Sygn. akt: KIO 2330/23

WYROK

z dnia 22 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Agata Mikołajczyk

Protokolant:Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2023 r. przez odwołującego: **SANGAZ KARDACH Sp. k. z/s w Jarocinie** (ul. Brzozowa 3 63200 Jarocin) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Czempiniu Sp. z o.o.** (ul. Polna 2, 64020 Czempiń),

orzeka:

1.Oddala odwołanie;

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: **SANGAZ KARDACH Sp. k. z/s w Jarocinie** (ul. Brzozowa 3 63200 Jarocin) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy),stanowiącą kwotę wpisu uiszczonego od odwołania przez odwołującego;

2.2.zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Czempiniu Sp. z o.o.** (ul. Polna 2, 64020 Czempiń) kwotę **3.854 zł 10 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset pięćdziesiąt cztery zł dziesięć groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł i tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę w kwocie 254,10 zł.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

……..……..……..……..……..……..

Sygn. akt: KIO 2330/23

Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione w dniu 7 sierpnia 2023 r. przez odwołującego: SANGAZ KARDACH Sp. k. z/s w Jarocinie w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy – Prawo zamówień publicznych (ustawa Pzp lub Pzp) przez zamawiającego: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Czempiniu Sp. z o.o. w przedmiocie zamówienia publicznego pn.: „Sprzedaż, dostawę i rozładunek materiałów dla potrzeb wykonania sieci kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami w miejscowości Nowe Borówko". Numer referencyjny: PGK/ZP/5/2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP nr 2023/BZP 00270304/01z dnia 2023-06-22. Wykonawca podał, że wnosi odwołanie na (...) niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu, a polegającą na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na stwierdzenie, że /.../ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego polegającą na niespójnym określeniu w dokumentach postępowania maksymalnego dopuszczonego przez Zamawiającego okresu gwarancji /.../ pomimo, że przyczyna wskazana przez Zamawiającego nie występuje i nie jest wadą postępowania uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, błędną ocenę prowadzonego postępowania - jako postępowania podlegającego unieważnieniu - i w konsekwencji na zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, błędną ocenę prowadzonego postępowania jako postępowania nie podlegającego odwołaniu — i zamieszczeniu ogłoszenia w dniu 3 sierpnia 2023 r. (w identycznym przedmiocie, jak przedmiotowe postępowanie), z terminem składania ofert na dzień 11 sierpnia 2023 roku, co powoduje wywarcie presji na Odwołującego celem rezygnacji ze złożenia odwołania. Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

1)art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność Zamawiającego polegającą na unieważnieniu postępowania, w sytuacji gdy przesłanki do unieważnienia postępowania nie zaistniały, a przeprowadzone przez Zamawiającego postępowanie nie było obarczone wadą, zwłaszcza nieusuwalną i istotną, a nadto zawarcie umowy nie skutkowałoby jej unieważnieniem (w szczególności z powodu udzielenia zamówienia z naruszeniem ustawy Pzp), a Zamawiający, mimo braku istnienia ku temu podstawy prawnej i faktycznej unieważnił postępowanie,

2)art. 16 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy PZP poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, w której oferta złożona przez Odwołującego była w całości zgodna z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz opisem przedmiotu zamówienia, i jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert ustanowionych w postępowaniu, co oznacza, że można było po jej wyborze zawrzeć ważną (niepodlegającą unieważnieniu) i skuteczną umowę o wykonanie przedmiotu zamówienia,

3) art. 239 ust. 1 ustawy PZP w związku z art. 266 ustawy Pzp poprzez zaniechanie - na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia - wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
4) art. 16 ustawy PZP w związku z art. 505 ust. 1 ustawy PZP poprzez zamieszczenie w dniu 3 sierpnia 2023 roku ogłoszenia w identycznym przedmiocie, jak niniejsze postępowanie, z terminem składania ofert wyznaczonym na dzień 11 sierpnia 2023 roku, poprzez wywarcie presji na Odwołującego celem rezygnacji ze złożenia odwołania.
Wskazując na powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, powtórzenia oceny i badania ofert, dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.
Wniósł ponadto o zasądzenie na moją rzecz kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z wnioskiem, który zostanie złożony do czasu zamknięcia rozprawy.
W uzasadnieniu stanowiska podał:
1.Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania i cały czas ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, może zatem ponieść szkodę na skutek niezgodnych z ustawą Pzp czynności, jak i zaniechań Zamawiającego. Oferta Odwołującego jest pierwszą w rankingu ofert wynikającym z kryteriów oceny ofert zawartych w dokumentach zamówienia.
Poprzez dokonanie niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności oraz zaniechań, Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący może utracić szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.
2.Zgodnie z art. 239 ust. 1 w związku z art. 266 ustawy Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Dokonuje tego w sposób wyrażony w art. 16 ustawy Pzp, przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.
Zamawiający, w dokumentach zamówienia (Rozdział 17 ust. 1 pkt 2 SWZ), określił jednoznacznie:
2) Kryterium II - Termin gwarancji (G)— waga 40 %.
W ramach kryterium "Termin gwarancji" ocena ofen zostanie dokonana zgodnie z poniższym wzorem:
G = (Termin gwarancji w ofercie ocenianej/Najdłuższy termin gwarancji wśród badanych ofeft) x 40 pkt
Gdzie: G — wartość punktowa badanej ofetty
Wykonawca zobowiązany jest podać okres gwarancji w pełnych miesiącach. Proponowany przez Wykonawcę okres gwarancji nie może być krótszy niż 36 miesiące (minimalny wymagany przez Zamawiającego okres gwarancji) oraz dłuższy niż 72 miesięcy.
Okres dłuższy niż 72 miesięcy dla potrzeb obliczania punktacji będzie traktowany jak 72 miesięcy.
Niepodanie w ofercie okresu gwarancji lub podanie okresu krótszego niż 36 miesięcy będzie traktowane jako zaoferowanie 36 miesięcy gwarancji.
Ocenie w ramach kryterium „Termin gwarancji" podlegać będzie termin gwarancji podany w ofercie.
Z zapisów dokumentów postępowania wynika, że w postępowaniu nie został określony maksymalny dopuszczony przez Zamawiającego okres gwarancji. Oznacza to, że błędne jest uzasadnienie faktyczne unieważnienia postępowania zawarte w piśmie z dnia 3 sierpnia 2023 roku (L. dz. PGK/ZP/5/2023), gdzie zapisano: (...) Zamawiający unieważnia ww. postępowanie, ponieważ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego polegającą na niespójnym określeniu w dokumentach postępowania maksymalnego dopuszczonego przez Zamawiającego okresu gwarancji. Ocena ofert w kryterium „Termin gwarancji" jest zapisana w dokumentach zamówienia jednoznacznie (oraz identycznie w ogłoszeniu o zamówieniu - pkt 4.3.1 Sposób oceny ofert) i nie budzi żadnych wątpliwości co do sposobu przyznawanych punktów. Nie ma żadnego znaczenia dla oceny ofert, jaki jest maksymalny dopuszczony przez Zamawiającego okres gwarancji, ponieważ: Okres dłuższy niż 72 miesięcy dla potrzeb obliczania punktacji będzie traktowany jak 72 miesięcy. Nie ma więc wątpliwości, że Zamawiający ma zawsze możliwość dokonania oceny ofert w oparciu o określone przez siebie kryterium „Termin gwarancji", a w przypadku zaoferowania przez wykonawców dowolnie długiego okresu gwarancji, termin powyżej 72 miesięcy, dla potrzeb obliczania punktacji, będzie traktowany jak 72 miesiące i oferta otrzyma w tym kryterium 40 pkt. Zamawiający mógł dokonać zmiany kryterium „Termin gwarancji" ale przed upływem terminu na składanie ofert, a po upływie tego terminu musi uwzględnić zapisy dokumentów zamówienia, ponieważ w przeciwnym razie będzie to oznaczało nierówne traktowanie wykonawców.
Z zapisów dokumentów zamówienia wynika, że Zamawiający nie popełnił błędu w opisaniu kryterium „Termin gwarancji" tzn. wiadomym jest za co dokładnie mogą zostać przyznane punkty, a opis sposobu oceny ofert w kryterium „Termin gwarancji" jest identyczny w SWZ oraz w ogłoszeniu.
Analizując zawiadomienie o unieważnieniu postępowania, należy wskazać, że Zamawiający nie wykazał, mimo iż to na

nim spoczywa ciężar dowodu istnienia przesłanek i związku przyczynowego obligujących do unieważnienia postępowania, jak też nie uprawdopodobnił zmaterializowania się przesłanki wynikającej z art. 255 pkt. 6 ustawy Pzp. Uzasadnienie faktyczne jest lakoniczne. Uniemożliwia tym samym wykonawcom dokonanie oceny czynności unieważnienia. Zawiadomienie nie zawiera odniesienia się do okoliczności konkretnej sprawy tzn. na czym miałaby polegać sugerowana „niespójność" prowadząca do unieważnienia postępowania. Udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było prawidłowe, zawsze spoczywa na Zamawiającym.

Podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania nie jest jedynie dopełnieniem wymagania formalnego z art. 260 ust. 1 ustawy Pzp, lecz stanowi element konstytutywny decyzji o unieważnieniu postępowania, w szczególności, jeżeli została ona podjęta z powołaniem się na art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Zgodnie ze stanowiskiem wypracowanym przez doktrynę prawa zamówień publicznych i obszernym dorobkiem orzeczniczym, katalog podstaw unieważnienia postępowania jest katalogiem zamkniętym, nie podlega regułom wykładni rozszerzającej, a unieważnienie postępowania stanowi wyjątek od ogólnej reguły prowadzenia postępowania.

Nie mniej ważne jest uzasadnienie faktyczne unieważnienia. Okoliczności powodujące unieważnienie postępowania muszą być znane wykonawcom poprzez jednoznaczne wskazanie ich w decyzji o unieważnieniu.

Wskazał na wyroki KIO:

- 1580/21: „Kluczowym w sprawie, wobec koniunkcji wystąpienia przesłanek uzasadniających unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy PZP jest to, że zamawiający w piśmie z dnia 19 maja 2021 r. nie uzasadnił z jakich powodów uznał, że dostrzeżona nieusuwalna wada postępowania uniemożliwia mu zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przypomnienia wymaga, że ciężar dowodu w tym zakresie spoczywał na zamawiającym. Tej istotnej kwestii zamawiający nie poświęcił w piśmie z 19 maja 2021 r. żadnej uwagi. Podkreślić przy tym należy, że tak ważka czynność zamawiającego (unieważnienie postępowania) znosząca cel postępowania, tj. udzielenie zamówienia winna bezsprzecznie ujmować dlaczego zachodzą przesłanki do uznania, że Prezes UZP miałby podstawy do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy — winna ujmować odniesienie się do przepisu art. 457 ust. 1 w zw. z art. 459 ust. 1 pkt 2."
- KIO 2731/21: „Wada musi mieć nieusuwalny charakter. Chodzi jedynie o takie uchybienia albo też o takie wady, które uniemożliwiłyby dalsze prowadzenie postępowania. W tym stanie faktycznym tak nie jest. Możliwe jest bowiem dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż sposób przyznania punktów w ramach ustalonych w SWZ kryteriów został jednoznacznie określony".
- KIO 763/13 (aktualnym w zakresie odwołania):„Reasumując, skoro decyzja o unieważnieniu postępowania uniemożliwiała wykonawcom dokonanie oceny tej czynności, bowiem nie zawierała uzasadnienia faktycznego, odnoszącego się do okoliczności konkretnej sprawy, to stwierdzić należy, że przedmiotowa decyzja jest wadliwa, co z kolei przesądza o naruszeniu przepisu art. 93 ust. 3 ustawy. Okoliczność, iż przedmiotowa decyzja nie poddaje się ocenie może mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, bowiem jest możliwe, że przyczyny, które Zamawiający zobowiązany jest podać KIO 523/13) nie znajdą potwierdzenia i decyzja o unieważnieniu może okazać się niesłuszna (aft. 192 ust 2 ustawy)".
- KIO 1438/21: (...) wykładnia przepisów ustawy Pzp umożliwiających unieważnienie postępowania winna mieć charakter ścisły, nie jest możliwe stosowanie wykładni rozszerzającej, a Zamawiający winien opisać w jaki sposób stwierdzone wady postepowania przełożyć mogę się na nieważność przyszłej umowy, tak w aspekcie przepisów ustawy Pzp, czy też przepisów kodeksu cywilnego".
- KIO 725/22: „Zamawiający nie określił jaki przepis prawa materialnego określony w PZP został naruszony. Stwierdził on ogólnie, że wada związana była z nieprecyzyjnym opisem przedmiotu zamówienia, który to opis mógł zostać różnie zrozumiany przez wykonawców i przez to mieć wpływ na sporządzenie ofeny. Uwaga powyższa była jednak gołosłowna i nieuzasadniona. Nie została wyjaśniona, ani tym bardziej uprawdopodobniona. Zamawiający nie przywołał jakiegokolwiek przepisu prawa materialnego Pzp, który doznał uszczerbku w związku z określonym postanowieniem SWZ i że uszczerbek ten miał wpływ na niemożność zawarcia umowy".
- KIO 1068/23, KIO 1070/23, KIO 1074/23, KIO 1080/23, KIO 1085/23„Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego zawartej w odpowiedzi na odwołanie, Izba wskazuje po pierwsze, że w zakresie w jakim Zamawiający powołał się na informacje nie zawarte w decyzji o unieważnieniu postępowania, informacje takie nie mogą stanowić podstawy rozstrzygnięcia zarzutów podniesionych przez wykonawców. Okoliczności te nie zostały bowiem wskazane w decyzji o unieważnieniu postępowania i nie były znane wykonawcom. Jak Izba wskazała powyżej, postawą wniesienia odwołania przez wykonawców jest decyzja o unieważnieniu postępowania i zawarte w niej uzasadnienie. To w oparciu o ten dokument wykonawcy dowiadują się o motywach, jakie legły u podstaw czynności zamawiającego".

Przywołane argumenty oraz wyroki KIO potwierdzają przekonanie Odwołującego, że w postępowaniu nie zaistniała żadna sytuacja uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy. Przepis art. 255 pkt 6 ustawy Pzp ogranicza katalog podstaw

do unieważnienia postępowania wyłącznie do podstaw wskazanych w treści art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto w każdym takim przypadku Zamawiający jest obowiązany uzasadnić przesłanki unieważnienia, o których mowa w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, a wykonawca ma pełne prawo do poznania faktycznego i prawnego uzasadnienia unieważnienia.
3.Oferta złożona przez Odwołującego była w całości zgodna z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia i jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert ustanowionych w postępowaniu. Oznacza to, że można było po jej wyborze zawrzeć ważną (niepodlegającą unieważnieniu) i skuteczną umowę o wykonanie przedmiotu zamówienia.
W swojej ofercie Odwołujący zaoferował 72 miesięcy gwarancji, co powinno skutkować przyznaniem 40 pkt w Kryterium „Termin gwarancji"
Przyjmując, że w kryterium „Cena brutto (C)", oferta Odwołującego powinna otrzymać 56,82 pkt, to zgodnie z zapisami SWZ punktacja przyznana ofercie Odwołującego, to 96,82 pkt. Stanowi to o pierwszym miejscu w rankingu, czyli stanowi o złożeniu przez Odwołującego oferty najkorzystniejszej w świetle kryteriów oceny ofert ustanowionych w postępowaniu.
4.Czynność Zamawiającego polegająca na zamieszczeniu w dniu 3 sierpnia 2023 roku, (z terminem składania ofert ustalonym na 11 sierpnia 2023 roku) ogłoszenia w identycznym przedmiocie zamówienia jak niniejsze postępowanie, powoduje wywarcie presji na Odwołującym celem rezygnacji ze złożenia odwołania. Zamawiający swoim zachowaniem wskazuje, że zna już wynik odwołania, bo żadne odwołanie, jego zdaniem, nie może zostać uwzględnione. Działania Zamawiającego powodują presję tylko i wyłącznie wobec Odwołującego, który uważa, że wynik odwołania nie został przesądzony w dniu 3 sierpnia br., tj. w dniu zawiadomienia o unieważnieniu postępowania. Tym samym Zamawiający narusza zasadę równego traktowania wykonawców i dopuszcza do nieuczciwej konkurencji. Czynność Zamawiającego, polegająca na zamieszczeniu w dniu 3 sierpnia br., ogłoszenia o zamówieniu w identycznym przedmiocie zamówienia, jak w niniejszym postępowaniu jest w świetle prawa dozwolona. Zamawiający może dokonywać wielokrotnych zakupów tych samych towarów. Jednak z punktu widzenia gospodarczego jest to działanie na szkodę Spółki, ponieważ zakupy dotyczą powtórzenia procedury w zakresie dostaw dla konkretnej roboty budowlanej, której wykonawca został już wybrany. Przyjąć należy, że ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w dniu 3 sierpnia br. ma doniosły skutek. Porównywane jest do przyrzeczenia publicznego, albowiem celem postępowania jest zawarcie — w drodze ustawowo uregulowanej procedury — umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powtórne ogłoszenie o zamówieniu powinno więc być zamieszczone dopiero po wyjaśnieniu wszelkich wątpliwości związanych obecnym postępowaniem.
Wskazał na wyrok KIO: KIO 2361/11, KIO 2362/11, KIO 2364/11: „Nie bez przyczyny ogłoszenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest często porównywane ze złożeniem przyrzeczenia publicznego, o którym mowa w art. 919 § 1 kodeksu cywilnego ze wskazaniem, że przyrzeczenia tego należy dotrzymać. Tym samym oczywiste jest, iż zamawiający nie może unieważnić postępowania wyłącznie z tego powodu, iż zmienił koncepcję prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Całokształt działań Zamawiającego ma charakter naruszenia podstawowych zasad zamówień publicznych, które zdaniem Odwołującego nie mogą być chronione i uznawane za wykonywanie prawa".
5. Odwołujący wskazuje, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie ma istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców. Termin na takie zgłoszenie (art. 525 ust.1) upływał w dniu11/08/23. Jak podał Zamawiający w piśmie z dnia 16/08/2023 w pkt 4): (...) *kopia odwołania została wysłana do Wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 08 sierpnia 2023 r. za pośrednictwem platformy zakupowej*".

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 18/08/23) wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu stanowiska podał:

(...)

Zamawiający uznaje odwołania za całkowicie niezasadne i wnosi o jego oddalenie. Odnosząc się szczegółowo do treści ww. skonkretyzowanych zarzutów, Zamawiający wskazuje, co następuje:
Czynność unieważnienia postępowania była konieczna ze względu na niespójne określenie w dokumentach postępowania maksymalnego dopuszczonego przez Zamawiającego okresu gwarancji.
Zgodnie z SWZ: „Wykonawca zobowiązany jest podać okres gwarancji w pełnych miesiącach. Proponowany przez Wykonawcę okres gwarancji nie może być krótszy niż 36 miesiące (minimalny wymagany przez Zamawiającego okres gwarancji) oraz dłuższy niż 72 miesiące."
Natomiast zgodnie z formularzem ofertowym (str. 2) okres gwarancji został wskazany jako minimum 24 miesiące a maksimum 60 miesięcy. Wada ta niewątpliwie miała charakter istotny, gdyż mogła zmylić potencjalnych wykonawców i rzutować na treści ofert złożone w trakcie postępowania. Trzeba bowiem zauważyć, że okres gwarancji był jednym z dwóch (obok ceny) kryterium oceny ofert o wadze aż 40%. Ze względu na czas wykrycia błędu (po otwarciu ofert), wada nie podlegała konwalidacji. Jak słusznie wskazuje A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik,

A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany (LEX/el. 2023, art. 255): *„Zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia ze względu na jego wadę, o ile spełnia ona dwa kryteria. Musi to być wada niemożliwa do usunięcia po jej stwierdzeniu ze względu na stan zaawansowania postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto chodzi o nieprawidłowości rzutujące bezpośrednio na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Celem postępowania jest bowiem zawarcie wyłącznie w pełni skutecznej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na przeszkodzie stają zatem wyłącznie nieusuwalne wady proceduralne (nie podlegające konwalidacji), obciążające postępowanie w sposób nieodwracalny*."

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2023 r. (KIO 610/23): „nie można więc przyjąć, że z art. 457 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych wynika wyłącznie przesłanka unieważnienia umowy, związana z nieprawidłowościami w obowiązkowych ogłoszeniach w publikatorach. Każde naruszenie związane z ogłoszeniami jest równocześnie "naruszeniem ustawy". Trzeba zatem przyjąć, że ustawodawca przewidział dwie podstawy unieważnienia, do których odwołuje się w art. 457 ust. 1 pkt Prawa zamówień publicznych, tj: "do zawarcia umowy z naruszeniem Pzp oraz do zaniechania obowiązków ogłoszeniowych" (tak: Prawo zamówień komentarz, red. Hubert Nowak i Marek Winiarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021). Rzeczywiście przepis sformułowany jest mało przejrzyście, ale trudno byłoby zaakceptować, dlaczego ustawodawca, jako prowadzącą do nieważności umowy, miałby przyjąć jedynie przesłankę związaną z ogłoszeniami, mającymi znaczenie dla sporządzenia ofert, a pominął inne naruszenia przepisów, które takie znaczenia również mają. Dlatego trzeba przyjąć, że intencją ustawodawcy było wprowadzenie przesłanki nieważności umowy zawartej z naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych, jednak nie każdym, tylko kwalifikowanym - takim, które miało znaczenie dla przygotowania ofert, a więc wpłynęło na wynik postępowania." [podkreślenia własne] /Z kolei w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 maja 2023 r. (KIO 1188/23), wskazano, iż: „Brak weryfikowalności pozacenowego kryterium oceny ofert któremu przyznano aż 35% wagi, a zatem ponad 1/3, nie może być uznany jako brak wady niewpływający na postępowanie w sposób umożliwiający zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy". Ponadto podkreślono, iż „Owszem, ogłoszenie przetargu w trybie PZP jest niejako zobowiązaniem Zamawiającego do zawarcia umowy, ale wyłącznie w sytuacji gdy postępowanie nie jest obarczone wadą, w tym wadą dotyczącą podstawowej zasady postępowania zasady równego traktowania wykonawców. Stosownie zaś do art. 255 ust. 6 Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego." [podkreślenia własne] Zatem wszelkie wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o ile nie dadzą się usunąć, będą przesłanką unieważnienia postępowania. Skoro w niniejszej sprawie wykryto wadę dotyczącą podstawowej zasady postępowania dotyczącej równego traktowania, wada dotyczyła okresu gwarancji i była jednym z dwóch (obok ceny) kryterium oceny ofert o wadze aż 40%, nie mogła być konwalidowana z uwagi na jej wykrycie dopiero po otwarciu ofert, Zamawiający zobowiązany był do unieważnienia postępowania na podstawie 255 pkt 6 PZP, zgodnie z którym Zamawiający unieważnia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającego unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze okoliczność, że udzielenie niniejszego zamówienia jest niezwykle istotne z punktu widzenia wywiązania się w terminie z zobowiązań Zamawiającego względem Gminy Czempiń, Zamawiający ogłosił ponownie postępowanie. Powyższe nie miało na celu wywierania presji na Odwołującego. Obecnie na dalsze kroki Zamawiającego w ramach niniejszego postępowania, wpłynie rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszej sprawie.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Kluczowy zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp z uwagi na czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego którego przedmiotem jest: „Sprzedaż, dostawę i rozładunek materiałów dla potrzeb wykonania sieci kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami w miejscowości Nowe Borówko" nie podlega uwzględnieniu ponieważ: (a) czynność unieważnienia postępowania ze względu na niespójne określenie w dokumentach postępowania maksymalnego dopuszczonego przez Zamawiającego okresu gwarancji była konieczna. W tym postępowaniu pozacenowemu kryterium oceny ofert przyznano 40% wagi, a kryterium ceny – 60 %. Zatem jego zastosowanie miało istotny wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty. Tym samym wątpliwości związane z opisem tego kryterium potwierdzone treścią złożonych ofert nie mogą być uznane jako brak wady niewpływający na postępowanie w sposób umożliwiający zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Tak jak podał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie: „Zgodnie z SWZ: *„Wykonawca zobowiązany jest podać okres gwarancji w pełnych miesiącach. Proponowany przez Wykonawcę okres gwarancji nie może być krótszy niż 36 miesiące (minimalny wymagany przez Zamawiającego okres gwarancji) oraz dłuższy niż 72 miesiące*." Natomiast zgodnie z formularzem ofertowym (str. 2) okres gwarancji został wskazany jako minimum 24 miesiące a maksimum 60 miesięcy.

Według formularza ofertowego jego punktu 2):

1.OFERUJEMY wykonanie przedmiotu zamówienia:
(...)
Termin gwarancji:
…….. miesięcy (min. 24 m-ce, max. 60 m-cy) (..)
Z kolei w punkcie 17 SWZ podano: (...)
17.1Oferty zostaną ocenione przez Zamawiającego w oparciu o następujące kryteria i ich wagę:
Kryterium I - Cena brutto (C) — waga 60 %
Kryterium II - Termin gwarancji (G) waga 40 %
(..)
17.2. Oferty będą oceniane w odniesieniu do najkorzystniejszych danych przedstawionych przez Wykonawców odpowiednio w zakresie kryterium, w następujący sposób:
(...)
2)Kryterium II - Termin gwarancji (G)— waga 40 %.
Wramach kryterium "Termin gwarancji" ocena ofert zostanie dokonana zgodnie z poniższym wzorem:
Termin gwarancji w ofercie ocenianej
– ———————— x 40 pkt
Najdłuższy termin gwarancji wśród badanych ofert
Gdzie: G — wartość punktowa badanej oferty
Wykonawca zobowiązany jest podać okres gwarancji w pełnych miesiącach.
Proponowany przez Wykonawcę okres gwarancji nie może być krótszy niż 36 miesiące (minimalny wymagany przez Zamawiającego okres gwarancji) oraz dłuższy niż 72 miesięcy. Okres dłuższy niż 72 miesięcy dla potrzeb obliczania punktacji będzie traktowany jak 72 miesięcy.
Niepodanie w ofercie okresu gwarancji lub podanie okresu krótszego niż 36 miesięcy będzie traktowane jako zaoferowanie 36 miesięcy gwarancji.
Ocenie w ramach kryterium „Termin gwarancji" podlegać będzie termin gwarancji podany w ofercie. (...)
Wskazywana wada – w stanie faktycznym tej sprawy - niewątpliwie miała charakter istotny, mogła bowiem mylnie informować potencjalnych wykonawców i rzutować – jak wynika z dokumentów - na treść ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.
W punkcie 14.4 SWZ podano bowiem:
„14.4W terminie składania ofert określonym w pkt 15.1. SWZ wykonawca zobowiązany jest złożyć Zamawiającemu Ofertę zawierającą:
a)formularz Oferty (sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ) (...).
W tych ofertach, w 4 przypadkach podano zróżnicowane okresy gwarancji nie przekraczając okresu 60 miesięcy:

Numer oferty	Wykonawca	Cena/koszt	Termin gwarancji
1.	San-Gaz „KARDACH" Spółka Komandytowa (...)	652 187,62 zł	72 miesiące
2.	Cetel Serwis Sp. z o.o. (...)	617 671,55 zł	60 miesięcy
3.	Izabela Januszkiewicz ECO RUR JANUSZKIEWICZ (...)	662 372,10 zł	24-60 miesięcy
4.	Firma Hałas – Krzysztof Hałas (...)	1 063 356,53 zł	36 miesięcy
5.	Neptun Sp. z o.o. (...)	953 259,53 zł	36 miesięcy

Tak jak już Izba zwróciła uwagę, okres gwarancji był jednym z dwóch (obok ceny) kryterium oceny ofert o wadze aż 40%. Ze względu na czas wykrycia błędu (po otwarciu ofert), wada nie podlegała konwalidacji. Wada *spełnia dwa kryteria, a mianowicie: była niemożliwa do usunięcia po jej stwierdzeniu ze względu na stan zaawansowania postępowania o udzielenie zamówienia i ta wada mogła mieć wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty, co w konsekwencji mogła być zakwalifikowana jako nieprawidłowość rzutująca bezpośrednio (obciążająca to postępowanie w sposób nieodwracalny) na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

Tym samym, Zamawiający unieważniając przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie naruszył wskazanego art. 255 pkt 6 Pzp albowiem miał podstawy uznać, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającego unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stąd zarzut ten podlega oddaleniu.

Z tych też względów także pozostałe podnoszone w odwołaniu zarzuty związanie z zaniechaniem wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia (czytaj: wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej) , a mianowicie naruszenia: art. 16 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 239 ust. 1 ustawy PZP w związku z art. 266 ustawy Pzpa także wskazywane naruszenie art. 16 ustawy PZP w związku z art. 505 ust. 1 ustawy PZP w związkuz zamieszczeniem w dniu 3 sierpnia 2023 roku ogłoszenia w identycznym przedmiocie, jak niniejsze postępowanie, z terminem składania ofert wyznaczonym na dzień 11 sierpnia 2023 roku – także są nie zasadne i tym samym nie podlegają uwzględnieniu.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz przepisy 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. z 2020 r., poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

……..