

WYROK

Warszawa, dnia 12 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Elżbieta Dobrenko
Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2024 r. przez wykonawcę Ziemia Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Wodociągów i Usług Komunalnych w Lublińcu przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy IGOMA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzesławie

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie wykonawców, którzy złożyli oferty najkorzystniejsze do złożenia ofert dodatkowych, powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Zakład Wodociągów i Usług Komunalnych w Lublińcu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Ziemia Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
 - 2.2. zasądza od zamawiającego – Zakład Wodociągów i Usług Komunalnych w Lublińcu na rzecz odwołującego – wykonawcy Ziemia Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem 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.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt KIO 980/24

Uzasadnienie

Zakład Wodociągów i Usług Komunalnych w Lublińcu, dalej: *Zamawiający*” prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, dalej: *„ustawa Pzp”* postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Odbiór ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych (kod: odpadu 190805) w szacowanej ilości ok. 2048 Mg, wytwarzanych na Oczyszczalni ścieków w Lublińcu, ul. Spokojna 2 wraz z załadunkiem, transportem i zagospodarowaniem odpadów metodą odzysku w procesie R3”, dalej: *„Postępowanie”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 stycznia 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00018458.

W dniu 25 marca 2024 r. wykonawca Ziemia Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej: *„Odwołujący”* wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy zaniechań i czynności Zamawiającego podjętych w Postępowaniu, polegających na:

1. zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia oferty dodatkowej w trybie art. 249 ustawy Pzp, przy jednoczesnym uwzględnieniu oferty dodatkowej złożonej przez konkurencyjnego Wykonawcę (Igoma Sp. z o.o.) w warunkach błędu leżącego po stronie Zamawiającego;
 2. przeprowadzeniu badania i oceny ofert w sposób poważnie naruszający konkurencję, co znalazło odzwierciedlenie w ogłoszeniu o wyniku postępowania opublikowanym w dniu 20 marca 2024 r.
- Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 249 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez:
1. zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia oferty dodatkowej, podczas gdy w Postępowaniu zostały złożone przez Odwołującego i konkurencyjnego Wykonawcę (Igoma Sp. z o.o.) oferty o tej samej cenie, co uniemożliwiało wybór najkorzystniejszej oferty;

2. zaniechanie wskazania w ogłoszeniu z dnia 20 marca 2024 r. o wynikach Postępowania skąd pochodzi cena zaoferowana przez konkurencyjnego Wykonawcę (Igoma Sp. z o.o.), co nasuwa domniemanie, że Zamawiający uwzględnił podczas badania i oceny ofert cenę wynikającą z dodatkowej oferty złożonej przez konkurencyjnego Wykonawcę (Igoma Sp.

z o.o.) w warunkach błędu leżącego po stronie Zamawiającego, który to błąd został stwierdzony w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 lutego 2024 r., KIO 278/24,

- co doprowadziło do bezprawnego pozbawienia Odwołującego szans na uzyskanie zamówienia w ramach Postępowania, przy jednoczesnym nieuzasadnionym uprzywilejowaniu konkurencyjnego Wykonawcy (Igoma Sp. z o.o.).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert, której wyniki znalazły odzwierciedlenie w ogłoszeniu o wyniku postępowania opublikowanym w dniu 20 marca 2024 r.;

2. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwania Odwołującego oraz konkurencyjnego Wykonawcę (Igoma Sp. z o.o.) do złożenia ofert dodatkowych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem z dnia 8 stycznia 2024 r. o numerze 2024/BZP 00018458.

W Postępowaniu zostało złożonych 5 ofert, z czego najkorzystniejszą cenę (tj. 652492,80 zł brutto) zaoferowało dwóch Wykonawców - Odwołujący oraz Igoma Sp. z o.o.

Zgodnie z pkt XII. 1 SWZ jedynym kryterium oceny ofert w Postępowaniu jest cena, w związku z czym konieczne stało się wezwanie Odwołującego oraz Igoma Sp. z o.o. do złożenia ofert dodatkowych. Pomimo tego Odwołujący nie otrzymał wezwania do złożenia oferty dodatkowej, w związku z czym nie miał możliwości złożenia oferty dodatkowej. Przyczyną braku wezwania Odwołującego do złożenia oferty dodatkowej był błąd Zamawiającego w zakresie obsługi platformy e-zamówienia oraz naruszenie zasad komunikacji z Wykonawcami ustalonymi

w SWZ. Niezależnie od tego Igoma Sp. z o.o. otrzymała wezwanie i złożyła ofertę dodatkową - co wynika z treści odwołania Igoma Sp. z o.o. z dnia 26 stycznia 2024 r. oraz dodatkowego stanowiska Igoma Sp. z o.o. z dnia 26 lutego 2024 r.

Dowody: kopia odwołania Igoma Sp. z o.o. z dnia 26 stycznia 2024 r., - załącznik nr 4. kopia dodatkowego stanowiska Igoma Sp. z o.o. z dnia 26 lutego 2024 r., - załącznik nr 5.

W następstwie zaistniałej sytuacji Zamawiający unieważnił Postępowanie, w odpowiedzi na co Igoma Sp. z o.o. złożyła odwołanie z dnia 26 stycznia 2024 r. W wyniku rozpatrzenia odwołania, Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok z dnia 29 lutego 2024 r., w którym nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dalsze prowadzenie postępowania, w tym badanie i ocenę ofert.

Dowód: kopia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 lutego 2024 r., KIO 278/24 wraz z uzasadnieniem - załącznik nr 6

Odwołujący wskazał, że jego odwołanie nie dotyczyło czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby. Izba sformułowała ogólny nakaz dalszego prowadzenia postępowania, w tym badania i oceny ofert. Odwołanie dotyczyło natomiast naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy podczas badania i oceny ofert (a właściwie w następstwie zaniechania prawidłowego badania ofert złożonych w Postępowaniu). Izba w wyroku z dnia 29 lutego 2024 r. nie odniosła się do kwestii oferty dodatkowej złożonej przez Igoma Sp. z o.o., co tym bardziej wskazuje na niezasadne, domniemane uznanie przez Zamawiającego, że oferta dodatkowa Igoma Sp. z o.o. niejako zastąpiła pierwotną ofertę złożoną w Postępowaniu.

W następstwie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 lutego 2024 r. Zamawiający wznowił prowadzenie Postępowania.

Zamawiający nie podjął żadnych czynności aż do dnia 20 marca 2024 r., kiedy opublikował ogłoszenie o wynikach postępowania.

a) Obowiązek wezwania Odwołującego do złożenia oferty dodatkowej

Przepis art. 249 ustawy Pzp ustala obowiązek Zamawiającego, gdy nie można wybrać najkorzystniejszej oferty z uwagi na to, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest cena nie można dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty ze względu na to, że zostały złożone oferty o takiej samej cenie. W takim przypadku Zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w terminie określonym przez zamawiającego ofert dodatkowych zawierających nową cenę.

Obowiązek ten w niniejszej sprawie został zaniechany przez Zamawiającego wobec Odwołującego. Wezwanie rzekomo wysłane przez Zamawiającego w styczniu 2024 r. nie zostało skutecznie doręczone Odwołującemu, co było tłem

wspomnianego wyżej postępowania odwoławczego, zakończonego wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 lutego 2024 r. Stwierdzić zatem należy, że Odwołujący nie został wezwany do złożenia oferty dodatkowej, co pozbawiło go możliwości uzyskania zamówienia w ramach Postępowania.

b)Naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców

Okolicznością potęgującą skalę naruszenia przepisów przez Zamawiającego jest fakt, że Zamawiający uwzględnił ofertę dodatkową złożoną przez Igoma Sp. z o.o. w styczniu 2024 r. (uwzględnił ją w sposób dorozumiany - o czym mowa w punkcie c poniżej) i biorąc pod uwagę cenę z oferty dodatkowej stwierdził, że oferta Igoma Sp. z o.o. jest ofertą najkorzystniejszą.

Powstała zatem sytuacja, w której jeden z Wykonawców został w sposób oczywisty uprzywilejowany, a Odwołujący został bezprawnie pozbawiony szansy uzyskania zamówienia.

Jak wskazuje doktryna „zasada zachowania uczciwej konkurencji, związana jest z obowiązkami, jakie nakłada ustawodawca na zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert” .

Jednym z wyżej wspomnianych obowiązków jest obowiązek „zapewnienia każdemu

z wykonawców równego dostępu do informacji w postępowaniu, określających wymagania zamawiającego, a także późniejszego dokonania badania i oceny wniosków lub ofert zgodnie z regułami przyjętymi w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia, bez stosowania jakichkolwiek nieuzasadnionych odstępstw. (...) Naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wywodzone jest bowiem z podejmowania czynności przez zamawiającego w sposób niezajdujący uzasadnienia w wymaganiach, określonych w dokumentach zamówienia wymaganiach lub przepisach prawa,

w konsekwencji uprzywilejowujący jednego lub określony - z reguły wąski - krąg wykonawców, kosztem defaworyzowania innych."

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający naruszył w postępowaniu zasadę zachowania uczciwej konkurencji. Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 stycznia 2015 r. „Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców."

c)Naruszenie zasady przejrzystości

W wyroku z 7 lutego 2022 r. skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej wskazał, że zasada przejrzystości postępowania przemawia za koniecznością przedstawienia motywów działania zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że badanie i ocena ofert przez Zamawiającego w Postępowaniu zostały dokonane w sposób nietransparentny i wymagający domniemania, z jakiego powodu cena zaoferowana przez Igoma Sp. z o.o. zmieniła się z kwoty 652.492,80 zł brutto na kwotę 619.315,20 zł brutto. Zamawiający w toku Postępowania nie poinformował o treści złożonej przez Igoma Sp. z o.o. oferty dodatkowej. Odniesienie do faktu złożenia oferty dodatkowej nie znalazło się również w ogłoszeniu o wynikach postępowania z dnia 20 marca 2024 r. Nie ulega zatem wątpliwości, że taki sposób wyłonienia przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty stoi w sprzeczności z postulatami mającymi źródło w zasadzie prowadzenia postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego w sposób przejrzysty.

Przedstawione wyżej naruszenia bez wątpienia wpływają na wynik Postępowania. Zamawiający uznał ofertę Igoma Sp. z o.o. za najkorzystniejszą w warunkach naruszenia przepisów ustawy, niezgodnie z PZP. Gdyby postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy, wynik Postępowania mógłby ukształtować się odmiennie.

W odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 29 marca 2024 r. Zamawiający wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości, ewentualnie:
- 2) unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne w całości w oparciu o przepis art. 255 pkt 6 Pzp,
- 3) zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania.

Odnosząc się do podniesionego przez Odwołującego zarzutu w postaci naruszenia art. 249 Pzp w zw. z art 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia oferty dodatkowej w trybie art. 249 Pzp, przy jednoczesnym uwzględnieniu oferty dodatkowej złożonej przez konkurencyjnego Wykonawcę - Igoma Sp. z o.o. w warunkach błędu leżącego po stronie Zamawiającego, Zamawiający podniósł, że wbrew twierdzeniom Odwołującego o zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia oferty dodatkowej w trybie art. 249 Pzp, Zamawiający takie wezwania w dniu 19.01.2024 r. skutecznie wystosował w formie elektronicznej na podstawowym i wymaganym w ramach

prowadzonego postępowania komunikatorze, tj. platformie e-Zamówienia, co potwierdzają załączone dokumenty w postaci potwierdzeń wysłania przez Zamawiającego wezwań do złożenia ofert dodatkowych z dnia 19.01.2024 r. na platformie e-Zamówienia do Odwołującego oraz Igoma Sp. z o. o. oraz zdjęcia wezwań z platformy e- Zamówienia do złożenia ofert dodatkowych przez Odwołującego i Igoma Sp. z o.o.

Zamawiający wskazał dowód w postaci potwierdzenia wysłania przez Zamawiającego wezwań do złożenia ofert dodatkowych z dnia 19.01.2024 r., zdjęcia wezwań z platformy

e- zamówienia do złożenia ofert dodatkowych przez Odwołującego i Igoma Sp. z. o. o.

w aktach sprawy o sygn. akt KIO 278/24, zeznania pracownika Zakładu Wodociągów i Usług Komunalnych w Lublińcu prowadzącego zamówienia publiczne Pani E.K..

Zamawiający podniósł także, że na przesłane wezwania do złożenia ofert dodatkowych skutecznie i ważne złożyła ofertę dodatkową Igoma Sp. z o.o., zaś Odwołujący, pomimo wcześniejszej rozmowy telefonicznej o możliwości złożenia oferty dodatkowej, nie złożył swojej oferty dodatkowej, ani przed upływem, ani po upływie terminu składania ofert dodatkowych.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący w swoim odwołaniu domagał się unieważnienia czynności badania i oceny ofert przez Zamawiającego, w tym przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, oraz wezwania Odwołującego i konkurencyjnego wykonawcy do złożenia ofert dodatkowych, przy czym jego żądanie jest niezgodne z art. 249 Pzp, gdyż czynność wezwania do złożenia ofert dodatkowych w okolicznościach określonych w art. 249 Pzp nie może być powtórzona, co wskazuje treść komentarza do Prawa Zamówień Publicznych, Urzędu Zamówień Publicznych, str. 758 „Po złożeniu ofert dodatkowych zamawiający wybiera tę ofertę, która finalnie zawiera odpowiednio niższą cenę albo niższy koszt. Do rozstrzygnięcia postępowania niezbędne jest złożenie przynajmniej jednej prawidłowej oferty dodatkowej. Ponieważ czynność wezwania do złożenia ofert dodatkowych w okolicznościach określonych w art. 249 Pzp nie może być powtórzona, w przypadku braku możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej po złożeniu przez wykonawców ofert dodatkowych albo braku przynajmniej jednej ważnej oferty postępowanie musi być unieważnione.”

Zamawiający wskazał, że problemy, które podniósł Odwołujący z doręczeniem wezwania do złożenia oferty dodatkowej związane są z komunikacją na platformie e-zamówienia, w tym bezpodstawnym tworzeniem kilku kont użytkownika, gdyż Odwołujący na przedmiotowej platformie posiada kilka kont i Zamawiający nie posiadał wiedzy jak również nie był w stanie zweryfikować tego stanu do czasu złożenia ofert dodatkowych, które to konto Odwołującego jest właściwe, co skutkowało problemami z przesłaniem wezwań do złożenia ofert dodatkowych oraz ich złożeniem przez oferentów.

Jako dowód Zamawiający wskazał potwierdzenia wysłania przez Zamawiającego wezwań do złożenia ofert dodatkowych z dnia 19.01.2024 r., zdjęcia wezwań z platformy e-zamówienia do złożenia ofert dodatkowych przez Odwołującego i Igoma Sp. z. o. o. w aktach sprawy

o sygn. akt KIO 278/24, zeznania pracownika Zakładu Wodociągów i Usług Komunalnych

w Lublińcu prowadzącego zamówienia publiczne Pani E.K..

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, co do przeprowadzenia przez Zamawiającego badania i oceny ofert w sposób poważnie naruszający konkurencję, co znalazło odzwierciedlenie w ogłoszeniu o wyniku postępowania opublikowanym w dniu 20.03.2024 r. Zamawiający podniósł, że w pkt 11 - Najkorzystniejsza oferta, protokołu z postępowania

o zamówienie publiczne pn. „Odbiór ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych (kod: odpadu 190805) w szacowanej ilości ok. 2048 Mg, wytwarzanych na Oczyszczalni ścieków

w Lublińcu, ul. Spokojna 2 wraz z załadunkiem, transportem i zagospodarowaniem odpadów metodą odzysku w procesie R3” szczegółowo opisał sytuację wezwań do złożenia ofert dodatkowych oraz wyboru jedynej złożonej ofert wykonawcy Igoma Sp. z o.o., zgodnie z czym „Do postępowania zostały zgłoszone dwie najkorzystniejsze oferty o tej samej cenie, tj. IGOMA Sp. z o.o. i Ziemia Polska Sp. z o.o. Zgodnie z procedurą, poprzez platformę uzp, obie firmy zostały wezwane przez Zamawiającego do złożenia dodatkowych ofert. Dodatkową ofertę przesłała IGOMA Sp. z o.o., a Ziemia Polska Sp. z o.o. nie dostarczyła dodatkowej oferty, gdyż nie otrzymali wezwania do złożenia dodatkowej oferty. Na platformie uzp, niektóre firmy posiadają po kilka kont i mimo, iż Zamawiający wysłał wezwanie do Ziemi Polskiej Sp. z o.o., to wezwanie nie dotarło, gdyż wpłynęło na nieaktywne konto, o czym nie miał świadomości Zamawiający. Ziemia Polska Sp. z o.o. nie wyraziła zgody na to, że Zamawiający nie przyjął dodatkowej oferty po terminie złożenia, a IGOMA Sp. z o.o. nie wyraziła zgody, aby przyjąć ofertę dodatkową Ziemi Polskiej Sp. z o.o. po terminie. W tej sytuacji Zamawiający unieważnił postępowanie, jednak przez KIO unieważnienie nie zostało zaakceptowane, więc Zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę, którą została dostarczona jako dodatkowa IGOMA Sp. z o.o. 56-420 Bierutów, Gorzesław 76/2 - kryterium: cena - 619.315,20 PLN”.

Zamawiający jako dowód ponownie wskazał: protokół z postępowania o zamówienie publiczne pn. „Odbiór ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych (kod: odpadu 190805)

w szacowanej ilości ok. 2048 Mg, wytwarzanych na Oczyszczalni ścieków w Lublińcu, ul. Spokojna 2 wraz z załadunkiem, transportem i zagospodarowaniem odpadów metodą odzysku w procesie R3", zeznania pracownika Zakładu Wodociągów i Usług Komunalnych w Lublińcu prowadzącego zamówienia publiczne Pani E.K..

Jednocześnie Zamawiający celem uzasadnienia alternatywnego wniosku o unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne w całości w oparciu o przepis art. 255 pkt 6 Pzp wskazał, że przedmiotowe problemy z komunikacją poprzez platformę e-zamówienia na skutek wielości kont oferentów stanowią zdaniem Zamawiającego, iż postępowanie może być obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Celem uzasadnienia prawnego Zamawiający podniósł, że obowiązek unieważnienia postępowania przez Zamawiającego jest instytucją wyjątkową. Celem postępowania jest - zgodnie z art. 7 pkt 18 Pzp, co do zasady wybór najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowanie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wyjątkiem od tej zasady jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, stanowiące swoisty upadek postępowania kończący się brakiem możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przesłanki unieważnienia postępowania podlegają wykładni ścisłej, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych spoczywa na zamawiającym (zob. wyroki KIO:

z 23.09.2011 r., KIO 1948/11, LEX nr 964389; z 3.06.2014 r., KIO 991/14; KIO 1001/14, LEX nr 1480088) jeżeli zaistnieje choćby jedna z przesłanek określonych w art. 255 p.z.p. Zdaniem Zamawiającego wielość kont Odwołującego oraz wykonawców, wprowadza w błąd

i stanowi zdaniem Zamawiającego, iż postępowanie może być obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jednocześnie Zamawiający podniósł, że powyższą sprawę można rozpatrywać w kontekście nieprawidłowego działania narzędzi i urządzeń do elektronicznej komunikacji. Kwestia odpowiedzialności za nieprawidłowe działanie narzędzi i urządzeń do elektronicznej komunikacji była przedmiotem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 14 stycznia 2019 r. o sygn. KIO 2671/18, a także w wyroku z dnia 18 kwietnia 2019 r. (KIO 640/19). Z tych orzeczeń wynikają zasadniczo trzy wnioski:

1. Odpowiedzialność za wadliwie działającą platformę zakupową ponosi zamawiający.
2. Co do zasady sytuacja, w której wykonawca z powodu wadliwości działania systemu informatycznego nie może złożyć oferty, jest podstawą do tego, aby zamawiający unieważnił postępowanie.
3. Aby jednak wyżej wskazana podstawa do unieważnienia postępowania zachodziła, musi zostać wykazane, że brak możliwości złożenia oferty wynikał z wadliwości działania systemu informatycznego, czyli z przyczyn od wykonawcy niezależnych - to na wykonawcy spoczywa więc ciężar dowodu braku możliwości złożenia oferty/wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zamawiający wskazał, że ponadto w wyroku KIO 640/19 Izba uznała, że wykonawca - jako profesjonalny przedsiębiorca na którym spoczywa obowiązek zachowania należytej staranności o której mowa w art. 355 § 2 k.c. - powinien przeprowadzić proces próbnego złożenia oferty przez platformę (a później ją zmienić albo wycofać), a zaniechanie takiego działania jest przejawem lekkomyślności.

W sprawie o sygnaturze KIO 2671/18 Izba wskazała, że: „zamawiający zapewnia, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektroniczemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielanie zamówienia. (...) należy zauważyć, że odpowiedzialność zamawiającego za przygotowanie i prowadzenie postępowania, w tym za zapewnienie wykonawcom dostępu do zamówienia, nie musi być oparta na zasadzie winy. Czynność lub zaniechanie zamawiającego, od których przysługuje odwołanie, nie musi zatem wynikać z winy zamawiającego. Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, należy stwierdzić, że nawet jeśli - zarzucane przez odwołującego - wadliwe działanie narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzone jest postępowanie, nie jest zawinione przez zamawiającego, to powoduje, że dochodzi do uchybienia przez zamawiającego obowiązkowi, o którym mowa w art. 10 b ustawy Pzp i może wpływać na kolejne czynności lub zaniechania zamawiającego w postępowaniu. Zamawiający nie może zatem ignorować sposobu funkcjonowania narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzone jest postępowanie, jak też nie może ignorować skutków tego działania i ich wpływu na przygotowanie i prowadzenie postępowania. W szczególności zamawiający nie może ignorować wpływu działania narzędzia informatycznego na zachowanie zasad, o których mowa w

art. 7 ust. 1 Pzp". W dalszej części uzasadnienia Izba wskazała, że „brak możliwości złożenia oferty z przyczyn wynikających z działania narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzone jest postępowanie, może mieć wpływ na wynik tego postępowania, ponieważ zostaje ograniczona uczciwa konkurencja, a ponadto istnieje możliwość, że wykonawca, któremu system uniemożliwił złożenie oferty, mógłby złożyć ofertę, która mogłaby się okazać najkorzystniejsza. Tym samym w takiej sytuacji co do zasady zachodzi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp”.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając dokumenty zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika postępowania zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła:

Izba stwierdziła, że nie wystąpiła żadna z przesłanek wskazanych w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem jest odrzucenie odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Do postępowania odwoławczego, w terminie przewidzianym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca IGOMA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzelsławie, dalej: „Przystępujący”.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane przez strony postępowania odwoławczego na posiedzeniu i rozprawie.

Izba rozpoznając odwołanie uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust.

2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej, dołączone do odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma Przystępującego.

Zamawiający wskazał, że wniosek o przesłuchanie świadka Pani E.K. jest nieaktualny.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest usługa polegająca na odbiorze ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych (kod odpadu 190805) w szacunkowej ilości ok. 2048 Mg, wytwarzanych na Oczyszczalni ścieków w Lublińcu, ul. Spokojna 2 wraz z załadunkiem, transportem i zagospodarowaniem odpadów metodą odzysku w procesie R3.

W rozdziale VIII Specyfikacji Warunków Zamówienia w odniesieniu do sposobu komunikowania się pomiędzy zamawiającym i wykonawcami, został przewidziany sposób komunikowania się Zamawiającego z wykonawcami:

„1. Komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami:

a) W niniejszym postępowaniu, komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami odbywa się przy użyciu adresu e-mail:

b) SWZ i załączniki będą dostępne na naszej stronie internetowej: – PRZETARGI oraz na [platformie ezamowienia.gov.pl](https://platformie.ezamowienia.gov.pl)

c) wszelkie zmiany i informacje będą również publikowane na naszej stronie internetowej – PRZETARGI.

2. Wykonawca ofertę może złożyć wyłącznie w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym na podstawie art.

63 ust. 2 Pzp na [platformie ezamowienia.pl](https://platformie.ezamowienia.pl)”.

W Postępowaniu wpłynęło 5 ofert, w tym oferty Odwołującego oraz Przystępującego.

Zamawiający w dniu 23 stycznia 2024 r. poinformował wykonawców o unieważnieniu Postępowania, na podstawie art. 255 pkt 5 Pzp, z uwagi na problemy z komunikacją na platformie e-zamowienia, ze względu na posiadanie przez niektórych wykonawców więcej niż jednego konta i brak wiedzy Zamawiającego, które konto jest właściwe.

W dniu 26 stycznia 2024 r. Przystępujący złożył odwołanie od ww. czynności. W wyroku z dnia 29 lutego 2024 r. Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dalsze prowadzenia postępowania, w tym badanie i ocenę ofert.

W dniu 20 marca 2024 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

W dniu 25 marca 2024 r. Odwołujący wniósł od odwołanie od zaniechań i czynności Zamawiającego podjętych w

Postępowaniu, polegających na zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia oferty dodatkowej w trybie art. 249 ustawy Pzp, przy jednoczesnym uwzględnieniu oferty dodatkowej złożonej przez konkurencyjnego Wykonawcę (Igoma Sp.

z o.o.) w warunkach błędu leżącego po stronie Zamawiającego oraz przeprowadzeniu badania i oceny ofert w sposób poważnie naruszający konkurencję, co znalazło odzwierciedlenie

w ogłoszeniu o wyniku postępowania opublikowanym w dniu 20 marca 2024 r.

Izba – uwzględniając materiał dowodowy przedłożony przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione

w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – mając na uwadze brzmienie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, uwzględniła odwołanie w całości.

Zgodnie z art. 249 ustawy Pzp, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest cena lub koszt, nie można dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty ze względu na to, że zostały złożone oferty o takiej samej cenie lub koszcie, zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w terminie określonym przez zamawiającego ofert dodatkowych zawierających nową cenę lub koszt.

Stosowanie do art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, że wbrew twierdzeniom Odwołującego,

w dniu 19 stycznia 2024 r. skutecznie wystosował wezwanie Odwołującego do złożenia oferty dodatkowej w trybie art. 249 ustawy Pzp w formie elektronicznej na podstawowym

i wymaganym w ramach prowadzonego postępowania komunikatorze, tj. platformie

e-Zamówienia, którą to okoliczność potwierdzić miały załączone do odpowiedzi na odwołanie dokumenty w postaci potwierdzeń wysłania przez Zamawiającego wezwań do złożenia ofert dodatkowych z dnia 19 stycznia 2024 r. na platformie e-Zamówienia do Odwołującego oraz Igoma Sp. z o.o. a także zdjęcia wezwań z platformy e-Zamówienia do złożenia ofert dodatkowych przez Odwołującego i Igoma Sp. z o.o.

Izba wskazuje, że jednocześnie powyższe twierdzenie Zamawiającego pozostaje

w sprzeczności z treścią Protokołu Postępowania, w którym Zamawiający w pkt

11 Najkorzystniejsza oferta wskazał, że: „Do postępowania zostały zgłoszone dwie najkorzystniejsze oferty o tej samej cenie, tj. IGOMA Sp. z o.o. i Ziemia Polska Sp. z o.o. Zgodnie z procedurą, poprzez platformę uzp, obie firmy zostały wezwane przez Zamawiającego do złożenia dodatkowych ofert. Dodatkową ofertę przesłała IGOMA Sp. z o.o., a Ziemia Polska Sp. z o.o. nie dostarczyła dodatkowej oferty, gdyż nie otrzymali wezwania do złożenia dodatkowej oferty. Na platformie uzp, niektóre firmy posiadają po kilka kont i mimo, iż Zamawiający wysłał wezwanie do Ziemi Polskiej Sp. z o.o., to wezwanie nie dotarło, gdyż wpłynęło na nieaktywne konto, o czym nie miał świadomości Zamawiający. Ziemia Polska Sp. z o.o. nie wyraziła zgody na to, że Zamawiający nie przyjął dodatkowej oferty po terminie złożenia, a IGOMA Sp. z o.o. nie wyraziła zgody, aby przyjąć ofertę dodatkową Ziemi Polskiej Sp. z o.o. po terminie. W tej sytuacji Zamawiający unieważnił postępowanie, jednak przez KIO unieważnienie nie zostało zaakceptowane, więc Zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę, która została dostarczona jako dodatkowa.”

A zatem, Zamawiający samodzielnie ustalił, a następnie potwierdził w Protokole Postępowania fakt, że Odwołujący nie otrzymał wezwania do złożenia oferty dodatkowej, a konto Odwołującego, na które przesłano wezwanie było nieaktywne.

Z dokumentów dołączonych do odpowiedzi na odwołanie wynika, że Zamawiający przesłał wezwanie do złożenia oferty dodatkowej na konto o nazwie: „Ziemia Polska Sp. z o.o.”, natomiast w Raporcie z przebiegu otwarcia ofert, znajdującego się w dokumentach zamówienia w każdej z ofert wskazane zostały „Dane Wykonawcy, który wysłał ofertę”.

W przypadku Odwołującego, nazwa konta to: „ZIEMIA POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZIEMIA POLSKA SPÓŁKA Z O.O. I 1181965404 I 141543151”- strona 10 Raportu z przebiegu otwarcia ofert.

Nazwę „ZIEMIA POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ” Odwołujący wskazał równi korespondencji mailowej kierowanej do Zamawiającego w dniu

22 stycznia 2024 r., informując Zamawiającego, że konto z nazwą: „Ziemia Polska Sp. z o.o.” to konto nieaktywne. Tak więc przy zachowaniu minimalnej staranności, posługując się jedynie dokumentami zamówienia, Zamawiający miał możliwość ustalenia nazwy konta Odwołującego i przesłania wezwania do złożenia oferty dodatkowej. Problemu z ustaleniem prawidłowego konta Zamawiający nie miał w przypadku Przystępującego.

Ponadto Zamawiający miał możliwość skorzystania z drugiego, przewidzianego w Specyfikacji Warunków Zamówienia sposobu komunikacji z wykonawcami – z drogi mailowej, jednak tego nie uczynił.

Na powyższe okoliczności zwróciła również uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 29 lutego 2024 r., sygn. akt KIO 278/24.

Zamawiający powyższą sytuację tłumaczył nieprawidłowym działaniem narzędzi i urządzeń do elektronicznej komunikacji i wskazał, że powyższa okoliczność stanowi podstawę do unieważnienia postępowania. Izba uznała powyższą próbę usprawiedliwienia własnych nieskutecznych czynności za nieuzasadnioną. Zamawiający nie wykazał wadliwości narzędzi

i urządzeń do elektronicznej komunikacji z wykonawcami, a zatem nie istniały podstawy do unieważnienia postępowania.

W ocenie Izby niezasadne jest również stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym żądanie Odwołującego wezwania jego i konkurencyjnego wykonawcy do złożenia dodatkowych ofert jest sprzeczne z art. 249 ustawy Pzp, ponieważ czynność wezwania do złożenia ofert dodatkowych w okolicznościach określonych w art. 249 Pzp nie może być powtórzona.

Izba wskazuje, że Zamawiający może wezwać do złożenia ofert dodatkowych tylko raz. Natomiast, gdy sama czynność wezwania jest wadliwa, należy ponownie wezwać wykonawców do złożenia ofert dodatkowych.

A zatem w ocenie Izby potwierdził się zarzut nr 1 odwołania, a wobec powyższego

w konsekwencji Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie wykonawców, którzy złożyli oferty najkorzystniejsze do złożenia ofert dodatkowych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Izba wskazuje, że Zamawiający mając świadomość, że Odwołujący nie otrzymał wezwania do złożenia oferty dodatkowej (co zostało stwierdzone wprost w Protokole Postępowania) i jaka była tego przyczyna, wybrał ofertę Przystępującego jako ofertę najkorzystniejszą, naruszając zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

A wobec powyższego, odwołanie podlegało uwzględnieniu również w zakresie zarzutu nr 2.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) i obciążyła kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, mając na uwadze wynik postępowania.

Izba uwzględniła odwołanie w całości, a wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11.100 złotych, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca: