

Kielce, dnia 8 czerwca 2022 r.

Do: Prezesa Karowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A
02-676 Warszawa

Odwołujący:

Lider konsorcjum:

ENERIS Surowce S.A.,
ul. Zagnańska 232a, 25 – 563 Kielce
KRS: 0000064208; NIP: 5272098636

Partner konsorcjum:

ENERIS Tomaszów Mazowiecki Spółka z o.o.
ul. Majowa 87/89, 97 – 200 Tomaszów Mazowiecki
KRS: 0000724076; NIP: 7732486075

Adres do korespondencji:

Centrum Usług Wspólnych
ul. Koszykowa 65; 00-667 Warszawa
Faks: +48 22 331 90 40
e-mail: przetargi@eneris.pl
Pełnomocnik: Marta Małąg

Zamawiający:

Gmina Mniszków

ul. Powstańców Wielkopolskich 10
26-341 Mniszków
tel. 44/ 756-15-22 fax 44/ 756- 15-23
e-mail: przetargi@mniszkow.pl
www.mniszkow.pl; www.bip.mniszkow.pl
NIP 7681719189

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej: „**ustawa PZP**”), wnoszę odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego – Gminy Mniszków (dalej: „**Zamawiający**”) w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, pn.: Odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z terenu Gminy Mniszków w terminie 01.07.2022r. do 30.06.2023 r. (dalej: „**Postępowanie**”) w zakresie zaniechania unieważnienia Postępowania.

Interes w uzyskaniu zamówienia:

W ocenie Odwołującego wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ustawy PZP, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz

możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP. Odwołujący jest jednym z podmiotów prowadzących działalność gospodarczą w zakresie odbierania odpadów komunalnych, a nadto złożył w postępowaniu niepodlegającą odrzuceniu ofertę. W związku z zaniechaniem unieważnienia Postępowania, zamówienie otrzyma podmiot nieweryfikowalny w zakresie istotnym z punktu widzenia przedmiotu zamówienia i przepisów prawa. Takie rozstrzygnięcie powoduje powstanie szkody po stronie Odwołującego poprzez nieuzyskanie przez niego zamówienia, a tym samym poprzez nieosiągnięcie zysku. W przypadku unieważnienia postępowania, Odwołujący może ciągle uzyskać zamówienie, a nadto Zamawiający będzie dysponował instrumentami pozwalającymi ocenić mu prawidłowość wyboru danego wykonawcy.

Przepis art. 505 ust. 1 ustawy PZP stanowi implementację do prawa krajowego art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. L 395, s. 33), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U. L 335, s. 31) (zwanej dalej "**dyrektywą 89/665**"), czyli tzw. dyrektywy odwoławczej.

Pojęcie interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszeń prawa przez instytucję zamawiającą dotyczy po pierwsze zamówienia, które jest przedmiotem postępowania, w ramach którego wniesiono odwołanie. TSUE wskazał także jednoznacznie, że interesu tego można także upatrywać w sytuacji, w której wprowadzie w wyniku środka odwoławczego zamawiający nie będzie w stanie wybrać oferty w obecnym postępowaniu i wnoszący odwołanie zamówienia w tym postępowaniu nie uzyska. Trybunał sprecyzował jednak, że w takiej sytuacji można powołać się na interes w uzyskaniu zamówienia rozumiany jako możliwość uzyskania zamówienia w ramach procedury ponowionej przez zamawiającego.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów ustawy PZP:

1. art. 255 pkt 6 w zw. z art. 281 ust. 1 pkt 12 oraz w zw. z art. 99 ust 1 i 4, a także art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP oraz art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g. poprzez zaniechania unieważnienia Postępowania w sytuacji, gdy Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą nie wskazał w ofercie instalacji, w której przekażą odbierane odpady komunalne, a która to wada nie jest możliwa do usunięcia (gdyż nie istnieje w przepisach prawa możliwość uzupełnienia oferty po jej otwarciu o elementy nie wymagane pierwotnie w postępowaniu) oraz prowadzi do nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego, ze względu na naruszenie przepisów u.c.p.g. oraz narusza to przejrzystość postępowania i równego traktowania w wykonawców; zamawiający nie ma możliwości stwierdzić przed wyborem konkretnego wykonawcy, czy jest on w stanie legalnie zagospodarować odbierane odpady, a więc prawidłowo i zgodnie z przepisami wykonać zamówienie publiczne.

Wskazując na powyższe wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienie Postępowania.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13.05.2022 r. pod numerem 2022/BZP 00157629/01

O okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania Odwołujący dowiedział się dnia 03.06.2022 r., w dniu, w którym otrzymał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z art. 254 ustawy PZP Postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się: 1) zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo 2) unieważnieniem postępowania. W związku z tym dopiero po uzyskaniu informacji o wyborze oferty, Odwołujący dowiedział się o zaniechaniu unieważnienia postępowania.

W tym kontekście podkreślenia wymaga, że pomimo tego, iż wada tkwi w samej dokumentacji to okoliczności uzasadniające unieważnienie postępowania, z powodów wskazanych w przytoczonych w uzasadnieniu orzeczeniach, ujawniła się po złożeniu ofert, co szerzej wyjaśniono w uzasadnieniu odwołania.

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Mniszków prowadzi Postępowanie, którego przedmiotem jest „Odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z terenu Gminy Mniszków w terminie 01.07.2022 r. do 30.06.2023 r.”. Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym, na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy PZP.

Przedmiotem zamówienia jest odbieranie, transport **i zagospodarowanie** odpadów. Przygotowując takie postępowanie Zamawiający ma obowiązek wypełnić wszystkie wymogi określone w ustawie PZP oraz te wskazanego w u.c.p.g. Zgodnie z tą ostatnią, w szczególności art. 6d ust. 4 pkt 5) u.c.p.g.: Wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich w szczególności:

5) instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady;

Zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5) u.c.p.g.: Wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia:

- określa w nich w szczególności instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości, lub
- zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady.

Jako, że przedmiotem zamówienia w Postępowaniu jest odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych w związku z tym, Zamawiający zobowiązany był do żądania wskazania w ofercie instalacji, w szczególności instalacji komunalnych, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady.

Jak podkreśla KIO w **wyroku z dnia 31.01.2022 r. KIO 21/22**: *O doniosłości tej informacji wielokrotnie wypowiadała się KIO wskazując, że nie można jej nadać wyłącznie charakteru informacyjnego, a błędny wykaz, lub wykaz niepełny, a także nie pozwalający na pełne zweryfikowania w jaki sposób zostaną zagospodarowane odpady, skutkuje odrzuceniem oferty.*

Kolejno wskazać należy, że Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby wykaz instalacji, do których będą przekazywane odpady nie stanowił elementu merytorycznego oferty i miał on tylko i wyłącznie charakter informacyjny. W ocenie składu orzekającego, z przepisu art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g wynika, że w zamówieniach na odbiór i zagospodarowanie odpadów w przypadku sporządzenia specyfikacji, zamawiający zobowiązuje wykonawców do wskazania w ofercie instalacji, a w szczególności instalacji komunalnych, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazać odebrane odpady. A zatem to ustawodawca w przepisach ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach informację dotyczącą instalacji, do których będą przekazywane odebrane odpady uznał na tyle istotną, że zobowiązał zamawiających do żądania od wykonawców tej informacji w ofercie. Izba przyjmuje za własny pogląd wyrażony w wyroku z dnia 9 października 2020 r. sygn. akt: KIO 2348/20, zgodnie z którym: "obowiązku tego nie można przy tym traktować jako zwykłego formalizmu, ponieważ ma on swoje uzasadnienie. Zamawiający powinien wiedzieć już z oferty z jakich instalacji do odbioru odpadów będzie korzystał wykonawca. Pozwoli mu to na ocenę sposobu realizacji zamówienia przez wykonawcę, co niewątpliwie może mieć przełożenie na ocenę zgodności oferty z treścią SIWZ lub wysokości ceny realizacji zamówienia w tym jego istotnych części składowych pod kątem rażąco niskiej ceny. Jeśli zamawiający nie zna docelowej instalacji odbioru odpadów, z której korzystał będzie wykonawca to w powyżej określonym zakresie nie będzie mógł rzetelnie zbadać i ocenić jego oferty."

Uwzględniając powyższe rozważania, Izba stwierdziła, że brak podania w ofercie informacji o instalacjach do których będą przekazywane odpady, uniemożliwił Zamawiającemu zbadanie oferty Odwołującego pod kątem zakresu i sposobu, w jaki będzie wykonywane świadczenie obejmujące przedmiot zamówienia.

W treści dokumentów zamówienia Zamawiający nie zawarł jednak wymogu wskazania w ofercie instalacji, w szczególności instalacji komunalnych, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady. W efekcie tego błędu Wykonawca Zakład Usług Komunalnych „HAK” Stanisław Burczyński, ul. Próchnika 25, 97-300 Piotrków Trybunalski (dalej: „**Wykonawca HAK**”), złożył ofertę, w której nie wykazał żadnej instalacji, do której przekaże odpady. Pomimo takiego braku oferta została uznana za najkorzystniejszą i wybrana.

W tych okolicznościach, jak wskazuje KIO w orzecznictwie – postępowanie podlega unieważnieniu.

W **wyroku z dnia 07.02.2022 r. KIO 169/22**, Izba wprost odniosła się do identycznej sytuacji, prowadząc bardzo szczegółowe rozważania na temat konieczności unieważnienia postępowania wskazując, że:

Przywołana przesłanka dająca możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego występuje wówczas, gdy postępowanie obarczone taką wadą, która na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia jest niemożliwa do usunięcia, a wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przesłanka unieważnienia postępowania określona tym przepisem składa się więc z koniunkcji dwóch okoliczności, których łączne wystąpienie warunkuje zastosowanie przepisu. Po pierwsze musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania) - w odróżnieniu od wady, którą można przypisać umowie. Po drugie, dopiero ta wada postępowania, ma skutkować niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia. Wada zaistniała w postępowaniu musi być na tyle istotna, iż niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy. Nie może być to jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie. Konieczne jest wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. W dodatku wada ta musi być niemożliwa do usunięcia.

Dla Izby nie ulega wątpliwości, że jednym z podstawowych obowiązków Zamawiającego jest prawidłowe sporządzenie SWZ, w tym opis przedmiotu zamówienia, opis obowiązków wykonawcy, który świadczyć będzie dane usługi, w tym jego obowiązków umownych jako elementu znaczącego i warunkującego wybór oferty najkorzystniejszej. To między innymi opis przedmiotu zamówienia i ustalenie obowiązków umownych decyduje, czy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego można uznać czyniące zadość podstawowym zasadom ustawy Pzp, w tym zasadzie przejrzystości postępowania. Warunkiem zachowania zasady przejrzystości postępowania jest między innymi jednoznaczne określenie przedmiotu zamówienia. Chodzi o to, by wykonawcy, mogli zorientować się i wziąć pod uwagę przy przygotowywaniu ofert, jakie są oczekiwania zamawiającego względem ofert składanych w postępowaniu, w szczególności, w jaki sposób oferty będą oceniane.

W ocenie składu Izby niejednoznaczność opisu odnoszącego się do przedmiotu zamówienia, w tym wymagań ustawowych SWZ, do wprowadzenia których zamawiający jest zobowiązany przepisami rangi szczególnej w stosunku do ustawy Pzp, w ramach prowadzonego postępowania może stanowić negatywną przesłankę udziału w postępowaniu dla wykonawców i może być uznana za wadę takiego postępowania. Brak ustaleń co do wskazania miejsca instalacji, do której dany Wykonawca będzie przekazywał odpady komunalne nie pozwala na przeprowadzenie obiektywnego procesu oceny każdej oferty, na porównanie złożonych ofert, zaś wynik tego porównania nie będzie jednoznacznie wskazywać, która oferta jest lepsza i bardziej realizuje cel zamówienia. Niewątpliwie wybór instalacji, jej usytuowanie i ceny, które oferuje wpływają na kształt ceny oferty. Cena za odbiór danej frakcji odpadów jest niewątpliwie czynnikiem kosztotwórczym w przypadku zamówień na odbiór i zagospodarowanie odpadów. Brak tych informacji w ofercie utrudnia Zamawiającemu choćby porównanie wiarygodności poziomu cen poszczególnych ofert, sprawdzenie czy cena danej oferty nie jest rażąco niska. Podanie informacji o instalacji pozwala bowiem na ocenę sposobu realizacji świadczenia.

Powyższy wymóg, to jest podanie adresu instalacji, ma swoje odzwierciedlenie w treści art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t. j. Dz. U.

z 2021 r. poz. 888, dalej również jako u.c.p.g.), zgodnie z którym wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych określa w nich instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady. Wymóg ten ma charakter bezwzględny, co oznacza, że zamawiający nie może się z tego obowiązku w żaden sposób zwolnić.

W związku z faktem, iż przedmiotowe postępowanie dotyczy kompleksowej usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, w świetle treści art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g. Zamawiający był zobligowany do zobowiązania wykonawców do wskazania w ofercie instalacji komunalnych, do których będą przekazywane odpady komunalne. Obowiązek ten nie wybrzmiewa z zapisów SWZ, co Izba uważa za fakt bezdyskusyjny. Zamawiający w stosunku do treści oferty w żaden sposób nie zobowiązał Wykonawców do podania informacji o instalacjach, z których będą korzystać podczas realizacji świadczenia. A samo wskazanie we wzorze umowy, że przed podpisaniem zobowiązania umownego, wybrany Wykonawca zobowiązany jest do podania danych instalacji do umowy, Izba uważa za niewystarczające. Dostrzeżenia wymaga, iż przepisy u.c.p.g. jednoznacznie obligują do wskazania instalacji w ofercie (podkreślenie własne). Oferta to pojęcie o charakterze zdefiniowanym w doktrynie Prawie zamówień publicznych, odnosi się ono do momentu złożenia oświadczenia woli zawarcia umowy drugiej stronie, która musi dane warunki zaakceptować. Wymóg wskazania instalacji w jasny i klarowny sposób odnosi się do momentu złożenia oferty, a nie momentu podpisania zobowiązania umownego. Zamawiający w ten sposób uzyskuje informacje na jakich zasadach dany podmiot będzie świadczenie realizował, co w konsekwencji doprowadzić może do podpisania umowy. W konsekwencji zatem złożenie oferty poprzedza podpisanie umowy i jest odrębnym etapem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wykaz instalacji, do których dany Wykonawca będzie przekazywał odpady, nie może być traktowany jako wyłącznie obowiązek informacyjny, czy deklaratoryjny. Podmiot składający ofertę składa oświadczenie woli, które nie może być dowolnie zmieniane i które ma charakter wiążący, zatem nie można traktować oferty jako wyłącznie "pisma informacyjnego". Decydując się na wpisanie określonych instalacji do oferty, Wykonawca zobowiązuje się, że właśnie do tych instalacji będzie rzeczywiście przekazywał odpady. Taki jest bowiem charakter oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia i taki jest cel zamieszczenia przez zamawiającego chociażby w formularzu ofertowym. Możliwa jest przecież sytuacja, że Wykonawca wskaże w ofercie instalacje, którym z różnych przyczyn nie będzie mógł przekazywać odpadów, co powoduje, że jego oferta powinna zostać uznana za niezgodną z wymaganiami SWZ. Tym samym konieczność podania w składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertach informacji o instalacjach ma doniosłe znaczenie prawne dla treści oferty i jej ważności w postępowaniu.

Jeśli ustawodawca uznał informację dotyczącą podania w ofercie instalacji w przypadku zamówień na odbiór i zagospodarowanie odpadów na tyle istotną, że zobowiązał zamawiającego do wskazania w SWZ, aby wykonawcy ją podawali, to nie ma żadnych podstaw do zakwestionowania czy pominięcia tego wymogu. Treść przepisu u.c.p.g. jest jasna, jednoznaczna i nie może budzić żadnych

wątpliwości. Przepis ten należy potraktować jako *lex specialis* względem przepisów Pzp i w związku z tym jest to kolejny obowiązek, jaki ustawodawca nakłada na zamawiającego.

W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie można było dostrzec związek przyczynowo - skutkowy, pozwalający uznać za potencjalny wpływ na wynik postępowania, wady powstałej w wyniku zaniechania wykonania przez Zamawiającego obowiązku wynikającego z art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g. W wyniku działań Zamawiającego postępowanie zostało obciążone wadą, ponieważ nie zobowiązał on w SWZ wykonawców do wskazania w ofercie instalacji, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, będzie obowiązany przekazać odebrane odpady. Dodatkowo przedmiotowa wada była niemożliwa do usunięcia ponieważ - jak ustaliła Izba z okoliczności sprawy oraz stanowisk Stron - powstała od dnia opublikowania postępowania i została ujawniona już po upływie terminu składania ofert. Nie ma przy tym znaczenia, w ocenie Izby, że Wykonawcy w toku prowadzonego postępowania na powyższą okoliczność nie zwracali uwagi i nie kwestionowali jej wcześniej, po ogłoszeniu postępowania. To obowiązkiem zamawiającego jest prawidłowe i zgodne z przepisami ukształtowanie zapisów SWZ. Zaniechania w tym zakresie nie mogą obciążać wykonawców, których uprawnieniem jest dążenie do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, która będzie ważna i nie objęta sankcją nieważności.

Ostatnią 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 Pzp nie zabrania. Izba zwraca uwagę, że w przepisach ustawy Pzp istnieje możliwość uznania umowy za nieważną na podstawie art. 457 ust. 5 ustawy Pzp który stanowi, że przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70[5] ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny. Dyspozycja art. 70[5] Kc znajdzie zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych zawartych w wyniku jakiegokolwiek postępowania otwartego (poprzedzonego ogłoszeniem) prowadzonego w oparciu o przepisy Pzp. Możliwość żądania unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w oparciu o art. 70[5] Kc jest niezależna od podstaw i ograniczeń unieważnienia na podstawie przepisów Pzp. Mając świadomość, że podstawa ta nie została wskazana w odwołaniu, uwagi te mają charakter dodatkowy, co nie zmienia przekonania Izby, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu.

Podobnie w powołanym wyżej przez Izbę **wyroku z dnia 09.10.2020 r. KIO 2348/20**, gdzie sam Zamawiający unieważnił postępowanie w takich samych okolicznościach, a czynność ta była

przedmiotem oceny KIO. Izba uznała, że w tych okolicznościach unieważnienie postępowania jest koniecznością, argumentując, że:

W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie można było dostrzec związek przyczynowo- skutkowy, pozwalający uznać za potencjalny wpływ na wynik postępowania, wady powstałej w wyniku zaniechania wykonania przez zamawiającego obowiązku wynikającego z art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g. Obowiązku tego nie można przy tym traktować jako zwykłego formalizmu, ponieważ ma on swoje uzasadnienie. Zamawiający powinien wiedzieć już z oferty z jakich instalacji do odbioru odpadów będzie korzystał wykonawca. Pozwoli mu to na ocenę sposobu realizacji zamówienia przez wykonawcę, co niewątpliwie może mieć przełożenie na ocenę zgodności oferty z treścią SIWZ lub wysokości ceny realizacji zamówienia w tym jego istotnych części składowych pod kątem rażąco niskiej ceny. Jeśli zamawiający nie zna docelowej instalacji odbioru odpadów, z której korzystał będzie wykonawca to w powyżej określonym zakresie nie będzie mógł rzetelnie zbadać i ocenić jego oferty. Ponadto w przedmiotowej sprawie znaczenie miała jeszcze jedna okoliczność polegająca na tym, że odwołujący w swojej ofercie nie wskazał instalacji do odbioru odpadów, natomiast inny wykonawca, który także złożył ofertę w postępowaniu - co prawda jako podwykonawcę, ale jednak - wskazał w formularzu ofertowym oraz JEDZ podmiot, który prowadzi taką instalację. Przez co istnieje duże prawdopodobieństwo, że w wyniku tej okoliczności, powstałej przez zaniechanie zamawiającego, a niezależnej od wykonawców, obaj wykonawcy zostaną inaczej potraktowani, co tym bardziej potwierdza możliwość wpływu powstałej wady na wynik postępowania. Tym bardziej, że zamawiający wobec oferty odwołującego nie będzie mógł zastosować art. 87 ust. 1 Pzp, dla wyjaśnienia tej kwestii, ponieważ stanowiłoby to uzupełnienie treści oferty, co zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby jest niedopuszczalne.

Dodatkowo odwołujący, szczególnie na rozprawie podkreślał, że zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia nie wykazał wpływu braku określenia instalacji w treści oferty na wynik postępowania. Zamawiający wyjaśniając kwestie wpływu na wynik postępowania wskazał, że odwołujący nie wypełnił obowiązku wynikającego z art. 6d ust 4 pkt 5 u.c.p.g., ponieważ to zamawiający nie wskazał stosownych informacji w treści SIWZ. W ocenie Izby zamawiający słusznie argumentował, że postępowanie zamawiającego może doprowadzić do nierównego traktowania wykonawców i to ma wpływ na wynik postępowania. Ponadto zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia wskazał, że mając na uwadze uczciwą konkurencję, którą zamawiający ograniczył w niniejszym postępowaniu poprzez nie uwzględnienie wymaganych prawem zapisów z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku Zamawiający unieważnia niniejsze postępowanie. Co prawda zamawiający mógł bardziej szczegółowo opisać wpływ powstałej wady na wynik postępowania, jednak mając na uwadze stan sprawy Izba nie zakwalifikowała tej okoliczności jako naruszenia przepisów, uzasadniającego uwzględnienie odwołania szczególnie, że odwołujący nie miał problemów z ustaleniem powodów czynności zamawiającego i mógł przedstawić w tym zakresie argumentację.

W sprawie o sygnaturze KIO 634/22, Zamawiający w identycznych okolicznościach uwzględnił odwołanie i dokonał czynności unieważnienia postępowania.

W tych okolicznościach brak wymogu w zakresie wskazania instalacji oraz brak wskazania instalacji przez wybranego wykonawcę powoduje, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

I. W zakresie braku podstaw do odrzucenia oferty i braku możliwości jej oceny

Jedynie ma marginesie należy wskazać, że w zaistniałej sytuacji Odwołujący nie ma podstaw prawnych do postawienia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy HAK. Podstawy odrzucenia oferty są określone w art. 226 ustawy PZP i nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Spośród nich może hipotetycznie rozważać odrzucenie oferty, która:

- 3) jest niezgodna z przepisami ustawy;
- 4) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;
- 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

Żadna z tych postaw nie zachodzi. Oferta Wykonawcy HAK nie jest niezgodna z dokumentami zamówienia, bo nie zawarto w nich wymogu wskazania instalacji. Nie jest też niezgodna z ustawą (nawet gdyby pojęcie to rozumieć nie tylko jako ustawa PZP), gdyż przepis art. 6d ust. 4 pkt 5) u.c.p.g. kierowany jest do zamawiającego, nie wykonawcy. W związku z tym nie ma podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy w sytuacji, gdy to zamawiający zaniechał swoich ustawowych obowiązków. Po trzecie, oferta nie jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, z uwagi na brak przepisu, który by taką sankcję nieważności określał.

W tych okolicznościach, pomimo tego że oferta nie zawiera podstawowych elementów pozwalających na ocenę sposobu wykonania zamówienia, wymaganych ustawowo, nie ma formalnych podstaw do jej odrzucenia, dlatego konieczne jest unieważnienie postępowania.

II. W zakresie terminu do wniesienia odwołania

Może się na pozór wydawać, że skoro wada postępowania bierze swój początek w dokumentach zamówienia to odwołanie powinno być wniesione wcześniej. Jednakże okoliczności uzasadniające unieważnienie postępowania, czyli faktyczna wada konkretnego Postępowania, ujawniła się dopiero po złożeniu ofert, a wiadomość o braku odpowiedniej decyzji Zamawiającego w kontekście unieważnienia postępowania, dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej. O wadzie postępowania decydują bowiem dwa elementy, treść dokumentów zamówienia i treść oferty.

W praktyce zdarza się, że w postępowaniach, których przedmiotem jest odbiór i zagospodarowanie odpadów Zamawiający nie wymagają wskazania wykazu instalacji, do których będą przekazane odpady. Dowodem tego są chociażby zacytowane orzeczenia KIO, gdzie taka sytuacja miała miejsce. Jednakże Wykonawcy, biorący udział w postępowaniu, jako profesjonalisci, znając treść art. 6d ust. 4 pkt 5) u.c.p.g. wskazują instalacje, mimo braku wyraźnego wymogu (co uczynił Odwołujący w tym Postępowaniu i czyni zawsze). W takiej sytuacji, nie dochodzi do nieporównywalności ofert, zachwiania uczciwej konkurencji, czy braku kontroli strumienia odpadów po stronie Zamawiającego. Warto przypomnieć, że celem wprowadzenia przepisu nakazującego żądania przedstawiania wykazu instalacji była kontrola gmin nad strumieniem odpadów i zapobieganie „dzikiemu” ich zagospodarowywaniu. W związku z tym, w sytuacji przedstawienia wykazu instalacji przez wykonawcę z własnej inicjatywy – cel jest spełniony.

W praktyce zdarzają się zatem sytuacje, gdy brak ten nie prowadzi do unieważnienia postępowania. W niniejszym Postępowaniu wykonawca, którego oferta została uznana za

najkorzystniejszą, nie przedstawił wykazu instalacji, a Odwołujący wykaz taki złożył. W tej sytuacji nieusuwalna wada postępowania ujawniła się dopiero po złożeniu ofert.

Jak wynika z utrwalonej linii orzeczniczej KIO, w niniejszym postępowaniu są dwie okoliczności, które nie pozwalają Zamawiającemu w żaden sposób sanować oferty Wykonawcy HAK. Po pierwsze, Zamawiający nie ma podstaw do wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia oferty, o elementy niewymagane w dokumentach zamówienia. Sama czynność wezwania byłaby wadliwa, ponad to w razie braku wskazania instalacji Zamawiający nie ma podstaw do odrzucenia oferty. Po drugie, wykaz instalacji stanowi treść oferty, zatem jako taki w ogóle nie podlega uzupełnieniu, nawet w postępowaniach, gdzie obowiązek jego złożenia wynika wprost z dokumentów zamówienia, w związku z tym nie ma możliwości usunięcia wady Postępowania.

Wnosimy o uwzględnienie odwołania i nakazanie zmian wskazanych w żądaniu oraz wszystkich innych koniecznych do dostosowania treści dokumentacji do obowiązujących przepisów.

W imieniu Wykonawcy:

Marta Małąg – Kierownik ds. kontraktów publicznych, Pełnomocnik /-podpis elektroniczny/

Załączniki:

1. Wydruk KRS;
2. Potwierdzenie uiszczenia wpisu;
3. Pełnomocnictwo wraz z opłatą skarbową;
4. Potwierdzenie przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.