

Wrocław, dnia 22.12.2023 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17 a, 02-676 Warszawa

Odwołujący: **FCC Polska Sp. z o.o.** ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze,
KRS 0000064596

Reprezentowany przez: **adv. Wioletę Hucal**
adv. Katarzynę Wolny-Tomczyk

adres do doręczeń: ECO LEGAL Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych
Gwiaździsta 16/5, 53-413 Wrocław
numer telefonu: +48 783 600 593
e-mail: w.hucal@ecolegal.pl

Zamawiający: **Gmina Kłomnice**

Adres do doręczeń: ul. Strażacka 20, 42-270 Kłomnice, Osoba do kontaktów:
Aleksandra Stępień E-mail: astepien@klomnice.pl Tel.: +48
343281122 Faks: +48 343281121

Dotyczy: postępowania pod nazwą „Świadczenie usługi odbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach zamieszkałych, położonych na terenie Gminy Kłomnice na rok 2024 r.” Numer referencyjny: IZI-IZ.271.16.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w dniu 25.10.2023r. pod numerem 2023/S 206-648629, dalej: „Postępowanie”.

ODWOŁANIE

Działając imieniem **FCC POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ**, dalej jako: „Odwołujący”, w oparciu o pełnomocnictwo, którego odpis znajduje się w załączeniu, na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 513 pkt 1 i pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1129 z późn. zm., dalej: „ustawa pzp”), **niniejszym wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętych w Postępowaniu, polegających na:**

1. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Reko Prime Sp. z o.o. (dalej: „wykonawcy Reko”)
2. Zaniechaniu unieważnieniu Postępowania;

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu:

1. **naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 239 w zw. z art. 16 ustawy pzp oraz art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Reko w sytuacji, gdy wykonawca ten działający jako podmiot profesjonalny nie przedstawił wraz z ofertą wykazu instalacji do zagospodarowania odpadów komunalnych, do których wykonawcy przekażą odbierane odpady komunalne, który to brak z uwagi na fakt, że wykaz instalacji stanowi merytoryczną treść oferty nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp. W konsekwencji powyższego skoro Zamawiający zarówno w OPZ jak i we wzorze umowy wymagał przekazania odpadów do instalacji zgodnie z przepisami ustawy, to ten warunek zamówienia jest niezgodny z treścią oferty wykonawcy Reko, który jako podmiot profesjonalny powinien taki wykaz złożyć wraz z ofertą. Oferta wykonawcy Reko jest niezgodna z warunkami zamówienia, a dokonanie jej wyboru stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

ewentualnie, gdyby zarzut pierwszy nie potwierdził się:

2. **art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 i art. 134 ust. 1 pkt 14, a także art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w zw. z art. 70⁵ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny** poprzez zaniechania unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy Zamawiający nie wymagał wskazania w ofertach wykonawców instalacji do zagospodarowania odpadów komunalnych, do których wykonawcy przekażą odbierane odpady komunalne, a która to wada nie jest możliwa do usunięcia (gdyż nie istnieje w przepisach prawa możliwość uzupełnienia oferty po jej otwarciu) 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 można stwierdzić przed wyborem konkretnego wykonawcy, czy jest on w stanie legalnie zagospodarować odbierane odpady, a więc prawidłowo i zgodnie z SWZ wykonać zamówienie publiczne;

Mając powyższe na uwadze, wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. odrzucenie oferty wykonawcy Reko jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
ewentualnie
2. unieważnienie postępowania;

Termin

Zgodnie z przepisem art. 515 ust. 1 pkt 1 lit a Pzp: „*Odwołanie wnosi się, w przypadku zamówień, których wartość jest wyższa niż 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*”. Informację o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu zamieszczono na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 12.12.2023 r. Odwołujący dochował zatem terminu na wniesienie odwołania, o których mowa w art. 515 Pzp.

Interes

Odwołujący ma interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wskazuje, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż jest jednym z podmiotów prowadzących działalność gospodarczą w zakresie odbierania odpadów komunalnych, a nadto złożył w postępowaniu niepodlegającą odrzuceniu ofertę. W związku z nieprawidłowym przygotowaniem przez Zamawiającego dokumentacji przetargowej i zaniechaniem przez niego unieważnienia przedmiotowego postępowania, zamówienie otrzyma podmiot nieweryfikowalny w zakresie istotnym z punktu widzenia przedmiotu zamówienia i przepisów prawa. Jest to sytuacja nieakceptowalna i skutkująca szkodą po stronie Odwołującego poprzez nieuzyskanie przez niego zamówienia, a tym samym poprzez nieosiągnięcia spodziewanego zysku. W przypadku unieważnienia postępowania, Odwołujący może ciągle uzyskać zamówienie, a nadto Zamawiający będzie dysponował instrumentami pozwalającymi ocenić mu prawidłowość wyboru danego wykonawcy. A w przypadku odrzucenia oferty wykonawcy Reko Odwołujący ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący oświadcza, że kopia odwołania zgodnie z dyspozycją przepisu art. 514 ust. 2 ustawy pzp została przesłana Zamawiającemu, na dowód czego w załączeniu przedkłada potwierdzenie.

Odwołujący oświadcza, że uiszczył wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości, na dowód czego w załączeniu przedkłada potwierdzenie dokonania przelewu.

UZASADNIENIE

1. Zamawiający prowadzi Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usługi odbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach zamieszkałych, położonych na terenie Gminy Kłomnice na rok 2024 r.”
2. Zgodnie z wyrokiem KIO dnia 12 października 2021 r., sygn. akt KIO 2613/21: „Z obowiązku podania w ofercie instalacji, do której będą przekazywane odpady, nie zwalniała Wykonawcy okoliczność braku sporządzenia odpowiedniego załącznika do SWZ czy też przewidzenia miejsca w formularzu ofertowym umożliwiającego wykonawcom przedstawienie informacji w powyższym zakresie. Nie budzi wątpliwości w dotychczasowym orzecznictwie Izby pogląd, zgodnie z którym formularze,

wykazy czy też oświadczenia, które przygotowuje zamawiający w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia stanowią jedynie wzory, które może wykorzystać wykonawca przy sporządzeniu oferty. Dla prawidłowego złożenia oferty istotne jest przede wszystkim to, aby złożone przez wykonawcę oświadczenia i dokumenty czyniły zadość wymogom zamawiającego określonym w specyfikacji oraz załącznikach (por. wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2020 r. sygn. akt: KIO 1752/20). Dalej wskazać należy, że Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby wykaz instalacji, do których będą przekazywane odpady, nie stanowił elementu merytorycznego oferty. Zdaniem Izby Odwołujący w sposób nieuzasadniony zdeprecjonował brzmienie art. 6d ust. 4 pkt 5 ucp. Zgodnie z ww. przepisem, wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich w szczególności instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady. Z powyższego przepisu wynika zatem, że w zamówieniach na odbiór i zagospodarowanie odpadów w przypadku sporządzenia specyfikacji, zamawiający ma zobowiązać wykonawców do wskazania w ofercie instalacji, a w szczególności instalacji komunalnych, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazać odebrane odpady. A zatem to ustawodawca w przepisach ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach informację dotyczącą instalacji, do których będą przekazywane odebrane odpady uznał na tyle istotną, że zobowiązał zamawiających do żądania od wykonawców tej informacji w ofercie. Izba przyjmuje za własny pogląd wyrażony w wyroku z dnia 9 października 2020 r. sygn. akt: KIO 2348/20, zgodnie z którym: „obowiązku tego nie można przy tym traktować jako zwykłego formalizmu, ponieważ ma on swoje uzasadnienie. Zamawiający powinien wiedzieć już z oferty z jakich instalacji do odbioru odpadów będzie korzystał wykonawca. Pozwoli mu to na ocenę sposobu realizacji zamówienia przez wykonawcę, co niewątpliwie może mieć przełożenie na ocenę zgodności oferty z treścią SIWZ lub wysokości ceny realizacji zamówienia w tym jego istotnych części *składowych pod kątem rażąco niskiej ceny*. Jeśli zamawiający nie zna docelowej instalacji odbioru odpadów, z której korzystał będzie wykonawca to w powyżej określonym zakresie nie będzie mógł rzetelnie zbadać i ocenić jego oferty.” Prawidłowe było zatem stanowisko Zamawiającego, który wskazywał, że informacja dotycząca instalacji jest elementem indywidualizującym oferowane świadczenie, ustalany samodzielnie przez wykonawcę w ramach dostępnych instalacji posiadających wymagany status prawny i zezwolenia, stanowiącym jednocześnie o warunkach realizacji zamówienia np. potwierdzenie, że wykonawca przewidział zagospodarowanie wszystkich wskazanych przez Zamawiającego rodzajów wg. kodów odpadów i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, co najmniej w zakresie możliwości osiągnięcia przez Gminę wymaganych prawem poziomów recyklingu. Tym samym brak wskazania w ofercie informacji o instalacjach, mimo wyraźnego wymogu wynikającego ze specyfikacji,

pozbawiał Zamawiającego możliwości zbadania oferty wykonawcy PreZero pod kątem zakresu i sposobu, w jaki będzie wykonywane świadczenie obejmujące przedmiot zamówienia, zwłaszcza że zgodnie z postanowieniami umowy, wykonawca obowiązany będzie przekazywać odpady do instalacji wskazanych w złożonej ofercie." Powyżej wskazane orzeczenie KIO ma pełne przełożenie na przedmiotowy przypadek i Odwołujący przytacza tu wskazane twierdzenia jako własne na potwierdzenie zasadności zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Reko jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

3. Wykonawca Reko jest podmiotem zawodowo trudniącym się działalnością związaną z gospodarowaniem odpadami i posiada, a przynajmniej powinien posiadać znajomość przepisów o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. W toku licznych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których uczestniczył wielokrotnie spotykał się z koniecznością wskazania instalacji, do których będzie przekazywał odpady - musiał zatem mieć świadomość, z czego (z jakich przepisów) obowiązek wskazywania instalacji wynikał.
4. Zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach: "Wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich w szczególności [...] instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów". Z powyższego wprost i jednoznacznie w ocenie Odwołującego wynika, że zamawiający publiczny w przetargu na odbiór i zagospodarowanie odpadów (a więc takim jaki prowadził Zamawiający) **musi w dokumentacji przetargowej** (w SWZ lub wzorze formularza ofertowego) nałożyć na wykonawców obowiązek wskazania w ofercie instalacji zagospodarowania odpadów, do których przekażą oni odebrane odpady komunalne.
5. Bezsprzecznie w ocenie Odwołującego Zamawiający nie wypełnił tego zobowiązania, co oznacza, że naruszył także art. 134 ust. 1 pkt 14 Pzp. Opis sposobu przygotowania oferty nie zawiera wszystkich wymaganych prawem elementów. Zamawiający nie określił też wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Co warte podkreślenia, Zamawiający nie może naprawić rzeczony wady. Treść oferty nie podlega bowiem uzupełnieniu. Byłoby to sprzeczne z art. 223 ust. 1 Pzp.
6. Odwołujący podkreśla, że Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych. W formularzu ofertowym, ani w żadnym innym dokumencie składającym się na dokumentację przetargową, w szczególności w SWZ, Zamawiający nie nałożył na wykonawców obowiązku wskazania w treści składanych ofert instalacji zagospodarowania odpadów, do których wykonawcy ci będą przekazywać odbierane w ramach przedmiotowego zamówienia publicznego odpady komunalne, tj. odpady z terenu gminy Kłomnice.
7. W dniu 12 grudnia 2023 r. Zamawiający opublikował na swojej platformie zakupowej informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. W tym właśnie momencie Odwołujący dowiedział się, że

Zamawiający zaniechał unieważnienia postępowania, mimo że jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

8. Jednocześnie brak wymogu przedstawienia wykazu instalacji już w ofercie oznacza, że Zamawiający dopuścił się także naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 Pzp (w powiązaniu z art. 134 ust. 1 pkt 14). Zasada przejrzystości postępowania i równego traktowania wykonawców oznacza po pierwsze, że Zamawiający musi w jednoznaczny i precyzyjny sposób sformułować w dokumentacji przetargowej obowiązki obciążające wykonawców, w tym obowiązek wskazania w ofercie określonych danych. Zobowiązanie do przedłożenia wykazu instalacji nie może wynikać z domysłów. Po drugie zaś, powołane zasady wraz z pozostałymi przepisami Pzp (art. 226 ust. 1 pkt 3-5 Pzp), kreują po stronie zamawiającego publicznego obowiązek weryfikacji zgodności oferty wykonawcy z dokumentacją przetargową i powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Legalność zagospodarowania odpadów komunalnych jest istotnym warunkiem realizacji zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów i nie może pozostawać w sferze domysłów. Dopuszczenie sytuacji, w której Zamawiający akceptuje zaniechanie przedłożenia przez wykonawcę wykazu instalacji uniemożliwia mu prawidłową ocenę oferty tego wykonawcy. Co więcej, taki stan rzeczy uniemożliwia także pozostałym wykonawcą weryfikację ofert konkurentów i tego czy spełniają one stawiane im w ramach zamówienia wymagania. Taki stan rzeczy jest nieakceptowalny.
9. Nie powinno budzić wątpliwości, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta z wyłonionym w ten sposób przez Zamawiającego w tym postępowaniu wykonawcą podlegałaby unieważnieniu na mocy art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp. Zamawiający udzieliłby bowiem zamówienia z naruszeniem ustawy. Dodatkowo naruszenie to nie może być konwalidowane. To zaś oznacza, że ziściła się przesłanka unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 255 pkt 6 Pzp, a Zamawiający powinien był unieważnić postępowanie, czego zaniechał.
10. Odwołujący zauważył, że przed Krajową Izbą Odwoławczą wielokrotnie inicjowane były postępowania dotyczące podobnego naruszenia. Kończyły się one umorzeniem postępowania odwoławczego, gdyż albo zamawiający publiczny dostrzegał swój błąd polegający na braku żądania wykazu instalacji w ofercie i uwzględnił wniesione odwołanie albo odwołujący kwestionujący dokonane unieważnienie postępowania cofał swoje odwołanie. Tak było choćby w sprawach o sygnaturze KIO 467/19, KIO 3170/20 i KIO 3322/21.
11. **Wykaz instalacji stanowi merytoryczny element oferty.** Powyższe stanowisko znajduje dodatkowe uzasadnienie w treści art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, na podstawie którego Zamawiający zobowiązany jest do zobowiązania w SWZ wykonawcy do wskazania w ofercie instalacji, do których będą przekazane odebrane odpady objęte przedmiotem zamówienia, w szczególności instalacje komunalne. Na tej zasadzie w przedmiotowym postępowaniu (w SWZ) musiały znaleźć się stosowne zapisy obligujące wykonawców do wskazania w ofercie instalacji, do których będą przekazywane odpady. Brak ten stanowi o istotnej wadzie Postępowania. Brak w ofercie wykazu instalacji, do których będą przekazywane wszystkie odpady objęte przedmiotem zamówienia,

w szczególności brak w ofercie instalacji komunalnej, uniemożliwia Zamawiającemu zbadanie oferty pod kątem zakresu i sposobu wykonania świadczenia objętego przedmiotem zamówienia.

12. Jednym z podstawowych obowiązków Zamawiającego jest prawidłowe sporządzenie SWZ, w tym opis przedmiotu zamówienia, opis obowiązków wykonawcy, który świadczył będzie dane usługi, w tym jego obowiązków umownych jako elementu znaczącego i warunkującego wybór oferty najkorzystniejszej. To między innymi opis przedmiotu zamówienia i ustalenie obowiązków umownych decyduje, czy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego można uznać czyniące zadość podstawowym zasadom ustawy Pzp, w tym zasadzie przejrzystości postępowania. Warunkiem zachowania zasady przejrzystości postępowania jest między innymi jednoznaczne określenie przedmiotu zamówienia. Chodzi o to, by wykonawcy, mogli zorientować się i wziąć pod uwagę przy przygotowywaniu ofert, jakie są oczekiwania zamawiającego względem ofert składanych w postępowaniu, w szczególności, w jaki sposób oferty będą oceniane.
13. W ocenie Odwołującego niejednoznaczność opisu odnoszącego się do przedmiotu zamówienia, w tym wymagań ustawowych SWZ, do wprowadzenia których zamawiający jest zobowiązany przepisami rangi szczególnej w stosunku do ustawy Pzp, w ramach prowadzonego postępowania może stanowić negatywną przesłankę udziału w postępowaniu dla wykonawców i może być uznana za wadę takiego postępowania. Brak ustaleń co do wskazania miejsca instalacji, do której dany Wykonawca będzie przekazywał odpady komunalne nie pozwala na przeprowadzenie obiektywnego procesu oceny każdej oferty, na porównanie złożonych ofert, zaś wynik tego porównania nie będzie jednoznacznie wskazywać, która oferta jest lepsza i bardziej realizuje cel zamówienia. Niewątpliwie wybór instalacji, jej usytuowanie i ceny, które oferuje wpływają na kształt ceny oferty. Cena za odbiór danej frakcji odpadów jest niewątpliwie czynnikiem kosztotwórczym w przypadku zamówień na odbiór i zagospodarowanie odpadów. Brak tych informacji w ofercie utrudnia Zamawiającemu choćby porównanie wiarygodności poziomu cen poszczególnych ofert, sprawdzenie czy cena danej oferty nie jest rażąco niska. Podanie informacji o instalacji pozwala bowiem na ocenę sposobu realizacji świadczenia.
14. Powyższy wymóg, to jest podanie adresu instalacji, ma swoje odzwierciedlenie w treści art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 888, dalej również jako u.c.p.g.), zgodnie z którym wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych określa w nich instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady. Wymóg ten ma charakter bezwzględny, co oznacza, że zamawiający nie może się z tego obowiązku w żaden sposób zwolnić.

15. W związku z faktem, iż przedmiotowe postępowanie dotyczy kompleksowej usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, w świetle treści art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g. Zamawiający był zobligowany do zobowiązania wykonawców do wskazania w ofercie instalacji komunalnych, do których będą przekazywane odpady komunalne. Obowiązek ten nie wybrzmiewa bezpośrednio z zapisów SWZ. Zamawiający w stosunku do treści oferty w żaden sposób nie zobowiązał Wykonawców do podania informacji o instalacjach, z których będą korzystać podczas realizacji świadczenia. A samo wskazanie we wzorze umowy, że przed podpisaniem zobowiązania umownego, wybrany Wykonawca zobowiązany jest do podania danych instalacji do umowy, Odwołujący uważa za niewystarczające. Dostrzeżenia wymaga, iż przepisy u.c.p.g. jednoznacznie obligują do wskazania instalacji w ofercie (podkreślenie własne). Oferta to pojęcie o charakterze zdefiniowanym w doktrynie Prawie zamówień publicznych, odnosi się ono do momentu złożenia oświadczenia woli zawarcia umowy drugiej stronie, która musi dane warunki zaakceptować. Wymóg wskazania instalacji w jasny i klarowny sposób odnosi się do momentu złożenia oferty, a nie momentu podpisania zobowiązania umownego. Zamawiający w ten sposób uzyskuje informacje na jakich zasadach dany podmiot będzie świadczenie realizował, co w konsekwencji doprowadzić może do podpisania umowy. W konsekwencji zatem złożenie oferty poprzedza podpisanie umowy i jest odrębnym etapem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
16. Jeśli ustawodawca uznał informację dotyczącą podania w ofercie instalacji w przypadku zamówień na odbiór i zagospodarowanie odpadów na tyle istotną, że zobowiązał zamawiającego do wskazania w SWZ, aby wykonawcy ją podawali, to nie ma żadnych podstaw do zakwestionowania czy pominięcia tego wymogu. Treść przepisu u.c.p.g. jest jasna, jednoznaczna i nie może budzić żadnych wątpliwości. Przepis ten należy potraktować jako *lex specialis* względem przepisów Pzp i w związku z tym jest to kolejny obowiązek, jaki ustawodawca nakłada na zamawiającego.
17. W przedmiotowej sprawie można było dostrzec związek przyczynowo - skutkowy, pozwalający uznać za potencjalny wpływ na wynik postępowania, wady powstałej w wyniku zaniechania wykonania przez Zamawiającego obowiązku wynikającego z art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g. W wyniku działań Zamawiającego postępowanie zostało obciążone wadą, ponieważ nie zobowiązał on w SWZ wykonawców do wskazania w ofercie instalacji, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, będzie obowiązany przekazać odebrane odpady. Dodatkowo przedmiotowa wada była niemożliwa do usunięcia. Obowiązkiem zamawiającego jest prawidłowe i zgodne z przepisami ukształtowanie zapisów SWZ. Zaniechania w tym zakresie nie mogą obciążać wykonawców, których uprawnieniem jest dążenie do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, która będzie ważna i nie objęta sankcją nieważności.
18. Ostatnią przesłanką prawidłowego zastosowania przepisów umożliwiających unieważnienie postępowania według ustawy Pzp jest to, że ustalona w postępowaniu wada, która jest niemożliwa do usunięcia, uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Taka konstrukcja przepisu odsyła wprost do art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, w którym wymienione są wszystkie przypadki naruszenia Pzp powodujące konieczność unieważnienia umowy. Odesłania nie można jednak ograniczać wyłącznie do przywołanego przepisu, który zawiera

zamknięty i bardzo ograniczony katalog sytuacji powodujących unieważnienie umowy. Taka interpretacja skutkowałaby tym, iż wystąpienie innych wad w postępowaniu nie mogłoby być powodem jego unieważnienia. Taka wykładnia prowadziłaby do błędnego zdaniem Izby wniosku, że nawet wystąpienie wady w sposób oczywisty wypaczającej wynik postępowania nie daje zamawiającemu prawa do unieważnienia postępowania, podczas gdy zawarcie umowy będzie rodzić skutki w postaci dochodzenia jej nieważności lub unieważnienia przez innych wykonawców na podstawie odrębnych przepisów, czego w przypadku wad innych niż określone art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp nie zabrania. W przepisach ustawy Pzp istnieje możliwość uznania umowy za nieważną na podstawie art. 457 ust. 5 ustawy Pzp który stanowi, że przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ Kc ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny. Dyspozycja art. 70⁵ Kc znajdzie zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych zawartych w wyniku jakiegokolwiek postępowania otwartego (poprzedzonego ogłoszeniem) prowadzonego w oparciu o przepisy Pzp. Możliwość żądania unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w oparciu o art. 70⁵ Kc Kc jest niezależna od podstaw i ograniczeń unieważnienia na podstawie przepisów Pzp. Unieważnienie umowy na podstawie okoliczności określonych w przepisie 457 ustawy pzp nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ k.c. Przepis ten w § 1 stanowi, że: „Organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Jeżeli umowa została zawarta na cudzy rachunek, jej unieważnienia może żądać także ten, na czyj rachunek umowa została zawarta, lub dający zlecenie”. Zgodnie z § 2: „Uprawnienie powyższe wygasa z upływem miesiąca od dnia, w którym uprawniony dowiedział się o istnieniu przyczyny unieważnienia, nie później jednak niż z upływem roku od dnia zawarcia umowy”.

Mając powyższe na uwadze, niniejsze odwołanie jest w pełni zasadne.

Wioleta Hucal

Adwokat

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo;
- 2) dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
- 3) KRS Odwołującego;
- 4) dowód uiszczenia wpisu;
- 5) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.