

WYROK
z dnia 8 października 2021 r.



Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: **Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2021 r. przez odwołującego: **Ekom Maciejczyk Sp. Jawna z siedzibą w Nowinach** (ul. Zakładowa 29, 26-052 Nowiny) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Skalmierz** (ul. Kościuszki 1, 28-530 Skalmierz),

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy – Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu unieważnienie tej czynności oraz badanie i ocenę złożonych w tym postępowaniu ofert; W pozostałym zakresie zarzuty nie podlegają uwzględnieniu;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego: **Gmina Skalmierz** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego: **Ekom Maciejczyk Sp. Jawna z siedzibą w Nowinach** kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.



Na oryginalne właściwe podpisy
Za zgodność

Wiceprezesa
Krajowej Izby Odwoławczej
Jan Ruzawski

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 16 września 2021 r. przez wykonawcę Ekom Maciejczyk Sp. J. z siedzibą w Nowinach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Skalbierz w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) {Pzp lub ustawa Pzp} o wartości powyżej progów unijnych na „Odbieranie i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, położonych na terenie miasta i gminy Skalbierz”. Nr referencyjny IZP.271.4.2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 14 lipca 2021 r. Nr ogłoszenia 2021/S 134-356675.

Odwołujący, wobec czynności unieważnienia postępowania oraz zaniechania czynności dokonania oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty podniósł zarzuty naruszenia:

1. art. 255 pkt. 6 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w sprawie i dokonanie unieważnienia postępowania podczas gdy postępowanie wbrew stanowisku zamawiającego nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego
2. art. 16 pkt. 1 Pzp polegające na naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji polegający na bezpodstawnym unieważnieniu postępowania i pozbawieniu możliwości wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i w efekcie pozbawienia realizacji zamówienia, podczas gdy postępowanie to nie jest obarczone wadą która mogłaby skutkować unieważnieniem zawartej umowy w przyszłości z Odwołującym
3. art. 253 ust. 1 pkt. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie a polegające na zaniechaniu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej
4. art. 260 ust. 1 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w sprawie a polegające na braku prawidłowego uzasadnienia podstawy faktycznej oraz prawnej albowiem zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania nie wykazał związku przyczynowo — skutkowego pomiędzy wskazaną w uzasadnieniu wadą postępowania a jej skutkiem w postaci niemożliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy które to przesłanki znajdują się w treści art. 457 ust. 1 Pzp

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 2) dokonanie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto wniósł o przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania oraz dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach Postępowania, a w szczególności: 1/ Specyfikacji Warunków Zamówienia wraz z załącznikami (w tym Opisem przedmiotu zamówienia); 2/ czynności unieważnienia postępowania w trybie art. 255 pkt. 6 pzp dokonanego w dniu 10.09.2021 r. Ponadto wniósł o dopuszczenie dowodów przedkładanych bezpośrednio na rozprawie na poparcie okoliczności tam przytoczonych.

Odwołujący wskazał, że (...) *posiada interes w złożeniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp. Bezpodstawne unieważnienie postępowania w sposób bezpośredni pozbawiło Odwołującego uzyskania zamówienia, którego oferta w świetle kryteriów oceny ofert znajduje się na pierwszym miejscu w rankingu złożonych ofert. W konsekwencji Odwołujący został pozbawiony możliwości zawarcia umowy, wykonania zamówienia i osiągnięcia spodziewanego zysku*".

W uzasadnieniu zarzutów wskazał w szczególności:

I. Stan faktyczny

W dniu 16.08.2021 roku Zamawiający podał informację o kwocie jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia a następnie dokonał otwarcia ofert gdzie w świetle kryteriów oceny ofert najkorzystniejszą była oferta Odwołującej. Dowód: - informacja Zamawiającego o kwocie na sfinansowanie zamówienia; informacja Zamawiającego z otwarcia ofert.

W dniu 10.09.2021 roku Zamawiający poinformował Odwołującą o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt. 6 Pzp. Z treści uzasadnienia o unieważnieniu postępowania Zamawiający poinformował, że postępowanie obciążone jest wadą albowiem nie uwzględnia w opisie przedmiotu zamówienia odbioru odpadów wielkogabarytowych.

Czynność unieważnienia postępowania a w szczególności jego podstawy faktyczne pozostają w rażącej sprzeczności z treścią SWZ przygotowaną przez Zamawiającego. Zapisy SWZ w szczególności OPZ w tym zakresie nie były przedmiotem zapytania wykonawców czy też skarżenia zapisów SWZ. Są one zrozumiałe i prawidłowo zapisane.

Wskazał, że zgodnie z załącznikiem nr 8 do SWZ — Szczegółowym Opisem Przedmiotu Zamówienia i Jego Realizacji, Zamawiający w Roz. I pkt. 9:

„odpady komunalne zbierane co najmniej dwa razy w roku w ramach tzw. wystawki:

- odpady wielkogabarytowe, zużyte opony*
- zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny*
- chemikalia tj. farby, przepracowane oleje, tusze, kleje, rozpuszczalniki itp.*

oraz w uzgodnieniu na indywidualne zgłoszenie odpady budowlane i rozbiórkowe pochodzące z remontów i innych robót budowlanych wykonywanych we własnym zakresie, na wykonanie których nie jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę lub rozbiórkę, a

także na wykonanie których nie jest wymagane zgłoszenie do administracji budowlano architektonicznej, Zamawiający zastrzega sobie prawo do powierzenia odbierania i zagospodarowania sprzętu elektrycznego i elektronicznego innemu przedsiębiorcy”.

Ponadto zgodnie z Roz. I pkt. 13:

„Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia wyposażenia i obsługi Stacjonarnego Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) dla mieszkańców Gminy Skalmierz zwanego dalej selektywnym punktem spełniającego następujące warunki:

a) selektywny punkt należy wyposażać w niezbędną ilość kontenerów celem zapewnienia zbiórki odpadów wymienionych ppkt. c) i ustawić w miejscu wskazanym przez Zamawiającego,

b) selektywny punkt obsługiwany będzie przez trzy godziny raz w tygodniu zgodnie z opracowanym regulaminem,

c) selektywny punkt ma zapewniać nieodpłatny odbiór odpadów komunalnych zebranych wyłącznie selektywnie od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Skalmierz, w tym głównie:

- odpady wielkogabarytowe oraz zużyty sprzęt elektryczny. i elektroniczny,*
- zużyte opony, (nie dotyczy opon służących do prowadzenia działalności gospodarczej),*
- chemikalia tj. farby, przepracowane oleje, tusze, kleje, rozpuszczalniki itp. odpady budowlane i rozbiórkowe pochodzące z remontów i innych robót budowlanych wykonywanych we własnym zakresie, na wykonanie których nie jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę lub rozbiórkę, a także na wykonanie których nie jest wymagane zgłoszenie do administracji budowlano - architektonicznej,*
- odpady niebezpieczne (kody z grupy 20),*
- przeterminowane leki kod (20 01 32)*
- odpady niekwalifikujące się do odpadów medycznych powstałe w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igły i strzykawki,*
- zużyte baterie i akumulatory,*
- odpady tekstyliów i odzieży”.*

Zgodnie również z Roz. XVIII SWZ Zamawiający podał, że jednym z kryteriów oceny ofert jest częstotliwość odbioru m.in. odpadów wielkogabarytowych. Taki zapis pozostaje w harmonii z treścią formularza ofertowego stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ.

Zdaniem wykonawcy, „Nie sposób również zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego jakoby Wykonawcy (w tym Odwołujący) nie mieli podać ceny za odbiór odpadów wielkogabarytowych. W tym zakresie w pierwszej kolejności należy zwrócić szczególną uwagę na konstrukcję formularza ofertowego gdzie Zamawiający wyraźnie wymagał podania

ceny sumarycznej wg. określonego wzoru za całość usługi oraz rozbicia ceny sumarycznej w następujący sposób:

Cena jednostkowa netto za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów zmieszanych (mokrych) wyprodukowanych przez mieszkańców wynosi:

.....zł.

słownie:zł. plus wartość podatku VAT%, tj. ... zł.

słownie:zł.

Cena jednostkowa brutto za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów zmieszanych (mokrych) wyprodukowanych przez mieszkańców wynosi:

słownie:zł.

Cena jednostkowa netto za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów suchych zbieranych selektywnie wyprodukowanych przez mieszkańców wynosi:

...zł.

słownie: ...zł. plus wartość podatku VAT słownie: .zł.

Cena jednostkowa brutto za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów suchych zbieranych selektywnie wyprodukowanych przez mieszkańców wynosi: zł.

słownie• zł.”

Zamawiający wyraźnie wyodrębnił rodzaj odpadów i cenę poprzez wskazanie ceny za odbiór 1 Mg odpadów zmieszanych oraz 1 Mg odpadów segregowanych. Zamawiający nie "łączył" spod odpadów segregowanym odpadów wielkogabarytowych.

Odpad zmieszany to odpad do którego zaliczamy wszystkie te nieczystości, które z różnych względów nie można zakwalifikować do frakcji odpadów, które są zbierane w sposób selektywny. Zatem wszystkie pozostałe odpady których nie można zakwalifikować do odpadów zmieszanych będą odpadami segregowanymi tj. takimi które możemy wyodrębnić na poszczególne frakcje w tym właśnie m.in. odpady wielkogabarytowe.

Nie ulega zatem najmniejszej wątpliwości, że w formularzu ofertowym a następnie ofertach wykonawców znajduje się cena za odbiór 1 Mg odpadów wielkogabarytowych.

Na poparcie powyższego stanowiska powołał się na treść Uchwały Nr XXIX/128/2020 Rady Miejskiej Skalmierzu z dnia 22 września 2020 roku w sprawie uchwalenia przywołanej w opisie przedmiotu zamówienia — stanowiącej akt prawa miejscowego), gdzie:

- 2 ust. 2 Regulaminu:

„Właściciele nieruchomości zapewniają utrzymanie czystości i porządku na terenie nieruchomości poprzez zbieranie następujących rodzajów odpadów komunalnych:

- 1) niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne,*
- 2) papier i tektura,*
- 3) szkło,*
- 4) tworzywa sztuczne,*

- 5) *opakowanie wielomateriałowe,*
- 6) *metale,*
- 7) *bioodpady, w tym odpady opakowaniowe ulegające biodegradacji, Dziennik Urzędowy Województwa Świętokrzyskiego — 2 — Poz. 3377*
- 8) *przeterminowane leki,*
- 9) *zużyte baterie i akumulatory,*
- 10) *zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny,*
- 11) *meble i inne odpady wielkogabarytowe*
- 12) *odpady budowlane i rozbiórkowe,*
- 13) *zużyte opony,*
- 14) *odzież i tekstylia,*
- 15) *chemikalia,*
- 16) *odpady niekwalifikujące się do odpadów medycznych powstałe w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek,*
- 17) *inne odpady niebezpieczne wskazane w katalogu odpadów określonym w rozporządzeniu Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz. U. z 2020 r. poz. 10) pod kodem 20 - Odpady komunalne łącznie z frakcjami gromadzonymi selektywnie.”*

- 11 ust. 4 Regulaminu:

„Odbieranie segregowanych odpadów komunalnych, o których mowa w § 2 ust. 2 pkt 10, 11, i 13 odbywać się będzie w ramach zbiórek organizowanych minimum dwa razy do roku. Zapewnia się możliwość dostarczenia ww. odpadów we własnym zakresie do Punktu Selektywnej Zbiórki.”

Również Regulamin w sposób jednoznaczny podnosi, że odpady wielkogabarytowe należy zaliczyć do odpadów segregowanych co do których wykonawca podał cenę w ofercie za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg. Dowód: Uchwała Nr XXIX/128/2020 (...)

Zdaniem wykonawcy, gdyby przyjąć sposób rozumowania Zamawiającego to w zasadzie do unieważnienia postępowania na odbiór i zagospodarowanie odpadów mogłoby dochodzić bez ograniczeń. Zamawiający podnosi bowiem tutaj kwestię akurat wielkogabarytów, ale można zadać sobie pytanie co np. z oponami czy chemikaliami. Klasyfikacja odpadów oraz ich rodzajów jest bardzo dużo. W tego typu zamówieniach zasadny jest właśnie podział odpadów na odpady komunalne zmieszane i odpady segregowane które stanowią wszelkie pozostałe odpady niezakwalifikowane jako zmieszane a powstające w gospodarstwach domowych. Warto również zwrócić uwagę, że pozostałe zapisy opisu przedmiotu zamówienia również nie dają wątpliwości co do tego, że odpady wielkogabarytowe należy

zaliczyć pod cenę za odbiór odpadów segregowanych (zgodnie z treścią oferty). Istotnym elementem zamówienia jest opracowanie harmonogramu odbioru odpadów oraz poinformowanie mieszkańców o tym harmonogramie.

Zgodnie z Roz. I pkt. 11 OPZ: „Do obowiązków Wykonawcy należeć będzie przygotowanie harmonogramu wywozu odpadów komunalnych zmieszanych i odpadów zebranych w sposób selektywny, w formie ulotek/informacji celem dostarczenia wszystkim właścicielom nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy do dnia rozpoczęcia realizacji usług oraz podania do publicznej wiadomości w sposób zwyczajowo przyjęty oraz na stronach internetowych Zamawiającego i Wykonawcy.”

Zamawiający wymaga sporządzenie harmonogramu gdzie odpady wielkogabarytowe nie stanowią jakiejś odrębnej frakcji odpadów tj. odpadów których nie zaliczamy do odpadów zmieszanych lub selektywnych.

Dodał, że obowiązkiem Wykonawcy jest również zorganizowanie i obsługa stacjonarnego Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w całym okresie zamówienia. Również tam mieszkańcy będą mogli dostarczać odpady wielkogabarytowe (pkt. 13 OPZ).

Wskazał na tabelę nr 4 w załączniku OPZ:

5. Tabela 4 Rodzaj odpadów stanowiących przedmiot zamówienia

Lp.	rodzaje odpadów
1	komunalne odpady zmieszane i pozostałości z sortowania odpadów komunalnych
2	papier i tektura w tym opakowania, gazety i czasopisma
3	Metal
4	tworzywa sztuczne
5	szkło i odpady opakowaniowe ze szkła
6	ulegające biodegradacji, odpady zielone
7	zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny
8	odpady wielkogabarytowe
9	odpady budowlane i rozbiórkowe pochodzące z remontów i innych robót budowlanych wykonywanych we własnym zakresie, na wykonanie których nie jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę lub rozbiórkę, a także na wykonanie których nie jest wymagane zgłoszenie do administracji
10	Niebezpieczne
11	Opony
12	Popiół
13	Odpady opakowaniowe wielomateriałowe
14	Przeterminowane leki

15	Zużyte baterie i akumulatory
16	Tekstylia i odzież
17	Zużyte strzykawki i igły

Zauważył, że w lp. 1 Zamawiający podaje odpady zmieszane komunalne zaś w pozostałych pozycjach lp. 2 do lp. 17 inne odpady które zaliczamy do odpadów segregowanych (w tym odpady wielkogabarytowe — lp. 8.). Gdyby Zamawiający faktycznie uznał, że za odpady wielkogabarytowe wykonawca nie mógł podać ceny w ofercie to podobnie należałoby przyjąć co do pozostałych pozycji odpadów wymienionych w tabeli. Takie jednak założenie byłoby nieprawidłowe i wręcz prowadziłoby do absurdu. Choć w/w argumentacja wydaje się wystarczająca na poparcie stawianym w odwołaniu zarzutów to jednak warto również zauważyć, że identyczny sposób zorganizowania przetargu na odbiór i zagospodarowanie odpadów był zorganizowany przez gminę Skalbmierz w 2020 roku gdzie również następował odbiór odpadów wielkogabarytowych zaś w formularzu ofertowym należało podać ceny za odbiór odpadów zmieszanych i odpadów selektywnych (analogicznie jak w przedmiotowym przetargu). Przetarg ten nie został jednak unieważniony. Umowa została zrealizowana. Dowód: Ogłoszenie wraz z SWZ i Załącznikami na odbiór i zagospodarowanie odpadów stałych komunalnych z terenu gminy Skalbmierz od dnia od dnia 1 lutego 2021 roku do dnia 31 grudnia 2021 roku.

Wskazał ponadto, że Zamawiający w identyczny sposób zorganizował przetarg w poprzednich latach. Co więcej umowa została prawidłowo zrealizowana, odbył się również odbiór odpadów wielkogabarytowych co wynika wprost z informacji podanych w Załączniku nr 8 do SWZ: ilość odpadów wielkogabarytowych zebranych łącznie w 2018r. wynosiła 3,5 Mg; w 2019 r. wynosiła 0,0 Mg; w 2020r. wynosiła 49,22 Mg; i w I półroczu 2021 r. 29,36 Mg. Istniała zatem możliwość odbioru odpadów wielkogabarytowych mimo, że w poprzednim przetargu w formularzu ofertowym nie było osobnej rubryki na podanie ceny za odbiór i zagospodarowanie odpadów wielkogabarytowych. Gdyby faktycznie na etapie realizacji umowy zaistniał jakikolwiek problem w tym zakresie to z pewnością w tym przetargu Zamawiający już by tego nie przeoczył i dokonał odpowiednich modyfikacji. Zatem powoływanie się na zaistniały stan i traktowanie tego jako wadę na etapie po otwarciu ofert jest czynnością czysto pozorną.

Reasumując stwierdził, że unieważnienie postępowania przez Zamawiającego jest zatem czynnością pozorną, zaś podane powody pozostają w oderwaniu od prawdziwych, nieznanych motywów jakimi tak naprawdę kierował się Zamawiający. Zamawiający zapewnił odbiór odpadów wielkogabarytowych od mieszkańców oraz otrzymał cenę za odbiór 1 Mg tych odpadów w całym okresie realizacji zamówienia zgodnie z formularzem ofertowym.

W części uzasadnienia oznaczonej jako Stan prawny podał, że (...) Zgodnie z treścią art. 255 pkt. 6 pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na przesłankę tę składają się dwie okoliczności, których łączne wystąpienie warunkuje unieważnienie postępowania. Po pierwsze, konieczne jest istnienie tak istotnej wady postępowania, że jest ona niemożliwa do usunięcia — a przez to uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Wada postępowania, która ma być podstawą jego unieważnienia, musi mieć więc charakter nieusuwalny i powodujący równocześnie, że umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie, wskutek istnienia tej wady, względnie nieważna (będzie podlegać unieważnieniu). Za wyr. KIO 741/13: "Przesłanka unieważnienia postępowania określona w tym przepisie składa się z koniunkcji trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje koniecznością zastosowania przepisu. Po pierwsze, musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania). Po drugie, wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. A zatem nie może to być jakakolwiek wada, którą obciążone jest postępowanie, ale wada powodująca niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. Po trzecie, wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Przesłanki skutkujące unieważnieniem umowy określa art. 457 ust. 1 PrZamPubl". Tak więc przepisu art. 255 pkt 6 PrZamPubl nie można również stosować w przypadku, gdy nieważność mogłaby dotyczyć tylko części umowy, i to części stanowiącej marginalny zakres świadczenia. Nieważnością w powyższym wypadku musi być dotknięta cała umowa w rozumieniu starego art. 457 ust.1 PrZamPubl. Należy dodać, że wada, o której mowa w art. 255 pkt 6 PrZamPubl, musi istnieć w momencie podejmowania decyzji o unieważnieniu postępowania. Ze względu na charakter normy prawnej wyrażonej w art. 255 pkt 6 PrZamPubl 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 210/10). Dalej wskazał na art. 457 ust. 1 Pzp i wymieniał przesłanki stwierdzając, że w świetle w/w przepisu żadna z przesłanek się nie ziściła. Sam Zamawiający nie podjął nawet próby wyjaśnienia dlaczego jego zdaniem mamy do czynienia z sytuacją w której zawarcie umowy w obecnym stanie miałoby skutkować jej unieważnieniem. Uzasadnienie w zasadzie ogranicza się do lakonicznego podania wady postępowania — która w rzeczywistości również nie występuje. Dodał, że ustawodawca nakazuje aby przepisy i zawarte w nich przesłanki unieważnienia postępowania stosować z dużą ostrożnością oraz w oparciu o wykładnię zawężającą. Pochopne i nieprawidłowe

stosowanie tych przepisów rodzi również dotkliwe sankcje finansowo — karne dla Zamawiającego. Wskazał na art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu w zakresie zarzutu unieważnienia postępowania z naruszeniem art. 255 pkt. 6 Pzp oraz zaniechania dokonania badania i oceny złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający w zawiadomieniu z dnia 10/09/21 o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: *„Odbieranie i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, położonych na terenie miasta i gminy Skalbmierz”* poinformował: *„Gmina Skalbmierz unieważnia przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, w oparciu o obligatoryjną przesłankę — postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”*.

W uzasadnienie faktycznym i prawnym decyzji podał: *„W toku badania i oceny ofert Zamawiający dokonał analizy wymagań zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, W oparciu o przeprowadzoną analizę Zamawiający stwierdził, że w opisie nie uwzględnione zostało zadanie odbioru i zagospodarowania odpadów wielkogabarytowych. Zamawiający nie wykazał potrzeby odbioru i zagospodarowania odpadów wielkogabarytowych, a w konsekwencji Wykonawcy w swoich ofertach nie zaproponowali ceny za odbiór i zagospodarowanie odpadów wielkogabarytowych. Tym samym brak adekwatnego opisu przedmiotu zamówienia, w stosunku do rzeczywistych warunków zadania objętego niniejszym postępowaniem stanowi o merytorycznej wadzie postępowania. Opis przedmiotu zamówienia jest najważniejszym elementem Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, warunkującym złożenie prawidłowej i niepodlegającej odrzuceniu oferty przez zainteresowanych Wykonawców. Niewłaściwy, niepełny, niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia może spowodować, że rozwiązania przedstawione w ofertach nie będą odpowiadały rzeczywistym wymaganiom zadania będącego przedmiotem postępowania oraz będą w przyszłości generowały spory między stronami na etapie realizacji zawartej umowy. Z uwagi na upływ terminu składania ofert w postępowaniu, niemożliwym jest konwalidowanie przedmiotowej sytuacji, co w konsekwencji nakazuje Zamawiającemu unieważnienie postępowania. Wobec powyższego Zamawiający zdecydował o unieważnieniu przedmiotowego postępowania, na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy, ze względu na błędnie*

wyartykułowane wymagania Zamawiającego, podczas formułowania postanowień opisu przedmiotu zamówienia, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 marca 2017 r. sygn. akt: KIO 281/7 stanowi, że Zamawiający zobowiązany jest podjąć wszelkie dopuszczone przez przepisy ustawy czynności, zmierzające do realizacji celu (zawarcia umowy), w ramach rozpoczętego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Postępowanie winno podlegać unieważnieniu, jeśli obarczone jest wadą niemożliwą do usunięcia, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy. Za wadę niemożliwą do usunięcia wadę, której Zamawiający nie jest w stanie usunąć z własnej inicjatywy poprzez określonych w ustawie. Musi to być wada powodująca zdarzenie nieodwracalne. Zamawiający nie jest w stanie naprawić poprzez własne działania”. Wskazał na wyrok KIO 751/17 cyt.: „iż wada uzasadniająca unieważnienie postępowania winna tkwić w samym postępowaniu i jednocześnie winna być istotna i nieusuwalna”. W związku z powyższym stanem faktycznym, Zamawiający uznał, że niniejsze postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Izba uwzględniając argumentację przedstawioną w decyzji z dnia 10 września 2021 r. i dokumentację przedmiotowego postępowania zgodziła się z Odwołującym, że Zamawiający nie wykazał, że postępowanie obarczone jest wadą polegającą na nieuwzględnieniu w opisie przedmiotu zamówienia odbioru odpadów wielkogabarytowych. To twierdzenie Zamawiającego pozostaje w sprzeczności z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ), w tym Opiszem Przedmiotu Zamówienia (OPZ) zamieszczonym w załączniku Nr 8. Tak jak podnosił Odwołujący w OPZ w rozdziale I pkt 9 wskazano na odpady komunalne „zbierane co najmniej dwa razy w roku w ramach tzw. Wystawki, która obejmuje: odpady wielkogabarytowe, zużyte opony; zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny; chemikalia tj. farby, przepracowane oleje, tusze, kleje, rozpuszczalniki itp. oraz w uzgodnieniu na indywidualne zgłoszenie odpady budowlane i rozbiórkowe pochodzące z remontów i innych robót budowlanych wykonywanych we własnym zakresie, na wykonanie których nie jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę lub rozbiórkę, a także na wykonanie których nie jest wymagane zgłoszenie do administracji budowlano architektonicznej (...). Także w rozdziale I.13 lit. c) OPZ wskazano, że: „selektywny punkt ma zapewniać nieodpłatny odbiór odpadów komunalnych zebranych wyłącznie selektywnie od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Skalmierz, w tym głównie: odpady wielkogabarytowe oraz zużyty sprzęt elektryczny. i elektroniczny; zużyte opony, (nie dotyczy opon służących do prowadzenia działalności gospodarczej); chemikalia tj. farby, przepracowane oleje, tusze, kleje, rozpuszczalniki itp. odpady budowlane i rozbiórkowe pochodzące z remontów i innych robót budowlanych wykonywanych we własnym zakresie, na wykonanie których nie jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę lub rozbiórkę, a także na wykonanie których

nie jest wymagane zgłoszenie do administracji budowlano - architektonicznej, odpady niebezpieczne (kody z grupy 20), przeterminowane leki kod (20 01 32); odpady niekwalifikujące się do odpadów medycznych powstałe w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igły i strzykawki, zużyte baterie i akumulatory, odpady tekstyliów i odzieży". Z kolei w Uchwale Nr XXIX/128/2020 Rady Miejskiej Skalmierzu z dnia 22 września 2020 r. wskazanej w odwołaniu (stanowiącej akt prawa miejscowego) zdefiniowano, że odpady wielkogabarytowe należy zaliczyć do odpadów segregowanych, co do których wykonawca podał cenę w ofercie za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg. Izba także zwraca uwagę, że także w SWZ w rozdziale XVIII SWZ Zamawiający podał, że jednym z kryteriów oceny ofert jest częstotliwość odbioru m.in. odpadów wielkogabarytowych i te postanowienia są skorelowane z treścią formularza ofertowego stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ. Zgodnie bowiem z rozdziałem XVIII.9 w Formularzu ofertowym należało podać: „Częstotliwość odbioru bezpośrednio z posesji, w postaci mebli i innych odpadów wielkogabarytowych, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego oraz zużytych opon (...) stanowiące jedno z trzech kryteriów oceny ofert. Ponadto OPZ (rozdział I.13) wymaga – jak wskazywał Odwołujący - sporządzenia harmonogramu gdzie odpady wielkogabarytowe nie stanowią jakiejś odrębnej frakcji odpadów tj. odpadów których nie zaliczamy do odpadów zmieszanych lub selektywnych oraz zorganizowania i obsługa stacjonarnego Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w całym okresie zamówienia.

Odwołujący zatem wykazał, że w Opisie przedmiotu zamówienia uwzględniono odbiór odpadów wielkogabarytowych.

Odnosnie drugiej okoliczności, skutkującej zdaniem Zamawiającego koniecznością unieważnienia postępowania (*Wykonawcy w swoich ofertach nie zaproponowali ceny za odbiór i zagospodarowanie odpadów wielkogabarytowych*), Izba miała na uwadze postanowienie rozdziału XVII.1 SWZ zgodnie z którym: „1. Oferta musi zawierać ostateczną, sumaryczną cenę za cały przedmiot zamówienia z rozbiciem na rodzaje odpadów wskazane w formularzu ofertowym. Cena za każdy z rodzajów odpadów ma być określona za 1/ Mg. W każdej cenie jednostkowej rodzaju odpadu należy uwzględnić wszystkie koszty określone w SWZ w celu osiągnięcia zakładanych rezultatów. W cenie należy również uwzględnić wszystkie opłaty i podatki (także podatku od towarów i usług) oraz ewentualne upusty i rabaty. W cenie oferty należy uwzględnić koszty związane z dodatkowymi usługami, które są punktowane w kryteriach oceny ofert”. Z kolei w Formularzu ofertowym wymagano podania cen „za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów zmieszanych (mokrych) wyprodukowanych przez mieszkańców” oraz „za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów

suchych zbieranych selektywnie wyprodukowanych przez mieszkańców”. Tym samym Izba – wskazując na ustalenia, co do zdefiniowanego pojęcia odpadów wielogabarytowych – zgodziła się z Odwołującym, że wykonawcy byli zobowiązani podać ceny także za odbiór odpadów wielkogabarytowych, albowiem ich odbiór został opisany w SWZ i w OPZ, a cena miała dotyczyć całości przedmiotu zamówienia, albowiem Zamawiający nie wyłączył z odpadów segregowanym odpadów wielkogabarytowych.

Tym samym Izba uznała, że w niniejszej sprawie wskazany zarzut unieważnienia postępowania z naruszeniem art. 255 pkt 6 ustawy Pzp należało uznać za zasadny.

Odnosnie pozostałych zarzutów Izba stwierdziła, że nie zasługują na uwzględnienie. Odnosnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i zarzutu naruszenia art. 253 ust.1 pkt 1 Pzp, Izba stwierdza, że w tej sprawie nie doszło do badania i oceny ofert, a do unieważnienia postępowania, która to czynność w równym stopniu dotyczyła oferty konkurencyjnego wykonawcy. Z kolei zarzut art. 260 ust. 1 Pzp nie został uwzględniony, albowiem Zamawiający wskazał podstawę prawną i faktyczną decyzji o unieważnieniu postępowania. Natomiast przepisy Pzp nie określają w jakim stopniu konieczne jest szczegółowe uzasadnienie faktyczne decyzji i nie wymagają wykazania – jak żąda Odwołujący - związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy wskazaną w uzasadnieniu wadą postępowania a jej skutkiem w postaci niemożliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, które to przesłanki znajdują się w treści art. 457 ust. 1 Pzp

Mając powyższe ustalenia na uwadze orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437)



Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

Krajowa Izba Odwoławcza
Jan Kuzawiński