

Białystok, dnia 14.04.2023 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej  
przy Prezesie Urzędu  
Zamówień Publicznych**

**Odwołujący:** MPO Sp. z o.o.

ul. 42 Pułku Piechoty 48

15-950 Białystok

KRS nr: 0000006372

Tel. 85 6768300

Email: zamowienia@mpo.bialystok.pl

Reprezentowany przez:

Zarząd w osobach:

Tomasza Kalinowskiego

Uprawnionego jednoosobowo do reprezentacji.

**Zamawiający:** Gmina Ciechanowiec

Ul. Mickiewicza 1

18-230 Ciechanowiec

Tel: 862771145

Email: sekretariat@ciechanowiec.pl

**Nr ogłoszenia, którego dotyczy odwołanie: 2022/S 218-622261**

**Opis przedmiotu zamówienia:**

90 50 00 00-2 - usługi związane z odpadami;

90 51 10 00-2 - usługi wywozu odpadów;

90 51 12 00-4 – usługi gromadzenia odpadów pochodzących z gospodarstw domowych;

90 51 13 00-5 – usługi zbierania śmieci;

90 51 20 00-9 - usługi transportu odpadów;

90 51 31 00-7 - usługi wywozu odpadów pochodzących z gospodarstw domowych;

90 53 30 00-2 – usługi gospodarki odpadami.

**Odwołanie od czynności Zamawiającego**

**Unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie art. 129 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) pn.: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli z terenu Gminy Ciechanowiec w latach 2023 – 2024”**

Niniejszym działając na podstawie art. 513 ustawy prawo zamówień publicznych składam odwołanie od czynności Zamawiającego, którą jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie art. 129 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) pn.: **„Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli z terenu Gminy Ciechanowiec w latach 2023 – 2024”**

Oświadczam, iż czynność zamawiającego miała miejsce w dniu 06.04.2023r przez opublikowanie na stronie [http://bip.um.ciechanowiec.wrotapodlasia.pl/Zam\\_publiczne/2022/ogloszenie-o-zamowieniu-odbior-i-zagospodarowanie-odpadow-komunalnych-od-wlascieli-nieruchomosci-z-terenu-gminy-ciechanowiec-w-latach-2023-2024.html](http://bip.um.ciechanowiec.wrotapodlasia.pl/Zam_publiczne/2022/ogloszenie-o-zamowieniu-odbior-i-zagospodarowanie-odpadow-komunalnych-od-wlascieli-nieruchomosci-z-terenu-gminy-ciechanowiec-w-latach-2023-2024.html) informacji o unieważnieniu postępowania.

Oświadczam, iż niniejsze odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego kwoty przekraczają „progi unijne”, w związku z powyższym termin do wniesienia odwołania został zachowany.

**Czynności Zamawiającego zarzucam naruszenie następujących przepisów prawa:**

1. Art. 255 pkt 6 ustawy prawo zamówień publicznych.

- co polegało na wadliwym zastosowaniu wskazanej powyżej podstawy prawnej unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie nie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego

2. Art. 16 pkt ustawy Prawo Zamówień Publicznych w związku z art. 255 pkt 6 ustawy prawo zamówień publicznych.

- co polegało na zaniechaniu spełnienia spoczywającego na Zamawiającym obowiązku informacyjnego polegającego na dokładnym uzasadnieniu faktycznym podjętej decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w szczególności przez wykazanie, które z wad postępowania skutkować mają możliwością unieważnienia umowy w świetle art. 457 pzp.

3. art. 16 pkt 1 ustawy prawo zamówień publicznych co polegało na nierównym traktowaniu wykonawców, a przejawiało się unieważnieniem postępowania po otwarciu ofert wyłącznie z uwagi na fakt, iż zamówienie publicznie w przedmiotowym postępowaniu nie mogło być realizowane przez Przedsiębiorstwo Robót komunalnych FARE sp. z o.o. z uwagi na fakt, iż oferta tego wykonawcy podlegałaby odrzuceniu z uwagi na wniesienie wadium po terminie oraz wskazanie instalacji nie będącej instalacją komunalną w rozumieniu przepisów ustawy o odpadach.

**W związku z powyższymi zarzutami wnoszę o:**

- uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności unieważnienia postępowania, którego dotyczy niniejsze odwołanie.

**Wnoszę o dopuszczenie dowodu z:**

- pisma odwołującego z dnia 14.03.2023r – na okoliczność ustalenia, iż odwołujący kwestionował ofertę Przedsiębiorstwa Robót komunalnych FARE sp. z o.o. z uwagi na niewniesienie wadium w terminie, oraz wskazanie instalacji nie będącej instalacją komunalną

- potwierdzenia przelewu wadium dokonanego przez Przedsiębiorstwo Robót Komunalnych FARE sp. z o.o. - data dokumentu 13.03.2023 godz. 12:37:07, celem potwierdzenia, iż wadium zostało wniesione przez tego wykonawcę po terminie składania ofert to jest 13.03.2023 godz. 10:00

-wnoszę o dołączenie do akt niniejszego postępowania akt postępowania prowadzonego przed Krajową Izbą Odwoławczą pod sygn. akt: KIO 3454/22 – na okoliczność, iż Zamawiający uprzednio usiłował unieważnić postępowanie, wyłącznie w celu zlecenia realizacji przedmiotowego zamówienia na rzecz Przedsiębiorstwa Robót Komunalnych FARE sp. z o.o. w trybie niekonkurencyjnym.

- przeprowadzenie na rozprawie dowodu z przesłuchania w charakterze Zamawiającego Burmistrza Gminy Ciechanowiec Pana Eugeniusza Świąckiego celem ustalenia z jakich przyczyn Zamawiający po otwarciu ofert dokonywał ponownej analizy dokumentacji postępowania, w szczególności czy celem takiego działania było uzasadnienie z góry podjętej przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania.

- zobowiązanie Zamawiającego do wskazania czy Przedsiębiorstwo Robót Komunalnych FARE sp. z o.o. świadczy usługi objęte przedmiotowym postępowaniem, a jeżeli tak to w oparciu o jaką podstawę;

- zobowiązanie Zamawiającego do złożenia do akt sprawy umowy lub umów zawartych z Przedsiębiorstwem Robót Komunalnych FARE sp. z o.o. na odbiór i zagospodarowanie odpadów z terenu Gminy Ciechanowiec – innych niż umowa z dnia 30.12.2022 nr RI.032.141/2022

- dopuszczenie dowodu z załączonej do odwołania umowy z dnia 30.12.2022 nr RI.032.141/2022 na okoliczność ustalenia, że przedmiot zamówienia objętego niniejszym postępowaniem:

a) realizowany jest przez Przedsiębiorstwo Robót Komunalnych FARE sp. z o.o.

b) podstawa prawna wskazana w umowie dyskwalifikuje umowę jako zawartą w trybie ustawy pzp;

c) realizacja umowy winna zakończyć się wraz z wydaniem orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie KIO 3454/22

d) zamawiający narusza przepisy ustawy pzp bowiem Przedsiębiorstwo Robót Komunalnych FARE sp. z o.o. świadczy przedmiot zamówienia bez ważnej umowy

e) Zamawiający dokonuje samokontroli postępowania prowadzonego w trybie podstawowym, doszukując się jego błędów w celu unieważnienia postępowania przy jednoczesnym tolerowaniu i braku kontroli realizacji zamówienia przez Przedsiębiorstwo Robót Komunalnych FARE sp. z o.o. które świadczy bez jakiegokolwiek umowy przedmiot niniejszego zamówienia

co w konsekwencji potwierdza zarzut nierównego traktowania wykonawców.

**Jednocześnie z uwagi na nieobecność przedstawiciela odwołującego w dniach 24-26 kwiecień 2023r zwracam się z wnioskiem o niewyznaczenie rozprawy w tych dniach.**

### **Uzasadnienie interesu prawnego odwołującego**

Odwołujący wskazuje, iż posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, bowiem jako jeden z wykonawców złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę. Unieważnienie postępowania powoduje, iż oferta odwołującego nie zostanie rozpoznana, co uniemożliwi mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

### **Uzasadnienie odwołania**

Dnia 06.04.2023 r. Zamawiający Gmina Ciechanowiec opublikowała za pośrednictwem dnia 06.04.2023r przez opublikowanie na stronie [http://bip.um.ciechanowiec.wrotapodlasia.pl/Zam\\_publiczne/2022/ogloszenie-o-zamowieniu-odbior-i-zagospodarowanie-odpadow-komunalnych-od-wlascicieli-nieruchomosci-z-terenu-gminy-ciechanowiec-w-latach-2023-2024.html](http://bip.um.ciechanowiec.wrotapodlasia.pl/Zam_publiczne/2022/ogloszenie-o-zamowieniu-odbior-i-zagospodarowanie-odpadow-komunalnych-od-wlascicieli-nieruchomosci-z-terenu-gminy-ciechanowiec-w-latach-2023-2024.html) decyzję o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie art. 129 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) pn.: **„Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli z terenu Gminy Ciechanowiec w latach 2023 – 2024”**.

Zamawiający uzasadniając w/w decyzję jako podstawę prawną wskazał art. 255 pkt 6 ustawy prawo zamówień publicznych (dalej pzp).

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż Zamawiający nie sprostął właściwemu uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania, co więcej odwołujący wskazuje, iż jest to druga decyzja Zamawiającego dotycząca próby unieważnienia przedmiotowego postępowania. Znamienne jest to, iż Zamawiający po otwarciu ofert dokonuje niejako samokontroli, w wyniku której doszukuje się błędów postępowania, które mają uzasadniać jego unieważnienie. Sytuacja taka jest nietypowa i zdaniem odwołującego musiały istnieć okoliczności, które legły u podstaw takiej decyzji Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego okoliczność ta wynika wyłącznie z faktu, iż złożona przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót komunalnych FARE sp. z o.o. podlegałaby odrzuceniu z uwagi na nie wniesienie wadium w terminie oraz wskazanie instalacji nie będącej instalacją komunalną, o czym odwołujący poinformował zamawiającego w piśmie z dnia 14.03.2023r. Fakt powyższy spowodował, iż Zamawiający postanowił „doszukać się błędów postępowania” które rzekomo uzasadniałyby jego unieważnienie powołując się na podstawę prawną z art. 255 pkt 6 ustawy pzp. W tym miejscu należy przytoczyć tezę 1 orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 1420/13 (orzeczenie zapadło na gruncie uprzedniego stanu prawnego, jednakże jego przekaz jest aktualny również w obowiązującym stanie prawnym) zgodnie z którym: ***Niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej przepisu art. 146 ust. 6 p.z.p., która pozwalałaby zamawiającym na unieważnienie postępowania z powołaniem się na jakiegokolwiek wady prowadzonych przez nich postępowań. Mogłoby to wprost prowadzić do zagrożenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, szczególnie gdy stwierdzenie wad postępowania miało miejsce już po ujawnieniu listy wykonawców, którzy mogą uzyskać dane zamówienie.***

W przedmiotowej sprawie decyzja Zamawiającego zapadła już po otwarciu ofert, a więc również po ich wstępnej analizie. Analizy takiej dokonał również odwołujący, który poddał w wątpliwość ofertę

Przedsiębiorstwa Robót Komunalnych FARE sp. z o.o.. Dla oceny Zachowania Zamawiającego i wniosku, iż w przedmiotowej sprawie działanie Zamawiającego nosi znamiona nierównego traktowania wykonawców istotne jest, iż Zamawiający uprzednio usiłował unieważnić przedmiotowe postępowanie, wyłącznie w celu zlecenia realizacji przedmiotowego zamówienia na rzecz Przedsiębiorstwa Robót Komunalnych FARE sp. z o.o. w trybie niekonkurencyjnym – akta sprawy KIO 3454/22. Niestandardowe działanie Zamawiającego polegające na samokontroli i doszukiwaniu się błędów postępowania należy wyłącznie rozważać w kategoriach nierównego traktowania wykonawców, co potwierdza naruszenie art. 16 pkt 1 pzp. Zdaniem odwołującego postępowanie Zamawiającego w zakresie czynności unieważnienia postępowania powinno być rozpatrywane wyłącznie przez pryzmat zasady równego traktowania wykonawców. W myśl komentarza do Prawa zamówień publicznych pod redakcją W. Dzierżanowskiego (komentarz LEX) **Przepisy art. 16–20 p.z.p. formułują zasady udzielania zamówień publicznych. Zasada prawa to norma prawna uznana przez ustawodawcę za szczególnie ważną dla systemu prawa lub jego części. Jest to reguła kierunkowa – ważniejsza od innych norm (P. Szustakiewicz, Zasady prawa zamówień publicznych, Warszawa 2007, s. 191). Celem norm prawnych zawierających zasady stosowania ustawy jest ustalenie podstaw wykładni przepisów szczegółowych. Zasady mają istotne znaczenie praktyczne, gdyż wszelkie niejasności lub wątpliwości powinny być rozstrzygane w zgodzie z zasadą prawną, która interpretowanego zagadnienia dotyczy.**

Niezależnie od powyższego, aby unieważnić postępowanie ze względu na fakt, iż postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego należy sięgnąć do art. 457 pzp wskazujący na przesłanki unieważnienia umowy, zgodnie z którymi:

Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

- 1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;
- 2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
- 3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2;
- 4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową;
- 5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

W treści uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania trudno dopatrzeć się na którą z powyższych przesłanek powołuje się Zamawiający. Zdaniem odwołującego najistotniejsze znaczenie w przedmiotowej sprawie, dla oceny zachowania Zamawiającego, zawierają tezy zawarte w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 07.04.2022r w sprawie KIO 867/22 w myśl którego:

**1. Zamawiający, w celu zastosowania art. 255 ust. 6 p.z.p., winien wykazać, że zachodzą przesłanki unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego określone w kodeksie cywilnym lub art.**

**457 p.z.p. Wykazać związek przyczynowy pomiędzy rzekomą wadą postępowania, a koniecznością unieważnienia umowy.**

**2. Brzmienie dokumentacji przetargu, jak każde oświadczenie woli, podlega wykładni zgodnie z regułami art. 65 k.c., zaś stwierdzenie, że treść SWZ posiada wady takiego rodzaju, że zawarta na jej podstawie umowa podlegałaby unieważnieniu oznacza konieczność udowodnienia wady umowy, której nie da się również usunąć z zastosowaniem reguł interpretacyjnych i kolizyjnych, pozwalających na wyeliminowanie ewentualnych niejasności czy wątpliwości dokumentacji postępowania.**

Zdaniem Zamawiającego błędy jakimi obarczone jest postępowanie, które mają wskazywać na fakt, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego polegają na:

**1) Dopuszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu składania ofert wariantowych przy jednoczesnym wykluczeniu takiej możliwości w treści SWZ;**

Stosując zasadę wykładni oświadczeń woli zgodnie z wytycznymi zawartymi w wyroku KIO 867/22 nie powinno podlegać jakiegokolwiek wątpliwości, iż powyższe uchybienie Zamawiającego nie stanowi wady postępowania, bowiem postanowienia SWZ jasno wskazują, iż składanie ofert wariantowych jest niedopuszczalne. Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia – odbiór i zagospodarowanie odpadów zgodnie z postanowieniami obowiązujących w tym zakresie przepisów trudno jest w ogóle mówić o możliwości złożenia oferty wariantowej bowiem faktycznie taka możliwość nie istnieje. Powyższe uchybienie nie może stanowić o wadzie, która powodowałaby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

**2) Brak w formularzu ofertowym miejsca na wskazanie przez oferentów ilości pojazdów spełniających normę EURO 6 jakimi dysponuje wykonawca**

Odwołujący wskazuje, iż powyższe może stanowić jedynie wadę formy oferty, która pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, bowiem badając treść ofert każdy z wykonawców złożył stosowne oświadczenie co do ilości posiadanych pojazdów spełniających normę EURO 6. Powyższe uchybienie Zamawiającego w żaden sposób nie wpłynęło na treść ofert, jak też nie może wpłynąć na wynik postępowania oraz nie może stanowić o wadzie, która powodowałaby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

**3) Wadliwe określenie w zakresie kryterium oceny ofert odległości od instalacji komunalnej, do której będą kierowane odpady celem ich zagospodarowania bowiem Zamawiający ma podpisaną umowę z jedną instalacją, co zdaniem Zamawiającego powodowało, iż wszyscy wykonawcy w tym kryterium powinni otrzymać równą ilość punktów przy ocenie ofert. Ponadto Zamawiający wskazuje, iż powyższe kryterium stanowi kryterium podmiotowe i jako takie nie może stanowić kryterium oceny ofert.**

W zakresie powyższego w pierwszej kolejności należy wskazać, iż przedmiotem zamówienia jest „**Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli z terenu Gminy Ciechanowiec w latach 2023 – 2024**”. Zakres zamówienia obejmuje zatem nie sam transport odpadów do instalacji, z którą Zamawiający ma podpisaną umowę, a co za tym idzie zagospodarowanie następuje w ramach obowiązków Zamawiającego, lecz po stronie wykonawcy jest zarówno usługa transportu jak i

zagospodarowania odpadów. Zgodnie z treścią SWZ pkt 4.3 Szczegółowe informacje dotyczące zakresu i sposobu realizacji zamówienia opisane są w załączniku nr 1 „Opis przedmiotu zamówienia”. Analiza postanowień załącznika nr 1 jednoznacznie przesądza, iż postanowienia SWZ są spójne zaś kryteria oceny ofert w zakresie odległości od instalacji komunalnej zostały ustalone prawidłowo. W treści załącznika nr 1 pkt II ppkt 1 Zamawiający wprost wskazał, iż odpady należy wskazywać do instalacji wskazanej w ofercie, Sposób odbioru i zagospodarowania odpadów musi być zgodny z Ustawą z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1297 z późn. zm.), rozporządzeniami wykonawczymi do tej ustawy oraz Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie gminy.

Powyższe oznacza, iż zamawiający nie może powoływać się na fakt, iż posiada zawartą umowę z jedną instalacją komunalną celem zagospodarowania odpadów, bowiem w przedmiotowym postępowaniu fakt ten nie ma jakiegokolwiek znaczenia. Zamawiający wymagał, aby to Wykonawca wskazał instalacje komunalną, w której będą zagospodarowane odpady w ramach realizacji zamówienia, i do tej instalacji Wykonawca zobowiązany jest kierować strumień odpadów.

Odwołujący ma świadomość, co do rozbieżności stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie kryterium związanego z odległością instalacji komunalnej od miejsca odbioru odpadów, jednakże ostatecznie orzecznictwo wskazuje, iż powyższe kryterium nie stanowi kryterium podmiotowe bowiem bez wątplenia odległość instalacji od miejsca odbioru odpadów ma znaczący wpływ na koszt realizacji zamówienia. Należy wskazać, iż przepisy PZP w art. 239 ust 2 i art. 242 ust 1 wymieniają wprost koszt jako dozwolone kryterium oceny ofert. Dlatego też kryterium odległości instalacji komunalnej nie może być wiązane jako właściwość wykonawcy, lecz przede wszystkim koszt realizacji zamówienia.

Odwołujący podnosi również, iż wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu zadawali szereg pytań dotyczących wyjaśnienia treści SWZ, analizując je Zamawiający nie dopatrzył się na etapie przed otwarciem ofert jakichkolwiek nieprawidłowości w postępowaniu. Dopiero po otwarciu ofert oraz otrzymaniu pisma odwołującego z dnia 14.03.2023r Zamawiający wiedząc, iż oferta Przedsiębiorstwa Robót Komunalnych FARE sp. z o.o. powinna zostać odrzucona podejmuje się wyszukania błędów postępowania celem jego unieważnienia, w następstwie czego Zamawiający z całą pewnością zleci w trybie niekonkurencyjnym realizację zamówienia na rzecz Przedsiębiorstwa Robót Komunalnych FARE sp. z o.o.

W świetle powyższego, niniejsze odwołanie jako w całości zasadne winno zostać uwzględnione w wyniku czego czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania winna zostać uchylona.

**Załączniki:**

1. KRS odwołującego
2. Dowód uiszczenia opłaty od odwołania w kwocie 15.000zł
3. Dowód doręczenia odwołania Zamawiającemu
4. Pismo odwołującego z dnia 14.03.2023
5. Potwierdzenie wniesienia wadium przez Przedsiębiorstwo Robót Komunalnych FARE sp. z o.o.
6. Kopia umowy z dnia 30.12.2022 nr RI.032.141/2022