

WYROK

z dnia 5 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Ewa Sikorska**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2015 r. przez wykonawcę **Eneris Surowce Spółkę Akcyjną w Kielcach** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Tomaszów Mazowiecki w Tomaszowie Mazowieckim**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - **Gminie Tomaszów Mazowiecki w Tomaszowie Mazowieckim** – unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie części I zamówienia.
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Tomaszów Mazowiecki w Tomaszowie Mazowieckim** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Eneris Surowce Spółkę Akcyjną w Kielcach** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od **Gminy Tomaszów Mazowiecki w Tomaszowie Mazowieckim** na rzecz **Eneris Surowce Spółki Akcyjnej w Kielcach** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Tomaszów Mazowiecki w Tomaszowie Mazowieckim - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych stałych pochodzących od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Tomaszów Mazowiecki, w tym prowadzenie PSZOK”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 23 października 2015 roku wykonawca Eneris Surowce SA w Kielcach (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej:

- 1) na unieważnieniu postępowania w zakresie części 1 unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części I Zamówienia - tj. Odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych stałych pochodzących od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Tomaszów Mazowiecki - (bez PSZOK):
- 2) zaniechaniu badania i oceny ofert wykonawców w zakresie części I Zamówienia oraz wyboru przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1/ art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia w zakresie części I obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdy tymczasem brak było wad postępowania, które obligują zamawiającego do unieważnienia przetargu;

2) art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, przez przyjęcie, że umowa zawarta w wyniku postępowania podlegałaby unieważnieniu z uwagi na dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy obligującego do sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, które to naruszenie miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, gdy tymczasem brak jest podstaw do przyjęcia, że ewentualne uchybienia zamawiającego mogły

być rozpatrywane kategoriach naruszenia ustawy P.z.p. lub mogły w chwili unieważnienia przetargu mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1/ unieważnienie czynności zamawiającego polegających na unieważnieniu postępowania w zakresie części I Zamówienia,

2/ nakazanie zamawiającemu dokonania czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

Ponadto odwołujący wniósł o:

5/ dopuszczenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania,

6/ zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania wg norm przepisanych i zgodnie ze spisem kosztów przedstawionym na rozprawie.

Odwołujący podniósł, że ma interes w złożeniu odwołania. Interes ten wyraża się tym, że w przypadku prawidłowego zastosowania przez zamawiającego przepisów ustawy nie doszłoby do naruszenia istotnych zasad udzielania zamówień publicznych mających wpływ na wynik postępowania, a odwołujący mógłby pozyskać zamówienie w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ spełnia warunki udziału w przetargu. W niniejszym postępowaniu odwołujący jest wykonawcą ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie, który złożył ofertę z najniższą ceną ustaloną jako jedyne kryterium w przedmiotowym postępowaniu - wykazanie zatem, że kwestionowana czynność unieważnienia postępowania została podjęta z naruszeniem ustawy, potwierdzałoby, że czynność taka naraża odwołującego na poniesienie szkody. Zmiana decyzji zamawiającego pozwoli na stworzenie odwołującemu szans w uzyskaniu zamówienia publicznego, którym jest on zainteresowany. Interes odwołującego w koniunkcji z możliwością poniesienia szkody rozumianą jako szkoda majątkowa daje legitymację odwołującemu do wniesienia odwołania w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w dniu 14 października 2015 r. zamawiający powiadomił odwołującego o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części I Zamówienia pn: Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych stałych pochodzących od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Tomaszów Mazowiecki - (bez PSZOK).

Zamawiający unieważniając przetarg w zakresie części I powołał się na art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy P.z.p. w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy

P.z.p. Zamawiający odnosząc się do przyczyn faktycznych unieważnienia stwierdził, że w sposób nieprawidłowy sporządził specyfikację istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) a przede wszystkim opis przedmiotu zamówienia, który jest elementem znaczącym i *de facto* warunkującym złożenie prawidłowej oferty przez zainteresowanych wykonawców, co w konsekwencji doprowadziło do powstania niemożliwej do usunięcia wady w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z twierdzeniami zamawiającego niemożliwe do usunięcia wady dotyczą:

- a) błędnego wskazania ilości odpadów przewidzianych do zbiórki i transportu, wyliczonych jako suma ilości odpadów odebranych w roku 2014 i w I półroczu 2015r. zarówno od mieszkańców jak i od przedsiębiorców zamiast tylko od mieszkańców; Zamawiający wskazywał, że jest podmiotem zobowiązanym jedynie do odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. Wskazane w Załączniku 1a do s.i.w.z. ilości odpadów są zatem zawyżone o odpady odbierane przez przedsiębiorców, którzy są zobowiązani zawierać we własnym imieniu umowy z odbiorcami odpadów;
- b) błędnego wskazania liczby mieszkańców, od których będą odbierane odpady w ramach prowadzonego postępowania - zamiast zamieszkujących wskazano zameldowanych mieszkańców, która to liczba jest większa od liczby osób, którzy faktycznie będą objęci usługą odbioru i transportu odpadów komunalnych.

Wyżej wymienione przyczyny stały się w przekonaniu zamawiającego przyczyną nieprawidłowego obliczenia wartości szacunkowej zamówienia, która to wada, jak to ocenił zamawiający, na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. już po otwarciu ofert nie może być usunięta - zgodnie z treścią art. 38 ust. 4 ustawy P.z.p.

Odwolujący stwierdził, że art. 29 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Dyrektywą płynącą z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. jest zatem przede wszystkim zakaz ustalania preferencji w opisie przedmiotu zamówienia. Innymi słowy, niedozwolony jest taki opis przedmiotu zamówienia, który by bez dostatecznego uzasadnienia uniemożliwiał złożenie oferty wykonawcy, bądź grupie wykonawców lub uniemożliwił wykonawcom mogącym złożyć ofertę konkurowanie na takich samych zasadach.

Odwołujący stwierdził, że w przedmiotowej sprawie zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń a wskazywane przez zamawiającego błędy nie stanowią naruszenia rat 29 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p., gdyż zamawiający może ocenić złożone oferty w przyjętym przez siebie kryterium ceny. W konsekwencji może dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy P.z.p., a wykonawcy biorący udział w postępowaniu mogą się o nie ubiegać na równych zasadach, oferując swoje usługi.

Odwołujący wskazał, że identyfikacja potrzeb, które mają zostać zaspokojone przez udzielenie zamówienia, jest zawsze suwerenną decyzją zamawiającego. Wykonawcy nie mogą kreować tych potrzeb, ani w nie ingerować. W tych samych okolicznościach sprawy wykonawca nie miałby uprawnienia do złożenia odwołania z uwagi na odmienne podejście do ilości odpadów, jakie mogą potencjalnie zostać odebrane w okresie trwania umowy. Odwołujący podkreślił, że z przepisów nie wynika obowiązek ścisłego odwoływania się do danych z okresów wcześniejszych. Wskazany przez zamawiającego zakres może wynikać z innych przyjętych założeń związanych z jego potrzebami.

Ponadto, w świetle brzmienia s.i.w.z., zamawiający nie wskazał jednoznacznie, że wskazane przez niego ilości mają oznaczać ilości odebranych odpadów *stricte* tylko od mieszkańców. S.i.w.z. stanowi jasno, że są to ilości odpadów zebranych w 2014 roku i w I półroczu 215 roku na terenie gminy Tomaszów Mazowiecki przez firmy odbierające odpady. Wykonawcy nie składali pytań o wyjaśnienie s.i.w.z. w tym zakresie. Wykonawcy złożyli cenowo podobne oferty mieszczące się w szacunkach gminy.

W ocenie odwołującego podobnie za chybiony należałoby potraktować argument o podaniu niewłaściwej liczby ludności. Zamawiający podał, że wskazuje liczbę osób zameldowanych. Dane te są prawdziwe. Różnią się od nowopodanych danych dotyczących ludności zamieszkałej, nie oznacza to jednak, że wykonawcy nie mogli prawidłowo i na takich samych zasadach skonstruować ofert.

Odwołujący stwierdził, że w świetle powyższego uzasadnienie zamawiającego jest wątpliwe, gdyż nie wykazuje, że jego szacunki są nieprawidłowe, ani że na podstawie tak przekazanych informacji wykonawcy nie mogli prawidłowo oszacować swoich ofert. Zamawiający natomiast każe się domyślać jak szacował wartość swojego zamówienia i przyjąć za fakt, że rzeczywiście popełnił błąd, którego jednak nie sposób wywnioskować z treści s.i.w.z. Co więcej, w świetle przedmiotu zamówienia podane przez zamawiającego wielkości szacunkowe miały na celu umożliwienie wykonawcom złożenie ofert konkurencyjnych. Sam zamawiający w s.i.w.z. podaje, że ilość wytworzonych odpadów na terenie Gminy Tomaszów Mazowiecki nie jest zależna od zamawiającego. Ustalone ilości

odpadów mogą ulec zmianie podczas realizacji zamówienia w wyniku zmniejszenia lub zwiększenia wytworzonych odpadów przez gospodarstwa domowe.” Ponadto zamawiający założył wyraźnie w s.i.w.z., że wykonawcy szacując swoje oferty winni wziąć pod uwagę możliwość zarówno zwiększenia, jak i zmniejszenia tych ilości w ramach jednego ryczału. Czyni to uzasadnienie zamawiającego niewiarygodnym, zmierzającym jedynie do unieważnienia przetargu i umożliwienia realizacji umowy innemu wykonawcy.

Odwołujący stwierdził, że okoliczności wskazane przez zamawiającego jako wada postępowania, nie są okolicznościami, do których przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. referuje. Przepisy prawa zamówień publicznych określają wprost okoliczności obligujące zamawiającego do podjęcia czynności unieważnienia postępowania, jednak każdy z ustawowych warunków, w tym art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. powinien podlegać wnikliwej analizie i interpretacji, stosownie do szczegółów i okoliczności towarzyszących konkretnemu przypadkowi. Zatem, aby unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie normy prawnej wywodzącej się z przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 P.z.p., należy bez cienia wątpliwości stwierdzić, że postępowanie obciążone jest wadą niemożliwą do usunięcia, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem odwołującego nie wystąpiła żadna z okoliczności pozwalających na unieważnienie postępowania. Zamawiający nie wykazał, aby podane przez niego okoliczności miały wpływ na przeprowadzane szacunki oraz na możliwość wyboru oferty najkorzystniejszej. Dlatego też, zdaniem odwołującego, zamawiający, dokonując czynności unieważnienia postępowania, w sposób rażąco naruszył przepisy P.z.p., co uniemożliwia przeprowadzenie badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że, zgodnie ze stanowiskiem przedstawicieli doktryny, wada uzasadniająca unieważnienie postępowania powinna tkwić w samym postępowaniu, a jednocześnie być istotna i nieusuwalna. Tylko w takim przypadku może nastąpić odwołanie się zamawiającego do przesłanki opisanej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. jako przyczyny unieważnienia postępowania. Treść powyższego przepisu w zestawieniu z art. 146 ust. 6 ustawy P.z.p. pozwala wysnuć wniosek, że rygor unieważnienia postępowania ustawodawca przewidział w szczególności wobec czynności zamawiającego, które spowodowały naruszenie ustawy i miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania, a jednocześnie wada ta jest nieusuwalna.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, iż zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie zamawiającego, niemożliwe do usunięcia wady istnieją w sporządzonym przez zamawiającego opisie przedmiotu zamówienia i polegają na błędnym podaniu w zał. nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) szacowanej ilości odpadów, wskazanej w oparciu o dane liczbowe odebranych w roku 2014 i w I półroczu 2015 odpadów oraz liczby zamieszkałych na terenie gminy mieszkańców, które to dane są niezbędne do rzetelnej kalkulacji ceny oferty, zwłaszcza, że przyjęto w projekcie umowy formę wynagrodzenia ryczałtowego.

Zamawiający wskazał, że sporządzając opis przedmiotu zamówienia (stanowiący zał. nr 1a do s.i.w.z.), popełnił błędy, stanowiące niemożliwe do usunięcia na tym etapie postępowania wady w opisie przedmiotu zamówienia, uniemożliwiające zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający wskazał dane liczbowe o odebranych odpadach w roku 2014 i w I półroczu 2015r. Popełnił jednak błąd, gdyż zamiast wskazania danych odnośnie ilości odpadów odbieranych tylko od mieszkańców, podał wartości odpadów odbieranych zarówno od mieszkańców jak i od przedsiębiorców. Zamawiający podał błędne dane, opierając się na niewłaściwym sprawozdaniu. Winien wskazać dane ze sprawozdania sporządzanego przez firmę odbierającą odpady od właścicieli nieruchomości a omyłkowo podał dane ze sprawozdania sporządzanego przez gminę dla Urzędu Marszałkowskiego i WIOŚ o ilościach odpadów odbieranych zarówno od właścicieli nieruchomości jak i od przedsiębiorców.

Zamawiający błędnie podał dane w zakresie liczby mieszkańców. Winien podać liczbę mieszkańców zamieszkujących na nieruchomościach a podał liczbę mieszkańców zameldowanych (wg danych z ewidencji ludności).

Zamawiający stwierdził, że wskazanie niewłaściwej liczby osób miało również wpływ na nieprawidłowo obliczoną wartość szacunkową zamówienia dla części I zamówienia. Sposób wyliczenia wartości szacunkowej przez zamawiającego przedstawiono w załączeniu. Wynika z niego, iż:

- wyliczona wartość szacunkowa w oparciu o liczbę mieszkańców zameldowanych stanowi kwotę: $10.800 \times 7,35 \text{ zł} \times 24 \text{ m-ce} = 1.905.120,00 \text{ zł}$ brutto i $1.764.000,00 \text{ zł}$ netto, co stanowi 417.524,68 euro

- prawidłowo wyliczona wartość szacunkowa w oparciu o liczbę mieszkańców zamieszkujących stanowi kwotę: $9.791 \times 7,35 \text{ zł} \times 24 \text{ m-ce} = 1.727.132,40 \text{ zł}$ brutto i $1.599.196,67 \text{ zł}$ netto, co stanowi 378.517,05 euro

Obydwie, wyliczone powyżej wartości szacunkowe postępowania, są i tak wyższe od tzw. progów unijnych a to oznacza, że dla przedmiotowego postępowania istnieje obowiązek stosowania pełnej procedury przy udzielaniu zamówienia publicznego. Tak więc istniejące wady w opisie przedmiotu zamówienia nie mają wpływu na sposób i tryb prowadzonego postępowania.

Zamawiający wskazał, że istniejące wady w opisie przedmiotu zamówienia nie mają wpływu na kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia. Kwota ta stanowi dochód gminy z tytułu z opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi, wnoszonej przez osoby zamieszkałe na nieruchomości, zgodnie z Uchwałą Nr XI/56/15 Rady Gminy Tomaszów Mazowiecki z dnia 16 czerwca 2015n, pomniejszony o koszty obsługi administracyjnej tego systemu. Według budżetu na 2015r. jest to kwota $772.236,00 \text{ zł} - 141.139,28 \text{ zł}$ (obsługa administracyjna) = $631.096.72 \text{ zł}$

Zamawiający stwierdził, że na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. już po otwarciu ofert, nie było możliwym usunięcie stwierdzonych przez zamawiającego wad w opisie przedmiotu zamówienia - zgodnie z art 38 ust. 4 ustawy Pzp zmian treści s.i.w.z. Zamawiający jest władny dokonać jedynie przed upływem terminu składania ofert. Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepisy art. 29 ust. 1 i 2 Pzp należy uznać za takie naruszenie przepisów ustawy Pzp, które ma znaczący wpływ na wynik postępowania, a tym samym może stanowić przyczynę wystąpienia przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z art. 146 ust. 6 Pzp do sądu o unieważnienie umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania obciążonego taką wadą.

Zamawiający przyznał, że nieusuwalna wada postępowania, uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy tkwi w treści s.i.w.z., a w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia i polega na tym, że zamawiający błędnie opisał przedmiot zamówienia, uwzględniając niewłaściwe dane w zakresie liczby mieszkańców i wielkości odbieranych odpadów komunalnych, co ma ogromne znaczenie w przypadku zawierania umowy z wynagrodzeniem ryczałtowym. Mieszkańcy, wnosząc opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi, musieliby ponosić koszty zarówno za odbiór i zagospodarowanie odpadów odbieranych od właścicieli nieruchomości jak i od przedsiębiorców.

W prowadzonym postępowaniu zamawiający przyjął ryczałtową formę wynagrodzenia. W przypadku takiego typu wynagrodzenia wykonawcą zobowiązuje się do wykonania zamówienia za jedną stałą kwotę, która jest z góry określona w umowie i obejmuje wykonanie całokształtu prac określonych w s.i.w.z. Na etapie realizacji zamówienia wykonawca nie ma prawa żądać zmiany wysokości wynagrodzenia, nawet jeśli w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Zamawiający natomiast jest zobowiązany do zapłacenia wykonawcy całej określonej w umowie kwoty, niezależnie od zakresu wykonywanych usług.

Zamawiający stwierdził, że zawarcie umowy, w sytuacji wadliwego opisu przedmiotu zamówienia, na podstawie złożonej oferty z ceną nieadekwatną do faktycznie zamawianych usług, prowadzi do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia gospodarki finansowej przez podmioty publiczne, czyli wydatkowania środków niezgodnie z przepisami ustawy o finansach publicznych, w sposób niecelowy, z pominięciem zasady oszczędności i zasady uzyskania najlepszych efektów z danych nakładów. Zasady dokonywania wydatków ze środków publicznych mają zapewnić racjonalizację kosztów, oznaczającą wydajność i skuteczność ich wydatkowania w związku z realizacją zamierzonych zadań.

Zamawiający stwierdził, że zidentyfikował popełnione przez siebie błędy dopiero po otwarciu ofert, w trakcie pracy Komisji Przetargowej w pełnym składzie, analizując ceny ofert w przeliczeniu na mieszkańca oraz zapisy s.i.w.z., a w szczególności odnośnie opisu przedmiotu zamówienia, wartości szacunkowej zamówienia a także wysokości obowiązującego obecnie wynagrodzenia za odbiór odpadów. W obowiązującej umowie zamawiający ponosi koszty w wysokości 4,37 zł brutto/na mieszkańca. W przeprowadzonym rozeznaniu rynku gospodarowania odpadami, ustalono średnią stawkę w wysokości 7,35 zł brutto/na mieszkańca. Ze złożonych ofert wynika, że są to kwoty w przedziale od 7,81 zł do 7,92 zł/na mieszkańca, przy uwzględnieniu liczby faktycznie zamieszkujących na terenie gminy. W stosunku do obowiązującej ceny w przeliczeniu na 1. mieszkańca jest to wzrost o ponad 70%. Stanowiło to podstawę do przeprowadzenia wnikliwej analizy postępowania. Za błędy popełnione przez pracowników Zamawiającego konsekwencje finansowe musieliby ponieść mieszkańcy gminy Tomaszów Mazowiecki.

Zamawiający nie zgodził się również z wnioskiem odwołującego odnośnie proponowanej modyfikacji umowy na podstawie zapisów § 14 ust. 3 lit g projektu umowy, który stanowi jedynie o możliwości wprowadzania zmian w zakresie sposobu wykonywania przedmiotu zamówienia a nie o możliwości zmiany wynagrodzenia. Zakaz zmiany wynagrodzenia wynika za to z zapisów tegoż § 14 ust. 3 lit. d projektu umowy. Przed

wszystkim jednak zakaz zmiany wynagrodzenia wynika z przyjętej formy wynagrodzenia ryczałtowego.

Zamawiający wskazał, że na cenę ofertową składa się wiele czynników. Są to m.in.:

- a) zapewnienie i dostarczenie kontenerów i worków do nieruchomości na terenie gminy,
- b) zbieranie odpadów z nieruchomości wskazanych w s.i.w.z.,
- c) transport i zagospodarowanie odpadów segregowanych i zmieszanych,
- d) zapewnienie odpowiedniego usytuowania i wyposażenia bazy magazynowo-transportowej,
- e) zapewnienie przez cały czas trwania umowy dla właściwej realizacji przedmiotu umowy odpowiedniej ilości i obsługi środków technicznych, gwarantujących terminowe i jakościowe wykonanie zakresu rzeczowego usługi, utrzymanie przedmiotowych środków w dobrym stanie technicznym, gwarantującym sprawną pracę i ciągłość świadczenia usług w okresie określonym w umowie,
- f) zachowanie właściwego stanu sanitarnego użytkowanych pojazdów,
- g) porządkowanie terenu zanieczyszczonego odpadami i innymi zanieczyszczeniami w trakcie realizacji usługi,
- h) naprawianie i ponoszenie kosztów naprawy szkód wyrządzonych podczas wykonywania usługi.

Zamawiający stwierdził, iż wszyscy wykonawcy obliczyli cenę w oparciu o niewłaściwe dane ilościowe, co przy wynagrodzeniu ryczałtowym jest wadą niemożliwą do usunięcia. Odwołujący ani żaden inny uczestnik postępowania nie występował do zamawiającego o podanie danych w zakresie ilości faktycznie odbieranych odpadów ani faktycznie zamieszkałych osób na terenie gminy (dane z deklaracji właścicieli nieruchomości") - kalkulując cenę ofertową opierali się na danych podanych w s.i.w.z. przez zamawiającego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w s.i.w.z zał. 1a "Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia". W pkt. 3 "Szczegółowe dane charakteryzujące zamówienie" ppkt 2 wskazano, iż:

Liczba mieszkańców Gminy Tomaszów Mazowiecki:

a) liczba mieszkańców ogółem według danych:

- z ewidencji ludności wynosi 10.800 - na koniec 2014 roku;
- wg złożonych deklaracji wynosi 9.808 - na dzień 05.08.2015 r.

Zgodnie z ppkt 4 "Ilość odpadów zebranych w roku 2014", ilość odpadów przewidzianych do zbiórki i transportu wyliczona została według ilości odpadów zebranych w 2014 roku na terenie gminy Tomaszów Mazowiecki przez firmy odbierające odpady"

- zmieszanych odpadów komunalnych ok. 1548,4 Mg
- odpadów komunalnych zebranych selektywnie ok. 306,0 Mg.

Ilość odpadów za pierwsze półrocze 2015 r.

- zmieszane odpady komunalne - ok. 830 Mg
- odpady zebrane selektywnie - ok. 130 Mg.

Ponadto zamawiający wskazał, iż:

"Ilość wytworzonych odpadów na terenie Gminy Tomaszów Mazowiecki nie jest zależna od Zamawiającego. Ustalone ilości odpadów mogą ulec zmianie podczas realizacji zamówienia w wyniku zmniejszenia lub zwiększenia wytworzonych odpadów przez gospodarstwa domowe.

W niniejszym dokumencie ilości odpadów podano zgodnie ze sprawozdaniem za rok 2014 i I półrocze 2015 r. Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie lub odszkodowanie za odbieranie odpadów w ilościach mniejszych lub większych do 15% w stosunku do przyjętych ilości szacunkowych.

Przyjęte przez Zamawiającego dane liczbowe w trakcie realizacji umowy mogą ulec zmianie ok +/- 10% w stosunku do wartości wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia, tj. danych dotyczących liczby nieruchomości, ilości mieszkańców oraz ilości pojemników i worków oraz ilości opadów."

W postępowaniu złożono 3 oferty:

- 1) Konsorcjum SITA WSHÓD Sp. z o.o. w Lublinie, SITA POLSKA Sp. z o.o. w Warszawie, cena – 2.192.482,08 zł brutto
- 2) Eneris Surowce SA Oddział w Tomaszowie Mazowieckim, cena – 1.835.492,66 zł brutto
- 3) A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o. w Zabrze, cena – 1.861.574,40 zł brutto.

Pismem z dnia 14 października 2015 roku zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania w zakresie I części zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p.

W uzasadnieniu decyzji zamawiający stwierdził, iż wskazał dane liczbowe o odebranych odpadach w roku 2014 i w I półroczu 2015r. zarówno od mieszkańców, jak i od przedsiębiorców. Stwierdził też, że błędnie podał dane w zakresie liczby mieszkańców. Winien podać liczbę mieszkańców zamieszkujących na nieruchomościach a podał liczbę mieszkańców zameldowanych (wg danych z ewidencji ludności).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

W ocenie Izby zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek, które uprawniały go do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zaznaczyć bowiem należy, że celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publiczne jest zawarcie umowy (udzielenie zamówienia) a unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia jest szczególną sytuacją. Izba wskazuje, za orzeczeniem z 10 stycznia 2013 roku sygn. akt KIO 2899/13, że z aktualnego brzmienia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. wynika, że zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli postępowanie obarczone jest wadą, która – po pierwsze - jest niemożliwa do usunięcia, po drugie - uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. Zaznaczyć przy tym należy, że w aktualnym stanie prawnym w przypadku umów w sprawie zamówień publicznych przyjęto konstrukcję względnej nieważności umowy, której skutki, choć co do zasady sięgają od momentu jej zawarcia, mogą powstać dopiero z chwilą wydania konstytutywnego orzeczenia przez Izbę lub sąd powszechny. Orzecznictwo i doktryna stoi na stanowisku, że zamawiający, unieważniając postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., są uprawnieni do brania pod uwagę nie tylko okoliczności skutkujących

unieważnieniem zawartej umowy wynikających z art. 146 ust. 1 ustawy, ale mogą i powinni brać również pod uwagę okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy mieszczące się w klauzuli generalnej art. 146 ust. 6 ustawy.

Przyznanie wyłącznej kompetencji Prezesowi UZP do wzruszania zawartych już umów, nie powinno ograniczać możliwości zamawiających niedopuszczenia do ich zawarcia przez unieważnienie postępowania, w razie stwierdzenia, że jest ono obarczone takimi poważnymi i nieusuwalnymi wadami, wpływającymi na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego, choć wykraczającymi poza dyspozycje przepisów art. 146 ust. 1 pkt 1-6.

W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie zamawiający nie wykazał takiego naruszenia przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Choć przepis art. 146 ust. 6 ustawy P.z.p. zawiera klauzulę generalną, nie oznacza to, że zakres zastosowania tego przepisu można rozciągać na wszystkie stany faktyczne, obejmujące wszelkie nieprawidłowości zamawiających w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 lipca 2013 roku sygn. akt KIO 1420/13, zasadą jest, że wszczęte postępowanie ma doprowadzić do wyłonienia najkorzystniejszej oferty, a nie zakończyć się unieważnieniem. Nie można także zupełnie pominąć okoliczności, że w aktualnym stanie prawnym możliwości unieważnienia postępowania z powołaniem się na wpływ tych nieprawidłowości na zawartą umowę, zostały przez ustawodawcę, w świetle literalnego brzmienia przepisów art. 146 ustawy, dla zamawiających znacząco ograniczone, co wskazuje na konieczność daleko idącej ostrożności przy powoływaniu się na inne, niż wskazane w art. 146 ust. 1 ustawy podstawy podlegania umowy unieważnieniu. Truizmem jest stwierdzenie, że w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych zamawiający popełniają błędy, naruszając przy tym przepisy ustawy. Tym bardziej niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej przepisu art. 146 ust. 6, która pozwalałaby zamawiającym na unieważnienie postępowania z powołaniem się na jakiegokolwiek wady prowadzonych przez nich postępowań. Mogłoby to wprost prowadzić do zagrożenia przestrzegania zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, szczególnie w sytuacji, gdy stwierdzenie wad postępowania miało miejsce już po ujawnieniu listy wykonawców, którzy mogą uzyskać dane zamówienie. Stąd stwierdzona przez zamawiających wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik.

W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający wskazał, iż błędnie podał dane w zakresie liczby mieszkańców. Winien podać liczbę mieszkańców zamieszkujących na nieruchomościach a podał liczbę mieszkańców zameldowanych (wg danych z ewidencji ludności).

Odnosząc się do powyższego, Izba podkreśla, że zamawiający w pkt. 3 zał. nr 1a do s.i.w.z. - "Szczegółowe dane charakteryzujące zamówienie" ppkt 2 wskazał liczbę mieszkańców gminy zarówno na podstawie danych z ewidencji ludności, jak i według złożonych deklaracji na dzień 5 sierpnia 2015 roku. W ocenie Izby kluczowe dla przedmiotowego postępowania są dane zawarte w złożonych deklaracjach. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mieli zatem niezbędne informacje, na podstawie których sporządzali swoje oferty. Nie bez znaczenia jest fakt, że podana przez zamawiającego ilość mieszkańców wynikająca ze złożonych deklaracji była informacją aktualną na dzień 5 sierpnia 2015 roku, czyli bardziej odpowiadała prawdzie niż dane z ewidencji ludności według stanu na koniec 2014 roku.

Odnosząc się do twierdzenia zamawiającego, iż niemożliwe do usunięcia wady istnieją w sporządzonym przez zamawiającego opisie przedmiotu zamówienia i polegają na błędnym podaniu w zał. nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) szacowanej ilości odpadów, wskazanej w oparciu o dane liczbowe odebranych w roku 2014 i w I półroczu 2015 odpadów, Izba wskazuje, że usługa na odbiór odpadów charakteryzuje się tym, iż dokładne określenie ilości odpadów, które mają być odebrane, jest z oczywistych względów niemożliwa. Określenie tej ilości zawsze będzie opierać się na prognozach i szacunkach. Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, był zresztą tego świadom, wskazując kilkakrotnie, iż ilość odebranych odpadów wobec ilości zakładanej w opisie przedmiotu zamówienia, może ulec zmianie.

Podkreślenia wymaga, że przepis art. 146 ust. 6 ustawy P.z.p. wskazuje, iż stwierdzona przez zamawiającego wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik.

W ocenie Izby zamawiający nie wykazał ewentualnego wpływu stwierdzonej wady na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Faktem jest, że wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, dokonali wyliczenia ceny za oferowaną usługę i zaferowane ceny jedynie nieznacznie różnią się pomiędzy sobą. Nie bez znaczenia jest fakt, że w postępowaniu wziął również udział wykonawca, który dotychczas wykonywał tę usługę na rzecz zamawiającego i należy założyć, iż miał on najlepszą wiedzę co do ilości

odpadów zebranych w roku 2014 i 2015. Z faktu, iż pozostali wykonawcy skalkulowali cenę oferty na takim samym poziomie jak dotychczasowy wykonawca wynika, iż wskazywana przez zamawiającego nieprawidłowość w opisie przedmiotu zamówienia nie miała wpływu na dokonywane przez wykonawców kalkulacje.

Tym samym stwierdzić należy, iż stanowisko zamawiającego w kwestii unieważnienia postępowania nie znajduje uzasadnienia. Wyliczenie ceny za oferowaną usługę było możliwe, co potwierdza fakt złożenia w postępowaniu 3 ofert na porównywalnym poziomie cenowym. Wymagania ukształtowane przez zamawiającego w s.i.w.z. co do sposobu realizacji usługi, obowiązki wykonawcy oraz sposób obliczenia ceny wskazują, że - zgodnie ze stanowiskiem odwołującego - przedmiot zamówienia można zrealizować, przedmiot tego zamówienia istnieje i jest opisany. Fakt, że przedmiot ten nie został opisany w sposób, w jaki zamawiający wskazuje w informacji o unieważnieniu postępowania nie przesądza o tym, że przedmiot jest opisany w sposób niewłaściwy. Izba podziela stanowisko wyrażone w cytowanym wyżej wyroku z dnia 3 lipca 2013 roku, iż najbardziej obiektywnym weryfikatorem opisu przedmiotu zamówienia i jego wpływu na wyliczenie wartości usługi, jakie zostało zaoferowane, są sami wykonawcy w postępowaniu, którzy, działając w konkurencji w stosunku do siebie, a zarazem będąc profesjonalistami w swojej branży, dokonali wyliczenia wartości zamawianej usługi.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....