoferował najkorzystniejszą ofertę. Pomimo uchybień w prowadzeniu postępowania Odwołujący uważa, że są to uchybienia nie powodujące konieczności unieważniania przetargu. W związku z przytoczonymi argumentami w niniejszym odwołaniu nie sposób uznać takich uchybień za spełniające warunek z - art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Wada postępowania stanowiąca podstawę jego unieważnienia musi spełniać jednocześnie dwa warunki: po pierwsze musi zaistnieć wada tak istotna, że nie jest ona możliwa do usunięcia w toku postępowania, a po drugie musi uniemożliwiać zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.
W przeświadczeniu Odwołującego, żadnej ze wspomnianych przesłanek zamawiający nie wykazał w uzasadnieniu informacji z dnia 05 czerwca 2013 r. Wada, która stanowi podstawę unieważnienia postępowania musi mieć charakter nieusuwalny i to na jakimkolwiek etapie postępowania, w którejkolwiek z sanacyjnych procedur. Jednocześnie jako bezpośredni związek przyczynowy takiej wady postępowania, musi zaistnieć niemożność zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zamawiający powołał się w swojej informacji na treść - art. 146 ust. 6 ustawy, stanowiący, że Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy, w przypadku dokonania przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W ocenie Odwołującego, w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający winien wykazać, że w postępowaniu wystąpiła istotna, a zarazem nieusuwalna wada postępowania, a ponadto, że wada ta miała lub mogła mieć wpływ na wynik postępowania. Odwołujący utrzymuje, że przytoczona argumentacja Zamawiającego nie daje podstaw do uznania, że spełnione zostały przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 146 ust. 6 ustawy. Gdyby uznać, że niewłaściwie skonstruowane ogłoszenie o przetargu i specyfikacja istotnych warunków zamówienia wpłynęła na działania

poszczególnych pomiotów przystępujących do przetargu, mogąc jednocześnie wprowadzić ich w błąd co do konkretnych wymogów stawianych wykonawcy w realizacji zamówienia, ustalić by wówczas należało, jakie były rzeczywiste konsekwencje takiego postępowania Zamawiającego. Tym samym, nawet gdyby do tego momentu treść ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadziła do błędnej interpretacji co do opisu

przedmiotu zamówienia, warunków udziału oraz wymogu posiadania wymaganych uprawnień do wykonywania zamówienia, Zamawiający poprzez zastosowanie procedur wyjaśniających podczas badania i oceny ofert oraz wezwań, ewentualne rozbieżności, o których wspomina Zamawiający, dotyczące rozumienia ww. warunków, z tą chwilą zostałyby usunięte, a zatem zdaniem Odwołującego, nie można by mówić o wadliwości nie dającej się usunąć, prowadzącej do unieważnienia przetargu. Tymczasem, jak wskazuje się w doktrynie, wada o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 musi istnieć w momencie podejmowania decyzji o unieważnieniu przetargu (tak np. P Granecki komentarz do art. 93 Prawa zamówień publicznych, C. H. Beck, 2012). Nadto wskazuje się, że decyzji o unieważnieniu postępowania zamawiający nie może podjąć na podstawie domniemań i przypuszczeń, tym bardziej jeżeli istnieje realne prawdopodobieństwo, że zamówienie będzie wykonane zgodnie z wymaganiami zamawiającego (por. wyr. KIO z 22.3.2010 r., KIO/UZP 210/10) - tymczasem w niniejszym postępowaniu - zdaniem Odwołującego - nie ulega wątpliwości, że wszyscy wykonawcy, w tym również Odwołujący, spełniali na dzień składania ofert wymogi SIWZ jaki ogłoszenia o zamówieniu oraz posiadali niezbędne zezwolenia, a tym samym brak jest podstaw do zakwestionowania możliwości wykonania zamówienia przez któregokolwiek z uczestników przetargu. Odnosząc się zaś do przywołanej podstawy prawnej czynności Zamawiającego - art. 146 ust. 6 ustawy Odwołujący wskazuje, że nie daje on podstaw dla wystąpienia przez Prezesa Urzędu do sądu o unieważnienie umowy zawartej w wykonaniu unieważnionego przetargu. Niezbędnym wymogiem takiego wystąpienia jest bowiem zaistnienie czynności z naruszeniem ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Jak wynika z przedstawionych wyżej okoliczności postępowania, ewentualne uchybienia leżące po stronie Zamawiającego nie mogłyby mieć ostatecznie żadnego wpływu na rozstrzygnięcie przetargu, skoro, jak już wskazywano, wszyscy uczestnicy postępowania przetargowego w chwili składania ofert spełniali wszystkie warunki, również w zakresie posiadania niezbędnych zezwoleń. Kontynuacja postępowania, - nie prowadziłaby zatem do pokrzywdzenia żadnego z uczestników, którzy na równych prawach oczekiwaliby na ostateczne rozstrzygnięcie przetargu zgodnie z przyjętym przez Zamawiającego kryterium. Podkreślenia wymaga fakt, że unieważnienie postępowania przez Zamawiającego należy uznać za sprzeczne z interesem publicznym. Mając na uwadze fakt, że oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza, a jednocześnie nie jest dotknięta wadami

wykluczającymi go z udziału w przetargu, doprowadzenie do rozstrzygnięcia przetargu w dotychczasowym postępowaniu wybór najkorzystniejszej oferty stanowić powinno wyraz dbałości o stan finansów publicznych jak i społeczności lokalnej. Nie ulega wątpliwości, że po unieważnieniu postępowania, Zamawiający będzie musiał ogłosić nowe postępowanie o tym samym tytule. Odwołujący dostrzega, że już teraz widoczny jest zamiar takiego określenia warunku udziału w postępowaniu, aby Odwołujący nie mógł mu sprostać. Jest również wysoce wątpliwe uzyskanie ceny obecnej oferty Odwołującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 14 czerwca 2013 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę

dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu. Odwołujący wskazał następujące dowody: (dowód nr 1) Decyzja – zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów oraz ustalenia warunków 15 styczeń 2013 rok.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa") - *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: (…) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego* oraz zarzut naruszenia art. 146 ust. 6 ustawy *Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania* Izba uznała za niezasadne.

W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek, które uprawniały go do unieważnienia postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, zaznaczyć bowiem należy, że celem prowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia publiczne jest zawarcie umowy (udzielenie zamówienia) a unieważnienie postępowania o udzielnie zamówienia jest szczególną sytuacją. Izba wskazuje, za orzeczeniem z 10 stycznia 2013 roku sygn. akt KIO 2899/13, że z aktualnego brzmienia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy wynika, że Zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli postępowanie obarczone jest wadą, która, po pierwsze - jest niemożliwa do usunięcia, po drugie - uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. Zaznaczyć przy tym należy, że w aktualnym stanie prawnym w przypadku umów w sprawie zamówień publicznych przyjęto konstrukcję względnej nieważności umowy, której skutki, choć co do zasady sięgają od momentu jej zawarcia, mogą powstać dopiero z chwilą wydania konstytutywnego orzeczenia przez Izbę lub sąd powszechny. Orzecznictwo i doktryna stoi na stanowisku, że Zamawiający unieważniając postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy są uprawnieni do brania pod uwagę nie tylko okoliczności skutkujących unieważnieniem zawartej umowy wynikających z art. 146 ust. 1 ustawy, ale mogą i powinni brać również pod uwagę okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy mieszczące się w klauzuli generalnej art. 146 ust. 6 ustawy. Przyznanie wyłącznej kompetencji Prezesowi UZP do wzruszania zawartych już umów, nie powinno ograniczać możliwości Zamawiających niedopuszczenia do ich zawarcia przez

unieważnienie postępowania, w razie stwierdzenia, że jest ono obarczone takimi poważnymi i nieusuwalnymi wadami, wpływającymi na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego, choć wykraczającymi poza dyspozycje przepisów art. 146 ust. 1 pkt 1-6.

W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie wykazał takiego naruszenia przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego. Choć przepis art. 146 ust. 6 ustawy zawiera klauzulę generalną, nie oznacza to, że zakres zastosowania tego przepisu można rozciągać na wszystkie stany faktyczne obejmujące wszelkie nieprawidłowości Zamawiających w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Zasadą jest, że wszczęte postępowanie ma doprowadzić do wyłonienia najkorzystniejszej oferty, a nie zakończyć się unieważnieniem. Nie można także zupełnie pominąć okoliczności, że w aktualnym stanie prawnym możliwości unieważnienia postępowania z powołaniem się na wpływ tych nieprawidłowości na zawartą umowę, zostały przez ustawodawcę, w świetle literalnego brzmienia przepisów art. 146 ustawy, dla Zamawiających znacząco ograniczone,

co wskazuje na konieczność daleko idącej ostrożności przy powoływaniu się na inne, niż wskazane w art. 146 ust. 1 ustawy podstawy podlegania umowy unieważnieniu. Truizmem jest stwierdzenie, że w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych Zamawiający popełniają błędy, naruszając przy tym przepisy ustawy. Tym bardziej niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej przepisu art. 146 ust. 6, która pozwalałby Zamawiającym na unieważnienie postępowania z powołaniem się na jakiekolwiek wady prowadzonych przez nich postępowań. Mogłoby to wprost prowadzić do zagrożenia przestrzegania zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, szczególnie w sytuacji, gdy stwierdzenie wad postępowania miało miejsce już po ujawnieniu listy wykonawców, którzy mogą uzyskać dane zamówienie. Stąd stwierdzona przez Zamawiających wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik.

W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał na wady opisu przedmiotu zamówienia, wskazując, ze nie zostały ujęte dane dotyczące liczby mieszkańców oraz zostały ujęte niewłaściwe ilości nieruchomości niezamieszkałych na terenie gminy a także nie została podana liczba i rozmieszczenie posesji zamieszkałych a także nieruchomości niezamieszkałych objętych odbiorem odpadów w ramach realizacji zamówienia. Zamawiający wskazał, że opis przedmiotu zamówienia był niedokładny i nie pozwalał na przygotowanie porównywalnych ofert – wskazał również że brak podania liczby

mieszkańców powoduje, że każdy z mieszkańców mógł przyjąć inną liczbę mieszkańców do wyliczeń. Co powoduje, że wykonawcy nie mieli możliwości prawidłowego wyliczenia ceny a to przekłada się na niemożliwość dokonania badania ofert i ich wyceny pod kątem występowania okoliczności skutkujących stwierdzeniem czy nie została złożona oferta z rażąco niską ceną.
Izba ustaliła, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w SIWZ w pkt III – *Przedmiot zamówienia* wskazując co jest przedmiotem zamówienia – odbiór odpadów komunalnych zmieszanych oraz segregowanych, wskazanie z jakich pojemników ma następować odbiór odpadów oraz z jakiego obszaru tj. wskazanie ulicy (załącznik nr 4 do SIWZ) oraz szacunkowe ilości odpadów zostały określone liczbowo w tym ze wskazaniem ilości nieruchomości z rozróżnieniem ilości nieruchomości jednorodzinnych i wielorodzinnych i nieruchomości niezamieszkałych. Zamawiający odwołała się również do Uchwały nr XXXVI/307/13 Rady Miasta Sanoka z dnia 17 stycznia 2013 roku w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Miasta Sanoka (załącznik nr 3 do SWIZ) w zakresie dotyczącym częstotliwości i sposobu odbioru odpadów komunalnych oraz rodzaju odpadów.
W punkcie XIII SIWZ *Opis sposobu obliczenia ceny* Zamawiający podał między innymi, że: kalkulację ceny oferty należy sporządzić w oparciu o opis przedmiotu zamówienia a rozliczenie wykonania usługi odbywać się będzie wg rzeczywistej ilości odebranych odpadów komunalnych w oparciu o ryczałtowe ceny jednostkowe pozycji zaoferowane w załączniku nr 1. W formularzu oferty (załącznik nr 1 do SIWZ) Zamawiający wymagał podania cen jednostkowych netto za 1 Mg odpadów niesegregowanych oraz odpadów segregowanych. Wyliczenie ceny ofertowej nastąpiło na podstawie załącznika nr 2 zawierającego tabelę, której miały być wyliczone kwoty za 1 Mg odpadów zarówno niesegregowanych jak i segregowanych w oparciu o szacunkową ilość odpadów
W żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie odnosił się do ilości mieszkańców, dodatkowo na zadane w tym zakresie pytanie dotyczące uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia o ilość mieszkańców (odpowiedź Zamawiającego z dnia 16 kwietnia 2013 roku) Zamawiający poinformował wykonawców, że *dane zawarte w opisie przedmiotu zamówienia są wystarczające do sporządzenia oferty*. Jednocześnie w treści Wzoru umowy w paragrafie 3 Zamawiający wskazał, ze wynagrodzenie płatne będzie za rzeczywiście wykonane usługi a cena usługi obejmuje wszystkie koszty związane z jej realizacją zgodnie z umową.
Wykonawcy składając oferty złożyli oświadczenia (pkt 9 formularza oferty) że posiadają konieczne informacje, potrzebne do właściwego wykonania zadania, odbyli wizje w terenie, zapoznali się z SIWZ, wszystkimi materiałami i dokumentami, mającymi wpływ na złożenie

oferty i realizację zamówienia. zgodnie z paragrafem 2 Wzoru umowy częstotliwość odbioru

odpadów komunalnych stałych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych określać będzie Harmonogram wywozu nieczystości stałych, który sporządzić miał i złożyć przed podpisaniem umowy wykonawca.
W ocenie Izby stanowisko Zamawiającego, unieważnienia postępowania nie znajduje uzasadnienia, wyliczenie ceny za oferowaną usługę było możliwe co potwierdza fakt złożenia w postępowaniu 5 ofert na porównywalnym poziomie cenowym. Wymagania ukształtowane przez Zamawiającego w SIWZ co do sposobu realizacji usługi, obowiązki wykonawcy oraz sposób obliczenia ceny wskazują, że zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego przedmiot zamówienia można zrealizować, przedmiot tego zamówienia istnieje i jest opisany. Fakt, że przedmiot ten nie został opisany w sposób w jaki Zamawiający wskazuje w informacji o unieważnieniu postępowania nie przesądza o tym, że przedmiot jest opisany w sposób niewłaściwy. Co więcej, najbardziej obiektywnym weryfikatorem opisu przedmiotu zamówienia i w konsekwencji jego wpływu na wyliczenie warności usługi jakie zostało zaoferowane są sami wykonawcy w postępowaniu (5 złożonych ofert), którzy działając w konkurencji w stosunku do siebie a zarazem będąc profesjonalistami w swojej branży dokonali wyliczenia warności zamawianej usługi. W tym miejscu należy zaznaczyć również, że sam Zamawiający szacował wartość zamówienia w oparciu o wartość odbioru i transportu 1 Mg odpadów odpowiednio zmieszanych i segregowanych w przeliczeniu razy ilość odpadów odebranych w roku 2012 x 3,5 roku x stawka za tonę jaką dotychczas płacono. Wskazać również należy, że argumentacja Zamawiającego odnosząca się niewłaściwości opisu przedmiotu zamówienia a mająca umocowanie w tym, że opis przedmiotu zamówienia jest niewłaściwy również nie daje się obronić bowiem nowe przepisy dotyczącego gospodarowania odpadami tzn. przeniesienie obowiązków na inne podmioty rodzi wątpliwości co do sposobu szacowania wartości zamówienia, która w tych warunkach prawnych dokonywana jest pierwszy raz. Zmiana koncepcji opisu przedmiotu zamówienia po stronie Zamawiającego, chęć zmiany przedmiotu zamówienia, jego uzupełnienie lub zmiana sposobu realizacji nie może stanowić podstaw do unieważnienia postępowania. Kryteria unieważnienia postępowania wynikają z ustawy a nie z uznania Zamawiającego (porównaj: wyrok SO w Warszawie z 30 sierpnia 2010 roku sygn. akt IV Ca 831/10; wyrok SO w Warszawie z 14 sierpnia 2012 roku sygn. akt V Ca 788/12).

Zamawiający w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania o udzielnie zamówienia wskazał również drugą grupę przyczyn stanowiących podstawę faktyczną dokonanej przez Zamawiającego czynności.
Po pierwsze (1) Zamawiający wskazał, że określił, iż warunek w zakresie uprawnienia do wykonywania określonej działalności należało wykazać posiadanie zezwolenie

na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów wydanego przez właściwy organ zgodnie z ustawą o odpadach, natomiast nie wskazał Zamawiający w jaki sposób wykonawca ma wykazać posiadanie tego zezwolenia, czy to przez złożenie zezwolenia czy też w inny sposób np. złożenie oświadczenia. Sam Zamawiający wskazał, że prowadzi to do dowolności wykazania tego ukształtowanego wymagania. W ocenie Izby należy zgodzić się w części ze stanowiskiem Zamawiającego a mianowicie z tym, że w przypadku gdy nie zostały ukształtowane wymagania w zakresie dokumentów i oświadczeń jakie mają złożyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu Zamawiający nie może na etapie oceny ofert dokonywać modyfikacji SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu i wprowadzać nowych dokumentów i oświadczeń. Tym samym skoro Zamawiający podał warunek zgodnie z art. 22. ust. 1 pkt 1 ustawy oraz opis sposobu oceny spełnienia tego warunku (art. 41 pkt 7 i art. 36 ust. 1 pkt 5) jednakże nie wskazał oświadczeń lub dokumentu na potwierdzenie spełnienia tego warunku (art. 36 ust. 1 pkt 6) to na etapie oceny ofert nie może żądać tych dokumentów od wykonawców. Aby skutek w postaci skutecznej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty wymagania stawiane wykonawcom muszą być skonkretyzowane (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 7 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 984/08). W tym przypadku Zamawiający

nie skonkretyzował wymagania co do dokumentu / oświadczenia jakie mają złożyć wykonawcy, nie określił tego dokumentu, w efekcie czego wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji czynności Zamawiającego. Zamawiający nie może żądać na etapie oceny oferty zaświadczenia lub oświadczenia od wykonawców, którzy tego zaświadczenia / oświadczenia w tym zakresie nie złożyli ale również nie może to stanowić podstawy do unieważnienia postępowania o udzielnie zamówienia publicznego w rozpoznawanej sprawie, co zostało wielokrotnie wykazane zarówno w orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, orzeczeniach sądów powszechnych ale i w literaturze przedmiotu. Dodatkowo należy wskazać, że na rozprawie Odwołujący przedstawił zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów.
Po drugie (2) Zamawiający wskazał, że podstawą unieważnienia postępowania o udzielnie zamówienia jest „całkowite pominięcie obowiązku wynikającego z art. 9 c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (…).” Zamawiający wskazał, że „powinien był ustanowić warunek udziału w postępowaniu oparty o badanie posiadania przez podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia – wpisu do właściwego rejestru w Gminie Miasta Sanok”. Izba wskazuje, że zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Zamawiający w postępowaniu może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania natomiast zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Zamawiający żąda od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnienie warunków

udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustaw. W ocenie Izby i ten argument Zamawiającego nie może być uwzględniony jako podstawa unieważnienia postępowania. Wskazać należy, że powyżej (1) nie został uwzględniony jako podstawa unieważnienia postępowania argument nieokreślenia dokumentu / oświadczenia jaki wykonawcy mają przedstawić w celu wykazania potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu zawartego w opisie sposobu spełnienia warunku, co w ocenie Izby, w zakresie rozpoznawanej argumentacji (2) ma zasadnicze znaczenie, bowiem nieokreślenie danego opisu sposobu spełnienia warunku oraz określenie takiego opisu ale niewskazanie dokumentów / oświadczeń na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w efekcie prowadzi do takiego samego skutku – niezłożenia dokumentów / oświadczeń przez wykonawców ubiegających się o zamówienie. Wskazane naruszenie stanowiące uzasadnienie decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania, nie należy w ocenie Izby do przesłanek wskazujących na konieczność unieważnienia umowy w przypadku jej zawarcia (art. 146 ust. 6 ustawy), należy w tym miejscu przychylić się do poglądu wyrażonego w orzeczeniu KIO 2134/11 z 17 października 2011 roku, iż „wynik postępowania należy utożsamiać zasadniczo z momentem zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej lub czynności unieważnienia postępowania. Przy wykazanej przesłance, o której stanowi art. 146 ust. 6 ustawy Pzp należałoby zatem wykazać, że gdyby nie określone naruszenie przepisów ustawy Pzp postępowanie zakończyłoby się wyborem innej oferty, bądź koniecznością unieważnienia postępowania”. Odnosząc to do rozpoznawanej sprawy, Zamawiający musiał wykazać, że gdyby nie to naruszenie w postaci nieokreślenia oceny sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie „wpisu do właściwego rejestru w Gminie Miasta Sanok” to o zamówienie ubiegaliby się inni wykonawcy, to o zamówienie nie ubiegaliby się wykonawcy którzy złożyli oferty, to że o zamówienie ubiegałaby się inna grupa wykonawców – nic takiego Zamawiający nie wykazał. Sąd Okręgowy w Gliwicach, w wyroku z 23 lutego 2007 roku sygn. akt: X Ga 23/07/za wskazał, iż „Formalizm *postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (…)”.* Zamawiający zobowiązany jest do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania a jego działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

Po trzecie (3) Zamawiający wskazał, że żądał dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w sytuacji gdy nie ustalił „kryteriów oceny spełniania tych warunków, nie opisanie szczegółowo sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu (…)". Faktem jest, że Zamawiający w sposób blankietowy przez skopiowanie odpowiednich przepisów (rozporządzenia) wskazał dokumenty jakie mają złożyć wykonawcy w postępowaniu w celu wykazania spełnienia warunków dotyczących zdolności finansowej i ekonomicznej oraz wykazu narzędzi i usług , jednocześnie Zamawiający w odpowiedzi z 16 kwietnia 2013 roku wyjaśnił, że „Wykonawca składa stosowne oświadczenie zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy. (…)" oraz wyjaśnił, że na potwierdzenie spełnienia warunku doświadczenia i sytuacji ekonomicznej i finansowej zażądał dokumentów zgodnych z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku. W zakresie potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia Zamawiający nie wprowadził opisu sposobu spienienia warunku udziału w postępowaniu i nie określił szczególnych wymagań jakie mieli spełniać wykonawcy, Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia w zakresie wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy (załącznik nr 5 do SWIZ), przy czym w zakresie wykazania potencjału technicznego żądał złożenia dokumentów. Wskazać należy, że działanie Zamawiającego choć nie jest prawidłowe, w ocenie Izby nie rodzi podstaw do unieważnienia postępowania o udzielnie zamówienia. W zakresie warunku potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia brak określenia opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu powoduje, że żądane dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunku, w tym przypadku w zakresie potencjału technicznego nie będą mogły podlegać weryfikacji, bowiem nie ma Zamawiający w stosunku do nich odniesienia, tym samym złożenie ich jak i nie złożenie nie wywoła żadnych skutków. W zakresie warunku dotyczącego osób zdolnych do wykonania zamówienia Zamawiający nie opisał sposobu oceny spełnienia tego warunku ponad wymaganie dotyczące oświadczenia, oraz nie wskazał dokumentów, które wykonawcy mają złożyć. Izba wskazuje, że ustawa nie nakłada obowiązku żądania wszystkich dokumentów w postępowaniu, nie nakłada opisywania sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu wobec wszystkich możliwych warunków – ustawa wymaga żądania dokumentów, które są niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Należy również zaszczyć, że marginalizuje się znaczenie oświadczenia o spełnieniu warunków z art. 22 ustawy, o którym stanowi art. 44 ustawy. Każdy wykonawca ma obowiązek złożenia takiego oświadczenia. Zamawiający nie wykazał, w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania, dlaczego opisanie sposobu spełnienia niektórych z warunków udziału w postępowaniu oraz żądanie niektórych z dokumentów w postępowaniu ma mu gwarantować

wybór wykonawcy i zawarcie umowy o udzielenie zamówienia, która nie będzie podlegać unieważnieniu.
Po czwarte (4) Zamawiający wskazał, że wprowadził w załączniku nr 7 do SIWZ zawężającą interpretację sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu a nie zawarł tych informacji w ogłoszeniu o zamówieniu. Izba wskazuje za ugruntowanym stanowiskiem reprezentowanym w orzecznictwie jak i w doktrynie, że w takich przypadkach ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu następuje w pryzmacie warunku określonego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ z wyłączeniem informacji zawartych w złączniku nr 7. Tym samym również i to uchybienie jakiego dokonał Zamawiający nie stanowi podstawy do unieważnienia postępowania.
Po piąte (5) Zamawiający wskazał, że zaniechał żądania złożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy. Wskazać należy, że brak żądania informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy, przy jednoczesnym żądaniu informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 i pkt 9 ustawy i nie powoduje wadliwości postępowania w stopniu uniemożliwiającym zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, ponieważ złożenie informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie wskazanym powyżej wyczerpuje przesłanki wykluczenia art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy. Niezaprzeczalnie faktem jest, że ustawodawca w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy podał podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania a w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 roku *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* w paragrafie 3 ust. 1 pkt 7 prawodawca

wskazał, że w przypadku zamówień innych niż zamówienia, o których mowa w art. 131a ust. 1 i art. 132 ust. 1 ustawy, Zamawiający żąda aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. Nie należy zapominać o tym, że wykonawca składa również oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy (paragraf 3 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia), czym wykonawcy potwierdzają również, że nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy. W tym miejscu należałoby wskazać ponownie, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego choć jest bardzo sformalizowane nie powinno stanowić samo dla siebie celu a mieć na względzie wybór wykonawcy w postępowaniu, który nie podlega ustawowym przesłankom wykluczenia oraz jest w stanie realizować zamówienie. Uchybienia w zakresie opisu sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz w zakresie żądania dokumentów / oświadczeń w celu potwierdzenia spełnienia warunków

udziału w postępowaniu nie stanowią przyczyn unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy), bowiem nie miały one wpływu na wynik postępowania – Zamawiający nie wykazał jaki mogły mieć wpływ lub miały wpływ na wynik postępowania. Nie wszystkie uchybienia w postępowaniu stanowią podstawę jego unieważnienia. W rozpoznanej sprawie w postępowaniu zostało złożonych pięć ofert na porównywalnym poziomie finansowym co wskazuje na jednoznaczne rozumienie opisu przedmiotu zamówienia, znajomość przedmiotu postępowania oraz wykonanie wszystkich obowiązków jakie nałożył Zamawiający w tym dokonanie wizji lokalnej oraz niepodleganie wykluczeniu z postępowania. Zamawiający nie wykazał (zgodnie z art. 6 Kc oraz art. 190 ust. 1 ustawy) w sposób nie budzący wątpliwości, że podniesione przez Zamawiającego wady skutkować muszą unieważnieniem postępowania, unieważnienie postępowania stanowić powinno ostateczną decyzję.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt. 1 i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Nie zostały uwzględnione koszty Odwołującego w zakresie w jakim zostały poniesione przy dostarczeniu odwołania do Izby(tj. 400,01 zł. – koszt paliwa).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……