Sygn. akt: KIO 1215/23

WYROK

z dnia 15 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 maja 2023 r. przez Odwołującego - wykonawcę Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, działającego w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, FCC Podhale Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Targu, L. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DROTEX PKL L. G. w Rudzie Śląskiej, H. B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa „Hell-Mark" B.H. w Nawojowej, KAMIR M. C. Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz ZODIAK Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach,

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Wodociągi Miasta Krakowa S. A. z siedzibą w Krakowie,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania

b) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz

c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego, kwotę w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych), stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 ze zm.) 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 1215/23

U z a s a d n i e n i e

Wodociągi Miasta Krakowa S. A. z siedzibą w Krakowie, zwany dalej: „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 376 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp", którego przedmiotem jest pn.: Sukcesywny wywóz i zagospodarowanie odpadów technologicznych o kodach: 19 08 01 skratki oraz 19 08 02 zawartość piaskowników powstających w Zakładzie Oczyszczania Ścieków „Kujawy". (nr referencyjny: 931/PN-87/2022), zwane dalej „postępowaniem".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 grudnia 2022 r., pod numerem DZ.U./S236 680557-2022.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 1 Pzp.

W dniu 28 kwietnia 2023 r. wykonawca Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, działającego w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, FCC Podhale Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Targu, L. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DROTEX PKL L. G. w Rudzie Śląskiej, H.B. prowadząca

działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa „Hell-Mark" B. H. w Nawojowej, KAMIR M. C.Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz ZODIAK Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach (zwany dalej: „Odwołującym") wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu działanie niezgodne z przepisami Pzp obejmujące podjęcie w postępowaniu o udzielenie zamówienia niezgodnej z przepisami ustawy czynności polegającej na:

1. nieuprawnionym odrzuceniu oferty Odwołującego;

2. braku uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji pozbawienie Odwołującego możliwości weryfikacji poprawności badania oferty Odwołującego przez Zamawiającego;

3. braku wezwania Odwołującego do uzupełnienia/wyjaśnienia treści przedłożonych dokumentów

4. w konsekwencji powyższych zaniechań dokonania błędnej czynności unieważnienia Postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 253 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP w zw. z art. 226 ust.1 pkt. 5 przez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego i zaniechanie przedstawienia pełnego uzasadnienia faktycznego oraz uzasadnienia prawnego zawiadomienia z dnia 19 kwietnia 2023 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego, co udaremnia Odwołującemu możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej, a także stanowi naruszenie zasady przejrzystości postępowania o zamówienie publiczne, a także jawności postępowania oraz równego traktowanie wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji,

2. art. 255 pkt 2 w zw. z art. 260 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP poprzez zaniechanie przedstawienia pełnego uzasadnienia faktycznego oraz uzasadnienia prawnego zawiadomienia o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia z dnia 26 kwietnia 2023 r., co udaremnia Odwołującemu możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej a także stanowi naruszenie zasady przejrzystości postępowania o zamówienie publiczne, a także jawności postępowania oraz równego traktowanie wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym podstawowe żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty Odwołującego

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał następujące okoliczności faktyczne: Zamawiający ogłosił Postępowanie, którego przedmiotem jest Sukcesywny wywóz i zagospodarowanie odpadów technologicznych o kodach: 19 08 01 skratki oraz 19 08 02 zawartość piaskowników powstających w Zakładzie Oczyszczania Ścieków „Kujawy". Znak postępowania: 931/PN-87/2022.

W ramach Postępowania swoje oferty złożyli:

a) Konsorcjum Agrobudova, Makalu, ECO w skład którego wchodzi: AGROBUDOVA S.A. (Lider konsorcjum); MAKALU Sp. z o.o. (partner konsorcjum); ECO Ekologiczne Centrum Odzysku Sp. z o.o. (partner konsorcjum) (dalej „konsorcjum Agrobudova") – wysokość oferty cena netto: 2 388 798,00 zł, cena brutto: 2 579 901,84 zł;

b) Odwołujący, tj. Konsorcjum firm: Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. (Lider konsorcjum); FCC Podhale Sp. z o.o. (partner konsorcjum); DROTEX PKL L. G. (partner konsorcjum); Firma Handlowo – Usługowa „Hell-Mark" H. B. (partner konsorcjum); KAMIR M.C. Sp. z o.o. (partner konsorcjum); ZODIAK Sp. z o.o. (partner konsorcjum) – wysokość oferty cena netto: 2 400 000,00 zł, cena brutto: 2 592 000,00 zł;

c) Konsorcjum firm: „EKOL" P. S. (Lider konsorcjum); Zakład Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. (partner konsorcjum); Koneko Sp. z o.o. (partner konsorcjum) – wysokość oferty cena netto: 2 785 320,00 zł, cena brutto: 3 008 145,60 zł.

Zamawiający poinformował, że na sfinansowanie powyższego zadania zamierza przeznaczyć kwotę: netto: 3 412 000,00 zł, brutto: 3 684 960,00 zł.

Zamawiający w zawiadomieniu z dnia 15.03.2023 r. podał, że oferta Konsorcjum Agrobudova spełnia wszystkie warunki wymagane przez zamawiającego określone w SWZ i uzyskała największą liczbę punktów na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w rozdz. XV SWZ. Jednocześnie co podkreślił Odwołujący, wybór oferty został poprzedzony intensywną korespondencją prowadzoną przez zamawiającego z ww. wykonawcą, w ramach której był on wzywany do przedstawiania, uzupełniania oraz wyjaśniania dokumentacji.

Odwołujący, w dniu 27.03.2023 r. wniósł odwołanie kwestionując wybór dokonany przez Zamawiającego. Pismem z dnia 28 marca 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawców do złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą i wadium. Pismem z dnia 28 marca 2023 r. Odwołujący złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą i utrzymaniu wadium na przedłużony okres. Pismem z dnia 3 kwietnia 2023 r. Zamawiający uznał w całości wniesione odwołanie, odrzucił ofertę Konsorcjum Agrobudova, Makalu, ECO i zawnioskował o umorzenie postępowania przed KIO.

W dalszej kolejności pismem z dnia 19 kwietnia 2023 r. zatytułowanym „wezwanie do uzup. oferty najkorzystniejszej MPGO_ unieważnienie postępowania_19.04-sig" (przesłanym do Odwołującego wiadomością elektroniczną w dniu 20 kwietnia 2023 r.) Zamawiający poinformował Odwołującego, iż powtarza czynność oceny ofert i jednocześnie odrzuca ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5) PZP przedstawiając przy tym zdawkowe i lakoniczne oraz zawierające nieprawdziwe informacje uzasadnienie. Nadto Zamawiający wskazał, iż z uwagi na odrzucenie oferty Odwołującego zaistniały przesłanki unieważnienia postępowania dlatego zaprasza do udziału w powtórzonym postępowaniu.

Następnie pismem z dnia 26 kwietnia 2023 r. Zamawiający poinformował, iż przedmiotowe postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 255 pkt 2 PZP ponieważ wszystkie złożone w postępowaniu oferty podlegały odrzuceniu. Pismo to również nie zawierało jakiegokolwiek uzasadnienia podstawy faktycznej takiego działania.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego wniesienie niniejszego odwołania stało się konieczne, bowiem, iż w jego ocenie brak było jakichkolwiek podstaw do odrzucenia złożonej przez niego oferty, która to oferta była zgodna z treścią SWZ. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający zaniechał jakiejkolwiek komunikacji z Odwołującym, w szczególności (odmiennie jak miało to miejsce w przypadku oferty innego wykonawcy) Zamawiający nie wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów lub wyjaśnienia treści przedstawionych dokumentów. Zamawiający zatem bez próby wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości zdecydował się odrzucić ofertę Odwołującego. Niewątpliwie doszło zatem według Odwołującego do naruszenia przepisów PZP i zasad równego traktowania wykonawców.

Co więcej treść przedmiotowego pisma Zamawiającego (brak jakiegokolwiek uzasadnienia przez Zamawiającego swojego stanowiska) zdaniem Odwołującego w sposób rażący narusza przepisy Pzp i jego prawo do skutecznego wniesienia środków ochrony prawnej. Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone -podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Przepis ten stanowi realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji i nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. Z uzasadnienia sporządzonego przez zamawiającego winien zatem wynikać precyzyjny opis zaistniałego stanu faktycznego oraz wykazanie, iż w owym stanie faktycznym zaistniały przesłanki uzasadniające zastosowanie określonej (wskazanej precyzyjnie) normy prawnej.

Jak podkreślił Odwołujący Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12.05.2022 r. (sygn. KIO 1084/22) stwierdziła, że przepis art. 253 ust. 1 pkt 2 PZP stanowi realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji i nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. Ma to doniosłe znaczenie uwzględniając okoliczność, że na podstawie informacji przekazanej zgodnie z ww. przepisem wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Na znaczenie uzasadnienia faktycznego i prawnego uzasadnienia odrzucenia oferty zwraca się uwagę w Komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych (Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, pod redakcją, Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021): „Podanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty czy wyboru oferty najkorzystniejszej i odpowiednie ich opisanie jest ściśle związane z prawem wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż skuteczne podniesienie zarzutów względem takich czynności jest możliwe jedynie, gdy podstawy faktyczne ich dokonania zostały wykonawcom wyjaśnione."

Ocena prawidłowości czynności polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy jest dokonywana w zakresie uzasadnienia faktycznego tej czynności zawartego w piśmie zamawiającego. Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty, powinien w tym właśnie piśmie przedstawić zarówno uzasadnienie faktyczne, jak i prawne tej czynności w sposób wyczerpujący, rzetelny i przejrzysty, do czego obligują go przepisy PZP. W ocenie Odwołującego w niniejszej sprawie Zamawiający podał uzasadnienie odrzucenia oferty, które w oczywisty sposób nie spełnia powyższych standardów. Uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty powinno bowiem w sposób jednoznaczny i zrozumiały dla wykonawców (niebudzący żadnych wątpliwości) wskazać powody odrzucenia (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach sygn. KIO 946/15, KIO 947/15).

Innymi słowy wykonawcy muszą otrzymać jednoznaczną, wyczerpującą i zrozumiała informację o powodach odrzucenia oferty – podanie samej podstawy prawnej i lakoniczne stwierdzenie że oferta podlega odrzuceniu jest niewystarczające. Wykonawcy nie mogą (jak to ma miejsce w niniejszym przypadku) domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w złożonych dokumentach" (KIO 1429/15).

W innym przywołanym przez Odwołującego wyroku z dnia 6 marca 2017 r., KIO 351/17, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła natomiast uwagę, że „Uzasadnienie faktyczne i prawne winno w sposób jasny i jednoznaczny ukazywać sposób rozumowania zamawiającego tak, aby umożliwić zainteresowanym wykonawcom poznanie podstaw podjętego przez niego środka oraz ewentualne ustosunkowanie się do niego w odwołaniu". Niezależnie od powyższego, uzasadnienie decyzji, jest po to, aby umożliwić składowi orzekającemu Krajowej Izby Odwoławczej, a następnie Sądowi wykonanie przezeń kontroli nad czynnościami zamawiającego. Powyższe potwierdza orzecznictwo: „Tylko bowiem czytelnie zaprezentowana czynność, wskazująca okoliczności, które zamawiający wziął pod uwagą, postanowienia dokumentacji postępowania, które przyświecały określonej ocenie dokumentów i oświadczeń składających się na ofertę, daje wykonawcy szansę na zrozumienie działań zamawiającego. Chodzi tu więc nie tylko o poinformowanie wykonawcy o losach jego oferty, ale wytłumaczenie przyczyn takiej a nie innej jej oceny." Rangę zakomunikowania wykonawcy

uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego opisano w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex: „W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do upewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przypisów obowiązujących w zakresie zamówień, publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przypisów.”

Odwołujący stanowczo stwierdził, iż wbrew treści pisma z dnia 19 kwietnia 2023 r. Zamawiający nie wzywał Odwołującego do przedstawienia jakichkolwiek dokumentów podmiotowych wskazanych w SWZ w rozdziale IX ust. 5 lit a) (referencje) oraz lit c) (decyzje właściwych organów) czy też ust 6. (informacja z KRK, oświadczeń Odwołującego się o aktualności informacji JEDZ).

Tymczasem, zgodnie z treścią tego pisma, to właśnie analiza tych dokumentów doprowadziła Zamawiającego do odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący zaznaczył, że nie jest w stanie na obecnym etapie podjąć jakiejkolwiek racjonalnej polemiki z dokonaną przez Zamawiającego oceną złożonej przez Odwołującego ofertą, gdyż w piśmie z dnia 19 kwietnia 2023 r. nie sposób doszukać się uzasadnienia faktycznego takiego działania. Nie można bowiem za takie uzasadnienie uznać jednego ogólnikowego zdania, nie naprowadzającego na konkretne niezgodności oferty z treścią SWZ.

Odwołujący jedynie z daleko posuniętej ostrożności podniósł, iż w jego ocenie zarówno oferta, jak i przedstawione dotychczas dokumenty są zgodne i brak podstaw do odrzucenia oferty. Zarówno posiadane decyzje administracyjne, jak i uprawnienia (wpisy do rejestrów), zdolność techniczną i doświadczenie umożliwia zgodne z SWZ i przepisami prawa wykonanie przedmiotowego zadania. Co więcej oferta Odwołującego jest najtańszą spośród ofert, które nie podlegały odrzuceniu. Jednakże niniejsze postępowanie nie służy temu, aby Odwołujący miał domyślać się przyczyn odrzucenia jego oferty i próbować jej bronić nie znając toku rozumowania i argumentów Zamawiającego, które doprowadziły go do identyfikacji niezgodności oferty z treścią SWZ.

Odwołujący stanowczo podnosi, iż tylko precyzyjne wymienienie tychże niezgodności dawałoby możliwość wniesienia odwołania odnoszącego się do ewentualnych błędnych ustaleń Zamawiającego, które doprowadziły go do odrzucenia oferty Odwołującego czego ewidentnie zabrakło w niniejszym postępowaniu. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. Wyłącznie wykonawca mający wyczerpujące informacje o przyczynach podejmowanych czynności zamawiającego, może się do nich odnieść - decydując o ewentualnym wniesieniu środka ochrony prawnej” (KIO 866/14). Co więcej zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Ocena dokonywana przez Krajową Izbę Odwoławczą w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego, nie może polegać na badaniu istnienia powodów do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie, ale także nie może polegać na poszukiwaniu i domniemywaniu przyczyn, które legły u podstaw decyzji zamawiającego.

W niniejszej sprawie Zamawiający oprócz podania nieprawdziwych informacji dot. przedstawionych dokumentów podmiotów, ograniczył się jedynie do ogólnego stwierdzenia, iż podział obowiązków, decyzje administracyjne oraz wykazane referencje wskazują, że oferta podlega odrzuceniu. Zamawiający posłużył się jedynie lakonicznymi i gołosłownymi twierdzeniami. W szczególności Zamawiający nie wyjaśnił, dlaczego uważa, że przedstawione dokumenty są wadliwe i jakie to konkretnie informacje zawarte w ww. dokumentach doprowadziły go do odrzucenia oferty Odwołującego. Tymczasem odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP może nastąpić, tylko gdy nie ma żadnych wątpliwości co do niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji warunków zamówienia. W szczególności przed uznaniem oferty za niezgodną z

warunkami zamówienia zamawiający powinien ustalić, czy w ofercie wykonawcy nie występują inne omyłki, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ust. Zamawiający miał też możliwość wezwania Odwołującego w trybie art. 128 PZP.

Zamawiający nie skorzystał jednak z dostępnych mu narzędzi i nie wezwał Odwołującego, ani do przedłożenia/uzupełnienia dokumentów ani do próby wyjaśnienia wątpliwości co do ich treści (o ile takie się pojawiły). Uzasadnienia przyczyn odstąpienia przez Zamawiającego od ww. instytucji PZP również próżno szukać w piśmie z dnia 19 kwietnia 2023 r.

Wobec powyższego Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający samej czynności odrzucenia oferty Odwołującego nie dokonał w sposób prawidłowy bowiem nie spełniała ona wymogów art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP. Działanie (zaniechanie) takie pozbawiło Odwołującego możliwości przeprowadzenia analizy przyczyn jakie legły u podstaw decyzji Zamawiającego, oceny jego działań i wniosków i podjęcia z nimi skutecznej polemiki. Co więcej takie działania i

zaniechania Zamawiającego ograniczają również możliwość oceny prawidłowości jego działań przez Krajową Izbę Odwoławczą i naruszają fundamentalne zasady PZP takie jak zasada przejrzystości postępowania, równego traktowania stron, skutecznego prawa korzystania ze środków ochrony prawnej.

Przedstawione zarzuty pozostawały w ocenie Odwołującego aktualne również w odniesieniu do treści pisma Zamawiającego z dnia 26 kwietnia 2023 r., w którym to Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie przytaczając jedynie treść art. 255 pkt 2. PZP. Tymczasem zgodnie z art. 260 ust. 1 PZP zamawiający zobowiązany jest poinformować wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji, o unieważnieniu postępowania, podając przy tym uzasadnienie faktyczne i prawne swej czynności. Podanie podstaw zakończenia postępowania bez wyboru oferty wynika z potrzeby zapewnienia pewnego minimalnego poziomu przejrzystości w zamówieniach publicznych podlegających prawu europejskiemu oraz z zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający ma obowiązek podania faktycznego i prawnego uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania. Uzasadnienie faktyczne wymaga wskazania okoliczności (faktów, zdarzeń, stanu), które nakazują zamawiającemu zastosowanie określonej normy prawnej. Jest ono niezbędne dla oceny przez wykonawcę, czy dana czynność zamawiającego mieści się w granicach przytoczonej podstawy prawnej, a więc czy dokonana została w sposób właściwy. Z kolei uzasadnienie prawne nie może ograniczać się tylko do podania i zacytowania przepisu Prawa zamówień publicznych. Wiąże się bowiem z obowiązkiem wykazania rzeczywistego wypełnienia przez zaistniałe okoliczności hipotezy danej normy prawnej, a takich elementów pismo z dnia 26 kwietnia 2023 r. nie zawiera.

Z podanego przez Zamawiającego, szczątkowego uzasadnienia faktycznego również nie sposób wywnioskować, jaka była przyczyna odrzucenia oferty Odwołującego, a w rezultacie czy zaistniała przyczyna unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oczywiste jest bowiem, że zastosowanie danej podstawy prawnej odrzucenia ofert, a w konsekwencji unieważnienia postępowania mogą uzasadniać różnorodne okoliczności faktyczne. Stąd właśnie nie tylko wskazany przepis, ale przede wszystkim skonkretyzowane okoliczności faktyczne uzasadniające jego zastosowanie, wyznaczają czynność podjętą przez Zamawiającego, a w 8

konsekwencji zakres działań Odwołującego i kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Powyższe przepisy służą temu, aby wykonawca miał szansę skutecznego zakwestionowania czynności Zamawiającego, co nie jest możliwe lub poważnie utrudnione, gdy nie zna powodów jej podjęcia lub miałby się o nich dowiedzieć dopiero w toku postępowania odwoławczego.

W tym miejscu Odwołujący podkreślił, iż przesłanek wymienionych w przepisie 255 PZP ma charakter zamknięty i musi być stosowany ściśle. Poza wskazanymi w nim okolicznościami unieważnienie postępowania może (ale nie musi) nastąpić jeszcze wyłącznie na podstawie przesłanek określonych w art. 256–258 PZP (przesłanki fakultatywne); z żadnej innej przyczyny lub bez podania przyczyn zamawiający nie może unieważnić postępowania. Czynność taka, jako dokonana bez podstawy prawnej, byłaby bowiem unieważniona w postępowaniu odwoławczym, gdyż stanowiłaby naruszenie ustawy. Z uwagi na to, że celem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia jest wybór najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowanie postanowień umowy (zob. art. 7 pkt 18 PZP), instytucja unieważnienia postępowania ma charakter wyjątkowy. Przesłanki określone w art. 255 PZP nie mogą być więc interpretowane rozszerzająco. Podlegają one ścisłej wykładni, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia, zarówno w zakresie okoliczności faktycznych, jak i prawnych, spoczywa na zamawiającym (por. wyr. KIO: z 11.4.2017 r., KIO 593/17, Legalis; z 12.2.2016 r., KIO 99/16, KIO 110/16, Legalis).

Wobec powyższego odwołanie jest w ocenie Odwołującego w pełni zasadne – skoro jak wykazano powyżej Zamawiający samej czynności odrzucenia oferty i jej uzasadnienia nie dokonał w sposób prawidłowy (gdyż nie spełnia ona wymogów art. 253 PZP) to tym bardziej trudno uznać, iż sama ocena oferty Odwołującego została przeprowadzona poprawnie (czego Odwołujący nie wie i nie jest w stanie zweryfikować z uwagi na brak jakiegokolwiek uzasadnienia

W dniu 12 maja 2023 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przestawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Sukcesywny wywóz i zagospodarowanie odpadów technologicznych o kodach: 19 08 01 skratki oraz 19 08 02 zawartość piaskowników powstających w Zakładzie Oczyszczania Ścieków „Kujawy". (nr referencyjny: 931/PN-87/2022), zwane dalej „Postępowaniem".

W toku Postępowania oferty złożyło trzech wykonawców:

a) Konsorcjum Agrobudova, Makalu, ECO w skład którego wchodzi: AGROBUDOVA S.A. (Lider konsorcjum); MAKALU Sp. z o.o. (partner konsorcjum); ECO Ekologiczne Centrum Odzysku Sp. z o.o. (partner konsorcjum) – wysokość oferty cena netto: 2 388 798,00 zł, cena brutto: 2 579 901,84 zł; b) Odwołujący, tj. Konsorcjum firm:

Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. (Lider konsorcjum); FCC Podhale Sp. z o.o. (partner konsorcjum); DROTEX PKL L. G.(partner konsorcjum); Firma Handlowo – Usługowa „Hell-Mark" H. B. (partner konsorcjum); KAMIR M. C. Sp. z o.o. (partner konsorcjum); ZODIAK Sp. z o.o. (partner konsorcjum) – wysokość oferty cena netto: 2 400 000,00 zł, cena brutto: 2 592 000,00 zł;

c) Konsorcjum firm: „EKOL" P. S.(Lider konsorcjum); Zakład Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. (partner konsorcjum); Koneko Sp. z o.o. (partner konsorcjum) – wysokość oferty cena netto: 2 785 320,00 zł, cena brutto: 3 008 145,60 zł.

Zamawiający poinformował, że na sfinansowanie powyższego zadania zamierza przeznaczyć kwotę: netto: 3 412 000,00 zł, brutto: 3 684 960,00 zł.

W dniu 24 stycznia 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 107 ust. 2, art. 128 ust. 1 Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, wskazanych w rozdziale III pkt. 10) SWZ tj;

- Wykaz sprzętu i środków transportu przewidzianych do realizacji zamówienia firmy Hell-Mark – brak nr rejestracyjnych środków transportu;

- Harmonogram wykazujący dobową ilość przejmowanych odpadów z wyszczególnieniem sposobu oraz miejsc zagospodarowania dla zamówienia objętego postępowaniem oraz dla postępowań trwających oraz zakończonych, w których realizowana jest przez Wykonawcę usługa transportu oraz zagospodarowania odpadów. Harmonogram powinien zawierać informacje wskazane w rozdziale III pkt. 10 d) SWZ.

- Poprawa JEDZ w zakresie kompetencji (IV A) firmy Hell-Mark nie wykazano wpisu do Rejestru BDO, jako podstawę do zrealizowania transportu odpadów.

Odwołujący z zachowaniem wyznaczonego przez Zamawiającego terminu, w dniu 2 lutego 2023 r. przesłał przedmiotowe dokumenty.

Zamawiający w zawiadomieniu z dnia 15.03.2023 r. podał, że oferta Konsorcjum Agrobudova, Makalu, ECO w skład którego wchodzi: AGROBUDOVA S.A. spełnia wszystkie warunki wymagane

przez zamawiającego określone w SWZ i uzyskała największą liczbę punktów na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w rozdz. XV SWZ.

Odwołujący, w dniu 27.03.2023 r. wniósł odwołanie kwestionując wybór dokonany przez Zamawiającego. Pismem z dnia 28 marca 2023 r. Pismem z dnia 3 kwietnia 2023 r. Zamawiający uznał w całości wniesione odwołanie i w toku ponownej oceny ofert m. in. odrzucił ofertę Konsorcjum Agrobudova, Makalu, ECO. Postępowanie odwoławcze w tej sprawie (sygn. KIO 857/23) zostało w związku z powyższym umorzone postanowieniem z dnia 6 kwietnia 2023 r.

W dniu 28 marca 2023 r. Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z tego samego dnia, wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o wskazany w wezwaniu okres tj. do dnia 7 czerwca 2023 r. wraz z jednoczesnym przedłużeniem terminu ważności wadium, wniesionego w formie gotówki na rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego.

W dalszej kolejności pismem z dnia 19 kwietnia 2023 r. zatytułowanym „wezwanie do uzup. oferty najkorzystniejszej MPGO_ unieważnienie postępowania_19.04-sig" (przesłanym do Odwołującego wiadomością elektroniczną w dniu 20 kwietnia 2023 r.) Zamawiający poinformował Odwołującego, iż powtarza czynność oceny ofert i jednocześnie w oparciu o wiedzę Zamawiającego (informacje z zakresu innych postępowań Zamawiającego, w których Odwołujący świadczy swoje usługi na rzecz Zamawiającego) oraz już złożone w niniejszym postępowaniu przez Odwołującego dokumenty, Zamawiający odrzuca Państwa ofertę na podstawie art. 226 ust.1 pkt. 5) ustawy Pzp., ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W ocenie Zamawiającego przedstawione przez Odwołującego oświadczenia stanowiące dowód potwierdzający brak podstaw do wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu uzupełnione o podmiotowe środki wskazane w swz rozdziale IX ust. 5 lit. a), c) oraz ust. 6), w szczególności podział obowiązków pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum, posiadane decyzje administracyjne oraz wykazane referencje wskazują, że oferta podlega odrzuceniu i w związku z powyższym zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Następnie pismem z dnia 26 kwietnia 2023 r. Zamawiający poinformował, iż przedmiotowe postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 255 pkt 2 PZP ponieważ wszystkie złożone w postępowaniu oferty podlegały odrzuceniu.

Ponadto Zamawiający poinformował, że gdyby nie powyższe przyczyny to postępowanie podlegałoby unieważnieniu na podstawie art. 255 pkt.5 ustawy, ponieważ wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. W związku z planowanymi zmianami organizacyjnymi Zamawiającego oraz zmianą przebiegu procesów technicznych, usługa transportu odpadów technologicznych zostaje wyłączona z zakresu zamówienia i będzie realizowana w inny sposób.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

- art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp – Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone podając uzasadnienie faktyczne i prawne

- art. 255 pkt 2 Pzp – Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu;

- art. 260 ust. 1 Pzp – O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie Izba pragnie podkreślić, że sporządzenie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty jest obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z art. 253 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny Zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych uchybień ustosunkować. Zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez Zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. To na podstawie takiej kompletnej informacji wykonawca, który nie zgadza się z wynikiem oceny, może podjąć decyzję o skorzystaniu ze środków ochrony prawnej, gdyż pozwala ona wykonawcy sformułować zarzuty w odwołaniu i polemizować ze stanowiskiem zamawiającego co do zgodności z ustawą czynności zamawiającego. Także Izba przez pryzmat tego uzasadnienia i powołanych w nim okoliczności faktycznych oraz przedstawionej argumentacji dokonuje - w pierwszej kolejności - oceny prawidłowości podjętych przez zamawiającego czynności z zastrzeżeniem, że takiej ocenie mogą podlegać tylko okoliczności zakomunikowane wykonawcy w decyzji zamawiającego. Nie mogą natomiast wpłynąć na rozstrzygnięcie sprawy - zasadniczo - okoliczności, które zamawiający podnosi dopiero w postępowaniu odwoławczym.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, Izba doszła do przekonania, że uzasadnienie jakie przedstawił Zamawiający dla czynności odrzucenia oferty Odwołującego nie zawierało kompletnego i jednoznacznego wskazania okoliczności faktycznych, z których wynikać miałoby, iż treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, a tym samym podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Całość uzasadnienia sprowadzała się do jednego zdania, w którym Zamawiający stwierdził, iż złożone przez Odwołującego oświadczenia stanowiące dowód potwierdzający brak podstaw do wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu uzupełnione o podmiotowe środki wskazane w swz rozdziale IX ust. 5 lit. a), c) oraz

ust. 6), w szczególności podział obowiązków pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum, posiadane decyzje administracyjne oraz wykazane referencje wskazują, że oferta podlega odrzuceniu. W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający nie wskazał, które z informacji zawartych w przywoływanych przez niego dokumentach uznał za wskazujące na niezgodność oferty z warunkami zamówienia. Zamawiający nie sprecyzował również w najmniejszym stopniu z którymi warunkami zamówienia stwierdzona została niezgodność oferty Odwołującego. Niedopuszczalna w ocenie Izby jest sytuacja w której wykonawca (a w ślad za nim Izba) miałby się domyślać czy też wnioskować odnośnie faktycznych i prawnych przesłanek wykluczenia go z postępowania. Za spóźnione i niemogące mieć wpływu na rozstrzygnięcie sprawy należy uznać takie okoliczności mające uzasadniać odrzucenie oferty, które zostały przez Zamawiającego przedstawione dopiero w toku postępowania odwoławczego, tj. że chodzi o uchybienia oferty Odwołującego, które były przedmiotem postępowania odwoławczego prowadzonego w wyniku wniesionego uprzednio odwołania KIO 857/23. Ocena dokonywana przez Krajową Izbę Odwoławczą w tym zakresie nie może wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego, nie może polegać na badaniu istnienia powodów do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie, ale także nie może polegać na poszukiwaniu i domniemywaniu przyczyn, które legły u podstaw decyzji Zamawiającego. Gdyby Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty sprecyzował w czym upatruje takiej niezgodności oferty, Odwołujący miałby możliwość podjęcia się merytorycznej polemiki z Zamawiającym.

Izba podkreśla, że nie badała wystąpienia podstawy faktycznej odrzucenia oferty, która nie została wskazana w informacji przekazanej przez Zamawiającego. Podstawę dla uwzględnienia odwołania stanowił brak uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty, co w ustalonych okolicznościach, w jakich została ona podjęta naruszało art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp, co mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W ocenie Izby, nie można dopuścić do sytuacji, w której czynności Zamawiającego, w szczególności tak istotne dla wyniku postępowania jak odrzucenie oferty, pozostawałaby poza obiektywną kontrolą wykonawców oraz kontrolą instancyjną, do czego prowadził w badanej sprawie brak uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego. Od wyników jej oceny uzależnione było ustalenie wyniku postępowania, a zatem bez poznania w sposób określony w ustawie przyczyn odrzucenia oferty, czynność jej oceny nie mogła był utrzymana jako wiążąca.

W konsekwencji zasadności zarzutu naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp koniecznym było uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Powyższe prowadziło w konsekwencji do konieczności uwzględnienia odwołania w pozostałym zakresie, gdyż przesłanka unieważnienia postępowania wskazana w art. 255 pkt 2 Pzp wobec wadliwości czynności odrzucenia oferty Odwołującego nie będzie miała zastosowania. Zamawiający winien dokonać ponownego badania i oceny oferty

Odwołującego i dokonać rozstrzygnięcia postępowaniu w sposób zgodny z przepisami Pzp.

Odnosząc się z kolei do podnoszonej przez Zamawiającego argumentacji odnoszącej się do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 Pzp, Izba pragnie wskazać, że ustawa nie 13

przewiduje instytucji unieważnienia warunkowego czy też ewentualnego, a na taki charakter wskazuje treść pisma Zamawiającego z dnia 26 kwietnia 2023 r.. W piśmie tym stwierdzono, że gdyby nie powyższe przyczyny (tj. unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp – przyp. Izby) to postępowanie podlegało by unieważnieniu na podstawie art. 255 pkt.5 ustawy. W świetle treści dokumentacji postępowania Zamawiający nie dokonał czynności unieważnienia w oparciu o przesłankę z art. 255 pkt 5 Pzp – nie została ona wskazana tak w protokole postepowania, jak również w ogłoszeniu przekazanym do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Czynność ta ma zatem charakter zdarzenia przyszłego i niepewnego, a co za tym idzie nie stanowi czynności dokonanej przez Zamawiającego w toku postępowania. Tym samym Izba uznała argumentację w tym zakresie za bezprzedmiotową.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu spowodowało, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Przewodniczący: ……