

WYROK

Warszawa, dnia 29 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Maria Kacprzyk
Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lutego 2024 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 stycznia 2024 r. przez wykonawcę IGOMA sp. z o.o. z siedzibą w Gorzesławie, w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Wodociągów i Usług Komunalnych w Lublińcu, przy udziale wykonawcy: Ziemia Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania z dnia 26 stycznia 2024 r. oraz dalsze prowadzenia postępowania, w tym badanie i ocenę ofert;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
 - 1.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego IGOMA sp. z o.o. z siedzibą w Gorzesławie, tytułem wpisu od odwołania;
 - 1.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) 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.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Wodociągów i Usług Komunalnych w Lublińcu prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Odbiór ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych”, dalej zwane: „Postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00018458, z 8 stycznia 2024. r. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), dalej zwanej „Pzp”.

W dniu 26 stycznia 2024 roku Odwołujący – IGOMA sp. z o.o. z siedzibą w Gorzesławie (dalej: „Odwołujący”), działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 1 Pzp, wniósł odwołanie na czynność unieważnienia Postępowania z dnia 23 stycznia 2023 r.

Odwołujący zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie art. 255 pkt 5 Pzp poprzez dokonanie czynności polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie tego przepisu, w sytuacji gdy nie wystąpiła przesłanka unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, o której mowa w tym przepisie, tj. nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, w związku z czym czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania powinna zostać unieważniona i postępowanie powinno być kontynuowane.

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania, jak również, że złożył ofertę w Postępowaniu.

W uzasadnieniu zarzutu Odwołujący wskazał, że unieważnienie postępowania przez Zamawiającego jest całkowicie bezzasadne. Przytoczył, że komunikacja na platformie nie była, zgodnie z SWZ, jedyną drogą komunikacji pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami, oprócz komunikacji przez platformę, Zamawiający był zobowiązany również do komunikacji z Wykonawcami za pośrednictwem poczty elektronicznej oraz do publikowania wszelkich informacji i zmian

na własnej stronie internetowej. W odniesieniu do komunikacji przez platformę, również nie mogły występować problemy wynikające z wielości kont Wykonawców, gdyż Zamawiający powinien był przekazywać informacje na konta, z których były składane oferty. Zdaniem odwołującego ewentualne problemy z komunikacją nie mogły więc być spowodowane jakąkolwiek istotną zmianą okoliczności powodującą, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, lecz mogły wynikać jedynie z błędów lub zaniechań Zamawiającego lub poszczególnych Wykonawców.

W dniu 14 lutego 2024 r. odbyło się posiedzenie jawne z udziałem stron, w trakcie którego Izba ustaliła, że Zamawiający nie przekazał zgodnie z art. 524 Pzp kopii odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W związku z powyższym, posiedzenie zostało odroczone celem wykonania ww. czynności przez Zamawiającego.

W ustawowym terminie, wykonawca Ziemia Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

W dniu 23 lutego 2024 r. Zamawiający przedłożył pismo, w którym wniósł oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie kosztów postępowania na rzecz Zamawiającego. Wniósł także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów w postaci zdjęć wezwań z platformy e-Zamówienia na okoliczność problemów Zamawiającego z komunikacją poprzez ww. platformę z uwagi na wielość kont Odwołującego i Przystępującego, a także na przesłuchanie na ww. okoliczność świadka w osobie pracownika Zamawiającego.

Zamawiający podkreślił, że problemy z komunikacją powstały dopiero na etapie składania ofert dodatkowych, co stanowi jego zdaniem istotną zmianę, o której traktuje art. 255 pkt 5 Pzp, Wskazywał, że narusza to także zasady uczciwej konkurencji, równość podmiotów postępowania i istotną wadę. Przytoczył także orzecznictwo Izby i sądów powszechnych dotyczące interesu publicznego oraz wadliwego działania systemu informatycznego, służącego do komunikacji w postępowaniu.

W dniu 26 lutego 2024 r. Odwołujący złożył pisemne stanowisko w sprawie, w którym podtrzymał dotychczasowe stanowisko.

W dniu 26 lutego 2024 r. Przystępujący złożył pisemne stanowisko w sprawie, w treści którego przychylił się do stanowiska Odwołującego.

Na rozprawie Strony oraz uczestnicy podtrzymały dotychczas wyrażone stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając ogłoszenie o zamówieniu oraz dokumenty zamówienia, 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, Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usługa polegająca na odbiorze ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych (kod odpadu 190805) w szacunkowej ilości ok. 2 048 Mg, wytwarzanych na Oczyszczalni ścieków w Lublińcu, ul. Spokojna 2 wraz z załadunkiem, transportem i zagospodarowaniem odpadów metodą odzysku w procesie R3..

W roz. VIII SWZ, dotyczącym sposobu porozumienia się zamawiającego z wykonawcami, wskazano:

„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 : www.zwiuk.eu – PRZETARGI oraz na platformie ezamowienia.gov.pl

c) wszelkie zmiany i informacje będą również publikowane na naszej stronie internetowej www.zwiuk.eu – 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.gov.pl.

W odpowiedzi na ogłoszenie, wpłynęło 5 ofert, w tym oferta Odwołującego i Przystępującego.

Zawiadomieniem z dnia 23 stycznia 2024 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o unieważnieniu Postępowania o udzielenie zamówienia 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.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania. Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione w terminie, nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nie została również wypełniona żadna z pozostałych przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia

przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Odwołanie podlegało uwzględnieniu w całości.

Zgodnie z art. 255 pkt 5 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Co do zasady, celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest udzielenie zamówienia wykonawcy, który wykona zamówienie zgodnie z warunkami zamówienia, określonymi przez zamawiającego. W konsekwencji unieważnienie postępowania bez wyboru oferty najkorzystniejszej, może nastąpić wyłącznie na podstawie enumeratywnie wymienionych okoliczności. Taką podstawę stanowi art. 255 pkt 5 Pzp, przytoczony powyżej, który może mieć zastosowanie, jeśli wszystkie przesłanki opisane w rzeczonym przepisie zostaną spełnione: wystąpić musi istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym oraz tej istotnej zmiany okoliczności nie można było wcześniej przewidzieć. Wystąpienie istotnej zmiany okoliczności musi też mieć charakter obiektywny tj. zmiana musi istnieć i to zamawiający jest obowiązany wskazać, że zachowując należyta staranność, nie mógł w dacie wszczęcia postępowania przewidzieć wystąpienia istotnej zmiany okoliczności, powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

W okolicznościach niniejszej sprawy nie zaszła żadna z okoliczności, o której traktuje przepis. Zamawiający w treści informacji o unieważnieniu podał, że to problem z komunikacją związany wielością kont wykonawców, którzy złożyli oferty.

Dokumentacja postępowania, dowody przedłożone przez Zamawiającego oraz jego stanowisko zawarte w toku rozprawy potwierdzają, że przy wysyłaniu korespondencji do wykonawcy pojawia się kilka kont, każde z indywidualnym opisem, przy czym Izba stoi na stanowisku, że nie jest to wadliwość systemu informatycznego. W raporcie z otwarcia ofert, znajdującym się w dokumentach zamówienia, przy każdej ofercie są wskazane „Dane Wykonawcy, który wysłał ofertę”. W przypadku Przystępującego, nazwa konta brzmi: „ZIEMIA POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZODPOWIEDZIALNOŚCIĄ | ZIEMIA POLSKA SPÓŁKA Z O. O. | 1181965404 | 141543151”. Taką nazwę (w w skróconej do pierwszego członu), Przystępujący wskazał także w korespondencji mailowej z dnia 22 stycznia 2024 r. Nazwa Odwołującego z kolei wskazana w raporcie z otwarcia ofert jest spójna z nazwą konta, na które komunikował się Zamawiający z Odwołującym.

Bazując na zatem na nazwie wskazanej w raporcie z otwarcia ofert, stanowiącą nazwę konta, Zamawiający powinien ustalić konto właściwe, a jeśli miał z tym trudności – skorzystać z drugiego, przewidzianego w SWZ sposobu komunikacji, czy też ustalić prawidłowe konto (jak to zrobił wobec Odwołującego). Za nieuprawnione Izba uznaje twierdzenia Zamawiającego, że skoro wezwanie dotyczyło złożenia ofert dodatkowych, to nie mogło być przesłane mailem – jedynie składanie ofert, w tym także dodatkowych, powinno odbywać się w odpowiedniej formie i za pośrednictwem platformy, celem ich zaszyfrowania (czemu przecież służy dodatkowy etap generowany w platformie), a nie przesyłanie zawiadomień. Ta okoliczność wynika zarówno z przepisów, jak i roz. II oraz VIII SWZ, a ponadto mogła się znaleźć w treści wezwania. W konsekwencji jedynie wadliwe, zawinione działanie Zamawiającego, a wręcz jego zaniechanie wynikające zapewne z braku kompetencji, było przyczyną nedoręczenia jednego z wezwań Przystępującego, a ta z kolei nie stanowi okoliczności mogącej skutkować unieważnieniem Postępowania.

Nie ma racji Zamawiający twierdząc, że wielość kont to próba wprowadzenia w błąd wykonawców czy też że jest to nieprawidłowość, wadliwość platformy – jako narzędzie informatyczne jest zapewne w obszarze komunikacji niewygodne, natomiast nie uniemożliwia prowadzenia korespondencji za pomocą platformy, a jedynie wymaga większej wnikliwości przy wybieraniu adresata, zaś akurat w przypadku składania ofert dodatkowych – dodania kolejnego etapu na ich złożenie. Sam Zamawiający potwierdził, że konsultował te kwestię z pomocą techniczną platformy, gdzie uzyskał informację, że tak jest skonstruowana.

W konsekwencji działanie Zamawiającego, polegające na unieważnieniu Postępowania w zaistniałych okolicznościach było dokonane z rażącym naruszeniem prawa, jedynie wobec niekompetencji Zamawiającego i ignorowania sposobu prawidłowej komunikacji. W żadnym razie takie okoliczności nie stanowią istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

W dalszym ciągu, wobec potrzeby Zamawiającego udzielenie zamówienia (wyrażonej przecież poprzez wszczęcie kolejnego postępowania), interes publiczny nie uległ w tym zakresie zmianie. Sam Zamawiający w swoim piśmie przytoczył orzecznictwo związane definiowaniem pojęcia interesu publicznego i żadne z tych orzeczeń, w których interes publiczny jest powiązany z korzyściami wynikającymi z realizacji przedsięwzięć służących ogółowi, określonej grupie społecznej, nie nawiązuje do partykularnego interesu Zamawiającego, ale przede wszystkim – do wywołanych jego działaniami i zaniechaniami okoliczności.

Za znamienne Izba uznaje twierdzenia Zamawiającego o pewności stosowania przepisów w demokratycznym państwie prawa – nie ma miejsca w demokratycznym państwie prawa na wszczynanie postępowania o udzielenie zamówienia, by

następnie je arbitralnie unieważniać i zaniechać wyboru oferty najkorzystniejszej. To działanie Zamawiającego narusza interes publiczny i stąd też Izba nakazała unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania oraz dalsze jego prowadzenie.

Z powyższych powodów Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

O kosztach postępowania stosownie do wyniku sprawy orzeczono na podstawie art. 575 Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437). Izba nie zasądziła kosztów związanych z dojazdem na rozprawę lub wynagrodzenia pełnomocnika, ponieważ zgodnie z § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia, do kosztów zalicza się koszty udokumentowane rachunkiem lub spisem kosztów, zaś Odwołujący takich dokumentów nie złożył.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....