

WYROK
z dnia 30 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 listopada 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **12 listopada 2020 r.** przez wykonawcę **ATF Sp. z o. o. Sp. k., z siedzibą w Chojnicy,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Łobez,**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych Sp. z o.o., z siedzibą w Łobzie,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gminie Łobez unieważnić czynność unieważnienia postępowania oraz nakazuje zamawiającemu dokonanie czynności badania i oceny ofert.**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gminę Łobez** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ATF Sp. z o. o. Sp. k., z siedzibą w Chojnicy** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od **zamawiającego Gminy Łobez** na rzecz wykonawcy **ATF Sp. z o. o. Sp. k., z siedzibą w Chojnicy** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy

sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisy od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę **347,90** (słownie: trzysta czterdzieści siedem złotych dziewięćdziesiąt groszy) jako zwrot kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 12 listopada 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy ATF Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Chojnicy (dalej „**Odwolujący**”) zarzucając zamawiającemu Gminie Łobez (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie w postępowaniu pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu miasta i gminy Łobez”:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6, art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 ustawy p.z.p. poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a warunki udziału w postępowaniu zaprezentowane w SIWZ są proporcjonalne, zbieżne i skorelowane ze szczegółowym opisem realizacji zamówienia, a zatem nie zachodzi naruszenie zasady uczciwej konkurencji;
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy p.z.p. poprzez niedokonanie przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej, pomimo że zaoferowana przez odwołującą się cena była najniższa, a warunki udziału w postępowaniu zostały spełnione;
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz zaniechanie wyboru najkorzystniejszej oferty i udzielenia zamówienia.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, dokonanie czynności badania ofert, a następnie wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, Zamawiający - Gmina Łobez w dniu 4 listopada zawiadomił wykonawcę o podjęciu czynności polegającej na unieważnieniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6, art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy p.z.p. wskazując, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu zaskarżonej czynności Zamawiający wskazał, że po otwarciu ofert, w toku ich badania powziął wątpliwość co do poprawności sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia

pod kątem jego zgodności z art. 29 ustawy p.z.p. Zgodnie ze wskazanym artykułem zamawiający zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, przy uwzględnieniu wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Na kartach uzasadnienia swojej decyzji zamawiający przyjął, iż: „Z załącznika nr 1 do SIWZ wynika, iż wykonawca składający ofertę będzie prowadził Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych na terenie gminy Łobez a co za tym idzie w myśl postawionego warunku będzie posiadał na dzień składania ofert uprawnienia do zbierania odpadów wynikające z zezwolenia na zbieranie lub zezwolenie na zbieranie i przetwarzanie odpadów, zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach obejmujące teren gminy Łobez, co jest niemożliwe bez posiadania już wcześniej utworzonego PSZOK i poniesienia znacznych kosztów jego utworzenia.” (strona 2, akapit 5) „Zapis w SIWZ dotyczący posiadania zezwolenia do zbierania odpadów wynikające z zezwolenia na zbieranie lub zezwolenia na zbieranie i przetwarzanie odpadów zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2020 r., poz. 797) na terenie gminy Łobez może powodować naruszenie przepisów ustawy określone w art. 7 ust. 1 oraz w art. 29 ust. 2 ustawy, wyrażających zasadę uczciwej konkurencji” (strona 2, akapit 7). Nadto Zamawiający wskazał, że zezwolenie, które zostało ujęte w warunkach udziału w postępowaniu, na zbieranie odpadów w tym magazynowania na danym terenie, wydaje właściwy Starosta na wniosek zainteresowanych stron zgodnie z ustawą o odpadach. Zamawiający przyjął, że zgodnie z postawionym warunkiem właściwym organem wydającym stosowane zezwolenie jest Starosta Łobeski. Zgodnie z art. 42 ust 4a ustawy o odpadach warunkiem wydania zezwolenia jest przedłożenie dokumentu potwierdzającego prawo własności, prawo użytkowania wieczystego albo umowa dzierżawy nieruchomości dla terenu punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych. Zamawiający uznał, że konstruuując zapisy SIWZ wprowadził warunek posiadania zezwolenia do zbierania odpadów dotyczących zbierania odpadów wymaganych dla PSZOK, który zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia ma być prowadzony na terenie gminy Łobez, nie możliwy do spełnienia dla wykonawcy nie posiadającego już zorganizowanego PSZOK na dzień składania oferty.

W ocenie Odwołującego wskazane powyżej, zawarte w uzasadnieniu zawiadomienia o unieważnieniu postępowania twierdzenia zamawiającego są niepoprawne i nie zgodne ze stanem faktycznym. Odwołujący pomimo nie posiadania na dzień składania ofert zorganizowanego na terenie gminy Łobez PSZOK, wykazała spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz okazała się przewidzianymi przez zamawiającego dowodami, co potwierdza, że określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu były

możliwe do spełniania, nie tylko przez wykonawcę posiadającego już zorganizowany PSZOK, a co za tym idzie sformułowany warunek nie narusza zasad postępowania prowadzonego w oparciu o przepisy p.z.p., w tym zasad uczciwej konkurencji i proporcjonalności. Odwołujący wskazał, że Zamawiający, w żadnym miejscu dokumentacji przetargowej, nie sformułował wobec wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, obowiązku posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów na terenie gminy Łobez, w terminie składania ofert. Podkreślić trzeba, że obowiązek posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów na terenie gminy Łobez, na dzień składania ofert, został przez zamawiającego po raz pierwszy sformułowany dopiero w zawiadomieniu z dnia 3 listopada 2020 r. Dlatego też z decyzją zamawiającego w przedmiocie unieważnienia postępowania, a także argumentacją potwierdzającą zasadność podjęcia tej czynności, nie zgadza się odwołująca wskazując, że działanie zamawiającego narusza szereg zapisów ustawy p.z.p. i pozostaje w sprzeczności z celami i zasadami kierującymi postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego wątpliwości, które zaprezentował Zamawiający w uzasadnieniu skarżonej decyzji są niepoprawne - nie istnieje bowiem wada postępowania na którą powołuje się zamawiający, a co więcej, nawet jeśli przyjąć w ślad za zamawiającym - z czym co do zasady nie zgadza się odwołująca, iż wystąpiła niezgodność w treści SIWZ i naruszenie zasad określonych w art. 29 p.z.p., to podkreślenia wymaga, że wszelkie wątpliwości, niejasności czy też błędy wynikające z treści dokumentacji postępowania nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy ubiegającego się o dane zamówienie publiczne.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6, art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 ustawy p.z.p.

Odwołujący wskazał, iż warunki udziału w postępowaniu mają na celu ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy nie dającego rękojmi wykonania zamówienia publicznego lub w stosunku, do którego, ze względu na sytuację podmiotową zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu służą do sprawdzenia zdolności wykonawcy do realizacji danego zamówienia. Ich celem jest weryfikacja wykonawców ubiegających się o dane zamówienie w taki sposób, aby w jej wyniku zamówienie publiczne powierzone zostało wykonawcy zdolnemu do prawidłowej realizacji zamówienia. W wyniku tej weryfikacji, o zamówienie mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, których rzetelność, doświadczenie i kwalifikacje gwarantują prawidłową realizację zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu odnoszą się do właściwości wykonawcy. Od ich spełnienia uzależniony jest udział wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w

szczegółności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności do należytego wykonania zamówienia oraz określa środki dowodowe, jakimi winni wykazać się wykonawcy, w celu wykazania spełnienia owych warunków. Warunki muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiać ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Zatem ich precyzyjne sformułowanie jest niezmiernie ważne z punktu widzenia wykonawcy, który ubiega się lub zamierza ubiegać o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem na ich podstawie wykonawca ocenia swoją zdolność do realizacji zamówienia. W ocenie Odwołującego w przedmiotowej sprawie warunki udziału w postępowaniu dotyczące świadczenia usługi polegającej na organizacji i obsłudze (prowadzeniu) punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK) zostały określone w sposób precyzyjny, zgodnie z charakterem przedmiotu zamówienia oraz powierzonymi wykonawcy zadaniami. Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy p.z.p., zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, w rozdziale V SIWZ (strony 3-5) określił w sposób precyzyjny omawiany warunek udziału w postępowaniu, opisał środki dowodowe, jakimi muszą wykazać się wykonawcy, aby potwierdzić spełnianie przedmiotowego warunku, jak również zamawiający ustalił tenże warunek proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia, bowiem w punkcie 2 SIWZ (strona 2) przewidział, że przedmiotem zamówienia jest m. in. organizacja i obsługa (prowadzenie) punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych i wskazał na wymagany potencjał w zakresie kompetencji i uprawnień wykonawcy, mając na uwadze ich istotność przy wypełnianiu zadań podobnych do tych, które objął zamówieniem. Zamawiający w warunkach udziału w postępowaniu odwołał się do specyfiki zadań powierzonych w ramach postępowania. Warunek posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów lub zbieranie i przetwarzanie odpadów nie został określony przez zamawiającego, w sposób ograniczający konkurencję, bowiem organizator postępowania nie wskazał na konkretne kody odpadów czy właściwość miejscową tegoż zezwolenia. Zamawiającemu konstruując omawiany warunek przyświecał cel polegający na powierzeniu zadania wykonawcy, który posiada odpowiednie kompetencje i doświadczenie. W zakresie wymaganego zezwolenia, zamawiający w rozdziale V pkt 2. 1) c) SIWZ (strona 4 SIWZ) określił, że warunkiem udziału w postępowaniu, w zakresie kompetencji lub uprawnień, jest posiadanie uprawnienia do zbierania odpadów wynikające z zezwolenia na zbieranie lub zezwolenia na zbieranie i przetwarzanie odpadów, zgodne z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Zamawiający w treści SIWZ oraz załączników do tej specyfikacji nie wskazał na właściwość miejscową obowiązywania zezwolenia tj. nie sformułował obowiązku posiadania na dzień składania ofert zezwolenia na zbieranie odpadów na terenie gminy

Łobez. Nadto Zamawiający dopuścił dwa rodzaje zezwolenia - na zbieranie lub na zbieranie i przetwarzanie odpadów zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu oraz wskazał wymagane środki dowodowe, a następnie, pomimo, że Odwołujący posiada zezwolenie na zbieranie odpadów i złożył przewidziane przez zamawiającego dokumenty - dokonał unieważnienia postępowania powołując się na wystąpienie wady niemożliwej do usunięcia, uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 3 listopada 2020 roku (przekazanego wykonawcy za pośrednictwem środków elektronicznych w dniu 4 listopada 2020 roku), zamawiający wskazał, że „konstruując zapisy SIWZ wprowadził warunek posiadania zezwolenia do zbierania odpadów wynikające z zezwolenia na zbieranie lub zezwolenia na zbieranie i przetwarzanie odpadów, zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz. U. 2020 r. poz. 797) dotyczący zbierania odpadów wymaganych dla PSZOK, który stosownie do opisu przedmiotu zamówienia ma być prowadzony na terenie gminy Łobez, nie możliwy do spełnienia dla wykonawcy nie posiadającego już zorganizowanego PSZOK na dzień składania oferty”. Zamawiający uznał więc, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób, utrudniający uczciwą konkurencję.

Odwołujący wskazał, że treść SIWZ w rozdz. V pkt 2. 1) c) nie wprowadza wymogu posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów lub zbieranie i przetwarzanie odpadów dotyczących zbierania odpadów wymaganych dla PSZOK na terenie gminy Łobez, na dzień składania ofert. Z warunku określonego przez zamawiającego w SIWZ nie wynika, iż zezwolenie, którym ma legitymować się wykonawca w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ma dotyczyć odpadów wymaganych dla PSZOK, ani że ma być udzielone przez Starostę Łobeskiego. Stąd, w ocenie Odwołującego, argumenty, którymi posłużył się zamawiający konstruując uzasadnienie zawiadomienia o unieważnieniu postępowania nie są, w ocenie Odwołującego, zgodne z treścią SIWZ. Zamawiający dokonał jednostronnej, nieuprawnionej i zawężającej wykładni zapisów dokumentacji przetargowej. W ocenie Odwołującego, Zamawiający uzasadniając dokonanie czynności unieważnienia postępowania, powołuje się na istnienie w dokumentacji przetargowej zapisów, które w rzeczywistości w przedmiotowych dokumentów nie zostały zawarte. Istotne jest, że opis przedmiotu zamówienia został skonstruowany przez zamawiającego w sposób precyzyjny. Załącznik nr 1 do SIWZ - pn. Szczegółowy Opis Realizacji Przedmiotu Zamówienia - rozdz. XII (strona 30) zawiera zobowiązanie wykonawcy do prowadzenia punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych z terenu gminy i miasta Łobez. Zatem Zamawiający powierzył wykonawcy zadanie polegające na zbiórce odpadów - wśród obowiązków wykonawcy mieści się, więc zbieranie odpadów poza podstawowym zadaniem polegającym

na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów od właścicieli nieruchomości zamieszkujących gminę i miasto Łobez. Warunek przedstawiony przez zamawiającego w rozdz. V. pkt 2. 1) c) SIWZ (strona 4) jest zatem zgodny z regułą proporcjonalności, adekwatny do rodzaju i specyfiki zadań przewidzianych do powierzenia wykonawcy. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie wskazując w dokumentacji przetargowej właściwości miejscowej, a nawet zakresu odpadów jakie powinny być objęte zezwoleniem (rodzaju odpadów przewidzianych do zbierania), w istocie poszerzył krąg potencjalnych wykonawców. Nadto Zamawiający nie zażądał konkretnego zezwolenia bowiem posłużył się spójnikiem „lub”. Zasadą jest, że wydaje się odrębne zezwolenie na zbieranie odpadów i odrębne zezwolenie na przetwarzanie odpadów, możliwe jest wszakże zezwolenie łączne na zbieranie i przetwarzanie, jeżeli z takim wnioskiem wystąpi posiadacz odpadów, przy czym do zezwolenia łącznego stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące obu zezwoleń odrębnych. Zamawiający zatem przewidział udział wykonawców posiadających zezwolenie na zbieranie odpadów lub zezwolenie na przetwarzanie odpadów lub zezwolenie łączne na zbieranie i przetwarzanie. Nadto nie zawęził właściwości miejscowej zezwolenia, czym poszerzył krąg podmiotów mogących wziąć udział w przedmiotowym zamówieniu - takie działanie zamawiającego daje zatem szansę uzyskania zamówienia wielu podmiotom. Odwołujący podkreślił, że gminy, zgodnie z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, są zobowiązane do urządzenia i prowadzenia gminnych punktów selektywnej zbiórki odpadów komunalnych zwanych PSZOK. Stąd zadanie ujęte w szczegółowym opisie realizacji przedmiotu zamówienia (ujęte również we wzorze umowy stanowiącym zał. nr 9 do SIWZ) jest związane z wykonywaniem przez zamawiającego ustawowych obowiązków. W ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien zadbać o to, aby zadanie ustawowe było wykonywane przez podmioty profesjonalne, posiadające odpowiednie doświadczenie, potencjał zarówno w zakresie posiadanego sprzętu, kapitału ludzkiego, a także, tak istotnego w wyjątkowo specyficznej działalności, doświadczenia. Zdaniem Odwołującego Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji w przedmiocie unieważnienia postępowania powołuje się na nieistniejącą wadę postępowania i niezgodność z SIWZ. Jednakże nawet jeśli przyjąć za słuszne stanowisko Zamawiającego - z czym w sposób oczywisty nie zgadza się odwołująca, to podnieść należy, że nieścisłość zapisów SIWZ nie może obciążać wykonawców. Wszelkie wątpliwości interpretacyjne dotyczące SIWZ należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy. Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 18 marca 2015 r., sygn. akt III Ca 70/15. W ocenie Odwołującego, w przedmiotowej sprawie zapisy SIWZ są spójne, skorelowane z umową przedstawioną w załączniku nr 9 do SIWZ. Warunki udziału w postępowaniu odpowiadają precyzyjnie opisanemu przedmiotowi zamówienia. W ocenie Odwołującego, nie sposób doszukać się niespójności czy zapisów wzajemnie się wykluczających. Rozdział V pkt 2. 1) c) SIWZ jest spójny z wymaganiami postawionymi w

rozd. VII pkt 8) 1) c) SIWZ w zakresie rodzaju dokumentów wymaganych przez zamawiającego. Z kolei zadanie powierzone w rozdz. XII zał. nr 1 do SIWZ zostało w sposób szczegółowy, niedyskryminujący opisane, pozwala wykonawcy na dokonanie wyboru w przedmiocie miejsca zorganizowania PSZOK na terenie gminy Łobez. Co więcej, wzór umowy w § 1 wprost wskazuje, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi polegającej na odbiorze i transporcie wszystkich odpadów komunalnych, powstałych i zebranych na nieruchomościach zamieszkałych w gminie Łobez oraz z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych. Organizacja i prowadzenie PSZOK zostało szczegółowo określone również (poza zał. nr 1 do SIWZ rozdz. XII) w § 5 umowy, która stanowi zał. nr 9 do SIWZ. Odnosząc się do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy p.z.p. należy wskazać, że pod pojęciem niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy kryje się uchybienie przepisom Prawa zamówień publicznych, którego skutków nie można usunąć przy zastosowaniu procedur z nich wynikających. W ocenie Odwołującego musi to być przy tym uchybienie na tyle poważne, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta w następstwie procedury dotkniętej tym uchybieniem - w świetle art. 146 ust. 1 p.z.p. - podlegałaby unieważnieniu. Pomiędzy wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy musi istnieć normalny związek przyczynowy. Przesłanki unieważnienia postępowania muszą być zatem interpretowane ściśle, a wykazanie ich zaistnienia obciąża zamawiającego - zdaniem odwołującej zamawiający nie udowodnił występowania przesłanek pozwalających na unieważnienie postępowania, bowiem wady, na które się powołuje nie wystąpiły w postępowaniu. Co istotne, rozszerzająca wykładnia tych przesłanek jest niedopuszczalna, mogłaby bowiem prowadzić do manipulowania wynikiem postępowania, w szczególności, gdy unieważnienie następuje po otwarciu ofert, kiedy to zamawiający zna krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz zaoferowane przez nich warunki realizacji zamówienia. W ocenie Odwołującego, w przedmiotowych okolicznościach doszło do otwarcia ofert, zamawiający zapoznał się z propozycjami wykonawców, wezwał wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę do złożenia dokumentów oraz wyjaśnień. Z informacji z otwarciu ofert wynika, iż zostały złożone dwie oferty nie podlegające odrzuceniu, a zatem wstępnie zostały spełnione warunki udziału w postępowaniu przez dwóch wykonawców. Co istotne, oferta Odwołującego była w rankingu ofert uznana za najbardziej korzystną pod względem oceny kryteriów stawianych przez zamawiającego. Stąd Odwołująca wskazał, iż zaskarżona czynność może jawić się jako próba manipulowania wynikiem postępowania. Odwołująca podnosi, iż Zamawiający już po etapie otwarcia ofert próbuje nie tylko tłumaczyć zapisy SIWZ, ale także dokonuje niekorzystnej dla Odwołującej wykładni tych zapisów. Odwołujący powołał się na wyrok o sygn. akt KIO/UZP 80/07, o sygn. akt KIO/UZP 1024/08, o sygn. akt 2829/15.

Odwołujący wskazał, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy p.z.p. nakłada na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z treścią tego przepisu koresponduje art. 146 ust. 6 ustawy p.z.p., który upoważnia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Jeżeli więc zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty jak wymaga tego ustawa, to nie ma podstaw do unieważnienia postępowania. W przedmiotowych okolicznościach warunki udziału w postępowaniu dostosowane zostały do precyzyjnie dokonanego opisu przedmiotu zamówienia. Warunek dotyczący posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów lub zbieranie i przetwarzanie odpadów pozwoliłby na osiągnięcie celu należytego wykonania zamówienia.

Zdaniem Odwołującego warunki udziału w postępowaniu skonstruowane w SIWZ są adekwatne do rodzaju zadań powierzonych wykonawcy w ramach przetargu, pozwolą na wybranie wykonawcy z odpowiednim doświadczeniem, potencjałem, co przełoży się na jakość realizacji zamówienia. Z kolei art. 7 ust. 3 ustawy p.z.p. nakazuje zamawiającym powierzyć realizację zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych. Oznacza to, że zamawiającemu nie wolno zawrzeć umowy, której przedmiotem będzie realizacja dostaw, usług czy robót budowlanych w rozumieniu ustawy z wykonawcą, którego wybór nie został poprzedzony stosownym postępowaniem. W ocenie Odwołującego, naruszeniem tej zasady będzie okoliczność pominięcia procedur przewidzianych ustawą w sytuacjach, w których był obowiązek ich zastosowania, albo takie działania zamawiającego, które, naruszając przepisy tej ustawy, mają wpływ na wynik postępowania, tzn. umowa zostaje zawarta nie z tym wykonawcą, który powinien być zostać wyłoniony zgodnie z daną procedurą, albo umowa nie zostanie zawarta. W przedmiotowej sprawie Zamawiający zaniechał dokonania czynności wyboru oferty pomimo, że Odwołujący złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, w ramach prawidłowo prowadzonego postępowania - do momentu unieważnienia - po otwarciu ofert i rozpoczęciu ich badania. Zaskarżona czynność zamawiającego w sposób rażąco narusza przepisy prawa, a co więcej stanowi zagrożenie dla interesu publicznego — może doprowadzić do opóźnienia w realizacji przedmiotu zamówienia. Powołując się na powyższe zarzuty, niniejsze odwołanie jest zasadne i konieczne.

Izba ustaliła co następuje:

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, w rozumieniu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r. poz. 1092).

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu miasta i gminy Łobez”.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi polegającej na: (1) odbieraniu i transporcie wszystkich odpadów komunalnych powstałych i zebranych na nieruchomościach, na których zamieszkują mieszkańcy, położonych w granicach administracyjnych gminy Łobez (powierzchnia gminy 228 km²) oraz z PSZOK wraz z ich przekazaniem do Regionalnego Zakładu Gospodarki Odpadami w Śląsinie, gm. Nowogard; (2) odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych tj. przeterminowanych leków oraz odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych powstałych w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek; (3) organizacji i obsługi (prowadzeniu) punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarto w załączniku nr 1 do SIWZ.

Termin realizacji zamówienia od dnia 01-01-2021 do dnia 31-12-2023 r.

Izba ustaliła, że w Rozdziale V SIWZ, Zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał m.in., iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, określone w art. 22 ust. 1b Pzp, dotyczące:

1) kompetencje lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów:

Warunek zostanie spełniony jeżeli wykonawcy wykaże się posiadaniem:

- a) wpisu do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2020 r. poz. 1439) prowadzonego przez właściwy organ, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia;

- b) wpisu do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami w zakresie zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego oraz transportu odpadów, zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2020 r. poz. 797);
- c) posiadania uprawnienia do zbierania odpadów wynikające z zezwolenia na zbieranie lub zezwolenie na zbieranie i przetwarzanie odpadów, zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2020 r. poz. 797);

Warunek zostanie spełniony, gdy wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne spełniają warunek wskazany w pkt. 2.1) gdy dokumenty wskazane w 2.1) lit. a) - c) przedłoży ten z członków Konsorcjum, który faktycznie będzie wykonywał czynności do prowadzenia których niezbędny jest powyższy wpis i uprawnienia.

Izba ustaliła, że w Rozdziale VII SIWZ pkt 8, Zamawiający wskazał, że przed udzieleniem zamówienia, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów:

- 1) W celu stwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu m.in.:
 - a) wpis do rejestru działalności regulowanej, o której mowa w ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2020 r. poz. 1439), w zakresie objętym przedmiotem zamówienia;
 - b) wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami w zakresie zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego oraz transportu odpadów, zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2020 r. poz. 797);
 - c) uprawnienia do zbierania odpadów wynikające z zezwolenia na zbieranie lub zezwolenie na zbieranie i przetwarzanie odpadów, zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2020 r. poz. 797);

W Załączniku nr 9 do SIWZ, Zamawiający zawarł wzór umowy. W §3 „Oświadczenia”, Zamawiający wskazał: „Wykonawca oświadcza, że posiada niezbędne uprawnienia oraz potencjał techniczny i osobowy, w celu wykonania przedmiotu umowy, a w szczególności:

- 1) wpisu do rejestru działalności regulowanej, o której mowa w ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2020 r., poz. 1439), w zakresie objętym przedmiotem zamówienia;

- 2) wpisu do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami w zakresie zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego oraz transportu odpadów, o których mowa w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U z 2020 r. poz. 797);
- 3) uprawnienia do zbierania odpadów wynikające z zezwolenia na zbieranie lub zezwolenie na zbieranie i przetwarzanie odpadów, o których mowa w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. Dz. U. z 2020 r. poz. 797 z późn. zm.).

W §5 „PSZOK” Zamawiający wskazał:

- 1) Wykonawca zobowiązany jest do eksploatacji (prowadzenia) PSZOK odbierania i transportu odpadów gromadzonych w punkcie selektywnej zbiórki odpadów komunalnych, położonego na części nieruchomości, stanowiącej część działki nr 59/1 obręb Poradz gm. Łobez o powierzchni ok. 1.200 m², stanowiącej własność gminy Łobez lub na innym terenie, do którego Wykonawca posiada tytuł prawny, pod warunkiem zlokalizowania go na terenie gminy Łobez oraz zapewnienia łatwego do niego dostępu dla wszystkich mieszkańców gminy.
- 2) Na potrzeby eksploataowania PSZOK na terenie części działki nr 59/1 obręb Poradz Wykonawca, w przypadku dzierżawy, zawrze z Zamawiającym odrębną umowę dzierżawy obejmującą korzystanie z terenu PSZOK, o którym mowa w ust. 1, w terminie do 7 dni od dnia zawarcia umowy na wykonanie usługi.
- 3) W zakresie eksploatacji (prowadzenia) PSZOK Wykonawca zobowiązany jest wykonywać obowiązki zawarte w Szczegółowym Opisie Realizacji Przedmiotu Zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do umowy.

Izba ustaliła, że do upływu terminu składania złożono 2 oferty przez następujących wykonawców:

Nr oferty	Nazwa oferenta	Cena (brutto) PLN	Środowisko	Termin wykonania
1	ATF sp. z o.o. sp. k. Chojnica 2 78-650 Mirosławiec	4.984.656,08	5 szt.	31-12-2023

2	Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. ul. Niepodległości 19A 73-150 Łobez	5.180.785,40	1 szt.	31-12-2023
---	--	--------------	--------	------------

Izba ustaliła, że pismem z dnia 14 września 2020 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający powziął wątpliwości co do możliwości wykonawcy dotyczących utworzenia i prowadzenia Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych za zaproponowaną cenę. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienia, czy wykonawca dokonując oferty w części dotyczącej eksploatacji (prowadzenia) PSZOK miał wiedzę, iż Zamawiający posiada tylko teren pod utworzenie PSZOK oraz, że nie posiada na dzień dzisiejszy utworzonego PSZOK ani pozwolenia stosownego organu na prowadzenie w tym miejscu takiego punktu. Zamawiający wskazał, że w ramach eksploatacji PSZOK wykonawca zobowiązany jest do wyposażenia PSZOK. Zamawiający wskazał, że przekaze wykonawcy w formie umowy dzierżawy kontenery. Ilość i wielkość pojemników/kontenerów jakimi dysponuje Zamawiający opisany jest w załączniku nr 1 do SIWZ. Zamawiający wskazał, że zgodnie z zapisami SIWZ oraz wzoru umowy obowiązkiem wykonawcy jest utworzenie i eksploatacja PSZOK na terenie wskazanym w opisie przedmiotu zamówienia lub innym miejscu na terenie gminy Łobez do którego posiada prawo do dysponowania nieruchomością oraz zobowiązany jest do uzyskania niezbędnych pozwoleń na zbieranie i przetwarzanie odpadów m.in. na terenie prowadzonego Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 15.10.2020 r. wezwał Odwołującego, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienia warunków. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedłożył decyzję Starosty Świdwińskiego nr OŚ.6233.14.2014 z dnia 14.01.2015r. zezwalającą na zbieranie odpadów w tym magazynowania, które odbywać się będzie w Polczynie — Zdroju przy ul. Świerczewskiego 2b na działce nr 82/100 położonej w obrębie 0001 Polczyn — Zdrój, do której podsiada tytuł prawny. Decyzja została wydana na 10 lat.

Ponadto, pismem z dnia 21 października 2020 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 14 października 2020 r. Wykonawca wskazał, że dokonując wyceny oferty w części dotyczącej eksploatacji PSZOK uwzględnił wymagania zawarte w rozdziale XII Szczegółowego Opisu Realizacji Przedmiotu Zamówienia stanowiącego załącznik numer 1 do SIWZ. Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami SIWZ, Zamawiający w terminie do dnia 11 stycznia 2021 r. przekaze

wykonawcy na potrzeby prowadzenia PSZOK ogrodzony i utwardzony teren, który został objęty planem zagospodarowania przestrzennego Gminy Łobez. Przekazanie nieruchomości nastąpi na podstawie odrębnej umowy dzierżawy. Odwołujący potwierdził, że ma wiedzę, że w ramach zaproponowanej ceny ofertowej będzie zobowiązany do eksploatacji (prowadzenia) PSZOK w imieniu Zamawiającego oraz, że Zamawiający jako podmiot zwolniony z obowiązku uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów na podstawie przepisów art. 45 ust. 1 pkt 11 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, nie posiada zezwolenia na prowadzenie PSZOK. Odwołujący potwierdził, że uwzględnił w cenie za realizację zamówienia wszystkie koszty związane z eksploatacją PSZOK i złożył wyliczenia kosztów. Odwołujący oświadczył, że będzie realizować przedmiot umowy zgodnie z terminami wskazanymi w SIWZ oraz wzorze umowy stanowiącym załącznik numer 9 do SIWZ. Odwołujący wskazał, że eksploatacja PSZOK rozpocznie się po terminie przekazania PSZOK wykonawcy. Zgodnie z postanowieniami § 2 ust. 3 wzoru umowy termin przekazania przez Zamawiającego PSZOK dla wykonawcy nastąpi do dnia 8 stycznia 2021 r. Odwołujący zaznaczył jednak, że odrębna umowa dzierżawy terenu przeznaczonego pod PSZOK może zostać zawarta niezwłocznie po rozstrzygnięciu postępowania przetargowego, uzyskanie tytułu prawnego do nieruchomości pozwoli przedsięwziąć kroki w celu przygotowania SZOK, stosownie do wymagań Zamawiającego.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 3 listopada 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowaniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał m.in., że po otwarciu ofert powziął wątpliwość co do poprawności sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia pod kątem jego zgodności z art. 29 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że jednym z warunków udziału w postępowaniu było wymóg posiadania przez wykonawcę uprawnienia do zbierania odpadów wynikające z zezwolenia na zbieranie lub zezwolenie na zbieranie i przetwarzanie odpadów, zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2020r. poz. 797). Zamawiający wskazał, że w Rozdziale VII SIWZ Wykaz oświadczeń lub dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy na wezwanie Zamawiającego w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał złożenie dokumentu zawierającego uprawnienie do zbierania odpadów wynikające z zezwolenia na zbieranie lub zezwolenia na zbieranie i przetwarzanie odpadów zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2020 r. poz. 797) tak: pkt 8 ppkt 1 lit. c). Zamawiający wskazał, że warunek ten pozostają w ścisłym związku z opisem przedmiotu zamówienia. W ocenie Zamawiającego szczegółowa analiza opisu przedmiotu zamówienia wykazała, iż został on opisany w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję. Z załącznika nr 1 do SIWZ wynika bowiem, iż wykonawca składający ofertę będzie prowadził Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych na terenie gminy

Łobez, a co za tym idzie w myśl postawionego warunku wykonawca musi posiadać na dzień składania ofert uprawnienie do zbierania odpadów wynikające z zezwolenia na zbieranie lub zezwolenie na zbieranie i przetwarzanie odpadów, zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2020r. poz. 797) obejmujące teren gminy Łobez, co jest niemożliwe bez posiadania już wcześniej utworzonego PSZOK i poniesienia znacznych kosztów jego utworzenia.

Izba zważyła co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. W przypadku zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów mogłoby dojść do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wymaga od Zamawiającego wykazania, iż ziszczyły się następujące przesłanki: (i) doszło do naruszenie konkretnego przepisu regulującego udzielanie zamówień (musi wystąpić wada postępowania); (ii) wada musi mieć istotny charakter, tak aby wpływała na niemożność zawarcia umowy; (iii) musi zaistnieć związek przyczynowy pomiędzy wadą, a niemożnością zawarcia ważnej umowy; (iv) nie ma możliwości usunięcia wady przez zastosowanie instytucji dostępnych Zamawiającemu. Zaznaczyć przy tym należy, że co do zasady unieważnienie postępowania winno być traktowane jako sytuacja wyjątkowa. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma bowiem na celu przede wszystkim doprowadzenie do zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę.

W ocenie Izby przedstawione przez Zamawiającego powody unieważnienia postępowania wskazane w piśmie z dnia 3 listopada 2020 r. nie wypełniają przesłanek wynikających z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Wskazać należy, że w decyzji o unieważnieniu postępowania Zamawiający powołał się na nieprawidłową konstrukcję zapisów SIWZ dotyczących warunku

udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że wprowadził warunek posiadania zezwolenia na zbieranie lub zezwolenia na zabieranie i przetwarzane odpadów, zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach dotyczący zbierania odpadów wymaganych dla PSZOK, które zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia ma być prowadzone na terenie gminy Łobez i który to warunek nie jest możliwy do spełnienia dla wykonawcy nie posiadającego już zorganizowanego PSZOK na dzień składania ofert. Zdaniem Zamawiającego taka konstrukcja warunku udziału w postępowaniu stanowi naruszenie art. 29 §2 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 29 §2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Nie budzi w piśmiennictwie sporu, iż określenie przez zamawiającego warunków udziału w danym postępowaniu przetargowym ma na celu cenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, tak aby zminimalizować ryzyko nienależytego wykonania zamówienia. Określając warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający zawsze zobowiązany jest przestrzegać zasad wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. warunki udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Podkreślić przy tym należy, że warunki udziału w postępowaniu podlegają w pierwszej kolejności literalnej wykładni. Stanowi to gwarancję obiektywizmu zamawiającego w procesie weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, jak również stanowi narzędzie realizujące zasadę równego traktowania wykonawców. Na etapie badania i oceny ofert zamawiający nie może interpretować wymagań specyfikacji w sposób bardziej lub mniej rygorystyczny niż to wynika z literalnego brzmienia warunku, albowiem prowadziłoby to do nieuprawnionej zmiany albo co najmniej istotnej modyfikacji warunku, co spowodowałoby w konsekwencji naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, a w szczególności art. 7 ust. 1 Pzp.

Zdaniem Izby argumentacja Zamawiającego zawarta w piśmie z dnia 3 listopada 2020 r. stanowi w istocie polemikę i jednostronną interpretację ustanowionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, nieznajdującą odzwierciedlenia w zapisach zawartych w SIWZ. Po pierwsze, w ocenie Izby, w żadnym miejscu dokumentacji przetargowej, Zamawiający nie sformułował wobec wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, obowiązku posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów na terenie gminy Łobez, w terminie składania ofert. Obowiązek posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów na terenie gminy Łobez, na dzień składania ofert, został przez Zamawiającego po raz pierwszy sformułowany dopiero w zawiadomieniu z dnia 3 listopada 2020 r. Zamawiający w treści SIWZ oraz załączników do tej specyfikacji nie wskazał na właściwość miejscową

obowiązki zezwolenia. Po drugie, Izba wskazuje, że ustawodawca umożliwia wykonawcom kwestionowanie zapisów SIWZ dotyczących warunków udziału w postępowaniu. Każdy zainteresowany podmiot może zakwestionować warunki stawiane wykonawcom, jeśli wymagania Zamawiającego mogą ograniczać konkurencję. W analizowanym stanie faktycznym, warunki udziału w postępowaniu nie zostały zakwestionowane przez wykonawców. Ich treść była jednoznaczna – na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej, wykonawca ma wykazać, iż posiada uprawnienie do zbierania odpadów, przy czym właściwość miejscowa nie została sprecyzowana przez Zamawiającego. Skoro więc wykonawcy nie kwestionowali takich wymagań Zamawiającego na etapie publikacji SIWZ, to nie sposób obecnie uznać za zasadną podstawę unieważnienia postępowaniu w oparciu o jednostronne stanowisko Zamawiającego i jego ocenę możliwości realizacji wymagań wskazanych w SIWZ, dokonaną po zapoznaniu się z ofertami cenowymi wykonawców. Co więcej, Izba wskazuje, że w piśmie Odwołującego z dnia 21 października 2020 kwestia organizacji PSZOK była analizowana przez Odwołującego, zarówno w zakresie kosztów organizacji jak i uwarunkowań prawnych. W tym zakresie, Zamawiający nie wykazał, iż mamy do czynienia z wymaganiem niemożliwym do realizacji przez wybranego wykonawcę. Po trzecie, w ocenie Izby, należy oddzielić etap składania ofert i wymagań Zamawiającego wobec wykonawców na tym etapie postępowania od etapu zawierania umowy. Z przepisów ustawy Pzp nie wynika obowiązek zawarcia we wzorze umowy tożsamych warunków udziału w postępowaniu zawartych w SIWZ. Zamawiający sprecyzował warunki udziału w postępowaniu szeroko, aby umożliwić jak najszerszy udział wykonawców w postępowaniu. Na etapie podpisywania umowy Zamawiający sprecyzował we wzorze umowy zakres wymagań w stosunku do wybranego oferenta, tak aby nie obciążać zbyt rygorystycznymi wymaganiami wszystkich wykonawców na etapie składania ofert. W analizowanym stanie faktycznym, ze wzoru umowy, wynika, że przedmiot zamówienia będzie realizowany od 1 stycznia 2021 r., zastrzeżeniem ust. 3 i 4. W ust. 3 Zamawiający wskazał, że termin przekazania przez Zamawiającego PSZOK dla wykonawcy nastąpi do dnia 8 stycznia 2021 r. W §5 wzoru umowy Zamawiający wskazał, że na potrzeby eksploatacji PSZOK na terenie części działki nr 59/1 obręb Poradz Wykonawca, w przypadku dzierżawy, zawrze z Zamawiającym odrębną umowę dzierżawy obejmującą korzystanie z terenu PSZOK, o którym mowa w ust. 1, w terminie do 7 dni od dnia zawarcia umowy na wykonanie usługi. Ponadto, wskazać należy, że zgodnie z §5 wzoru umowy, wykonawca ma możliwość prowadzenia PSZOK na innym terenie, niż ten wskazany przez Zamawiającego.

Zdaniem Izby, podstawą unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie może być subiektywna interpretacja warunków udziału w postępowaniu

dokonana przez Zamawiającego po zapoznaniu się z ofertami. W analizowanym stanie faktycznym, Zamawiający nie określił ani kodu odpadów ani właściwości miejscowej zezwolenia. To, że Zamawiający chciałaby, po zapoznaniu się z ofertami wykonawców, aby warunek brzmiał inaczej niż wynika to z zapisów SIWZ, nie może uzasadniać unieważnienia postępowania, gdyż skutkowałaby nieograniczoną dowolnością w zastosowaniu podstawy unieważnienia, a w konsekwencji brakiem pewności co do prowadzonych postępowań przetargowych. Zamawiający nie wykazał naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, a więc nie wykazał wady postępowania. Kwestionowany warunek udziału w postępowaniu jest opisany w sposób jednoznaczny. Podobnie jak zakres wymagań wobec wykonawcy na etapie rozpoczęcia wykonywania zamówienia. Podkreślenia wymaga, że umożliwiając unieważnienie postępowaniu w oparciu o odmienne interpretacji SIWZ mogłoby być narzędziem w rękach zamawiających do manipulacji postępowaniem przetargowym, po zapoznaniu się z ofertami cenowymi wykonawców, co, w ocenie Izby, uznać należy za niedopuszczalne.

Wskazać dalej należy, że Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił dlaczego rzekoma wada postępowania uniemożliwia zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy z wykonawcą. Przytoczenie przez Zamawiającego regulacji art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie stanowi, w ocenie Izby, takiego uzasadnienia. Podkreślić w tym miejscu należy, że samo naruszenie przepisów ustawy Pzp w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia – niekwalifikowane jako jedno z naruszeń określonych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp – nie stanowi wystarczającej podstawy do unieważnienia umowy. Zamawiający winien więc wykazać, że zachodzą przesłanki unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego określone w kodeksie cywilnym. Wykazać związek przyczynowy pomiędzy rzekomą wadą postępowania o koniecznością unieważnienia umowy. Tego zaś Zamawiający nie uczynił. Rzekome nieprawidłowe sformułowanie warunku udziału w postępowaniu, zwłaszcza, w sytuacji, w której żaden z wykonawców nie kwestionował wymagań Zamawiającego, nie może być uznane za wadę postępowania skutkującą brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby zaaprobowanie arbitralnej interpretacji przesłanek unieważnienia postępowania i akceptacja uzasadnienia przedstawionego przez Zamawiającego oznaczałyby, że praktycznie każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego mogłoby zostać unieważnione. Wystarczające byłoby bowiem stwierdzenie przez zamawiającego, że dostrzegł jakieś uchybienie w treści SIWZ, mającej jego zdaniem potencjalny wpływ na konkurencyjność. Przeczyłoby to istocie postępowań o udzielenie

zamówień publicznych, które z jednej strony mają zagwarantować jak najlepsze dysponowanie środkami publicznymi w celu realizacji interesu publicznego, a z drugiej muszą być prowadzone z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Każdy z wykonawców powinien mieć możliwość uzyskania zamówienia w przypadku złożenia przez niego najkorzystniejszej, niepodlegającej odrzuceniu oferty, na warunkach określonych w SIWZ. Należy podkreślić, że wykonawcy składają oferty ze świadomością, iż Zamawiający udzieli zamówienia. Dokonują wyboru określonych zamówień, rezygnując z innych. Gdyby dopuścić tak szeroką interpretację przesłanek zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp pewność i jasność procedury zamówień publicznych prowadziłyby to arbitralności i niestabilności systemu, co, w ocenie Izby, jest niedopuszczalne

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że swoim działaniem Zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 poz. 972).

Przewodniczący: