Sygn. akt: KIO 2512/21

WYROK

z dnia 17 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę T.S. TESTA z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Zieleni m.st. Warszawy

przy udziale

A. wykonawcy Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze W.F.,

Kacice 44, 06-100 Pułtusk zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2512/21 po stronie Zamawiającego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: D.M., Zakład Kształtowania Terenów Zielonych, M.W., Stary Mystkówiec 55, 07-206 Somianka zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2512/21 po stronie Odwołującego,

C. wykonawcy RAFDAR Sp. z o.o. siedzibą w Poznaniu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2512/21 po stronie Odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę T.S. TESTA z siedzibą w Warszawie

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez T.S. TESTA z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od T.S. TESTA z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego: Miasta Stołecznego Warszawy - Zarząd Zieleni m.st. Warszawy kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący.....

Sygn. akt: KIO 2512/21

Zamawiający: Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Zieleni m.st. Warszawy wszczął postepowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Prace ogrodniczo-porządkowe na terenie międzywała Wisły/356,88 ha/ w granicach m.st. Warszawy w ramach tzw. Służby Brzegowej", Numer referencyjny: 3/PN/2021.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 035-086666.

W dniu 23 sierpnia 2021 r. Odwołujący: T.S. TESTA z siedzibą w wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na niezgodną z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), zwanej dalej ustawą Pzp lub ustawą PZP, czynność Zamawiającego i zaniechanie czynności przez Zamawiającego w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, dla postępowania pod nazwą „Prace ogrodniczo-porządkowe na terenie międzywała Wisły/356,88 ha/ w granicach m.st. Warszawy w ramach tzw. Służby Brzegowej"- cz. I Numer referencyjny: 3/PN/2021 , dalej jako „postępowanie", polegających na:

1) Czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy F.W. Usługi Transportowe Porządkowe Ogrodnicze z siedzibą w Pułtusku (06-100) oraz

2) zaniechaniu czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w cz. I, podczas gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 239 w zw. z art. 17 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy PZP, art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt I w zw. z art. 17 ust.2 ustawy PZP.

W związku z powyższymi zarzutami wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w cz. I -tj. oferty wykonawcy F.W. Usługi Transportowe Porządkowe Ogrodnicze z siedzibą w Pułtusku (06-100),

2) unieważnienia postępowania w cz. I oraz wnosił o:

4) dopuszczenie w poczet materiału dowodowego dowodów załączonych do niniejszego odwołania,

5) zasądzenie kosztów Postępowania na rzecz Odwołującego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z fakturą przedłożoną na rozprawie.

W dniu 30.03.2021 r. nastąpiło otwarcie ofert. Odwołujący złożył ofertę w niniejszym postępowaniu i w dniu 24.05.2021 r. jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w części nr 1.

W sprawie tej po przeprowadzonym postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1672/21 doszło do ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, tym razem jako najkorzystniejszą ofertę Zamawiający w dniu 13.08.2021 r. wybrał ofertę wykonawcy F.W. Usługi Transportowe Porządkowe Ogrodnicze z siedzibą w Pułtusku (06100).

W swoim odwołaniu Odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że Zamawiający dopuścił się zaniechania w zakresie opisu przedmiotu zamówienia poprzez nieokreślenie ilości zbieranych odpadów, prowadzącego do niezgodnego z ustawą przerzucenia na Wykonawców ciężaru i ryzyka określenia zakresu zamówienia - ilości zbieranych odpadów, pod rygorem odrzucenia oferty, powodując nieporównywalność złożonych ofert, gdyż w efekcie każdy z wykonawców inaczej określił, a w konsekwencji wycenił przewidywaną ilość zbieranych odpadów.

Tym samym, według Odwołującego - Zamawiający tak przygotował i przeprowadził postępowanie, że spowodował, iż jest ono wobec nieokreślenia zakresu zamówienia ilości zbieranych odpadów obarczone wadą niemożliwą do usunięcia pod względem niemożności porównania ofert złożonych w postępowaniu, co godzi w ustawową zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z art. 16 Pzp.

Zdaniem Odwołującego - powyższe uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W przekonaniu Odwołującego - jeżeli Zamawiający udzieli zamówienia wykonawcy, którego ofertę wybrał jako najkorzystniejszą w dniu 13.08.2021 r. to jednocześnie udzieli zamówienia z naruszeniem ustawy, wobec czego zawarta umowa podlegać będzie unieważnieniu na podstawie art. 457 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust.2 ustawy Pzp.

Zauważył, że brak możliwości porównania ofert złożonych w postępowaniu skutkuje obowiązkiem unieważnienia postępowania na podstawie aft. 255 pkt 6 ustawy Pzp jako nieodwracalnie wadliwego. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w sposób jw., tj. uniemożliwiający złożenie porównywalnych ofert obarczył postępowanie wadą niemożliwą do usunięcia, przez co podlega ono unieważnieniu i nie ma możliwości wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a tym samym nie ma możliwości udzielenia zamówienia w niniejszym postępowaniu zgodnie z ustawą Pzp i nie ma możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 239 w zw. z art. 17 ust. I i 2 w zw. z art. 16 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący zarzucił, że Zamawiający dopuścił się zaniechania w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, tj. naruszył art. 99 ust. 1 Pzp poprzez nieokreślenie ilości zbieranych odpadów, co doprowadziło do niezgodnego z ustawą przerzucenia na Wykonawców ciężaru i ryzyka określenia zakresu zamówienia - ilości zbieranych odpadów, powodując tym samym nieporównywalność złożonych ofert, gdyż w efekcie każdy z wykonawców inaczej określił, a w konsekwencji wycenił przewidywaną ilość zbieranych odpadów, co godzi w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określoną w art. 16 Pzp.

Wobec powyższych faktów - według Odwołującego - Zamawiający dokonując w dniu 13.08.2021 r. wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu obarczonym niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, dopuścił się naruszenia art. 239 w zw. z art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego - nie ma możliwości dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy Zamawiający nie zapewnił w postępowaniu możliwości

porównania ofert poprzez nieokreślenie zakresu zamówienia tj. ilości zbieranych odpadów, a oferty złożone w tym postępowaniu nie są możliwe do porównania.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 17 ust.2 ustawy Pzp w związku z przytoczonymi okolicznościami faktycznymi i prawnymi postępowanie - w ocenie Odwołującego - podlega unieważnieniu na gruncie art.

255 pkt 6 ustawy PZP z art. 457 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 17 ust.2 ustawy Pzp.

Zarzucił przy tym, że Zamawiający dopuścił się zaniechania unieważnienia postępowania.

Odwołujący wywodził, że jeśli Zamawiający udzieli zamówienia wybranemu w dniu 13.08.2021 r. wykonawcy, to udzieli go niezgodnie z przepisami ustawy, a tym samym umowa taka będzie podlegać unieważnieniu na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP.

Przekonywał, że wada postępowania pod postacią braku określenia przez Zamawiającego zakresu zamówienia- tj. ilości odpadów do zebrania - doprowadziła do niemożności porównania ofert w postępowaniu i de facto do niemożności wyboru oferty najkorzystniejszej i udzielenia zamówienia zgodnie z ustawą Pzp. Wada przedmiotowego postępowania jest niemożliwa do usunięcia i istnieje związek przyczynowy pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu w sprawie zamówienia publicznego. Postępowanie to podlega więc bezwzględnie unieważnieniu w oparciu o art. 255 pkt 6 ustawy Pzp jako obarczone wadą niemożliwą do usunięcia - niemożnością porównania ofert poprzez wadliwy opis przedmiotu zamówienia nieokreślający zakresu zamówienia, co skutkuje niemożnością udzielenia zamówienia zgodnie z przepisami ustawy, oraz z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wykonawca Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze W.F.,
Kacice 44, 06-100 Pułtusk zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, a także wykonawca RAFDAR Sp. z o.o. siedzibą w Poznaniu i odrębnie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: D.M., Zakład Kształtowania Terenów Zielonych, M.W., Stary Mystkówiec 55, 07-206 Somianka zgłosili swoje przystąpienie do postępowania po stronie Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SWZ, ofert wykonawców, odwołania, wyroku z dnia 27 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1672/21, informacji Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 13 sierpnia 2021r., odpowiedzi Przystępującego na odwołanie z dnia 9 września 2021 r., a także na podstawie złożonych wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego

odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów:

- art. 239 w zw. z art. 17 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy PZP,

- art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 17 ust.2 ustawy PZP.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowymi, istotnymi zagadnieniami wymagającymi rozstrzygnięcia były kwestie oceny czy Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, a także czy zaniechał on unieważnienia tego postępowania o udzielenie zamówienia w warunkach jego obarczenia niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego i Przystępujących po jego stronie, należy wskazać, że skonstruowanie zarzutu naruszenia art. 239 w zw. z art. 17 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy PZP bez wykazania, że czynność wyboru najkorzystniejszej oferty nastąpiła wbrew treści określonego w SWZ, kryterium oceny ofert czyni ten zarzut oczywiście bezzasadnym.

Wymaga przypomnienia, że zgodnie z przepisem art.239 ustawy Pzp, z którego Odwołujący wywodzi zarzut odwołania Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Z akt sprawy wynika, że wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił na podstawie kryterium oceny ofert (vide: pkt XVIII SWZ), a zatem twierdzenie Odwołującego jest gołosłowne.

W związku z tym wymaga podkreślenia, że przepis art.239 ustawy Pzp odnosi się do kryterium oceny ofert, a nie do małego fragmentu ewentualnego opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego ilości zbieranych odpadów.

To samo dotyczy wskazanej przez Odwołującego podstawy prawnej powołanej w związku z cyt. wyżej przepisem art.99 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Według zapatrywania Izby - powyższy zarzut nie jest również trafny z tego powodu, że zastrzeżenia do treści SWZ, zarówno Odwołujący, jak i inni wykonawcy mogli zgłaszać, jednak przy uwzględnieniu ustawowych terminów zawitych do wniesienia środka ochrony prawnej, bowiem stosownie do art. 515 ust.2 pkt 1) ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Jeżeli zatem Odwołujący, a także Przystępujący po jego stronie, profesjonalni wykonawcy dostrzegli okoliczność niedookreślenia przez Zamawiającego ilości zbieranych odpadów, której następstwem mogłaby być nieporównywalność złożonych ofert, to powinni to zasygnalizować Zamawiającemu domagając się wprowadzenia na gruncie SWZ wskazania tych danych, a w sytuacji nieuwzględnienia tego postulatu przez Zamawiającego mieli prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej.

Za oczywiście bezzasadny należało również uznać zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 17 ust.2 ustawy PZP.

Na wstępie należy zwrócić uwagę, że w myśl przepisu art. 255 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jako jedyną wadę postępowania Odwołujący wskazał brak określenia ilości odpadów do zbierania.

Według zapatrywania Izby - zachowanie wszystkich wykonawców biorących udział w tym przetargu polegające na milczeniu, co do kwestii ilości zbieranych odpadów na etapie tworzenia SWZ wskazuje w sposób jednoznaczny, że jako profesjonalni wykonawcy, obserwatorzy i uczestnicy rynku mieli oni pełną wiedzę i doświadczenie, co do tego jaka szacowana ilość odpadów może potencjalnie pozostawać do odbioru w ramach wykonania tego przedmiotu zamówienia.

Powyższe potwierdza okoliczność zasygnalizowana przez Odwołującego podczas toczącego się postępowania odwoławczego (str.6-7 uzasadnienia wyroku z dnia 27 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1672/21), gdzie „...podniósł, że w tym stanie rzeczy, w celu obliczenia ceny i złożenia oferty, z należytą oraz profesjonalną starannością określił estymowaną ilość odpadów, którą zbierze z koszy i beczek, a określenie to jest na podstawie aktualnego jego doświadczenia z aktualnie wykonywanej umowy oraz na podstawie jego doświadczenia na podstawie umów o takim samym przedmiocie, które Odwołujący wykonał na rzecz Zamawiającego.”.

W konsekwencji powołany przez Odwołującego przepis art.457 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, który nie jest bezpośrednio adresowany do Zamawiającego, nie mógł mieć zastosowania przy rozstrzyganiu tego zarzutu odwołania.

Reasumując, zdaniem Izby - Zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, w sposób zapewniający:

1) najlepszą jakość usług uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz

2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.(vide: art.17 ust.1 i 2 ustawy Pzp).

Odwołujący nie udowodnił, że Zamawiający nie zagwarantował spełnienia powyższych warunków ustawowych.

Mając powyższe na uwadze - w ocenie Izby - nie wystąpiła sytuacja spowodowania przez Zamawiającego powstania wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Na zakończenie wymaga wskazania, że rozstrzygnięcie zagadnienia dotyczącego braku zasadności opisu ilości odpadów na gruncie SWZ w tej sprawie nie ma charakteru wiążącego w innych przetargach, gdzie może występować zupełnie inna faktyczna i może się okazać, że opis ilości odpadów jest bezwzględnie konieczny.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

Przewodniczący:.....