

WYROK

Warszawa, 2 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 6 grudnia 2024 r. przez wykonawcę Speedmail spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim przy ul. Balzacka 176/178 (97-300 Piotrków Trybunalski) w postępowaniu prowadzonym przez Powiatowy Urząd Pracy w Rybniku z siedzibą w Rybniku przy ul. Jankowickiej 1 (44-200 Rybnik)

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Speedmail spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Powiatowy Urząd Pracy w Rybniku i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 7 500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Speedmail spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty ww. wykonawcy poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Powiatowego Urzędu Pracy w Rybniku na rzecz wykonawcy Speedmail spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim kwotę w wysokości 11 100 zł 00 gr (jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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:.....

Uzasadnienie

Powiatowy Urząd Pracy w Rybniku zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie podstawowym, pn.: *Usługi pocztowe w obrocie krajowym i zagranicznym dla Powiatowego Urzędu Pracy w Rybniku*, o numerze referencyjnym OR.251.5.2024.MO.1, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 13 listopada 2024 r. pod numerem: 2024/BZP 00591393.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

6 grudnia 2024 r. wykonawca Speedmail Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego i wybraniu oferty złożonej przez Poczta Polska S.A. jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu i jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 Pzp przez sporządzenie uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego w sposób niezawierający uzasadnienia faktycznego i prawnego, a przede wszystkim w sposób niewyczerpujący i niejasny, który uniemożliwiało odwołującemu uzyskanie pełnej i rzetelnej informacji na temat przyczyn odrzucenia oferty;

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. art. 266 Pzp przez uznanie, że złożona przez odwołującego oferta była niezgodna z warunkami zamówienia, w sytuacji gdy oferta złożona przez odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia i nie podlega odrzuceniu;

a w konsekwencji zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty odwołującego, czym naruszył przepis art. 239 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i czynności oceny oraz badania ofert;
- dokonania ponownej oceny i badania ofert;
- oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z normami prawem przepisany.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes we wniesieniu odwołania ponieważ złożył ofertę w postępowaniu, która jest prawidłowa i nie podlega odrzuceniu. Jego zdaniem w przypadku prawidłowego działania zamawiającego jego oferta zostałaby wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Zdaniem odwołującego w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp poniesie szkodę, bowiem nie zawarł umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym nie uzyska wynagrodzenia z tytułu jego realizacji. Powyższe miało niezbieżnie dowodzić naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia i stanowić wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp.

W uzasadnieniu odwołania została przedstawiona argumentacja dla podniesionych zarzutów.

W ramach postępowania odwoławczego nie zostały zgłoszone przystąpienia.

17 grudnia 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

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

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na dwóch płytach CD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego 16 grudnia 2024 r., w tym w szczególności:

- ogłoszenie o zamówieniu;
- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej: „SWZ”) wraz z załącznikami;
- ofertę złożoną w postępowaniu przez odwołującego;
- pismo z 25 listopada 2024 r. skierowane od wykonawcy Poczta Polska S.A. do zamawiającego;
- wezwanie z 26 listopada 2024 r. skierowane do odwołującego;
- pismo z 27 listopada 2024 r. stanowiące odpowiedź odwołującego na powyżej wskazane wezwanie;
- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z 3 grudnia 2024 r., która zawierała również informację o odrzuceniu oferty odwołującego.

Izba ustaliła co następuje

W rozdziale 6 SWZ zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu. Warunki te dotyczyły:

- uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, które obejmowały posiadanie przez wykonawcę aktualnego wpisu do rejestru operatorów pocztowych;
- zdolności technicznej lub zawodowej, w ramach tego warunku wykonawca miał wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat (przed upływem terminu składania ofert), wykonał lub wykonuje co najmniej 1 usługę pocztową, w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, sortowania, przemieszczania i doręczania przesyłek, każda o wartości nie mniejszej niż 200 000,00 zł brutto.

W pkt 4.6 SWZ zamawiający podał informacje odnoszące się do podwykonawstwa.

W tym zakresie zamawiający wskazał:

4.6. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.

4.6.1. Wykonawca, który zamierza wykonywać zamówienie przy udziale podwykonawcy, musi wskazać w ofercie, jaką część (zakres zamówienia) wykonywać będzie w jego imieniu podwykonawca oraz podać firmę podwykonawcy. Należy w tym celu wypełnić odpowiedni punkt w załączniku nr 3 do SWZ. W przypadku, gdy Wykonawca nie zamierza wykonywać zamówienia przy udziale podwykonawców, należy wpisać w formularzach „nie dotyczy” lub inne podobne sformułowanie. Brak ww. informacji oznaczać będzie, iż całość zamówienia będzie zrealizowana przez Wykonawcę.

4.6.2. Zamawiający żąda, aby przed przystąpieniem do wykonania zamówienia Wykonawca, o ile są już znane, podał nazwy albo imiona i nazwiska oraz dane kontaktowe podwykonawców i osób do kontaktu z nimi, zaangażowanych w wykonanie zamówienia. Wykonawca zobowiązany jest do zawiadomienia Zamawiającego o wszelkich zmianach danych, o których mowa w zdaniu pierwszym, w trakcie realizacji zamówienia, a także przekazuje informacje na temat nowych podwykonawców, którym w późniejszym okresie zamierza powierzyć realizację zamówienia.

4.6.3. Jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby Wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, Wykonawca jest obowiązany wykazać Zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca lub Wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby Wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. 4.6.4. Umowa o podwykonawstwo – należy przez to rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą między Wykonawcą a podwykonawcą, a w przypadku zamówienia na roboty budowlane, także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami, na mocy której odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część zamówienia.

Zamawiający opracował wzór formularza ofertowego, którego stanowił załącznik nr 3 do SWZ.

Oferty w postępowaniu złożyło dwóch wykonawców: odwołujący i Poczta Polska S.A.

Odwołujący w wypełnionym formularzu ofertowym wskazał m. in.:

- posiadaną na terenie Miasta Rybnika ilość 10 placówek odbiorczych – punktów odbioru, w których adresat może odebrać awizowaną przesyłkę (pkt 3.5 formularza ofertowego);
- informację w zakresie korzystania z podwykonawców (pkt 3.8 formularza ofertowego).

W tym zakresie odwołujący poinformował, że podwykonawcy powierzy następującą część zamówienia – *Przesyłki kierowane na obszar nie obsługiwany przez Speedmail Sp. z o.o.*, a jako podwykonawcę wskazał Poczta Polską S.A.

Odwołujący zadeklarował również samodzielne spełnianie warunków udziału w postępowaniu (pkt 3.9 formularza ofertowego) oraz na podstawie pkt 8.1.1. SWZ złożył oświadczenia zgodnie z wzorami stanowiącymi załączniki nr 4 i 5 do SWZ.

Pismem z 25 listopada 2024 r. wykonawca Poczta Polska S.A. zwrócił się do zamawiającego w następującej kwestii:

Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Rodziny Hiszpańskich 8, 00-940 Warszawa, po zapoznaniu się z ofertą złożoną przez Wykonawcę firmę Speedmail Sp. z o.o. (dalej: „Wykonawca”), w postępowaniu, którego przedmiotem jest świadczenie usług pocztowych

w obrocie krajowym i zagranicznym dla Powiatowego Urzędu Pracy w Rybniku (Znak postępowania: OR.251.5.2024.MO.1) dalej: „Postępowanie” informuje, że oferta złożona przez Wykonawcę zawiera nieprawdziwe informacje, a w konsekwencji wprowadza Zamawiającego w błąd w zakresie wskazania Poczty Polskiej S.A. jako podwykonawcy.

Powyższe wynika z faktu, że Wykonawca w złożonej ofercie oświadczył w Załączniku nr 3 do SWZ – formularz ofertowy pkt 3 ust. 8, że przedmiot zamówienia wykona z udziałem podwykonawców – przesyłki kierowane na obszar nie obsługiwany przez Speedmail Sp.

z o.o. Jednocześnie Wykonawca wskazał, że zamierza powierzyć tę część zamówienia Poczcie Polskiej S.A.

Zamawiający określił w dokumentach zamówienia, że Postępowanie prowadzone jest

w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, stąd też zastosowanie będą miały właściwe przepisy przedmiotowej ustawy w zakresie podwykonawstwa. Podwykonawstwem w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest każda relacja między dwoma podmiotami, ale tylko taka, która bazuje na umowie zawartej między wykonawcą a podwykonawcą w formie pisemnej, o charakterze odpłatnym, na mocy której podwykonawca zobowiązuje się wykonać część zamówienia. Z powyższego wynika, że podwykonawstwo polega na bezpośredniej realizacji części zamówienia przez podmiot niebędący wykonawcą oraz, że można wyróżnić trzy charakterystyczne cechy umowy podwykonawstwa, tzn. pisemność, odpłatność i jej przedmiot – czyli świadczenie wykonania określonej części zamówienia publicznego. Również Zamawiający definiuje w treści SWZ umowę o podwykonawstwo – jako umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą między Wykonawcą a podwykonawcą, a w przypadku zamówienia na roboty budowlane, także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami, na mocy której

odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część zamówienia. Oznacza to zatem, że podwykonawstwa

w realizacji konkretnego zamówienia nie można domniemywać, wykonawca i podwykonawca muszą podpisać stosowane porozumienie, na mocy którego podzielą między siebie realizację zakresu konkretnego zamówienia i uzgodnioną stosowne wynagrodzenie.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny przedmiotowego Postępowania, należy wskazać, iż Poczta Polska S.A. nie jest podwykonawcą Wykonawcy Speedmail Sp. z o.o., co oznacza, że nie zawarła umowy o podwykonawstwo z żadnym podmiotem, na podstawie której zobowiązałaby się wykonywać jakiegokolwiek zakres przedmiotowego zamówienia.

W tym miejscu należy podkreślić, że sam fakt, iż Poczta Polska S.A. jest operatorem wyznaczonym w rozumieniu ustawy Prawo pocztowe, który na mocy art. 48 tejże ustawy co do zasady nie może odmówić zawarcia umowy o świadczenie usługi pocztowej dotyczącej świadczenia usługi powszechnej nie oznacza, że należy ją utożsamiać jako podwykonawcę w realizacji przedmiotowego zamówienia przez Wykonawcę. Poczta Polska S.A. bowiem

w takim przypadku będzie świadczyła usługę powszechną na rzecz Wykonawcy Speedmail Sp. z o.o., nie natomiast na rzecz Zamawiającego w ramach przedmiotowego zamówienia.

Należy wskazać, że powszechną jest praktyka wskazywania przez Wykonawcę Speedmail Sp. z o.o. Poczty Polskiej S.A. jako swojego podwykonawcę w innych postępowaniach przetargowych, niemniej jednak oparta jest na nieprawdziwych założeniach faktycznych i prawnych.

Zamawiający pismem z 26 listopada 2024 r. zwrócił się do odwołującego

z wezwaniem do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp. W treści przedmiotowego wezwania zamawiający wskazał m.in.:

Wykonawca w złożonej ofercie oświadczył w Załączniku nr 3 do SWZ – formularz ofertowy pkt 3 ust. 8, iż przedmiot zamówienia wykona z udziałem podwykonawców jednocześnie wskazując powierzenie tej części zamówienia Poczcie Polskiej S.A. W związku z tym działając na podstawie art. 223 ust. 1 powyższej ustawy Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnienia dot. podwykonawstwa oraz przesłania umowy zawartej z Poczta Polską S.A.

Ponadto Zamawiający zwraca się z prośbą o dostarczenie dokumentów potwierdzających prawa do korzystania z punktów określonych w Załączniku nr 3 pkt 5 w związku

z informacjami zawartymi w Załącznik nr 3, że Wykonawca nie polega na zasobach innych podmiotów.

Odwołujący przekazał odpowiedź na powyżej wskazane wezwanie pismem

z 27 listopada 2024 r., w którym odniósł się do dwóch zagadnień:

- pierwsze związane było z podwykonawstwem Poczty Polskiej S.A.;
- drugie dotyczyło placówek wykonawcy.

3 grudnia 2024 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty

w postępowaniu. Za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy Poczta Polska S.A. Oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający wskazał:

Zamawiający zwraca uwagę na zapisy w Załączniku nr 3 SWZ pkt 3 p.pkt 5 oraz p.pkt 9, stanowiącym część złożonej oferty, w którym Wykonawca informuje, że na terenie Miasta Rybnika dysponuje określoną liczbą placówek odbiorczych – punktów odbioru awizowanych przesyłek. Jednocześnie oświadcza, że nie polega na zasobach innych podmiotów w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym oświadcza, że Wykonawca samodzielnie będzie wykazywał spełnianie warunków postępowania, czyli że nie będzie polegał na zasobach podmiotów je udostępniających. Ponadto Wykonawca złożył oświadczenie dotyczące podwykonawcy - Poczty Polskiej S.A. W przesłanej odpowiedzi z dnia 27.11.2024 r. Wykonawca złożył wyjaśnienia dotyczące umowy o podwykonawstwo oraz dotyczące punktów odbioru przesyłek awizowanych, znajdujących się na terenie Rybnika. Wykonawca oświadczył także, że wszystkie umowy (agencyjne i umowa podwykonawcza) zawarte zostały przed dniem złożenia oferty. Są to jednak wyjaśnienia niedokładne, i nadal budzące wątpliwości.

Wykonawca w żaden sposób nie wykazał, że w dacie upływu terminu składania ofert był zdolny do wykonania zamówienia. Nie wykazał jakiego rodzaju usługi gwarantują podmioty,

z którymi zawarł – jak twierdzi - umowy jeszcze przed złożeniem oferty. Czy podmioty te zobowiązują się do wydawania przesyłek awizowanych nadanych przez Zamawiającego, przez okres trwania umowy. Wykonawca jedynie przedstawił umowę zawartą z operatorem wyznaczonym, lecz nie odnoszącą się do niniejszego postępowania, której charakter – w opinii Zamawiającego - świadczy o umowie o współpracy na czas nieoznaczony

z operatorem wyznaczonym obowiązującym do świadczenia powszechnych usług pocztowych, a nie o umowie o podwykonawstwo zawartej w związku z realizacją niniejszego zamówienia. W umowie tej nie ma np. zapisów dotyczących okoliczności, o których mowa

w art. 439 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy też wymogów zamawiającego dotyczącego właściwego oznaczenia placówek, w których będą odbierane awizowane przesyłki, a o których była mowa w zapytaniu o wyjaśnienie treści SWZ. Co więcej sam operator wyznaczony zaprzecza jakoby wiązał go z Państwem stosunek podwykonawstwa. Zatem należy uznać, że złożone oświadczenia zawarte w ofercie nie odpowiadały prawdzie i nie zostały poprawnie wypełnione.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 29 ustawy Prawo zamówień publicznych, przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania

o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z jego realizacją, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Chodzi

o wymagania m.in. co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, które są istotne dla wykonania zamówienia w stopniu zaspokajającym opisane przez zamawiającego oczekiwania, to znaczy o merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp – 1. *Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:*

(...)

2) *wykonawcach, których oferty zostały odrzucone*

– *podając uzasadnienie faktyczne i prawne.;*

- art. 266 Pzp – *Do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II, z wyjątkiem przepisów art. 83, art. 86, art. 87 ust. 3, art. 88–90, art. 97 ust. 2, art. 124, art. 125 ust. 2 i 6, art. 126, art. 127 ust. 1, art. 129, art. 130, art. 132–188, art. 220, art. 227 ust. 1, art. 257, art. 264 i art. 265, chyba że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej.*

- art. 18 ust. 1 Pzp – *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.;*

- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*

(...)

5) *jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;*

- art. 239 ust. 1 Pzp – *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

Izba zważyła co następuje.

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

Skład orzekający w znacznej mierze przyjął stanowisko odwołującego.

W zakresie pierwszego z zarzutów Izba w pierwszej kolejności zwróciła uwagę na wynikające z orzecznictwa stanowisko, które trafnie odnosi się do przepisu art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp. Tym samym skład orzekający przyjął, że zgodnie z ww. przepisem, *niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania*

o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, 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. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp 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. 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.

W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty (zob. wyrok z 16 marca 2023 r., sygn. akt KIO 593/23).

Izba uznała, że uzasadnienie dla czynności odrzucenia oferty odwołującego przedstawione przez zamawiającego nie spełniało wymagań wynikających z art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W pierwszej części uzasadnienia zamawiający odniósł się do deklaracji odwołującego o tym, że będzie samodzielnie

wykazywał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, czyli że nie będzie polegał na zasobach podmiotów je udostępniających, a następnie do złożonych przez odwołującego wyjaśnień w zakresie planowanego korzystania z podwykonawstwa Poczty Polskiej S.A. Przy czym pierwsza część uzasadnienia została podsumowana stwierdzeniem wskazującym, że *Są to jednak wyjaśnienia niedokładne, i nadal budzące wątpliwości*. Co istotne z pierwszego akapitu uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego nie wynikało, z jakimi konkretnymi warunkami zamówienia treść złożonej oferty miała być niezgodna. Zamawiający wskazał tylko, że w zakresie podwykonawstwa nadal posiada wątpliwości, jednak nie zdecydował się skorzystać z możliwości wezwania odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień. Posiadanie wątpliwości nie może być powodem do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W akapicie drugim zamawiający, powołując się na przedstawione przez odwołującego umowy dotyczące podwykonawcy, stwierdził, że odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że w dacie upływu terminu składania ofert był zdolny do wykonania zamówienia. Jednocześnie zamawiający nie kwestionował, że odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu, które to zgodnie z art. 112 Pzp stanowią podstawę weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. Podstawą odrzucenia oferty odwołującego był art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, a nie art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp. Co więcej zamawiający nie kwestionował, że odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu. Skoro zamawiający tego nie kwestionował, skład orzekający przyjął, że odwołujący był zdolny do wykonania zamówienia. W dalszej kolejności zamawiający argumentował, że umowa o podwykonawstwo nie została zawarta na potrzeby realizacji tego zamówienia oraz zwrócił uwagę na brak postanowień umownych dotyczących waloryzacji wynagrodzenia podwykonawcy w przypadku określonym w art. 439 ust. 5 Pzp. Po pierwsze przepisy Pzp nie wymagają, aby umowa o podwykonawstwo była zawarta na potrzeby realizacji konkretnego zamówienia. Zgodnie z art. 7 pkt 27 Pzp umowa o podwykonawstwo powinna być zawarta w formie pisemnej, ma charakter odpłatny

i na podstawie tej umowy odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca zobowiązuje się wykonać część zamówienia. Zamawiający nie przedstawił w uzasadnieniu odrzucenia stanowiska świadczącego o niewątpliwym ustaleniu przez niego, że na podstawie złożonej przez odwołującego umowy, wskazany przez niego podwykonawca nie wykona części zamówienia określonej w formularzu ofertowym. Tym samym w ocenie składu orzekającego okoliczność niewskazania w umowie o podwykonawstwo faktu jej zawarcia

w związku z konkretnym postępowaniem pozostawała bez znaczenia. Po drugie art. 439 ust. 5 nakłada obowiązek dokonania faktycznej waloryzacji wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, co może nastąpić już po waloryzacji wynagrodzenia wynikającego z umowy łączącej zamawiającego i wykonawcę. Przepis ten nie nakazuje określenia w umowie

o podwykonawstwo postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia podwykonawcy. Ponadto jak słusznie zauważył odwołujący obie wskazane powyżej kwestie nie stanowią znanej Pzp podstawy odrzucenia oferty w postępowaniu. Zamawiający rozważania z akapitu drugiego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego podsumował stwierdzeniem, że *złożone oświadczenia zawarte w ofercie nie odpowiadały prawdzie i nie zostały poprawnie wypełnione*. Nie przesądzało to jednak o spełnieniu przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp tj. niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, tym bardziej, że zamawiający nie sprecyzował, które oświadczenia nie odpowiadały prawdzie i nie zostały poprawnie wypełnione.

Trzeci akapit uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego zawierał definicję warunków zamówienia zawartą w art. 7 pkt 29 Pzp. Zgodnie z tą definicję warunki zamówienia wynikają z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umownych w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający powołując podstawę prawną odrzucenia oferty jest zobowiązany do odniesienia jej do stanu faktycznego danego postępowania. W przypadku art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp zamawiający powinien wskazać wprost, z jakim warunkiem zamówienia złożona przez odwołującego oferta nie była zgodna. Tymczasem uzasadnienie składało się z luźno powiązanych ze sobą uwag i wątpliwości zamawiającego. Z uzasadnienia odrzucenia oferty nie wynikało, dlaczego oferta odwołującego została uznana za niezgodną z warunkami zamówienia,

w szczególności z którymi warunkami – konkretnymi postanowieniami SWZ. W związku

z tym Izba stwierdziła, że tak sformułowane uzasadnienie nie pozwalało odwołującemu na polemikę z uzasadnieniem i pozbawiło go prawa do rzetelnej informacji, w tym możliwości obrony swoich praw przez postawienie zarzutów co do zaistnienia podstawy odrzucenia. Wreszcie, tak sformułowane uzasadnienie naruszało zasadę jawności postępowania, gdyż powody odrzucenia oferty, które miały stanowić o braku zgodności oferty odwołującego

z warunkami zamówienia pozostały *de facto* nieujawnione.

Konkludując, Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 Pzp.

Konsekwencją uwzględnienia zarzutu podniesionego w pkt 1 *petitum* odwołania było również uwzględnienie drugiego zarzutu, dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. W zakresie tego zarzutu skład orzekający podtrzymał stanowisko zaprezentowane powyżej. Izba po raz kolejny zdecydowała się wskazać, że zamawiający odrzucił ofertę

odwołującego z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia. Aby zastosować powyższą podstawę odrzucenia oferty zamawiający jest zobowiązany do wskazania na czym konkretnie polega niezgodność oferty danego wykonawcy z warunkami zamówienia, czyli co i w jaki sposób

w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia (zob. wyrok z 3 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 182/23). Tymczasem zamawiający nie wskazał,

z którymi dokładnie warunkami zamówienia była niezgodna oferta odwołującego. Co istotne z treści uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego wynikało, że stwierdzona przez zamawiającego niezgodność oferty odwołującego pozostawała w sferze wątpliwości zamawiającego. Zamawiający odrzucając ofertę wykonawcy jako niezgodną z warunkami zamówienia nie może swoich ustaleń kończyć na etapie wątpliwości co do powodów odrzucenia. Zamawiający powinien jednoznacznie ustalić, że oferta wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia. W ocenie składu orzekającego zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanki odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, co skutkowało uwzględnieniem przedmiotowego zarzutu.

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, że w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 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 od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszty wpisu od odwołania oraz koszty odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. Jednocześnie Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania (7 500,00 zł) oraz wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł) – zgodnie z rachunkiem złożonym na rozprawie.

Przewodniczący:.....