

**WYROK**  
**z dnia 23 sierpnia 2022 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 23 sierpnia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2022 r. przez: **wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe Komunalnik spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Świętego Jerzego 1a** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Gminę Oława z siedzibą w Oławie, pl. Marszałka Józefa Piłsudskiego 28**

**orzeka:**

1. uwzględnienia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania z dnia 27 lipca 2022 r.
2. kosztami postępowania obciąża **zamawiającego Gminę Oława z siedzibą w Oławie, pl. Marszałka Józefa Piłsudskiego 28** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Przedsiębiorstwa Handlowo-Uslugowego Komunalnik spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Świętego Jerzego 1a** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **zamawiającego Gminę Oława z siedzibą w Oławie, pl. Marszałka Józefa Piłsudskiego 28** na rzecz **wykonawcy Przedsiębiorstwa Handlowo-Uslugowego Komunalnik spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Świętego Jerzego 1a** kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. 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**.

**Przewodniczący:.....**

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na odbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Oława zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 sierpnia 2021 r. za numerem 2021/S 166 – 434495.

W dniu 27 lipca 2022 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu unieważnienia postępowania.

W dniu 8 sierpnia 2022 r. odwołanie wniósł PHU Komunalnik spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu. Odwołanie zostało wniesione przez prezesa zarządu ujawnionego w KRiS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRiS. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 8 sierpnia 2022 r.

Odwołujący zaskarżył czynność unieważnienia czynności unieważnienia (powrót do procedowania już zakończonego) postępowania przetargowego pod nazwą „Odbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Oława” (RG.271.09.2021.ZP), co jego zdaniem prowadzi do ponownego procedowania tego już zakończonego postępowania, względnie zaś do próby udzielenia „nowego” (na nowy okres realizacyjny) zamówienia publicznego z pominięciem właściwej procedury pzp (a więc zaniechania przeprowadzenia „nowego” postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie pzp, mimo że zlecenie usługi odbioru albo odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Oławy na okres kolejnych 18 miesięcy wymaga zachowania procedur przetargowych).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 16 i art. 17 ust. 2 oraz art. 7 pkt 18, a także art. 254 pkt 2 i 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 5 (przy uwzględnieniu art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach), jak również art. 554 ust. 3 pkt. 1 lit. b, art. 554 ust. 1 pkt 1, art. 555 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy przez unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod numerem RG.271.09.2021.ZP (tj. przywrócenie procedowania zakończonego już postępowania), w sytuacji gdy pomimo upublicznienia informacji o unieważnieniu postępowania, jak i dokonania przez zamawiającego ogłoszenia o zakończeniu tego postępowania (o udzieleniu zamówienia) w Dzienniku Urzędowym UE, żaden z wykonawców nie wniósł odwołania od tej czynności, zaś wywodzone w orzecznictwie uprawnienie zamawiającego publicznego do samodzielnego skorygowania wcześniej dokonanych przez niego czynności w prowadzonym postępowaniu nie może być stosowane po zakończeniu tego postępowania o udzielenie zamówienia, w tym nie może być stosowane wobec czynności kończących to postępowanie, a

więc zarówno wobec czynności zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, jak i wobec czynności unieważnienia postępowania, gdyż czynności te wywołują definitywne skutki prawne, których usunięcie możliwe byłoby tylko w oparciu o wyraźną i pozytywnie uregulowaną w przepisach prawa instytucję, która w przedmiotowym przypadku nie istnieje. Zdaniem odwołującego postępowanie to jest obarczone wadą wynikającą z naruszenia przez zamawiającego art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Odwołujący nie kwestionuje, że dopuszczalne co do zasady winno być samodzielne korygowanie przez zamawiającego publicznego dokonanych wcześniej czynności w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, ale uważa, że zasada ta nie może znaleźć zastosowania już po zakończeniu danego postępowania, w tym do czynności kończącej postępowanie. Kwestionowanie zakończenia postępowania możliwe jest w ocenie odwołującego tylko w ramach wyraźnie uregulowanych instytucji prawnych.

Ewentualnie odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 2 ust. 1 pkt 1, art. 3 ust. 1 pkt 1, art. 4 pkt 1 oraz art. 9-14, jak i art. 214 pzp, a także art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach przez zaniechanie przeprowadzenia „nowego” postępowania o udzielenie zamówienia i próbę zwarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą, który w ocenie zamawiającego złożył najkorzystniejszą (nieaktualną) ofertę w zakończonym już postępowaniu, z pominięciem jakiegokolwiek trybu z ustawy, mimo że zlecenie przez zamawiającego usługi odbioru albo odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z gminy Oława na okres kolejnych 18 miesięcy kalendarzowych liczonych od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego wymaga zastosowania procedury przetargowej.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie unieważnienia czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania, względnie zaś o nakazanie zamawiającemu zorganizowania nowego przetargu nieograniczonego na odbiór albo odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Oława.

Ponadto o zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego.

Odwołujący wskazał, że posiada legitymację do wniesienia odwołania, gdyż jest jednym z podmiotów prowadzących działalność gospodarczą w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych, a nadto złożył w przedmiotowym (zakończonym) postępowaniu niepodlegającą odrzuceniu ofertę.

W związku z unieważnieniem czynności unieważniania przedmiotowego postępowania (przywróceniem jego procedowania) zamówienie może otrzymać do realizacji podmiot wybrany wbrew powszechnie obowiązującym przepisom prawa, tj. podmiot, który złożył ofertę w zakończonym już definitywnie postępowaniu, której to aktualności oferty nie można zatem

przywrócić, jak i której to oferty zamawiający nie może przyjąć z pominięciem zastosowania któregośkolwiek z trybów przewidzianych w ustawie.

Jest to sytuacja nieakceptowalna i skutkująca szkodą po stronie odwołującego przez nieuzyskanie przez niego zamówienia, a tym samym przez nieosiągnięcia spodziewanego zysku.

Tymczasem, w przypadku utrzymania w mocy unieważnienia postępowania i przeprowadzania „nowego” przetargu nieograniczonego, odwołujący może ciągle uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący podał, że zamawiający ogłosił w dniu 27 sierpnia 2021 r. w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2021/S 181-471439 postępowanie o udzielenie zamówienia na odbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Oława przez okres 18 kolejnych miesięcy kalendarzowych liczonych od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Postępowanie prowadzone było pod numerem zamawiającego RG.271.09.2021.ZP.

Postępowanie to, w ocenie odwołującego, obarczone było wadą, tj. zamawiający nie wymagał od wykonawcy wskazania w ofercie instalacji do których zobowiązuje się on przekazać odbierane odpady komunalne, co jest przecież obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (według odwołującego fakt naruszenia powołanej normy przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu jest bezsporny, i wprost potwierdzony wyrokiem KIO z 7 lutego 2022 r., sygn. 169/22 i Sądu Okręgowego w Warszawie z 29 czerwca 2022 r., sygn. XXIII Zs 39/22).

Pomimo tego błędu, i informacji o nim przekazanej przez odwołującego, zamawiający zdecydował się kontynuować przedmiotowe postępowanie i dokonać wyboru oferty – oferty FBSerwis Wrocław sp. z o.o.

Z uwagi to zachowanie zamawiającego, odwołujący 20 stycznia 2022 r. wniósł odwołanie do KIO na zaniechanie unieważnienia przedmiotowego postępowania. Do postępowania po stronie zamawiającego przystąpił wybrany wykonawcy, tj. FBSerwis Wrocław sp. z o.o. KIO wyrokiem z 7 lutego 2022 r., sygn. 169/22 uwzględniło przywołane odwołanie i nakazało zamawiającemu unieważnienie przedmiotowego.

Zamawiający zdecydował się nie skarżyć samodzielnie do sądu powołanego wyroku KIO, ani nie wstrzymać się z jego wykonaniem i 22 lutego 2022 r. upublicznił „Informację o unieważnieniu postępowania”, a następnie przekazał informację o unieważnieniu postępowania do ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE. Ogłoszenie o unieważnieniu przedmiotowego postępowania zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE 25 lutego 2021 r. w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2022/S 040-103658.

Przystępujący FBSerwis Wrocław sp. z o.o. wniósł do sądu skargę na wyrok KIO z 7 lutego 2022 r., sygn. 169/22. Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z 29 czerwca 2022 r., sygn. XXIII Zs 39/22, uwzględnił tę skargę i zmienił zaskarżony wyrok KIO w ten sposób, że oddalił

odwołanie odwołującego z 20 stycznia 2022 r. na zaniechania unieważnienia postępowania. Sąd Okręgowy w Warszawie nie nakazał jednak zamawiającemu „unieważnienia czynności unieważnienia postępowania”, czy też podjęcia żadnej innej czynności, która miałaby skutkować „wznowieniem”/”przywróceniem” zakończonych już postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego pod numerem RG.271.09.2021.ZP i dokonania w nim wyboru oferty wykonawcy, a następnie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z tym wykonawcą. Konsekwencją wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie jest, zdaniem odwołującego, tylko to, że zamawiający nie musiał unieważniać przedmiotowego postępowania, a zatem dokonane przez niego unieważnienie postępowania było niepotrzebne, co nie zmienia jednak faktu, że miało miejsca i wywołało nieodwracalny skutek prawny – postępowanie o udzielenie zamówieniu zostało definitywnie zakończone.

Co według odwołującego istotne, żaden z wykonawców, w szczególności FBSerwis Wrocław sp. z o.o. nie wniósł odwołania wobec dokonanej przez zamawiającego unieważnienia postępowania (z 22 lutego 2022 r.). Co oczywiste, termin na wniesienie odwołania od tej czynności upłynął bezpowrotnie już dawno temu (z początkiem marca 2022 r.). W tym miejscu warto odwołujący zaznaczyć, że w naszym porządku prawnym nie ma możliwości przywrócenia terminu na wniesienie odwołania do KIO.

Pomimo dokonanej przez zamawiającego zakończenia przedmiotowego postępowania, przeszło pół roku później, bo 27 lipca 2022 r. zamawiający, zamiast ogłosić „nowe” postępowanie o udzielenie zamówienia celem wyboru wykonawcy usługi odbioru albo odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu gminy Oława na „nowy” okres realizacyjny (na przyszłe 18 miesięcy), zdecydował się dokonać nieznaną i nieprzewidzianą ustawę czynność „unieważnienia czynności unieważnienia postępowania” – tak „Zawiadomienia o unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania”. Cel tego działania zamawiającego jest dla odwołującego oczywisty. Zamierza on bowiem zawrzeć z FBSerwis Wrocław sp. z o.o. (wykonawcą, który złożył najprawdopodobniej w ocenie zamawiającego najkorzystniejszą ofertę w zakończonym postępowaniu o udzielenie zamówienia) umowę w sprawie zamówienia publicznego na okres 18 miesięcy liczonych od dnia jej zawarcia, której przedmiotem będzie odbiór i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Oława. Udzielenie zatem zlecenia na realizację przywołanej tu usługi nastąpi bez przeprowadzenia postępowania o udzielania zamówienia w którymś z trybów przewidzianych ustawą. W tym stanie rzeczy odwołujący przyjął, że zamawiający chce udzielić zlecenia (zamówienia) w drodze jednostronnego przyjęcia (nieaktualnej) oferty FBSerwis Wrocław sp. z o.o. złożonej w ramach i na potrzeby zakończonego postępowania o udzielanie zamówienia prowadzonego pod numerem RG.271.09.2021.ZP. Absurdalne, ale niewykluczone, że zamawiający dopuszcza także możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po przeprowadzeniu z FBSerwis Wrocław sp. z o.o. negocjacji co

do złożonej przez nią oferty i przyjęciu ostatecznie innych cen (i warunków realizacji usługi) niż pierwotne zakładane.

Opisane powyżej działania zamawiającego nie dość, że są dokonywane z naruszeniem ustawy i opierają się na stosowaniu nieprzewidzianych wprost tą ustawą instytucji, to są sprzeczne z elementarnymi zasadami naszego porządku prawnego. Taki stan rzeczy nie może zostać zaaprobowany, a zatem niniejsze odwołanie jest konieczne.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego trwa w ściśle określonym przedziale czasowym. Zgodnie z art. 7 pkt 18 pzp zostaje ono wszczęte w chwili przekazania (lub zamieszczenia. Informacji) ogłoszenia o zamówieniu, a kończy się w chwili zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego albo w chwili unieważnienia postępowania. Moment zakończenia postępowania potwierdza nadto art. 254 ustawy.

W przedmiotowym przypadku według odwołującego zamawiający zakończył postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone pod numerem RG.271.09.2021.ZP.

Przepisy prawa nie przewidują żadnej instytucji „przywrócenia” zakończonego już postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Owszem wyjątkiem jest tutaj norma pozwalająca Krajowej Izbie Odwoławczej nakazać zamawiającemu publicznemu cofnąć dokonaną czynność w ramach danego postępowania, a więc i także unieważnić czynność unieważnienia postępowania, ale jest to możliwe wyłącznie w następstwie zainicjowania przez zainteresowanego (wykonawcę) postępowania odwoławczego względem danej czynności (tak art. 554 ust. 3, a w przedmiotowym przypadku pkt 1 lit. b tego ustępu oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 555 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy).

Odwołujący podkreślił, że w przedmiotowym przypadku żaden wykonawca nie wniósł odwołania od dokonanego przez zamawiającego 22 lutego 2022 r. unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia prowadzone pod numerem RG.271.09.2021.ZP, a przy tym termin na wniesienie takiego odwołania już bezpowrotnie upłynął. Tym samym, rzeczony unieważnienie wywołało już nieodwracalny skutek prawny (w postaci zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia), i to nawet jeżeli czynność zamawiającego była nieprawidłowa i przedwczesna. W naszym porządku prawnym nie ma bowiem żadnego wprost uregulowanego instrumentu pozwalającego wzruszyć zakończone postępowanie.

Odwołujący wyjaśnił, że mylnie jest przeświadczenie zamawiającego, iż mógł on samodzielnie skorygować swoją czynność unieważnienia postępowania, gdyż taka możliwość wywodzi się z orzecznictwie z zasad ogólnych ustawy (aktualnie z art. 17 ust. 2 ustawy). Oczywiście zgodzić należy się z zamawiającym, i jest to zresztą oczywiste, że każdy zamawiający publiczny może, a nawet powinien co do zasady „naprawić” dostrzeżone przez siebie błędy w ramach procedowanego postępowania o udzielenie zamówienia. Powołane przez zamawiającego wyroki KIO w „Zawiadomieniu o unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania” z 27 lipca 2022 r. są oczywiście zasadne. Zamawiający pomija jednak kwe-

stię, która różni przedmiotowy przypadek od stanów faktycznych które stanowiły asumpt dla powołanego orzecznictwa KIO (dopuszczającego możliwość samodzielnego cofnięcia przez zamawiającego publicznego swojej wcześniejszej czynności, ale nie odnoszącego się do dopuszczalności unieważnienia samej czynności kończącej postępowania). Mianowicie, możliwe jest samodzielne „naprawienie” przez zamawiającego publicznego w zasadzie każdej jego czynność podjętej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia, ale tylko i wyłącznie w czasie kiedy to postępowanie jeszcze trwa, kiedy to jeszcze nie zakończono postępowania. Tymczasem w przedmiotowym przypadku postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone pod numerem RG.271.09.2021.ZP zostało już definitywnie zakończone.

Zamawiający nie może już zatem naprawić żadnej czynności, skoro zakończył postępowanie. Teza odwrotna (dopuszczająca możliwość korygowania czynności w ramach zakończonych już postępowań o udzielenie zamówienia, a w szczególności czynności kończącej to postępowanie) prowadzi do absurdalnych skutków, a przez to przyjęcie takiej możliwości jest nie do zaakceptowania w ramach reguł wykładni prawa. Przykładowo, nic nie stałoby w takim przypadku na przeszkodzie by zamawiający publiczny „odunieważnił” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone kilka lat wcześniej. Nie ma to nic wspólnego z zasadą pewności prawa, jak i emanacją zasad ogólnych ustawy, w tym zasady z art. 17 ust. 2 ustawy. Ta sprawa również jawi się jako przykład braku zasadności przyjęcia tezy o dopuszczalności samodzielnego unieważnienia przez zamawiającego publicznego dokonanego wcześniej unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Bezsprzecznie bowiem mimo, że przedmiotowe postępowanie obarczone jest wadą (naruszeniem art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach), to zamawiający dąży do jego rozstrzygnięcia. To że ewentualna umowa w sprawie zamówienia publicznego nie będzie (zdaniem Sądu Okręgowego w Warszawie) podlegać unieważnieniu nie oznacza jeszcze, że zamawiający powinien dążyć do jej zawarcia. Nie można bowiem przejść do porządku nad tym, że zamawiający pozbawił się możliwości weryfikacji na etapie postępowania o udzielenie zamówienia istotnego faktu, tj. tego czy wykonawca ma możliwość realnego przekazania odbieranych odpadów do właściwej instalacji, a tym bardziej gdy wykonawca ten deklaruje przekazanie odpadów do danej instalacji np. w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Tym samym pierwotne unieważnienie przedmiotowego postępowania było uzasadnione i to właśnie to działanie stanowiło przejaw przestrzegania przez zamawiającego zasad ogólnych, w tym wyrażonych w art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy.

W dniu 22 sierpnia 2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa prawnego.

W ocenie



Zamawiającego odwołanie jest bezzasadne .

Argumentacja odwołania przedstawia odosobniony pogląd wykonawcy, pomija okoliczności, o których mowa poniżej , co powoduje, że ocena przedstawiona w odwołaniu jest niepełna, bo nie uwzględnia faktu, że zamawiający wykonywał jedynie wyrok KIO, a nie podejmował samodzielnej decyzji. Decyzja o unieważnieniu postępowania była podjęta na podstawie wyroku KIO, którą zamawiający musiał wykonać. Nie był to jednak wyrok prawomocny, dlatego nie może posiadać waloru ostateczności. Tym samym ta decyzja nie była decyzją ostateczną, po mimo tego, że nie złożono względem niej odwołania. Ta decyzja była wydana na potrzeby postępowania. Postępowanie było kontynuowane i wydany został wyrok sądowy, w związku z którym zamawiający podjął zaskarżoną obecnie czynność. Czynność ta podjęta zatem była w toku postępowania.

Zamawiający wskazał, że to w związku z wyrokiem KIO na podstawie art. 17 ust. 2 ustawy PZP, zamawiający dokonał w dniu 22.02.2022 r. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Wyrok KIO został jednak zmieniony ww. wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie, a skarga oferenta oddalona, wobec czego przestała istnieć możliwość unieważnienia postępowania prowadzonego przez zamawiającego. Stan prawny wywołany wyrokiem KIO został uchylony w drodze wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie, co powodowało konieczność unieważnienia czynności zamawiającego dokonanej pod wpływem treści wyroku KIO. Ze względu na fakt, że postępowanie pozostawało w toku również po wyroku KIO, niezbędne było uwzględnienie ostatecznego stanu prawnego, a ten został określony w drodze wyroku sądowego, a nie wyroku KIO. Tym samym nie było podstaw prawnych do unieważnienia postępowania prowadzonego przez zamawiającego. Skoro zaś zachodziła konieczność dalszego prowadzenia postępowania, wskutek wyroku sądowego, toteż zamawiający mając taki obowiązek, podjął decyzję o unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania. Wyrok sądowy nie musiał wprost stwierdzać konieczności unieważnienia czynności unieważnienia, bo taki skutek prawny był logiczną konsekwencją jego treści. Na marginesie, Sąd nie miał wiedzy o czynności unieważnienia postępowania przez zamawiającego, stąd nie odniósł się do tego literalnie.

Zamawiający może samodzielnie unieważnić każdą czynność w postępowaniu, dokonaną z naruszeniem przepisu ustawy, a nie tylko w wyniku orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Takie stanowisko prezentowane jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (por. wyrok z dnia 21 listopada 2013 r., KIO 2591/13; KIO 2593/13 oraz z dnia 29 lipca 2013 r., KIO1718/13). Jedynym ograniczeniem dla unieważnienia czynności w postępowaniu dokonanej z naruszeniem przepisów ustawy PPZ jest fakt udzielenia zamówienia (zawarcia umowy).

Zamawiający dodał, że w wyroku z dnia 28 grudnia 2010 r., KIO 2685/10, KIO 2686/10, Krajowa Izba Odwoławcza uznała prawo zamawiającego do samodzielnego unieważnienia pierwotnie podjętej czynności, choćby taki obowiązek nie wynikał z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu powszechnego, a termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej upłynął.

Skoro dopuszczane jest unieważnienie postępowania w wyniku orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (zob. wyroki z dnia 4 października 2019 r., KIO 1850/19, z dnia 22 stycznia 2019 r., KIO 2608/18, z dnia 26 kwietnia 2017 r., KIO 683/17, z dnia 30 maja 2013 r., KIO 798/16, z dnia 22 lipca 2015 r., KIO 1500/15, z 22.01.2015 r., KIO 2832/14, z dnia 16 lipca 2013 r., KIO 1578/13, z dnia 28 grudnia 2010 r., KIO 2685/10, KIO 2686/10), tym samym zasadne było unieważnienie czynności unieważnienia postępowania przez zamawiającego.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. informacji z otwarcia ofert, pisma odwołującego z dnia 23 grudnia 2021 r., informacji o wyniku postępowania z dnia 11 stycznia 2022 r., odwołania odwołującego z 19 stycznia 2022 r., przystąpienia FBSerwis z dnia 23 stycznia 2022 r., odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 25 stycznia 2022 r., wyroku Izby z dnia 7 lutego 2022 r. w sprawie sygn. akt KIO 169/22, czynności unieważnienia postępowania z dnia 22 lutego 2022 r. i publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 lutego 2022 r., wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 27 czerwca 2022 r. w sprawie sygn. akt XXIII Zs 39/22, informacji o unieważnieniu unieważnienia postępowania z dnia 27 lipca 2022 r.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje.

Bezsporne jest pomiędzy stronami, że zamawiający w dokumentach zamówienia nie wymagał wskazania w ofertach przez wykonawców instalacji komunalnych do zagospodarowania odpadów. Zamawiający natomiast od wykonawcy wybranego wymagał przy zawarciu umowy przedstawienia umowy z instalacją komunalną. Nie ma też sporu, co do tego, że przed upływem terminu składania ofert, brak ten nie był kwestionowany przez wykonawców.

W postępowaniu złożono cztery oferty:

Remondis Dolny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą w Oławie, FBSerwis sp. z o.o. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich, Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA SA z siedzibą we Wrocławiu, PHU Komunalnik sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

W dniu 23 grudnia 2021 r. odwołujący poinformował zamawiającego o potrzebie unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt. 6 ustawy z uwagi na to, że zamawiający nie żądał wskazania w ofertach instalacji komunalnych, a postępowanie dotyczy odbioru i zagospodarowania odpadów, zatem zgodnie z art. 6d ust. 5 pkt 5 ucpg zamawiający był zobligo-

wany do sformułowania takiego wymogu w dokumentach zamówienia. Termin składania i otwarcia ofert już upłynął zatem brak w dokumentacji nie może już być usunięty inaczej niż przez unieważnienie postępowania.

W dniu 11 stycznia 2022 r. zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty FBSerwis sp. z o.o. z Bielán Wrocławskich, na drugim miejscu sklasyfikował ofertę odwołującego.

W dniu 19 stycznia 2022 r. odwołujący wniósł pierwsze odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 i art. 134 ust. 1 pkt 14 (względnie art. 99 ust 1 i 4), a także art. 16 pkt 1 i 2 pzp oraz art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach przez zaniechania unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy zamawiający nie wymagał wskazania w ofertach wykonawców instalacji do zagospodarowania odpadów komunalnych do których to wykonawcy przekażą odbierane odpady komunalne, a która to wada nie jest możliwa do usunięcia (gdyż nie istnieje wszakże w przepisach prawa możliwość uzupełnienia oferty po jej otwarciu) oraz rzutuje na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego, i to nie tylko z tego powodu, że wprost stanowi to naruszenie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (i pzp przez błędny opis sposobu przygotowania oferty, względnie nieuwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty), ale także i z tego powodu, że narusza to przejrzystość postępowania i równe traktowanie w nim wykonawców, skoro nie sposób stwierdzić przed wyborem konkretnego wykonawcy (tak przez zamawiającego, jak i konkurentów), czy jest on w stanie legalnie zagospodarować odbierane odpady, a więc prawidłowo i zgodnie z SWZ wykonać zamówienie publiczne.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania.

W dniu 23 stycznia 2022 r. do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca FBSerwis sp. z o.o. z Bielán Wrocławskich wnosząc o odrzucenie odwołania jako skierowanego wobec treści SWZ, a zatem spóźnionego ewentualnie o jego oddalenie jako bezzasadnego, gdyż art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy wskazuje, że umowa o zamówienie publiczne podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert.

Oznacza to, że warunkiem koniecznym dla ziszczenia się przewidzianej w ww. przepisie przesłanki unieważnienia umowy jest zaniechanie zamawiającego dotyczące publikacji odpowiedniego ogłoszenia. W stanie faktycznym taka okoliczność miejsca nie miała (zamawia-

jący opublikował wymagane ogłoszenie – zarówno ogłoszenie wszczynające postępowanie, jak i ogłoszenie o zmianie ww. ogłoszenia). Odwołujący zresztą w swoim odwołaniu okoliczności tej w ogóle nie kwestionuje – nie wskazuje, jakiego to ogłoszenia jego zdaniem Zamawiający zaniechał.

Wobec braku potwierdzenia się wskazywanej przez odwołującego przesłanki unieważnienia umowy, nie zachodziła też wskazana w odwołaniu przesłanka unieważnienia postępowania (art. 255 pkt 6 ustawy PZP). Wskazuje to na oczywistą niezasadność Odwołania, skutkującą koniecznością jego oddalenia (o ile odwołanie nie zostałoby odrzucone, zgodnie z wnioskiem sformułowanym wcześniej). Nadto przystępujący podniósł, że zamawiający nie zaniechał żądania wskazania instalacji komunalnej, jedynie przesunął termin, w którym wykonawcy mieli wykonać ten obowiązek na moment zawarcia umowy o zamówienie, Wówczas bowiem zgodnie z w rozdziale XXI pkt 3 ppkt 2 Tomu I SWZ zamawiający przewidział, że wykonawca najpóźniej w dniu zawarcia umowy zobowiązany będzie przedstawić m.in. zawartą umowę z Instalacją Komunalną lub zezwolenie do Przetwarzania Odpadów Komunalnych na przyjmowanie odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych i bioodpadów. Tym samym nie jest prawdą, jakoby zamawiający miał nie widzieć, do których instalacji komunalnych wykonawca będzie przekazywał odbierane odpady komunalne – informacja ta będzie bowiem wynikała z przekazanych przez wykonawcę umów lub zezwoleń.

W dniu 25 stycznia 2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o odrzucenie odwołania jako spóźnionego ewentualnie o jego oddalenie jako bezzasadnego wskazując, tak jak przystępujący, że nie zaniechał nałożenia obowiązku wskazania instalacji, ale obowiązek ten miał być realizowany przez złożenie umowy z instalacją przy zawieraniu umowy o zamówienie publiczne.

W dniu 7 lutego 2022 r. Izba wydała wyrok w sprawie sygn. akt KIO 169/22, w którym uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy.

W dniu 22 lutego 2022 r. zamawiający wykonał wyrok Izby i unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy oraz przekazał ogłoszenie o tym fakcie do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, gdzie informację opublikowano w dniu 25 lutego 2022 r. za numerem 2022/S 040-103658.

Na tę czynność zamawiającego nie zostało wniesione odwołanie.

W dniu 3 marca 2022 r. FBSerwis wniósł skargę na wyrok Izby sygn. akt KIO 169/22.

W dniu 27 czerwca 2022 r. Sąd Okręgowy w Warszawie wydał wyrok z sprawie sygn. akt XXIII Zs 39/22 zmieniając zaskarżony wyrok w ten sposób, że - w punkcie 1 oddalił odwołanie PHU Komunalnik sp. z o.o.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Sąd podał:

Skarga zasługiwała na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Termin ten jest uregulowany w art. 515 Pzp. Zgodnie z ust. 1 pkt 1 lit a tego przepisu odwołanie wnosi się, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W myśl ust. 2 pkt 1 odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne. Wreszcie w myśl ust. 3 pkt 1 tego przepisu odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

W ocenie Sądu odwołujący wniósł odwołanie w terminie – jeśli brać za podstawę ściśle brzmienie tegoż odwołania, co jest przecież obowiązkiem zarówno KIO, jak i Sądu.

Odwołujący wskazał, że skarży brak unieważnienia postępowania, abstrahując od przyczyn. O tym, że postępowanie nie jest unieważnione, wiedzę można podjąć dopiero w momencie jego zakończenia wyborem oferty. Do tej chwili zamawiający wciąż ma czas, by dokonać unieważnienia postępowania, więc nie można uznać, by znalazł się w stanie niezgodnego z prawem zaniechania. Jest bezsporne, że odwołujący wniósł odwołanie w terminie 10 dni od wyboru oferty. Odwołanie zatem powinno zostać przyjęte do rozpoznania merytorycznego.

Natomiast odwołanie nie było zasadne i dlatego powinno zostać oddalone, a w konsekwencji skarga musiała zostać uwzględniona.

Zgodnie z art. 555 ustawy Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte odwołaniu. W istocie zgodnie z art. 583 ustawy również Sąd nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania. W konsekwencji nie można poszukiwać podstaw do nakazania unieważnienia postępowania na podstawie innych okoliczności, niż zawarte w zarzutach odwołania. Izba zastrzegła, że podstawą jej rozstrzygnięcia nie jest art. 705 k.c., który nie był podstawą odwołania, ale przedstawiła rozważania na ten temat, nie przedstawiając jednocześnie żadnej podstawy prawnej, na podstawie której umowa mogłaby zostać unieważniona. Należy zatem uznać, faktycznie KIO przyjęła za podstawę rozstrzygnięcia między innymi przepis, którego naruszenia odwołujący w ogóle nie zarzucił.

Odwołujący powołał się na naruszenie art. 457 ust. 1 pkt 1 i 255 pkt 6 Pzp w zw. z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Nie ma więc podstaw do tego, by KIO lub Sąd w ogóle poszukiwał jakichś innych podstaw. Tymczasem wskazane

przez odwołującego podstawy ani wywodzone przez niego okoliczności nie mogłyby być podstawą unieważnienia umowy zawartej z podmiotem, który wygrał postępowanie przetargowe.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia m. in. jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie chodzi zatem o to, że w postępowaniu wystąpiła jakakolwiek wada, choćby nawet poważna – lecz chodzi tylko o wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Istnieje zatem konieczność zdefiniowania, kiedy umowa zawarta w drodze zamówienia publicznego podlega unieważnieniu. Stanowi o tym Art. 457. Zgodnie z ust. 1. pkt 1 tego przepisu, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert. Wszystkie te naruszenia dotyczą zaniechania obowiązku ogłoszenia. Wbrew wywiadowi odwołującego, będącego przeciwnikiem skargi, zmiana brzmienia tego przepisu w toku prac legislacyjnych i „dopisanie przecinka” nie oznacza, że „udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy” stało się odrębną, oddzielną od pozostałych, podstawą unieważnienia umowy. Nie twierdziła tak zresztą KIO, dlatego poszukiwała innej podstawy unieważnienia. Owo dopisanie przecinka ma związek tylko z wprowadzeniem do przepisu wyliczenia odnoszącego się do innych postępowań – początkowo przepis odnosił się tylko do udzielenia zamówienia publicznego, ale ostatecznie rozciągnięto jego zakres także na zawarcie umowy ramowej lub ustanowienie dynamicznego systemu zakupów. W języku polskim kolejne elementy wyliczenia są łączone przecinkiem, aż do połączenia elementu przedostatniego z ostatnim, kiedy to stosuje się odpowiedni spójnik (w omawianym przepisie jest to „lub”). Podsumowując, wszystkie naruszenia, o których mowa w art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp dotyczą zaniechania dokonania określonego ogłoszenia. Takiego naruszenia zamawiający się nie dopuścił. Irrelevantne są rozważania Izby dotyczące powagi naruszenia zamawiającego co do SWZ, bowiem:

- po pierwsze, naruszenia te nie mogą doprowadzić do unieważnienia umowy,
- po drugie, KIO nie miała prawa badać zgodności SWZ z prawem, ponieważ upłynął ku temu termin zawity i nie zostały one zaskarżone.

Termin na zaskarżenie SWZ wynosił 10 dni od ich publikacji, tj. od 27 sierpnia 2021 r., zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp. Próba wywodzenia zarzutów co do treści SWZ przy wniesieniu odwołania od nieunieważnienia postępowania zmierza do obejścia przepisów prawa i jest niedopuszczalna. Przepisy Pzp de lege lata nie bez przyczyny są skonstruowane w taki spo-

sób, że termin na zaskarżenie poszczególnych czynności jest krótki i biegnie od ściśle określonych momentów. Chodzi o to, by wadliwe czynności były od razu usuwane z tego postępowania, któremu następnie będzie można nadać prawidłowy bieg bez unieważniania całego postępowania. Unieważnienie całego postępowania następuje tylko ze ściśle określonych, dość wąsko zakreślonych przyczyn, do których nie należą wady w opisie SWZ.

Wady te podlegają usunięciu na znacznie wcześniejszym etapie postępowania niż wybór oferty, a jeśli do tego nie dochodzi, to uczestnicy postępowania godzą się na określone SWZ.

Warunki te dotyczą wszystkich uczestniczących w postępowaniu i w tym sensie nie może być mowy o dyskryminacji któregoś z nich. W świetle powyższego nie mogą być uznane za uzasadnione zarzuty naruszenia:

- art. 134 ust. 1 pkt 14 ustawy, zgodnie z którym SWZ zawiera co najmniej opis sposobu przygotowywania oferty – tym bardziej, że SWZ zawierał opis sposobu przygotowania oferty, nawet jeśli został on sporządzony z uchybieniem określonego przepisu innej ustawy szczególnej,

- art. 99 ust. 1 i 4 ustawy, zgodnie z którymi przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a ponadto przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów – albowiem przedmiot zamówienia został opisany w sposób jednoznaczny i zrozumiały dla wszystkich uczestników, w tym odwołującego, który jest profesjonalistą na rynku usług, o które chodzi, więc znał zasady wykonywania takich umów, a jeśli nie był pewien, czy cena została skalkulowana poprawnie i czy oferta konkurentów nie jest rażąco zaniżona, mógł zadać w tym zakresie pytania, w czasie prawem przewidzianym,

- art. 16 pkt 1 i 2 ustawy, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także w sposób przejrzysty.

Sąd podkreślił, że wszystkie opisane wyżej zarzuty dotyczą właśnie treści SWZ, których nie zaskarżono w terminie. Odwołujący twierdzi, że uczestnicy nie mają obowiązku sygnalizowania dostrzeżonych błędów, czy też korzystania ze środków ochrony prawnej. Nie jest to prawidłowe stanowisko. Każdy uczestnik obrotu gospodarczego powinien zachowywać się rzetelnie, starannie i uczciwie, w tym także uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dopuszczenie do kontynuowania postępowania z wadliwie skonstruowanymi

SWZ, gdy uczestnik widzi ich wadliwość, nie jest rzetelne, staranne ani uczciwe. Nie może też prowadzić do skutecznej próby obejścia przepisów o terminach zaskarżenia określonych czynności. Terminy te bowiem mają charakter zawity. Uczestnik postępowania może wprowadzić nie skorzystać z przysługującego mu na określonym etapie i w określonym terminie środka zaskarżenia, ale ponosi związane z tym ryzyko i konsekwencje. Innymi słowy, jak już Sąd wskazał wcześniej, odwołujący oczywiście mógł skarżyć zaniechanie unieważnienia postępowania, ale nie może w takim odwołaniu skutecznie podnosić wadliwości czynności, których nie zaskarżył w terminie, bowiem nie podlegają już one badaniu na tym etapie. Sąd bada zatem podstawy do unieważnienia postępowania, ale nie bada SWZ.

Sąd też wskazał, że naruszenie art. 6d ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jedn. Dz. U. z 2021 poz. 888) nie powoduje nieważności umowy, ani nie daje podstaw do jej unieważnienia. Zgodnie z ust. 1 tego przepisu, wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. Zgodnie z ust. 4 pkt 5 wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich w szczególności, m. in. 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. Jednakże essentialia negotii umowy dotyczącej odbioru odpadów są zawarte w art. 6f wskazanej ustawy. Należy do nich wskazanie instalacji odbiorczych. Z naruszenia przez zamawiającego art. 6d (tj. treści oferty) nie wynika, że zawrze on umowę bez wskazania tych instalacji, czyli bez elementu przedmiotowo istotnego, którego brak w umowie prowadzi do jej nieważności. Czym innym jest brak określonych informacji w ofercie, a czym innym zawarcie odnośnych ustaleń w umowie. Nie można mylić oferty z umową, a braki oferty, jako takie, do nieważności umowy nie prowadzą. W konsekwencji uchybienie powoda w zakresie art. 6d nie może skutkować unieważnieniem umowy.

Podsumowując, KIO oparła swój wyrok na konstatacji, że uchybienie zamawiającego jest poważne, więc postępowanie takie powinno być unieważnione. Uchybienie zamawiającego jest poważne, bo dotyczy obligatoryjnych elementów SWZ, jednak uchybienie takie nie zostało przez ustawodawcę uznane za wystarczające do unieważnienia całego postępowania. Ustawodawca przewidział dla uczestników postępowania inne środki ochrony na wypadek naruszeń dotyczących opisu SWZ. Nieskorzystanie z nich w terminie sprawia, że późniejsze kwestionowanie SWZ nie jest już dopuszczalne. Należy przy tym zauważyć, że uchybienie



zamawiającego nie jest jednak tak daleko idące, jak te wskazane w art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp, czyli nie dotyczy braku wymaganego ogłoszenia. Różnica w wagach uchybień jest oczywista. Brak ogłoszenia skutkuje niemożnością skorzystania z innych środków ochrony. Brak niezbędnego postanowienia w SWZ nie skutkuje tak daleko idącymi konsekwencjami, bowiem uczestnik może zaskarżyć SWZ. Podsumowując, brak podstaw do nakazania zamawiającemu unieważnienia całego postępowania tylko dlatego, że niezaskarżone w terminie SWZ nie zawierają ustawowego elementu. Zasadny okazał się więc zarzut skarżącego naruszenia art. 457 ust. 1 i art. 255 ust. 1 pkt 6 Pzp. W konsekwencji konieczna była zmiana wyroku KIO i oddalenie odwołania (art. 588 Pzp). Dla porządku Sąd omówił także pozostałe zarzuty.

Naruszenie art. 705 k.c. jest o tyle nieistotne, że nie mogło być w ogóle przedmiotem rozważań KIO. Izba nie mogła zastosować tego przepisu, więc omawianie jego przesłanek jest bezprzedmiotowe.

KIO nie dopuściła się naruszenia art. 559 Pzp. Uzasadnienie wyroku Izby jest jasne i jednoznacznie wynika z niego, że Izba za wystarczające uznała „poważne” naruszenie przepisu ustawy. Izba nieprawidłowo zastosowała omówione przepisy, jednak jej intencja, stanowisko i motywacja są zrozumiałe.

W dniu 27 lipca 2022 r. zamawiający działając w związku z art. 588 ust. 2 ustawy oraz wyrokiem Sąd Okręgowy w Warszawie z dnia 27.06.2022 r. sygn. akt: XXIII Zs 39/22, poinformował o unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania dokonanej w dniu 22.02.2022 r.

W wyniku nakazania zamawiającemu w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 07.02.2022 r. sygn. akt: KIO 169/22, unieważnienia postępowania, zamawiający w dniu 22.02.2022 r. dokonał czynności unieważnienia postępowania. Na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt: KIO 169/22, nakazujący zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy, została złożona skarga do sądu.

Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 27.06.2022 r. sygn. akt: XXIII Zs 39/22, uwzględnił skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 07.02.2022 r., sygn. akt: KIO 169/22, i zmienił wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, w ten sposób, że oddalił odwołanie.

W związku z powyższym oraz uwzględniając art. 588 ust. 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy, zamawiający dokonał unieważnienia czynności unieważnienia postępowania dokonanego w dniu 22.02.2022 r.

Zamawiający może samodzielnie unieważnić każdą czynność w postępowaniu, dokonaną z naruszeniem przepisu ustawy, a nie wyłącznie w wyniku orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Takie stanowisko prezentowane jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (zob. wyrok z dnia 21 listopada 2013 r., KIO 2591/13; KIO 2593/13 oraz z dnia 29 lipca 2013 r., KIOI 718/13). Jedynym ograniczeniem dla unieważnienia czynności w postępowaniu dokonanej z naruszeniem przepisów ustawy jest fakt udzielenia zamówienia (zawarcia umowy).

W wyroku z dnia 28 grudnia 2010 r., KIO 2685/10, KIO 2686/10 Krajowa Izba Odwoławcza uznała prawo zamawiającego do samodzielnego unieważnienia pierwotnie podjętej czynności, choćby taki obowiązek nie wynikał z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu powszechnego, a termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej upłynął.

Skoro możliwe jest unieważnienie unieważnienia postępowania w wyniku orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej ( wyroki z dnia 4 października 2019 r., KIO 1850/19, z dnia 22 stycznia 2019 r., KIO 2608/18, z dnia 26 kwietnia 2017 r., KIO 683/17, z dnia 30 maja 2013 r., KIO 798/16, z dnia 22 lipca 2015 r., KIO 1500/15, z 22.01.2015 r., KIO 2832/14, z dnia 16 lipca 2013 r., KIO 1578/13, z dnia 28 grudnia 2010 r., KIO 2685/10, KIO 2686/10) możliwe jest unieważnienie czynności unieważnienia postępowania przez zamawiającego. Ponadto taką podstawę wymusza na zamawiającym wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt: XXIII Zs 39/22 z dnia 27.06.2022 r., w którym wskazano, że naruszenie art. 6d ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jed. Dz. U. z 2021 poz. 888) nie powoduje nieważności umowy, ani nie daje podstaw do jej unieważnienia.

Sąd stwierdził, że uchybienie zamawiającego dotyczy obligatoryjnych elementów SWZ, jednak uchybienie takie nie zostało przez ustawodawcę uznane za wystarczające do unieważnienia całego postępowania, ani za wystarczające do doprowadzenia do unieważnienia umowy.

Sąd w swoim uzasadnieniu stwierdził brak podstaw do nakazania zamawiającemu unieważnienia całego postępowania tylko dlatego, że niezaskarżone w terminie SWZ nie zawierają ustawowego elementu. Zasadny okazał się więc zarzut skarżącego naruszenia przez KIO art. 457 ust. 1 i art. 255 ust. 1 pkt 6 ustawy, czego konsekwencją jest zmiana wyroku KIO i oddalenie odwołania.

W związku z powyższym zamawiający dokonał unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, która uprzednio została dokonana zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, który to wyrok KIO w dniu 27.06.2022 r., został zmieniony przez Sąd Okręgowy w Warszawie.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek odrzucenia odwołania z art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłanki materialnoprawne z art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 16 i art. 17 ust. 2 oraz art. 7 pkt 18, a także art. 254 pkt 2 i 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 5 (przy uwzględnieniu art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach), jak również art. 554 ust. 3 pkt. 1 lit. b, art. 554 ust. 1 pkt 1, art. 555 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy przez unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod numerem RG.271.09.2021.ZP (tj. przywrócenie procedowania zakończonego już postępowania), w

sytuacji gdy pomimo upublicznienia informacji o unieważnieniu postępowania, jak i dokonania przez zamawiającego ogłoszenia o zakończeniu tego postępowania (o udzieleniu zamówienia) w Dzienniku Urzędowym UE, żaden z wykonawców nie wniósł odwołania od tej czynności, zaś wywodzone w orzecznictwie uprawnienie zamawiającego publicznego do samodzielnego skorygowania wcześniej dokonanych przez niego czynności w prowadzonym postępowaniu nie może być stosowane po zakończeniu tego postępowania o udzielenie zamówienia, w tym nie może być stosowane wobec czynności kończących to postępowanie, a więc zarówno wobec czynności zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, jak i wobec czynności unieważnienia postępowania, gdyż czynności te wywołują definitywne skutki prawne, których usunięcie możliwe byłoby tylko w oparciu o wyraźną i pozytywnie uregulowaną w przepisach prawa instytucję, która w przedmiotowym przypadku nie istnieje.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 577 ustawy wniesienie odwołania powoduje zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Przepis ten ma na celu zapewnienie efektywności dokonywanej przez Izbę kontroli zachowań zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże przepis ten w żaden sposób nie zabrania zamawiającemu podejmowania innych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie powoduje także zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a sam zakaz zawarcia umowy kończy się z chwilą ogłoszenia przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Zakaz nie obowiązuje w okresie biegu terminu na wniesienie skargi na orzeczenie Izby, ani w trakcie postępowania skargowego. W ocenie Izby zamawiający nie dostrzega, że postępowanie odwoławczo-skargowe i postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, to dwa odrębne postępowania. Jeśli zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia decyduje się na podejmowanie dalszych czynności w tym postępowaniu nie czekając na orzeczenie Izby, czy Sądu, to czynności te podlegają ochronie prawnej przez wniesienie na nie odrębnych środków zaskarżenia, a w braku wniesienia takich środków w terminie, stają się czynnościami ostatecznymi. Taka sytuacja miała właśnie miejsce w tym postępowaniu. Zamawiający poczekał na orzeczenie Izby w sprawie sygn. akt KIO 169/22, ale nie poczekał na upływ terminu na wniesienie skargi na to orzeczenie, ani na wyrok Sądu i dokonał czynności unieważnienia postępowania. Miał oczywiście prawo to zrobić, jednak nie jest tak, że dokonanie tej czynności nie wywołało skutków prawnych. Przeciwnie zamawiający unieważnił postępowanie, co zgodnie z art. 254 pkt. 2 ustawy jest jednym ze sposobów zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Czynność unieważnienia postępowania nastąpiła w dniu 22 lutego 2022 r. i nie została zaskarżona przez żadnego wykonawcę. Oznacza to, że stała się ostateczna 4 marca 2022 r. i postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało skutecznie zakończone. W ocenie Izby

oznacza to, że nie można go reaktywować, bo już nie istnieje. Sam zamawiający przyznał, że Sąd nie miał informacji o unieważnieniu postępowania, stąd nie mógł wziąć pod uwagę tej okoliczności przy orzekaniu i z tego względu wyrok Sądu ograniczył się do oddalenia odwołania. Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Zarzut ewentualny naruszenia przez zamawiającego art. 2 ust. 1 pkt 1, art. 3 ust. 1 pkt 1, art. 4 pkt 1 oraz art. 9-14, jak i art. 214 pzp, a także art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach przez zaniechanie przeprowadzenia „nowego” postępowania o udzielenie zamówienia i próbę zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą, który w ocenie zamawiającego złożył najkorzystniejszą (nieaktualną) ofertę w zakończonym już postępowaniu, z pominięciem jakiegokolwiek trybu z ustawy, mimo że zlecenie przez zamawiającego usługi odbioru albo odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z gminy Oława na okres kolejnych 18 miesięcy kalendarzowych liczonych od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego wymaga zastosowania procedury przetargowej.

Zarzut został zgłoszony jako ewentualny. Tym samym skoro Izba uznała za zasadny zarzut podstawowy, rozpoznanie zarzutu ewentualnego stało się zbędne.

Mając powyższe na uwadze Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 7 ust. 1 pkt 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczanego wpisu odwołującego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot kosztów postępowania obejmujących uzasadnione koszty strony obejmujące wpis w wysokości 15 000zł.

**Przewodniczący:** .....