

Sygn. akt: KIO 3529/24

WYROK

Warszawa, dnia 17.10.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 27 września 2024 r. przez wykonawcę Z. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe i Handel Z. D. z siedzibą w Tłuszczu, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Miasto Szczecin

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
3. Zasądza od zamawiającego Gmina Miasto Szczecin na rzecz odwołującego Z. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą USŁUGI TRANSPORTOWE I HANDEL Z. D. z siedzibą w Tłuszczu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy).

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3529/24

Uzasadnienie

Gmina Miasto Szczecin, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest opracowanie projektu rekultywacji składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne zlokalizowanego w Dołujach oraz przeprowadzenie kompleksowej rekultywacji technicznej i biologicznej, nr sprawy: BZP/27/24.

Wartość zamówienia jest równa lub wyższa niż kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 27 czerwca 2024 r., pod numerem 381521-2024.

W dniu 27 września 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Z. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe i Handel Z. D. z siedzibą w Tłuszczu, dalej jako: „Odwołujący”, wobec czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 255 pkt 6 ustawy PZP poprzez unieważnienie postępowania pomimo nie wystąpiła przesłanka wskazana w treści przepisu, tj. okoliczność, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
2. art. 16 pkt 2 ustawy PZP poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad przejrzystości.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania oraz dokonania czynności oceny ofert i wyborze oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący wskazywał, że w dniu 27 września Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego unieważnieniu na podstawie art. 255 pkt 6. Odwołujący przytoczył

treść uzasadnienia unieważnienia postępowania, którego główne argumenty sprowadzały się do stwierdzenia, że: „Zamawiający na etapie postępowania nie wskazał uregulowań i zasad w zakresie

dysonowania terenem/nieruchomością” oraz, że „W pierwszej kolejności konieczne zatem jest wypracowanie i ustalenie szczegółowego sposobu postępowania, dotyczącego korzystania z terenu będącego we władaniu gminy, na którym przedmiot zamówienia będzie realizowany, co też zamawiający pominął w przedmiotowym postępowaniu.”

Przede wszystkim Odwołujący podkreślił, że informacje, których rzekomy brak w OPZ miał stanowić podstawę do unieważnienia postępowania, znajdują się w SWZ.

Dalej Odwołujący dodał, że działanie Zamawiającego jest dla odwołującego całkowicie niezrozumiałe, a powody faktyczne unieważnienia postępowania nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym. Wskazane przez Zamawiającego w informacji o unieważnieniu postępowania braki nie mają znaczenia dla wykonawcy na moment sporządzenia oferty w postępowaniu. Odwołujący zaoferował cenę uwzględniającą osiągnięcie zysków z przyjęcia odpadów służących rekultywacji składowiska. Powyższe braki w dokumentacji postępowania nie czynią jej wadliwą. Podane przez Zamawiającego w SWZ oraz wyjaśnieniach informacje były wystarczające dla sporządzenia oferty. Zatem powyższe braki nie powodują, iż postępowanie obciążone jest niemożliwością do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący podkreślił, że dla ziszczenia się możliwości unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy PZP konieczne jest łączne wystąpienie wskazanych w nim okoliczności. Konieczne jest zatem łączne zaistnienie po pierwsze, naruszenia przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania); po drugie, wada musi być niemożliwa do usunięcia; po trzecie, wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, że nie wystarczy dla zaistnienia wskazanej przesłanki stwierdzić, że mamy w danym postępowaniu do czynienia z wadą, ale należy wykazać dodatkowo, że jest ona niemożliwa do usunięcia, a ponadto, że skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Nawet jeśli drogą dedukcji udało by się potwierdzić zaistnienie dwóch pierwszych elementów – wada postępowania oraz wada niemożliwa do usunięcia, to ewentualne uchybienie Zamawiającego nie skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący powołał się również na orzecznictwo, z którego wynika, że konieczne jest ustalenie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady postępowania a brakiem możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu oraz łączne wykazanie przez Zamawiającego przesłanek, których zaistnienie niezbędnym jest dla możliwości unieważnienia postępowania.

Szczegółowa treść odwołania znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

Stanowisko Zamawiającego:

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 11 października Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania oraz przedstawił szczegółową argumentację.

W szczególności wskazał, że do upływu terminu składania ofert tj. 2 sierpnia 2024 r. wpłynęło 5 ofert, których rozpiętość cen za realizację zadania, była szeroka. Dwie oferty (w tym Odwołującego) opiewały na kwoty wyrażone w groszach. Trzy pozostałe oferty oscylowały w granicach między 7 626 000 zł a 8 587 361,85 zł. Taka dysproporcja cenowa wymagała od Zamawiającego dokonanie analizy, czy złożone oferty są porównywalne i czy ww. dysproporcje mogły być spowodowane błędnym opisem przedmiotu zamówienia w SWZ. Ze złożonych wyjaśnień Odwołującego wynikało, iż swoją cenę ofertową w wysokości 0,01 zł brutto kalkulował w oparciu o wybór technologii i metody wykorzystania z odzysku odpadów, błędnie ją definiując jako „zamienny” sposób wykonania przedmiotu zamówienia.

W wyniku analizy treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny wyszły na jaw okoliczności wskazujące, że przedmiot zamówienia nie został jednak opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący w zakresie danych i uwarunkowań dotyczących terenu nieczynnego składowiska w Dołujach, znajdującego się lokalizacyjne poza granicami administracyjnymi Gminy Miasto Szczecin. W ocenie Zamawiającego brak uregulowań w SWZ związanych z zarządzaniem terenem składowiska oraz brak informacji o formie dysonowania terenem/nieruchomością miało istotne znaczenie już na etapie sporządzenia i składania ofert przez wykonawców, gdyż Odwołujący się, jak i pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu powinni mieć wiedzę w tym zakresie w celu właściwego oszacowania kosztów wykonania przedmiotu zamówienia w całości.

Zamawiający zwrócił jeszcze uwagę na zagadnienie pytań do SWZ, które wpłynęły po terminie, a nie zostały na nie udzielone odpowiedzi – co później również okazało się kwestią istotną w kontekście unieważnienia postępowania. Dodał, że postępowanie było więc obciążone wadą, gdyż przedmiot zamówienia nie został opisany jak wskazuje art. 99 Ustawy PZP w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, poprzez nie wskazanie przez Zamawiającego zasad zarządzania składowiskiem w zależności od rodzaju sporządzonej dokumentacji projektowej.

Szczegółowa treść odpowiedzi na odwołanie znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

Dodatkowe stanowiska procesowe:

Pismem z dnia 15 października 2024 r. Zamawiający przesłał do akt sprawy dodatkowe pismo ze Starostwa Powiatowego w Policach zawierające stanowisko ww. podmiotu w zakresie rekultywacji składowiska w Dołujach.

W tym samym dniu do akt sprawy wpłynęło również dodatkowe pismo procesowe Odwołującego zawierające odniesienie się do argumentacji zawartej w odpowiedzi na odwołanie.

Dokładna treść ww. stanowisk znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie materialnoprawnych przesłanek do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dokumenty załączane przez strony i uczestnika do pism procesowych.

Izba stwierdziła, że okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu postępowania w zakresie mającym znaczenie dla podniesionych zarzutów nie były pomiędzy stronami sporne. Ww. okoliczności faktyczne przedstawione przez strony znajdują ponadto potwierdzenie w dokumentacji Postępowania. Mając na uwadze powyższe, skład orzekający Izby nie będzie w tym miejscu powtarzać okoliczności faktycznych dotyczących przebiegu postępowania, które nie były pomiędzy stronami sporne.

Dla potrzeb niniejszego uzasadnienia należy jedynie wskazać, iż w dniu 27 września Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania. Jako podstawę prawną wskazał art. 255 pkt 6 ustawy PZP. Zgodnie z uzasadnieniem podjęcia czynności:

„Przedmiotem zamówienia była usługa rekultywacji nieczynnego składowiska zlokalizowanego w Dołujach, która miała być poprzedzona wykonaniem dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem wszelkich uzgodnień, pozwoleń oraz działań formalno – prawnych. Zamawiający w Rozdziale XI SWZ w sposobie obliczenia ceny oferty wskazał, że dopuszcza rekultywację przy użyciu odpadów przetworzonych w procesie R3 i R5.

W przedmiotowym postępowaniu do upływu terminu składania ofert tj. 02.08.2024 r. wpłynęło łącznie 5 ofert od wykonawców. Po analizie ofert zamawiający wystąpił do dwóch wykonawców o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny, gdyż oferty przez nich złożone były niższe o

ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

W toku badania złożonych w dniu 13.08.2024 r. wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zamawiający dokonał weryfikacji wyjaśnień wykonawców w odniesieniu do części merytorycznej. W wyniku tej oceny wyszły na jaw okoliczności wskazujące, że przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący w zakresie danych dotyczących składowiska odpadów w Dołujach oraz w zakresie sposobu zarządzania składowiskiem. Tym samym zamawiający nie miał możliwości prawidłowego i jednoznacznego zweryfikowania złożonych przez wykonawców wyjaśnień rażąco niskich cen.

Składowisko odpadów w Dołujach znajduje się na terenie gminy Dobra we władaniu Skarbu Państwa i zamawiający na etapie postępowania nie wskazał uregulowań i zasad w zakresie dysponowania terenem/nieruchomością, zarówno na etapie sporządzania dokumentacji projektowej, dla której koniecznym jest uzyskanie zmiany obowiązującej decyzji na rekultywację lub uzyskanie nowej decyzji zgodnej z aktualnymi przepisami prawa, jak i na etapie realizacji: zastosowanie w rekultywacji technicznej technologii wykorzystania materiałów w ramach zagospodarowania odpadów, gdzie również obligatoryjne jest uzyskanie decyzji na przetwarzanie odpadów. W pierwszej kolejności konieczne zatem jest wypracowanie i ustalenie szczegółowego sposobu postępowania, dotyczącego korzystania z terenu będącego we władaniu gminy, na którym przedmiot zamówienia będzie realizowany, co też zamawiający pominął w przedmiotowym postępowaniu.

Wobec powyższego postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą wybór wykonawcy i zawarcie umowy.”

Uzasadnienie prawne:

Zgodnie 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. Zgodnie z tym przepisem ustawodawca wymaga wykazania trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje koniecznością zastosowania przepisu. Po pierwsze, musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania). Po drugie, wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. A zatem nie może to być jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie, ale wada powodująca niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Jak zgodnie wskazuje się w orzecznictwie i doktrynie, ww. przesłankę do unieważnienia postępowania należy wiązać z treścią art. 457

ust. 1 ustawy PZP, który wskazuje na sytuacje, w których umowa podlega unieważnieniu. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu

umowy. Po trzecie wada ta musi być niemożliwa do usunięcia.

Ciężarem wykazania ww. okoliczności każdorazowo obciążony jest Zamawiający, który w informacji o unieważnieniu postępowania powinien szczegółowo opisać stan faktyczny sprawy z odniesieniem jego poszczególnych elementów do treści art. 255 pkt 6. Słusznie Odwołujący powoływał, że nie wystarczy dla zaistnienia wskazanej przesłanki stwierdzić, że mamy w danym postępowaniu do czynienia z wadą, ale należy wykazać dodatkowo, że jest ona niemożliwa do usunięcia, a ponadto, że skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Szczegółowa analiza w tym zakresie powinna znaleźć się w treści informacji o unieważnieniu postępowania.

Mając na uwadze powyższe ustalenia natury ogólnej Izba przeanalizowała treść informacji o unieważnieniu postępowania i doszła do wniosku, że Zamawiający nie dochował należytej staranności przy sporządzeniu uzasadnienia podjętej czynności, a tym samym nie wykazał by zaistniała przesłanka do unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 255 pkt 6 ustawy PZP.

W zasadzie uznać można, że Zamawiający opisał w uzasadnieniu pewną okoliczność, która jego zdaniem stanowi wadę postępowania – tj. niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, co skutkowało brakiem możliwości prawidłowego i jednoznacznego zweryfikowania złożonych przez wykonawców wyjaśnień rażąco niskich cen.

Oprócz opisania tejże wady Zamawiający nie przeprowadził jednak jakiegokolwiek analizy w kontekście zakwalifikowania jej jako: po pierwsze – nieusuwalnej, po drugie – uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Brak stosownej analizy w tym zakresie w zasadzie uniemożliwia dokonanie przez Izbę oceny podjętej czynności w kontekście jej legalności.

Z tego względu, jeśli Zamawiający konsekwentnie będzie stał na stanowisku, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, to powinien w tym zakresie przeprowadzić stosowną analizę, której da wyraz w treści informacji o unieważnieniu postępowania. Dopiero taka czynność będzie mogła zostać poddana ewentualnej pełnej weryfikacji przez wykonawców biorących udział w postępowaniu, a następnie przez Izbę. Na obecnym etapie nie jest możliwym stwierdzenie, czy okoliczności które Zamawiający sygnalizuje w treści informacji o unieważnieniu uzasadniają unieważnienie postępowania.

Dodać należy, że argumentacja Zamawiającego przedstawiona w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie nie może zostać przez Izbę wzięta pod uwagę. Izba ocenia czynność unieważnienia jedynie przez pryzmat uzasadnienia podanego w treści pisma z dnia 27 września 2024 r. Większość okoliczności, na które Zamawiający powoływał się w trakcie postępowania odwoławczego nie znalazła się w treści uzasadnienia czynności unieważnienia, a tym samym stanowi nieuprawnioną próbę rozszerzenia podstaw faktycznych i prawnych unieważnienia. Powyższe stanowisko jest jednolicie reprezentowane w orzecznictwie Izby. Przykładowo można wskazać na wyrok KIO z dnia 6 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1790/23, w którym Izba wskazała, że: „W tym kontekście należy wskazać, iż zgodnie z ugruntowanymi poglądami orzecznictwa Izba dokonuje oceny legalności działania zamawiającego przez pryzmat uzasadnienia faktycznego i prawnego wskazanego przez zamawiającego w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania. Sporządzenie takiego uzasadnienia jest obowiązkiem zamawiającego, wynikającym z art. 260 ust. 1 ustawy Pzp. Uzasadnienie to powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego okoliczności ustosunkować. Zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność unieważnienia postępowania może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające to unieważnienie. Ocena dokonywana przez Krajową Izbę Odwoławczą w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego, w szczególności nie może polegać na badaniu istnienia podstaw do unieważnienia postępowania w szerszym aspekcie.”

Mając na uwadze powyższe okoliczności, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: