sygn. akt: **KIO 4289/24**

WYROK

Warszawa, 4 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Emil Kuriata

Protokolant:Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 18 listopada 2024 r. przez wykonawcę Unimot Energia i Gaz sp. z o.o., Aleje Jerozolimskie 142B; 02-305 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Miasto Szczecin, Biuro ds. Zamówień Publicznych Urzędu Miasta Szczecin, Pl. Armii Krajowej 1;
70-456 Szczecin,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Unimot Energia i Gaz sp. z o.o., Aleje Jerozolimskie 142B; 02-305 Warszawa i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Unimot Energia i Gaz sp. z o.o., Aleje Jerozolimskie 142B; 02-305 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania, oraz kwotę 626 zł 00 gr (słownie: sześćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Gminę Miasto Szczecin, Biuro ds. Zamówień Publicznych Urzędu Miasta Szczecin, Pl. Armii Krajowej 1; 70-456 Szczecin, tytułem dojazdu na rozprawę,
   2.2. zasądza od wykonawcy Unimot Energia i Gaz sp. z o.o., Aleje Jerozolimskie 142B; 02-305 Warszawa na rzecz zamawiającego Gminy Miasto Szczecin, Biuro ds. Zamówień Publicznych Urzędu Miasta Szczecin, Pl. Armii Krajowej 1; 70-456 Szczecinkwotę 626 zł 00 gr (słownie: sześćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Gmina Miasto Szczecin, Biuro ds. Zamówień Publicznych Urzędu Miasta Szczecin, Pl. Armii Krajowej 1; 70-456 Szczecin, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

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 4289/24**

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Szczecin, Biuro ds. Zamówień Publicznych Urzędu Miasta Szczecin- prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. *„Zakup w ramach umowy kompleksowej paliwa gazowego i jego dystrybucji na potrzeby wybranych obiektów Gminy Miasto Szczecin w 2025 roku”*.

18 listopada 2024 roku, wykonawca Unimot Energia i Gaz sp. z o.o. z siedziba w Warszawie(dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności i zaniechania czynności przez zamawiającego w postaci:

- czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Hexa Telecom sp. z o.o. (dalej również jako: „wykonawca”) pomimo tego, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu;
- dokonanie nieprawidłowej oceny i badania ofert przez zamawiającego oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Hexa Telecom Sp. z o.o., pomimo tego, że:

i) wykonawca na wezwanie zamawiającego do udzielenia wyjaśnień w zakresie treści złożonych dokumentów nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie;

ii) wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;

iii) oferta wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Hexa Telecom sp. z o.o., pomimo że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Hexa Telecom sp. z o.o., pomimo że oferta wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia;
3. art. 128 ust. 4 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Hexa Telecom sp. z o.o. w sytuacji, w której wykonawca na wezwanie zamawiającego z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień treści złożonych dokumentów nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie (termin wyznaczony

przez zamawiającego na złożenie wyjaśnień został wyznaczony na 16.10.2024 r., zaś wykonawca przedłożył wyjaśnienia 21.10.2024 r.) oraz przedłożone przez wykonawcę wyjaśnienia potwierdzały brak spełnienia przez wykonawcę warunków udziału
w postępowaniu oraz niezgodność złożonej przez wykonawcę oferty z warunkami zamówienia;

4. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, przez uznanie jako najkorzystniejszej oferty Hexa Telecom sp. z o. o., pomimo że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu;

5. art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jak też zaniechanie prowadzenia postępowania w sposób umożliwiający dokonanie wyboru wykonawcy zgodnie z ustawą Pzp, w szczególności poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Hexa Telecom sp. z o.o. pomimo tego, że wykonawca na wezwanie zamawiającego do udzielenia wyjaśnień treści złożonych dokumentów nie udzielił wyjaśnień w terminie oraz pomimo tego, że oferta wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu ze względu na niezgodność z warunkami zamówienia oraz brakiem spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty Hexa Telecom sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej;

2) odrzucenia oferty Hexa Telecom sp. z o.o. w związku z wystąpieniem wyżej wskazanych podstaw odrzucenia;

3) dokonanie ponownej oceny i badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;

4) zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedłożonych na rozprawie rachunków.

Ponadto, odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

5) dokumentacji postępowania, w tym: i) dokumentacji zamówienia, ii) oferty Hexa Telecom sp. z o.o. iii) wezwania zamawiającego z 14.10.2024 r. skierowanego do wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. iv) pisma wykonawcy z 18.10.2024 r. złożonego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 14.10.2028 r. w sprawie przedłużenia terminu na złożenie wyjaśnień (pismo złożone po terminie wskazanym na udzielenie wyjaśnień), v) pisma wykonawcy z 21.10.2024 r. złożonego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 14.10.2028 r. stanowiących wyjaśnienia wykonawcy; vi) protokołu postępowania wraz z załącznikami na okoliczność ustalenia naruszeń po stronie zamawiającego, braku wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz niezgodności oferty złożonej przez wykonawcę
z warunkami zamówienia,

6) dokumentów złożonych wraz z odwołaniem oraz przy ewentualnych późniejszych pismach procesowych odwołującego, a także na rozprawie, na okoliczność ustalenia naruszeń po stronie zamawiającego, braku wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz niezgodności oferty złożonej przez wykonawcę z warunkami zamówienia.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta odwołującego, zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty, znajduje się na drugim miejscu w rankingu oceny ofert. W związku z powyższym, w przypadku, w którym zamawiający nie naruszyłby przepisów wskazanych w *petitum* odwołania, oferta odwołującego mogłaby zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku czynności zamawiającego podjętych niezgodnie z ustawą Pzp w postaci utraty możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej oraz wygenerowania przychodu
i zysku z tytułu realizacji zamówienia.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, co następuje.

Zamawiający w rozdziale V SWZ określił, *że o przedmiotowe zamówienie może ubiegać się wykonawca, który spełnia określony warunek udziału w postępowaniu dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej tj.*

a1) posiada aktualną koncesję wydaną przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie obrotu paliwami gazowymi zgodnie
z ustawą z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo Energetyczne (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 266.);

oraz (…).

dowód: SWZ; w aktach postępowania.

Następnie w rozdziale XVI SWZ zamawiający wskazał, że:

A. świadczony przez Wykonawcę przedmiot zamówienia *musi spełniać wymagania określone w niżej wymienionych regulacjach prawnych: (…).*

B. dla podmiotów chronionych wymienionych w art. 1 ustawy z dnia 26 stycznia 2022 roku o szczególnych rozwiązaniach służących ochronie odbiorców paliw gazowych w związku

z sytuacją na rynku gazu, Zamawiający przewiduje:

- prowadzenie rozliczeń zgodnie z cenami zawartymi w Taryfie Wykonawcy zatwierdzonej przez Prezesa URE dla odbiorcy chronionego. W przypadku, gdy Prezes URE nie zatwierdzi taryfy dla odbiorcy chronionego na okres od 01.07.2025 r. do 31.12.2025 r. w rozliczeniach ppg tych odbiorców będzie stosowana cena jednostkowa paliwa gazowego dla odbiorcy niechronionego w złożonej przez wykonawcę ofercie. Rozwiązanie to będzie stosowane także w przypadku, gdy ustawodawca w trakcie trwania umowy ograniczy okres ochronny.

dowód: SWZ; w aktach postępowania.

Mając na uwadze powyższe zapisy treści SWZ, w tym obowiązujące przepisy prawa, odwołujący wskazuje, że zgodnie z treścią art. 47 ust. 1 ustawy Prawo energetyczne „*Przedsiębiorstwa energetyczne posiadające koncesje ustalają taryfy dla paliw gazowych*
i energii, które podlegają zatwierdzeniu przez Prezesa URE, oraz proponują okres ich obowiązywania". Oznacza to zatem, że wraz z posiadaniem koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie obrotu paliwami gazowymi (wymaganej w rozdziale V pkt a1 SWZ), konieczne jest ustalenie taryfy dla paliw gazowych i energii, która następnie podlega zatwierdzeniu przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetycznej.

Ustawa Prawo energetyczne, przewiduje również zwolnienie z obowiązku zatwierdzania taryf, o którym mowa w art. 47 ust. 1 ustawy Prawo energetyczne, jeżeli Prezes URE stwierdzi, że przedsiębiorstwo energetyczne działa warunkach konkurencji, albo cofnie udzielone zwolnienie w przypadku ustania warunków uzasadniających zwolnienie. Powyższą regulację określa art. 49 ust. 1 ustawy Prawo energetyczne.

Mając na uwadze powyższe zapisy treści SWZ oraz obowiązujące przepisy prawa,
w ocenie odwołującego wyłącznie wykonawca, który:

- posiada aktualną koncesję wydaną przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie obrotu paliwami gazowymi zgodnie
z ustawą z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo Energetyczne (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 266.),
- posiada ustaloną taryfę dla paliw gazowych i energii, zatwierdzoną przez Prezesa URE lub ewentualnie podlega zwolnieniu na mocy art. 49 ust. 1 Ustawy Prawo energetyczne,
- gwarantuje wykonanie przedmiotu zamówienia, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa,

może ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

W postępowaniu Hexa Telecom sp. z o. o., złożyła ofertę, oświadczając, że wykona zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i na warunkach płatności określonych w SWZ.

dowód: oferta Hexa Telecom sp. z o.o.; w aktach postępowania.

W toku badania i oceny ofert, zamawiający 14 października 2024 r. zwrócił się do Hexa Telcom sp. z o.o. o wyjaśnienie w terminie do 16 października 2024 r., m.in. czy wykonawca posiada aktualnie obowiązującą zatwierdzoną przez Prezesa URE taryfę na obrót paliwem gazowym.

dowód: pismo zamawiającego z 14. 10. 2024 r.; w aktach postępowania.

Z wyjaśnień Hexa Telecom sp. z o. o., złożonych na ww. wezwanie zamawiającego
21 października 2024 r. (a więc po upływie terminu, o czym w dalszej części odwołania), wynika, że wykonawca ten nie posiada aktualnie obowiązującej zatwierdzonej przez Prezesa URE taryfy dla odbiorców podlegających ochronie taryfowej na okres objęty postępowaniem przetargowym, w tym na dzień złożenia oferty w niniejszym postępowaniu. Ponadto, wykonawca wskazał również, że zapisy SWZ nie wymieniają obowiązku posiadania zatwierdzonej taryfy przez Prezesa URE i żaden z pozostałych wykonawców składających ofertę nie ma zatwierdzonej taryfy na cały okres obowiązywania Umowy.

dowód: pismo wykonawcy Hexa Telecom sp. z o.o z 21.10. 2024 r.; w aktach postępowania.

W ocenie odwołującego, wyjaśnienia Hexa Telcom sp. z o.o. nie powinny zostać przyjęte przez zamawiającego, z uwagi na fakt, że konieczność posiadania przez wykonawcę zatwierdzonej taryfy na obrót dla paliw gazowych i energii, stanowi jeden z warunków udziału w niniejszym postępowaniu i wynika wprost z przepisów prawa, co wykazano powyżej. Również zamawiający potwierdził ten fakt wzywając spółkę Hexa Telecom sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w przedmiotowym zakresie wskazując w treści wezwania, nie tylko zobowiązanie do wskazania czy wykonawca posiada zatwierdzoną taryfę, ale również do wyjaśnienia zgodności braku zatwierdzenia taryfy z wymogami ustawy Prawa Energetycznego i SWZ. Co więcej zarzut Hexa Telecom sp. z o.o., w treści złożonych wyjaśnień
z 21 października 2024 r., w zakresie braku posiadania przez inne podmioty zatwierdzonej taryfy na cały okres obowiązywania Umowy, został przez zamawiającego wyjaśniony w treści SWZ, gdzie zamawiający przewidział przypadek braku zatwierdzenia taryfy przez Prezesa URE, jednak wyłącznie w okresie od 01.07.2025 r. do 31.12.2025 r. W takiej sytuacji
w rozliczeniach ppg tych odbiorców będzie stosowana cena jednostkowa paliwa gazowego dla odbiorcy niechronionego w złożonej przez wykonawcę ofercie. Rozwiązanie to będzie stosowane także w przypadku, gdy ustawodawca w trakcie

trwania umowy ograniczy okres ochronny. Powyższe wprost potwierdza brak zasadności złożonych przez wykonawcę wyjaśnień w przedmiotowym zakresie.

Odwołujący wskazuje również, że w toku niniejszego postępowania, w ramach dostępu do informacji publicznej, zwrócił się z zapytaniem do Prezesa URE, czy Hexa Telecom sp. z o.o. posiada zatwierdzoną taryfę dla odbiorców podlegających ochronie taryfowej. W odpowiedzi na powyższe pismo, Prezes URE wskazał, że:

- wniosek i Hexa Telocom sp. z o.o. w zakresie zwolnienia z obowiązku przedkładania taryfy do zatwierdzenia nie figuruje w systemie ewidencyjnym dokumentów w Urzędzie Regulacji Energetyki (e-DOK),

- obecnie taryfy opracowane przez Hexa Telecom sp. z o.o. podlegają obowiązkowi zatwierdzenia przez Prezesa URE w zakresie odbiorców gazu ziemnego w gospodarstwach domowych oraz w zakresie pozostałych odbiorców określonych w art. 62b ust. 1 pkt 2 Ustawy Prawo energetyczne.

dowód: pismo Urzędu Regulacji Energetyki z 12 listopada 2024 r.

Powyższe oznacza zatem, że Hexa Telecom sp. z o.o., chcąc spełniać warunki udziału w postępowaniu oraz wykonywać przedmiot umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, musi posiadać zatwierdzoną taryfę przez Prezesa URE. Do posiadania aktualnie obowiązującej, zatwierdzonej przez Prezesa URE taryfy na obrót paliwem gazowym dla odbiorców chronionych jest zobowiązana prawnie na podstawie art. 62b ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo Energetyczne. W art. 62b ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo energetyczne zostało wprost wskazane, że taryfy ustalane dla określonej grupy podmiotów odbiorców wymienionych w ww. przepisie (tj. odbiorców chronionych) przez przedsiębiorstwa energetyczne posiadające koncesję na obrót paliwami gazowymi lub na obrót gazem ziemnym z zagranicą podlegają zatwierdzeniu przez Prezesa URE. Co więcej Hexa Telecom sp. z o.o. nie podlega również wyłączeniu z obowiązku posiadania zatwierdzonej taryfy (z art. 49 ust. 1 ustawy Prawo Energetyczne), gdyż nie złożyła wniosku w przedmiotowym zakresie.

Obowiązek posiadania zatwierdzonej taryfy przez wykonawcę wynika również z ustawy z 26 stycznia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach służących ochronie odbiorców paliw gazowych w związku z sytuacją na rynku gazu. Przepisy przedmiotowej ustawy zobowiązują podmiot uprawniony (przedsiębiorstwo energetyczne dostarczające paliwo gazowe) do stosowania wobec odbiorcy uprawnionego swej taryfy zatwierdzonej przez Prezesa URE.

Mając na uwadze to, że przedmiot zamówienia musi spełniać wymagania określone w SWZ przez zamawiającego, w tym wymagania wskazanych regulacji prawnych nie ulega wątpliwości, że wykonawcy przystępujący do postępowania zobowiązani byli do posiadania aktualnie obowiązującej, zatwierdzonej przez Prezesa URE taryfy. W stosunku do Hexa Telecom sp. z o.o. nie zachodzi w tym zakresie żaden wyjątek uprawniający wykonawcę do nieposiadania zatwierdzonej taryfy na etapie postępowania lub uzasadniający możliwość wystąpienia o zatwierdzenie taryfy w późniejszym czasie.

W postępowaniu prowadzonym przez Uzdrowisko Ciechocinek S.A., w przedmiocie „Kompleksowejdostawy gazu ziemnego wysokometanowego (grupa E) do obiektów Uzdrowiska Ciechocinek SA w okresie od 01.01.2025 r. do 31.12.2025 r.", gdzie warunki udziału w postępowaniu były tożsame z warunkami wskazanymi w niniejszym postępowaniu, zamawiający - Uzdrowisko Ciechocinek, odrzucił ofertę Hexa Telecom sp. z o.o. jako podmiotu niespełniającego udziału w postępowaniu, z uwagi na brak zatwierdzonej taryfy. Powyższe dowodzi zatem, że wraz z posiadaniem koncesji ustalającej taryfy dla paliw gazowych i energii, wiąże się konieczność jej zatwierdzenia przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetycznej. Od powyższej decyzji zamawiającego, Hexa Telecom sp. z o.o. nie złożyła odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, co w sposób jednoznaczny świadczy o zaakceptowaniu argumentacji wskazanej przez zamawiającego w treści ogłoszenia o wyborze najkorzystniejszej oferty.

dowód: ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu prowadzonym przez Uzdrowisko Ciechocinek S.A., w przedmiocie „Kompleksowej dostawy gazu ziemnego wysokometanowego (grupa E) do obiektów Uzdrowiska Ciechocinek SA w okresie od 01.01.2025 r. do 31.12.2025 r.".

W ocenie odwołującego, w konsekwencji braku posiadania zatwierdzonej taryfy przez Hexa Telecom sp. z o.o., wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a nadto oferta wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia. Wykonawca nie jest w stanie zrealizować zamówienia zgodnie z wymogami określonymi przez zamawiającego. W tym stanie rzeczy zamawiający – na podstawie powyższych wyjaśnień Hexa Telecom sp. z o.o. oraz znanych mu powszechnie obowiązujących przepisów prawa (z których wprost wynika, że wraz z posiadaniem koncesji ustalającej taryfy dla paliw gazowych i energii, wiąże się konieczność jej zatwierdzenia przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetycznej) - powinienstwierdzić, że wykonawca ten nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w dokumentacji zamówienia, a złożona oferta jest niezgodna z warunkami postępowania.

Odwołujący wskazuje, że zamawiający pismem z 14 października 2024 r. wezwał Hexa Telecom sp. z o.o. w trybie art. art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień treści złożonych dokumentów, w szczególności do wskazania, czy posiada aktualnie obowiązującą zatwierdzoną przez Prezesa URE taryfę na obrót paliwem gazowym. Wykonawca

miał udzielić odpowiedzi do 16.10. 2024 r.

dowód: pismo zamawiającego z 14.10. 2024 r.; w aktach postępowania.

Hexa Telecom sp. z o.o. 18.10.2024 r., a więc 2 dni po upływie terminu na złożenie wyjaśnień, zwróciła się do zamawiającego z wnioskiem o przedłużenie terminu na udzielenie odpowiedzi do 28.10.2024 r., przy czym wykonawca zwracając się z prośbą o przedłużenie terminu wskazał na brak odbioru korespondencji z "powodów technicznych". Należy wskazać, że wykonawca zobowiązany jest do odbioru korespondencji, a wszelkie negatywne skutki braku odbioru korespondencji i braku zastosowania się do wezwania zamawiającego obciążają wykonawcę. Wykonawca nie uprawdopodobnił ani nie udowodnił wystąpienia jakichkolwiek problemów technicznych po stronie wykonawcy, wskazał on wyłącznie na brak odbioru korespondencji z powodów technicznych. Co więcej, zamawiający nie ustosunkował się nawet do pisma złożonego przez wykonawcę.

dowód: pismo wykonawcy z 18. 10. 2024 r.; w aktach postępowania.

Pismem z 21 października 2024 r. Hexa Telecom sp. z o.o. w złożonych wyjaśnieniach oświadczyła m.in., że:

- nie posiada obecnie zatwierdzonej przez Prezesa URE taryfy dla odbiorców podlegających ochronie taryfowej,
- proceduje zatwierdzenie taryfy w Urzędzie Regulacji Energetyki, gdzie złożyła wniosek o zatwierdzenie.

dowód: pismo wykonawcy z 21.10.2024 r.; w aktach postępowania.

Mając na uwadze powyższe, wskazać należy, że Hexa Telecom sp. z o.o. nie udzieliła wyjaśnień zamawiającemu, w wyznaczonym terminie. Co więcej wniosek o prolongatę terminu na przedłożenie stosownych wyjaśnień, złożyła 2 dni po terminie wyznaczonym przez zamawiającego, a wyjaśnienia złożyła dopiero 21.10.2024 r., tj. 5 dni po upływie terminu wyznaczonego przez zamawiającego. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie powinny być uwzględnione przez zamawiającego. Uwzględnienie przedmiotowych wyjaśnień stanowi o zastosowaniu przywilejów wobec wykonawcy oraz nierównym traktowaniu i dyskryminacji pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- przejrzysty;
- proporcjonalny.

Z powyższego przepisu wynikają cztery fundamentalne dla Prawa zamówień publicznych zasady ogólne, a mianowicie: zasada równości, mówiąca o równym traktowaniu podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne, zasada uczciwej konkurencji, nakazująca przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji (por. aktualny wyr. SO w Gliwicach z 22.04.2008 r., X Ga 25/08, niepubl. oraz SO w Krakowie z 08.05.2014 r., XII Ga 211/14, Legalis), zasada proporcjonalności i przejrzystości.

Ustawa wskazuje zapewnienie równego dostępu do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, zawiera nakaz dokonywania oceny warunków oraz oceny ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofercie, nie zaś innej wiedzy zamawiającego.

Ponadto art. 17 ust. 2 ustawy Pzp wprost wskazuje, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Powyższy przepis zobowiązuje zatem zamawiającego do udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, co w konsekwencji nakłada na zamawiającego obowiązek prowadzenia postępowania w sposób zapewniający prawidłowe stosowanie przepisów ustawy.

W przypadku, gdy zamawiający niewłaściwie stosuje przepisy ustawy, może narazić się na odwołanie oraz skargę, a co za tym idzie – koszty oraz przewlekłość postępowania. Należy także zwrócić uwagę na fakt, że większość przepisów ustawy ma charakter norm *ius cogens*, w związku z czym zamawiający ma obowiązek ścisłego ich przestrzegania. Każde odejście od stosowania przepisów ustawy może mieć bowiem wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej, co stanowi naruszenie m.in. art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego, złożona przez Hexa Telecom sp. z o.o. oferta jest sprzeczna z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności z Ustawą Prawo energetyczne, gdyż wykonawca ten nie posiada aktualnie obowiązującej zatwierdzonej przez Prezesa URE taryfy dla paliw gazowych i energii.

W związku z powyższym, złożona przez powyższego wykonawcę oferta jest niezgodna z treścią SWZ i winna podlegać z tego tytułu obligatoryjnemu odrzuceniu.

Z uwagi na powyższe, w ocenie odwołującego zamawiający, naruszył zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jak też zaniechał prowadzenia postępowania w sposób umożliwiający dokonanie wyboru wykonawcy zgodnie z ustawą Pzp. Zamawiający zaniechał bowiem odrzucenia oferty Hexa Telecom sp. z o.o.

pomimo tego,
że wykonawca na wezwanie zamawiającego do udzielenia wyjaśnień treści złożonych dokumentów nie udzielił ich w terminie, a także z tego względu, że oferta wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu z powodu niezgodności z warunkami zamówienia oraz brakiem spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, że odwołujący myli pojęcie warunków udziału
w postępowaniu z pojęciem warunków zamówienia, używając pojęć tych zamienne
i wywodząc z nich błędne wnioski.

Jak wynika jasno z ustawy Prawo zamówień publicznych (co także nie budzi wątpliwości
w doktrynie i orzecznictwie) warunki udziału w postępowaniu to wymogi, jakie zamawiający stawia osobie wykonawcy. Mogą dotyczyć jego sytuacji podmiotowej - np. doświadczenia, wiedzy, zasobów technicznych i zawodowych. Należy je sformułować w SWZ i ogłoszeniu, wskazując tam, jakie dokumenty złożą wykonawcy, aby poświadczyć warunki. Warunki zamówienia, natomiast, to pojęcie obejmujące wszelkie warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Z kolei ust. 2 powołanego przepisu wskazuje, iż warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

- zdolności do występowania w obrocie gospodarczym;
- uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;
- sytuacji ekonomicznej lub finansowej;
- zdolności technicznej lub zawodowej.

W postępowaniu będącym przedmiotem niniejszej sprawy zamawiający sformułował następujący warunek udziału w postepowaniu: „*O udzielenie zamówienia może się ubiegać wykonawca, który spełnia poniżej określony warunek udziału w postępowaniu dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej: Zamawiający uzna, że wykonawca posiada wymagane przepisami prawa uprawnienia do prowadzenia działalności gospodarczej lub zawodowej, jeżeli wykonawca: a1) posiada aktualną koncesję wydaną przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie obrotu paliwami gazowymi zgodnie z ustawą z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo Energetyczne (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 266.); oraz b1) (…) lub c1) (…)*".

Sformułowany wyżej warunek dotyczył zatem uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej. Zgodnie zaś z §7 ust. 1 rozporządzenia z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących wymaganych uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, zamawiający może żądać zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej.
W taki też sposób sformułowany został warunek udziału w postępowaniu w SWZ.

W omawianej sprawie zamawiający nie żądał od wykonawców posiadania zatwierdzonej przez Prezesa URE taryfy na dzień składania ofert. Dopiero na etapie wykonywania zamówienia niezbędne jest posiadanie przez wykonawcę zatwierdzonej taryfy. Wynika to właśnie z warunków zamówienia, czyli między innymi z opisu przedmiotu zamówienia
i sposobu wykonywania umowy a także z przepisów prawa energetycznego.

Art. 112 ustawy Pzp, przewiduje konieczność określenia warunku udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż warunek ten nie może być nadmierny oraz w nieuzasadniony sposób eliminować z udziału w postępowaniu
o udzielenie zamówienia wykonawców zdolnych do jego wykonania. Nie tylko wynika to
z zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności, lecz także znajduje bezpośrednie potwierdzenie w treści ust. 1 *in fine* komentowanego przepisu, stanowiącego o minimalnych poziomach zdolności. Wykroczenie poza całokształt działalności wykonawcy lub poza zasoby niezbędne do realizacji umowy uznaje się za nieproporcjonalne.

Z powyższych przyczyn zamawiający nie żądał posiadania przez wykonawcę zatwierdzonej przez Prezesa URE taryfy na etapie składania ofert. W ocenie zamawiającego nie miał on możliwości takiego sformułowania warunku udziału w postępowaniu, z którego ten obowiązek by wynikał. Oznaczałoby to bowiem zobowiązanie wykonawcy do dysponowania przedmiotem zamówienia już na etapie składania ofert (czyli co najmniej kilka miesięcy przez rozpoczęciem realizacji umowy), co istocie stanowiłoby warunek nieproporcjonalny i nadmierny tym samym naruszający

konkurencję.

Niedopuszczalna jest rozszerzająca interpretacja opisanych w SWZ warunków udziału w postępowaniu. To znaczy, nie sposób wywodzić z zapisu o obowiązku posiadania koncesji w zakresie obrotu paliwami gazowymi dodatkowego obowiązku polegającego na posiadaniu w chwili składania ofert zatwierdzonej taryfy. W takim stanie rzeczy zamawiający nie mógł odrzucić oferty Hexa Telecom sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy pzp, albowiem wykonawca ten wykazał spełnianie wymaganych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu.

Podobnie brak było podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, albowiem treść oferty nie była niezgodna z warunkami zamówienia, czyli całokształtem warunków wynikających z dokumentacji postępowania. Trudno w tym miejscu także domyślać się jakie konkretnie warunki zamówienia miałyby być naruszone przez Hexa Telecom sp. z o.o., bowiem odwołujący nie wskazał ich konkretnie a jedynie zamiennie z warunkami zamówienia posługiwał się pojęciem warunków udziału w postępowaniu. Jak już wykazano powyżej, warunki udziału w postępowaniu zostały przez wybranego wykonawcę spełnione, zaś zamawiający nie dopatrzył się w ofercie innych naruszeń, które miałyby powodować, iż oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Nie sposób także zgodzić się z zarzutem naruszenia art. 128 ust. 4 w zw. z art. 226 ust 1 pkt 2 lit c) ustawy Pzp. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) przewiduje konieczność odrzucenia oferty w sytuacji, gdy wykonawca nie złożył w przewidzianym terminie:

- oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- przedmiotowego środka dowodowego,
- lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Wyjaśnienia wykonawcy nie mieszczą się w katalogu przytoczonym powyżej. Faktem jest, iż wykonawca złożył je po wyznaczonym przez zamawiającego terminie, jednak zamawiający nie może udawać, że z wyjaśnieniami tymi się nie zapoznał. Pomimo bowiem opóźnienia w ich złożeniu, treść wyjaśnień nie budziła wątpliwości zamawiającego. Tym samym nie zaistniała podstawa do odrzucenia oferty na wskazanej przez odwołującego podstawie. Wręcz przeciwnie - odrzucenie oferty za złożenie po terminie wyjaśnień na podstawie art. 128 ust 4 ustawy Pzp stanowiłoby jej naruszenie. Zgodnie z wyrokiem KIO 1349/10 dotyczącym konieczności uwzględnienia nawet uzupełnień po terminie dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu: „*Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie i nie może przysłaniać lub unicestwiać celu postępowania o udzielenie zamówienia jakim jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego*".

Na zamawiającym ciąży obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia. Przepis art. 128 ust. 4 ustawy Pzp jest rozpatrywany w kategoriach uprawnień zamawiającego, a więc prawa zamawiającego do żądania wyjaśnień, połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień w celu wypełnienia obowiązku przeprowadzenia badania i oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zamawiający, korzystając z tego uprawnienia, wyjaśnia treść złożonej oferty. Celem wyjaśnienia treści złożonych dokumentów jest uzyskanie dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości, niejasności co do treści złożonej oferty pozwoli zamawiającemu dokonać należytego badania i oceny złożonej oferty. Uzyskane dodatkowe informacje (wyjaśnienia) nie mogą jedynie zmienić treści oferty. Wyjaśnienia muszą zatem ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w złożonej ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Wyjątek stanowią przepisy art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 187 ustawy Pzp.

Aktualny jest pogląd, iż wezwanie do wyjaśnień może być kierowane do wykonawcy wielokrotnie, a brak reakcji wykonawcy lub niewystarczające wyjaśnienia nie skutkują odrzuceniem oferty. Te podlegają bowiem odrzuceniu, jeżeli wykonawca nie złoży w wyznaczonym terminie dokumentów lub oświadczeń, a pojęcie „dokumenty lub oświadczenia" nie obejmuje wyjaśnień. Udzielenie wyjaśnień przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego należy postrzegać jako element korzystny dla obu stron prowadzonego postępowania o zamówienie, który nie powinien być pomijany, z uwagi na brak bezpośredniej sankcji w postaci odrzucenia oferty.

Odnosząc się zaś do ostatniego zarzutu odwołania tj. naruszenia art. 16 pkt 1 i 17 ust. 2 ustawy Pzp wskazać należy, iż właśnie odrzucenie oferty Hexa Telecom sp. z o.o. na podstawach wskazywanych w odwołaniu mogłoby stanowić naruszenie zasad opisanych w art. 16 i 17 ustawy. Skoro bowiem zamawiający precyzyjnie opisał warunki udziału

w postępowaniu i wykonawca wykazał spełnianie tych warunków to zgodnie z art. 17 ust. 2 zamawiający ma obowiązek udzielić mu zamówienia. Poszukiwanie podstaw do odrzucenia oferty tego wykonawcy (w tym także wywodzenie dodatkowego warunku udziału
w postępowaniu, rzekomo niespełnionego przez wykonawcę) niewątpliwie stanowiłoby naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła,
że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w całości stanowisko zamawiającego (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „*Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów*"), wskazuje, co następuje.

Zamawiający w rozdziale V SWZ opisał warunki udziału w postępowaniu oraz dokumenty potwierdzające spełnienie tych warunków, cyt.: „*O udzielenie zamówienia może się ubiegać wykonawca, który spełnia poniżej określony warunek udziału w postępowaniu dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej:*

Zamawiający uzna, że wykonawca posiada wymagane przepisami prawa uprawnienia do prowadzenia działalności gospodarczej lub zawodowej, jeżeli wykonawca:
a1) posiada aktualną koncesję wydaną przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie obrotu paliwami gazowymi zgodnie
z ustawą z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo Energetyczne (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 266.); oraz b1) w przypadku Wykonawcy będącym właścicielem sieci dystrybucyjnej: posiada aktualną koncesję wydaną przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie dystrybucji paliwa gazowego zgodnie z ustawą z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo Energetyczne (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 266.); lub
c1) w przypadku Wykonawcy niebędącym właścicielem sieci dystrybucyjnej: posiada, obowiązującą co najmniej do końca wykonywania przedmiotu zamówienia, umowę generalną dystrybucji dla usługi kompleksowej dla podmiotów instytucjonalnych zawartą z Operatorem Systemu Dystrybucyjnego".

W rozdziale VI SWZ, zamawiający opisał jakie dokumenty należy złożyć zamawiającemu na etapie oceny i badania ofert.

Jak zatem wynika z powyższego, zatwierdzona przez Prezesa URE taryfa, nie stanowiła warunku udziału w postępowaniu, nie była również innym dokumentem wymaganym przez zamawiającego do złożenia na etapie badania i oceny ofert. Stanowiła jedynie element dotyczący następnego etapu, jakim jest podpisanie umowy i realizacja zamówienia.

Należy zatem rozróżnić dwa etapy związane z udzieleniem zamówienia publicznego
i związane z tymi etapami uwarunkowania dotyczące wymaganych dokumentów. Odmienność tych etapów warunkuje odpowiednio obowiązek złożenia oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu od etapu realizacji umowy względem, którego konieczne jest posiadanie przez wykonawcę zatwierdzonej przez Prezesa URE taryfy.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c ustawy Pzp, stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia,
o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Z uwagi na okoliczność, iż omawiany przepis ma charakter ściśle sankcyjny to konieczna jest jego literalna wykładnia. Jak wynika z ww. przepisu ustawodawca nie przewidział okoliczności skutkujących odrzuceniem oferty w przypadku, gdy wykonawca nie odpowie

w terminie, na wezwanie zamawiającego wystosowane w trybie przepisu art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. Oczywistym jest, że konsekwencje zaniechania obciążają wykonawcę, jednakże
w przypadku, gdy zamawiający finalnie otrzyma wyjaśnienia (tym bardziej, że był wcześniej informowany przez wykonawcę o opóźnieniu w ich przekazaniu) to, jeżeli pozostaje jeszcze na etapie badania i oceny oferty ma prawo do ich przyjęcia i oceny względem okoliczności, które miały być przedmiotem wyjaśnień. Zdaniem Izby, nawet jeżeli wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w ogóle by ich nie złożył, a okoliczności dotyczące sytuacji wykonawcy co do dokumentów jakie musi posiadać wykonawca na etapie składania ofert, przed podpisaniem umowy, wynikają z powszechnie obowiązujących przepisów lub/oraz z treści dokumentów zamówienia (SWZ z załącznikami) to i tak zamawiający nie miałby prawa do odrzucenia oferty takiego wykonawcy.

Tym samym stwierdzić należało, że zamawiający nie naruszył przepisów art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:……