Sygn. akt: KIO 423/24

WYROK

Warszawa, dnia 23 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lutego 2024 r. przez wykonawcę PUK TAMAX sp. z o.o. z siedzibą w Skawinie
w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Radziemice z siedzibą w Radziemicach
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego:
M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.J. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MIKI pod adresem ul. Nad Drwiną 33, 30-841 Kraków

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
   1.1 Unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
   1.2 Przeprowadzenie czynności oceny ofert z zastosowaniem się do obowiązków wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, 318 zł 00 gr (trzysta osiemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszt dojazdu pełnomocnika odwołującego na rozprawę;
   2.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11 418 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy czterysta osiemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

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 423/24

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

Gmina Radziemice z siedzibą w Radziemicach (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie podstawowym pn.: „Odbieranie
i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Radziemice oraz utworzenie i prowadzenie PSZOK,
Nr INW.271.15.2023, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 2023/BZP 00519427/01 w dniu 28 listopada 2023 r.

7 lutego 2024 r. wykonawca PUK TAMAX sp. z o.o. z siedzibą w Skawinie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie w zakresie części I postępowania i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 255 pkt 6 Pzp przez jego niezasadne zastosowanie i unieważnienie postępowania, pomimo iż stwierdzone przez Zamawiającego wady postępowania, polegające według niego na niejednoznacznym opisie przedmiotu zamówienia oraz upływie terminu związania ofertą, nie stanowiły wad, które uniemożliwiały zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Żadna z powyższych okoliczności nie stanowi przesłanki do unieważnienia umowy, o których mowa w art. 457 ust. 1 Pzp.

2. art. 260 ust. 1 Pzp w związku z art. 255 pkt 6 Pzp i art. 457 ust. 1 Pzp przez niedostateczne uzasadnienie prawne i faktyczne informacji o unieważnieniu postępowania. W informacji z dnia 2 lutego 2024 r. Zamawiający nie przedstawił pełnej argumentacji wskazującej na wypełnienie wszystkich trzech przesłanek określonych w art. 255 pkt 6 Pzp, warunkujących prawidłowość czynności unieważnienia postępowania na tej podstawie prawnej. Zamawiający ograniczył się do wskazania wad postępowania, nie zamieszczając żadnego uzasadnienia, dlaczego stwierdzone przez niego wady miałyby uniemożliwiać zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co zresztą w ocenie Odwołującego nie zachodzi w niniejszym postępowaniu.
3. art. 252 ust. 2 Pzp przez jego niezastosowanie i brak wezwania Odwołującego, w związku z upływem terminu związania ofertą, do wyrażenia pisemnej zgody na wybór jego oferty. Zamawiający w informacji z dnia 2 lutego 2024 r. błędnie wskazał, iż po upływie terminu związania ofertą nie może podjąć żadnej czynności w postępowaniu, podczas gdy miał obowiązek wystosowania do Odwołującego wezwania z art. 252 ust. 2 Pzp, a następnie wezwania go do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania,
2. wezwania wykonawcy, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia pisemnej zgody na wybór jego oferty w trybie art. 252 ust. 2 Pzp,
3. przeprowadzenia czynności ponownego badania i oceny ofert i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron Odwołujący wyjaśnił, że zarzut nr 2 ma charakter ewentualny i został podniesiony na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1 odwołania.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał m. in.:
Zamawiający nie wykazał kumulatywnego wypełnienia przesłanek art. 255 pkt 6 Pzp, a to ten przepis stanowił podstawę unieważnienia postępowania. Zamawiający nie wskazał, które postanowienia SWZ były niejednoznaczne (nie wskazał konkretnych jednostek redakcyjnych SWZ). Przede wszystkim nie wykazał jednak przesłanki trzeciej ww. przepisu, a mianowicie, jak wady SWZ miałaby wpływać na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego (w kontekście art. 457 ust. 1 Pzp lub ewentualnie art. 58 Kc – Zamawiający w ogóle nie odwołał się do tych podstaw prawnych).
W ocenie Odwołującego fakt, że niektóre z postanowień SWZ (OPZ) miały charakter ogólny i pozwalały na różne interpretacje, co dotyczy terminu uruchomienia PSZOK oraz odległości PSZOK od siedziby Zamawiającego (co potwierdziła KIO 3839/23 w zakresie odległości), nie wpływał w żaden na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego.
Istotne w niniejszej sprawie jest to, że Zamawiający nie wskazał, jak stwierdzona wada postępowania miałaby wpływać na ważność umowy (np. z którym dokładnie przepisem prawa powszechnie obowiązującego umowa miałaby być sprzecza i która to sprzeczność prowadziła by do jej nieważności). Należy podkreślić, że nie istnieją żadne przepisy prawne wskazujące na minimalną czy maksymalną odległość PSZOK od siedziby Zamawiającego, ani też na dokładny termin jego uruchomienia.
Wskazana przez Zamawiającego wada postępowania (naruszenie art. 99 ust. 1 Pzp) miała więc charakter nieistotny z puntu widzenia ważności umowy, a zatem nie dawała podstaw do unieważnienia postępowania w trybie art. 255 pkt 6 Pzp.
22 lutego 2024 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.
W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in.:

Odwołujący w tezach prezentowanych w odwołaniu KIO 3839/23, w sposób jednoznaczny choć pewnie niezamierzony, wyartykułował podstawy do unieważnienia postępowania. Powyższe wynikało z nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie maksymalnej odległości do PSZOK. Uzasadnienie oraz podstawy prawne zostały wskazane w unieważnieniu postępowania. Interpretacja Odwołującego co do sposobu wyznaczenia trasy (odległości) w linii prostej, w sposób jasny ukazuje ułomność opisu przedmiotu zamówienia, która w sposób oczywisty pozwoliłaby na podważenie prowadzonego postępowania, przez zainteresowanych mieszkańców gminy m.in. członków Rady gminy. Tym bardziej że przemieszczanie się do GPSZOK-a będzie następowało drogami publicznymi nie zaś przez pola i lasy, co nie nastręczałoby kłopotów w udowodnieniu, że odległość jest znacznie większa niż zakładano w prowadzonym postępowaniu. Zamawiający odległość do Sędziszowa wyznaczył najkrótszą trasą drogami publicznymi. Podobne niedoprecyzowanie przedmiotu zamówienia dotyczyło uruchomienia GPSZOK-a.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności
treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte
w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie
i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając,
że zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami oraz informacji z 2 lutego 2024 r. o unieważnieniu postępowania.

Zarzut nr 2 wskazany przez Odwołującego jako ewentualny, na wypadek oddalenia zarzutu
nr 1 nie był przedmiotem rozpoznania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z „Szczegółowym Opisem Przedmiotu Zamówienia i jego realizacji" (Załącznik A
do SWZ):

„Przedmiotem zamówienia jest:

1. Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Radziemice,
2. Utworzenie i prowadzenie Gminnego Punktu Selektywnego zbierania Odpadów zgodnie z regulaminem stanowiącym załącznik GPSZOK nie może znajdować się w większej odległości niż 40 km od siedziby Zamawiającego Radziemice 74. GPSZOK musi znajdować się na terenie, do którego Wykonawca posiada tytuł prawny. Zamawiający nie dopuszcza prowadzenia tak zwanego mobilnego PSZOK. Cena za odbiór każdego rodzaju odpadu w PSZOK musi być taka sama.
3. Zorganizowania akcji promującej selektywną zbiórkę odpadów wśród mieszkańców Gminy Radziemice (…).
4. Przeprowadzenia edukacji ekologicznej mieszkańców Gminy Radziemice w następującej formie (…)".

7 grudnia 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp zażądał wskazania przez Odwołującego miejsca, w którym zostanie utworzony i prowadzony Gminny Punkt Selektywnego Zbierania Odpadów wraz ze wskazaniem tytułu prawnego oraz zezwoleniem wymaganym ustawą z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz. U. z 2023 r. 1587 z późn. zm.).

11 grudnia 2023 r. w odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący wskazał m. in.:

„W związku z wezwaniem Zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty, PUK TAMAX Sp. z o.o. informuje, iż Gminny Punkt Selektywnego Zbierania Odpadów utworzony i prowadzony będzie w Sędziszowie ul. Sportowa 2".

16 grudnia 2023 r. Zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty
w postępowaniu, a także o odrzuceniu jako niezgodnych z warunkami zamówienia ofert Odwołującego i Przystępującego. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał:

„Podstawą do odrzucenia oferty jest niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia (…).

Zgodnie z Załącznikiem A - SZCZEGÓŁOWYM OPISEM PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA
I JEGO REALIZACJI, który jest integralną częścią SWZ, Zamawiający w pkt 2 napisał,
że (…) GPSZOK nie może znajdować się w większej odległości niż 40 km od siedziby Zamawiającego Radziemice 74. GPSZOK musi znajdować się na terenie, do którego Wykonawca posiada tytuł prawny. Zamawiający nie dopuszcza prowadzenia tak zwanego mobilnego PSZOK.

Zatem jednym z elementów składającym się na przedmiot zamówienia jest świadczenie przez wykonawcę usługi polegającej na organizacji (utworzeniu) i prowadzeniu punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych w odległości nie większej niż 40 km od siedziby Zamawiającego. Z samej treści Specyfikacji wynika więc jednoznacznie, że na zakres przyszłego świadczenia składa się organizacja i prowadzenie punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych czyli innymi słowy Zamawiający wymaga, aby od dnia zawarcia umowy wybrany Wykonawca prowadził PSZOK w odległości nie większej niż 40 km. Zamawiający
na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy zażądał wskazania przez Wykonawcę miejsca, w który zostanie utworzony i

prowadzony Gminny Punkt Selektywnego Zbierania Odpadów wraz
ze wskazaniem tytułu prawnego.
Żaden z Wykonawców, których oferta została odrzucona w odniesieniu do wymagania lokalizacji nie spełnił (...).
Sędziszów znajduje się od siedziby Zamawiającego w odległości co najmniej 56,4 km. Zatem Wykonawca złożył ofertę, która nie spełnia wymagań zawartych w SWZ (Opisie Przedmiotu Zamówienia)(...). Biorąc pod uwagę kalkulowanie przez Wykonawców ceny oferty, Zamawiający ma pełne prawo uznać, że cena oferty jest obarczona błędem, gdyż każdy Wykonawca przyjął założenia niezgodne z wymaganiami zawartymi w SWZ. Wykonawcy pomimo wiedzy o konieczności utworzenia i prowadzenia PSZOK co było jednoznacznie czynnością niezbędną do podjęcia i świadczenia usługi podstawowej złożyli oferty uchybiające treści SWZ (...)".
12 stycznia 2024 r. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku sygn. akt KIO 3839/24 w sprawie odwołania wniesionego przez Odwołującego orzekła, że:
„Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

1.1Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,
1.2Unieważnienie czynności odrzucenia z postępowania oferty odwołującego PUK TAMAX sp. z o.o. z siedzibą w Skawinie,
1.3Przeprowadzenie ponownej czynności oceny ofert w postępowaniu".

Z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego wynika, że od czasu ww. wyroku w postępowaniu nie zostały przeprowadzone żadne czynności.
2 lutego 2024 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał:
„Postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 255 ust. 1 pkt 6 ustawy. Celem postępowania jest zawarcie wyłącznie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego na przeszkodzie której stoją nieusuwalne wady proceduralne nie podlegające konwalidacji, obciążające postępowanie w sposób nieodwracalny. Są to zarówno nieprawidłowe działania jak i zaniechania Zamawiającego. Takimi wadami jest niejednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia co narusza art. 99 ust. 1 ustawy, jak również upływ terminu związania ofertą, których nie da się w żaden sposób przywrócić po ich upływie, gdyż byłoby to sprzeczne
z art. 16 oraz art. 17 ust. 2 oraz ust. 1 pkt b ustawy (…).
Krajowa Izba Odwoławcza w przypadku odwołania złożonego przez EKOM postępowanie
w dniu 5.01.2024 r. umorzyła (mowa tu o postępowaniu o sygn. akt KIO 3833/24 – dopisek Izby), natomiast w przypadku odwołania złożonego przez PUK TAMAX Sp. z o. o. w związku ze złożonym sprzeciwem przez firmę EKOM Maciejczył Spółka Jawna dotyczącym uwzględnienia odwołania, odwołanie TAMAX Sp. z o.o. uwzględniła w dniu 12.01.2024 r. (…).
Zamawiający uwzględnił zarzuty poprzez ich uwzględnienie podniesione w odwołaniach, które w sposób oczywisty dotyczyły i wskazywały na niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia oraz wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający nie mógł dokonać zmiany treści opisu przedmiotu zamówienia z uwagi, że na niejednoznaczność zapisów opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiającemu zwrócono uwagę po złożeniu ofert, co spowodowało że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą z powodu braku jednoznacznych zapisów w zakresie przedmiotu zamówienia, co spowodowałoby brak uzyskania najlepszych efektów zamówienia, które Zamawiający był obowiązany zapewnić zarówno w zakresie terminu funkcjonowania PSZOK jak jego usytuowania.
Zamawiający nie mógł sanować czynności w zakresie opisu przedmiotu zamówienia
po terminie składania ofert. Ponieważ wada ma nieusuwalny charakter i nie może być skorygowana przez Zamawiającego w toku postępowania, postępowanie musi zostać unieważnione na podstawie art. 255 ust. 1 pkt 6 ustawy.
Ponadto termin związania ofertą upłynął w dniu 4.01.2024 r., a Zamawiający nie wystąpił
do Wykonawców o jego przedłużenie, dodatkowo czyni postępowanie obarczone wadą, gdyż przedłużenie terminu związania ofertą, w oparciu o art. 307 ust. 3, wymaga złożenia przez wykonawcę pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a Zamawiający nie może wykonać żadnej czynności związanej z badaniem i oceną ofert, gdyż przeciwne działanie byłoby sprzeczne z przepisem art. 307 ust. 1 ustawy.
Upływ terminu związania ofertą nie da się w żaden sposób przywrócić w stosunku
do wykonawców, którzy nie zostali wezwani do wyrażenia zgody na jego przedłużenie.
W okolicznościach faktycznych stan związania ofertą wygasł i oferty nie mogą podlegać dalszej ocenie. Stanu tego nie można w żaden sposób konwalidować.
Tym samym przepis art. 255 pkt 6 ustawy stanowi podstawę unieważnienia przedmiotowego postępowania (…).
Zgodnie ze wskazanym przepisem, zamawiający ma zatem obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia ze względu na jego wadę, która spełnia dwa kryteria, a mianowicie: jest to wada niemożliwa do usunięcia po jej stwierdzeniu ze względu na stan zaawansowania postępowania o udzielenie zamówienia oraz jest to wada rzutująca bezpośrednio na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (…)".

W zakresie sposobu interpretacji SWZ w zakresie, którego dotyczyło odwołanie KIO 3839/23 Izba w uzasadnieniu wyroku wskazała:

„Biorąc pod uwagę opisany wyżej stan sprawy Izba doszła, że odrzucenie oferty Odwołującego na wskazanej podstawie faktycznej było niezasadne. Istotą sporu był sposób rozumienia zwrotu: „GPSZOK nie może znajdować się w większej odległości niż 40 km od siedziby Zamawiającego Radziemice 74". W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, że przy tak sformułowanym wymogu Zamawiający miał obowiązek dopuścić oferty, w których pomiar odległości 40 km przeprowadzono po linii prostej. SWZ ani załączniki do niej nie dają żadnej podstawy do zawężającej interpretacji ww. wymogu. Skoro więc Zamawiający nie uregulował warunku w sposób jednoznacznie wyłączający możliwość pomiaru odległości w linii prostej,

to nie może tego zrobić obecnie, po upływie terminu składania ofert, w drodze wykładni treści SWZ".

Biorąc pod uwagę opisany wyżej stan faktyczny Izba uznała, że unieważnienia postępowania stanowiło rażące naruszenie art. 255 pkt 6 Pzp.

Zgodnie z tym przepisem zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z uzasadnienia unieważnienia postępowania nie wynika jaką wadą w ocenie Zamawiającego było dotknięte postępowanie. Informacja na ten temat zawarta została dopiero w odpowiedzi na odwołanie, w jej przytoczonym wyżej fragmencie, w szczególności w stwierdzeniu: „Interpretacja Odwołującego co do sposobu wyznaczenia trasy (odległości) w linii prostej,

w sposób jasny ukazuje ułomność opisu przedmiotu zamówienia, która w sposób oczywisty pozwoliłaby na podważenie prowadzonego postępowania, przez zainteresowanych mieszkańców gminy m.in. członków Rady gminy". Z powyższego wynika ponad wszelką wątpliwość, że Zamawiający unieważnił postępowanie nie z uwagi na nieusuwalną wadę

w rozumieniu art. 255 pkt 6 Pzp, a z potrzeby obejścia nakazu wyrażonego przez Izbę

w wyroku KIO 3839/23.

Wbrew twierdzeniu Zamawiającego postanowienie SWZ „GPSZOK nie może znajdować

się w większej odległości niż 40 km od siedziby Zamawiającego Radziemice 74" nie budzi żadnych wątpliwości interpretacyjnych i pozwala na ocenę ofert złożonych w postępowaniu , niezależnie od tego czy wykonawcy złożyli oferty z uwzględnieniem odległości 40 km mierzonej w linii prostej czy po drogach publicznych. Skoro Zamawiający w SWZ nie określił sposobu pomiaru tej odległości, to dopuszczalny jest każdy sposób.

Argumentacja oparta na twierdzeniu: „Upływ terminu związania ofertą nie da się w żaden sposób przywrócić w stosunku do wykonawców, którzy nie zostali wezwani do wyrażenia zgody na jego przedłużenie. W okolicznościach faktycznych stan związania ofertą wygasł

i oferty nie mogą podlegać dalszej ocenie. Stanu tego nie można w żaden sposób konwalidować" wbrew stanowisku Zamawiającego nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..……..……..……..……..……