

WYROK
z dnia 21 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2022 r. przez wykonawcę **R. S., K. S. TRONIX s.c., ul. J. Olbrachta 58a/173, 01-111 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Terenów Publicznych, ul. Podwale 23, 00-261 Warszawa,**

przy udziale wykonawców **P. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Aqualine P. P.** oraz **K. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Aqualine K. J., prowadzący działalność w formie spółki cywilnej o nazwie: AQUALINE K. J., P. P. s.c., ul. Powstańców 60A/303, 05-091 Ząbki,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz zawiadomienie o wyniku postępowania zgodnie z art. 253 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. z podaniem pełnego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Terenów Publicznych, ul. Podwale 23, 00-261 Warszawa, 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,
- 2.2. zasądza od zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Terenów Publicznych, ul. Podwale 23, 00-261 Warszawa, na rzecz odwołującego: R. S., K. S. TRONIX s.c., ul. J. Olbrachta 58a/173, 01-111 Warszawa, kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczanego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Terenów Publicznych, ul. Podwale 23, 00-261 Warszawa, prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie prac związanych z konserwacją trzech fontann, trzech sieci zraszających, czterech pomp zdrojowych, jednego hydrantu oraz instalacji wodno-kanalizacyjnych”, numer referencyjny: ZTP-IV.26.9.2022.MBO Zp-p/2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 31.03.2022 r., nr 2022/BZP 00104859.

W dniu 08.06.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę R. S., K. S. TRONIX s.c., ul. J. Olbrachta 58a/173, 01-111 Warszawa (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez brak przedstawienia uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp,
- 2) art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez brak przedstawienia uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp,
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień ceny oferty odwołującego oraz bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego pomimo, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, a złożone przez odwołującego wyjaśnienia ceny oferty uzasadniają zaoferowaną cenę,
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego pomimo, że nie podlega on wykluczeniu z postępowania.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„Odwołujący zwraca uwagę, że jak wynika z treści pisma informującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp uzasadnienie tej decyzji w zasadniczej części ograniczyło się do przytoczenia przepisów prawa w zakresie art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Natomiast samo uzasadnienie faktyczne tej decyzji sprowadzone zostało jedynie do następującego stwierdzenia Zamawiającego:

- „[...] przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny zostały uznane przez komisję przetargową w toku badania ofert za niewystarczające oraz w ocenie zamawiającego, nie dające gwarancji należytego wykonania umowy za zaoferowaną cenę”.

Stosownie do art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp obowiązkiem Zamawiającego jest

przedstawienie uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty.

Zdaniem Odwołującego przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie faktycznego odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp jest niewystarczające. Uniemożliwia ono Odwołującemu polemikę z oceną Zamawiającego, w szczególności nie jest wiadomym dla Odwołującego dlaczego Zamawiający uznał wyjaśnienia ceny oferty za niewystarczające i nie dające gwarancji należytego wykonania zamówienia. Stwierdzenie Zamawiającego, że wyjaśnienia ceny oferty uznane zostały za niewystarczające właściwie sprowadzone zostało do zacytowania art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, który stanowi, że odrzuceniu podlega oferta jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. (...) Odwołujący podnosi, że nie można od niego oczekiwać, aby domyślał się, na czym według Zamawiającego polega wadliwość jego oferty, w tym wadliwość złożonych przez niego wyjaśnień ceny oferty. (...)

Równocześnie, przedstawiona wyżej argumentacja czyni zasadnym zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Skoro Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji, wbrew wymaganiom art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w żaden sposób nie wyjaśnił dlaczego uznaje wyjaśnienia ceny oferty Odwołującego za niewystarczające, to tym samym automatycznie wadliwa jest jego decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. O wadliwości tej decyzji przesądza już sam brak przedstawienia jej uzasadnienia faktycznego. W konsekwencji zasadne jest żądanie nakazania Zamawiającemu unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp. (...)

Z kolei w odniesieniu do podstawy odrzucenia oferty Odwołującego o której mowa w art. 226 ust. 1 ppkt 2 lit. a ustawy Pzp Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie tej decyzji:
- *„W trakcie prowadzenia procedury o zamówienie publiczne Zamawiający uzyskał informację o nie należytem wykonaniu przez wykonawcę umowy dotyczącej zamówienia publicznego i jej wcześniejszym rozwiązaniu. Powyższy stan faktyczny wypełnia przesłanki art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp”.*

Uzasadniając zarzut naruszenia 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w tym zakresie Odwołujący powołuje się na analogiczne uzasadnienie przedstawione w treści odwołania w odniesieniu do zarzutu nr 1. (...)

Zamawiający nawet nie wskazał jaką umowę o zamówienie ma na myśli. W konsekwencji Odwołujący nie wie na jakiej podstawie Zamawiający ustalił, że spełnione zostały przesłanki: „nie wykonania z winy wykonawcy”; „w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonania lub nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonywania istotnego zobowiązania”; „doprowadzenia do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady”.

Analogicznie należy się odnieść do podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Zamawiający nawet nie wskazał w zakresie której z przedstawionych informacji Odwołujący miał wprowadzić Zamawiającego w błąd lub zataić informacje. Zamawiający nie przedstawił jakiegokolwiek uzasadnienia dlaczego uznaje, że po stronie Odwołującego doszło do zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, jak również dlaczego uznaje, że wskutek działania Odwołującego doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Żadna zatem z przesłanek wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie została uzasadniona.

Uwzględniając powyższe Odwołujący nie jest w żaden sposób podjąć jakiegokolwiek polemiki z decyzją Zamawiającego. Bezsprzecznie decyzja w powyższym zakresie nie zawiera uzasadnienia faktycznego, które odnosiłoby się do określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7) oraz pkt 8) ustawy Pzp przesłanek wykluczenia z postępowania. Brak ten czyni zasadnym zarzut naruszenia 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp i uzasadnia żądanie unieważnienia decyzji Zamawiającego. W konsekwencji Zamawiający naruszył również art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp. Skoro decyzje o odrzuceniu oferty Odwołującego na tej podstawie nie zawierają uzasadnienia faktycznego, to tym samym decyzje te są automatycznie wadliwe. Zasadne jest zatem żądanie nakazania Zamawiającemu unieważnienia tych decyzji.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 2) unieważnienia odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego.

Pismem z dnia 13.06.2022 r. wykonawcy: P. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Aqualine P. P. oraz K. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Aqualine K. J., prowadzący działalność w formie spółki cywilnej o nazwie: AQUALINE K. J., P. P. s.c., ul. Powstańców 60A/303, 05-091 Ząbki (dalej: „przystępujący”), zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 21.06.2022 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie prac związanych z konserwacją trzech fontann, trzech sieci zraszających, czterech pomp zdrojowych, jednego hydrantu oraz instalacji wodno-kanalizacyjnych.

Pismem z dnia 20.04.2022 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych oraz złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących ceny jego oferty, przy czym poza przytoczeniem treści art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wskazał konkretne pozycje w wycenie prac odwołującego, które budziły jego wątpliwości jako rażąco niskie.

Pismem z dnia 25.04.2022 r. odwołujący udzielił wyjaśnień zastrzegając ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Pismem z dnia 26.05.2022 r. zamawiający poinformował o częściowym uznaniu zastrzeżenia za nieskuteczne.

W aktach sprawy znajduje się korespondencja z innymi zamawiającymi oraz z przystępującym w sprawie dotychczasowego wykonywania umów przez odwołującego.

Pismem z dnia 19.05.2022 r. zamawiający zapytał odwołującego, czy jego oświadczenia w zakresie podstaw wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu są nadal aktualne.

Pismem z dnia 03.06.2022 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego oraz o odrzuceniu oferty odwołującego. W uzasadnieniu zamawiający wskazał:

„Zamawiający informuje, iż odrzucił Państwa ofertę na podstawie art. 226 ust 1 pkt 8 oraz wyklucza Wykonawcę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. „a”.

Zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 226 ust 1 pkt 8 wskazując, iż przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny zostały uznane przez komisję przetargową w toku badania ofert za niewystarczające oraz w ocenie zamawiającego, nie dającej gwarancji należytego wykonania umowy za zaoferowaną cenę. Zgodnie z art. 224 ust 5 Obowiązek wykazania że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy. Zgodnie z art. 224 ust. 6 Odrzuceniu, jako Oferta z rażąco niską ceną lub kosztem podlega oferta Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają rażąco niskiej ceny lub kosztu tej ofert. Powyższe w ocenie Zamawiającego wypełnia przesłanki art. 226 ust 1 pkt 8. Zamawiający w SWZ wskazał fakultatywne przesłanki wykluczeni na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4 oraz 6-9 ustawy pzp. Wykonawcy dla potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu w zakresie art. 109 ust. 1 pkt. 6-9, mają przedłożyć

zamawiającemu oświadczenie, według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ. W trakcie prowadzenia procedury o zamówienie publiczne Zamawiający uzyskał informację o nie należyтым wykonaniu przez wykonawcę umowy dotyczącej zamówienia publicznego i jej wcześniejszym rozwiązaniu. Powyższy stan faktyczny wypełnia przesłanki art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8.”

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

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

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

7) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady,

8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 2) została złożona przez wykonawcę: a) podlegającego wykluczeniu z postępowania,
- 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,
- 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone,
 - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących braku uzasadnienia faktycznego w piśmie z dnia 03.06.2022 r. informującym o odrzuceniu oferty odwołującego, w pierwszej kolejności należy podkreślić, że podanie takiego uzasadnienia służy realizacji podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz zasady jawności (art. 16 pkt 1 i 2 i art. 18 ust. 1 ustawy Pzp). Obowiązek zamawiającego wynikający z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odpowiada bowiem jednocześnie prawu wykonawców do poznania prawnych i faktycznych podstaw odrzucenia ofert. Prawo to ma szczególne znaczenie w przypadku wykonawcy, którego oferta została odrzucona, bowiem dzięki uzyskaniu informacji o powodach odrzucenia jego oferty, może on dokonać analizy stanowiska zamawiającego i podjąć decyzję o ewentualnym wniesieniu odwołania w celu ochrony swoich interesów i przywrócenia oferty do postępowania. Dlatego też wymagane przez ustawodawcę w art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp uzasadnienie informacji o odrzuceniu oferty, nie może się ograniczać do podania przepisów i ogólnego wskazania okoliczności faktycznych typu: „niewystarczające wyjaśnienia”, „rażąco niska cena”, „nienależyte wykonanie umowy”. Obowiązkiem zamawiającego, zarówno w świetle art. 253 ust. 1 pkt 2, jak i art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, jest podanie szczegółowego i wyczerpującego uzasadnienia odrzucenia oferty, dającego wykonawcy pełną wiedzę o motywach, jakimi kierował się zamawiający odrzucając jego ofertę.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie nie tylko w ugruntowanym orzecznictwie Izby (np. wyrok z dnia 20.07.2015 r. o sygn. akt KIO 1429/15 zachowujący swoją aktualność mimo stanu faktycznego opartego na przepisach obowiązujących do 31.12.2020 r.), ale także w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który w wyroku z dnia 28.01.2010 r. w sprawie C-406/08 stwierdził m.in.:

„30. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone, nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatowi lub oferentowi wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania.

31. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach

wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do wystąpienia ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania.”

Podsumowując zatem, należy podkreślić, że podanie przez zamawiającego pełnego i wyczerpującego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty, w tym pełnego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego, jest niezbędne do tego, by wykonawcy mogli realnie korzystać ze środków ochrony prawnej, a w konsekwencji jest też niezbędne do tego, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przestrzegane były podstawowe zasady udzielania zamówień, o których mowa w art. 16 pkt 1 i 2 i art. 18 ust. 1 ustawy Pzp. Brak wskazania takiego uzasadnienia stanowi zatem naruszenie nie tylko art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ale także ww. zasad.

W niniejszym postępowaniu zamawiający nie wskazał uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego. W szczególności powołując się na art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający nie wskazał przykładowo: w jakim zakresie uznaje wyjaśnienia odwołującego za niewystarczające, czego w tych wyjaśnieniach brakuje, na które pytania zawarte w wezwaniu do wyjaśnień wykonawca nie odpowiedział, które konkretnie informacje zawarte w wyjaśnieniach dowodzą wadliwej kalkulacji ceny oferty, dlaczego zamawiający uznaje tę kalkulację za wadliwą, które informacje zawarte w wyjaśnieniach są ze sobą sprzeczne, które nie zostały poparte dowodami, itp.

Z kolei w zakresie, w jakim zamawiający powołał się na art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp, zamawiający przede wszystkim nie wskazał umowy, której nienależyte wykonanie zarzucił odwołującemu. Ponadto zamawiający w ogóle nie odniósł się do przesłanek wykluczenia zawartych w art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp, a zatem nie wskazał, dlaczego uznaje:

- że odwołujący nienależycie wykonał wcześniejszą umowę, że nienależyte wykonanie miało miejsce w znacznym stopniu lub zakresie albo było długotrwałe, że wynikało z przyczyn leżących po stronie odwołującego, na podstawie czego wnioskuje, że doszło do wypowiedzenia /odstąpienia od umowy /odszkodowania /wykonania zastępczego /realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady (art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp),
- że odwołujący wprowadził zamawiającego w błąd, że wprowadzenie w błąd było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, że wprowadzenie w błąd miało istotny wpływ na decyzje zamawiającego, że odwołujący zataił jakieś informacje (jakie?), że odwołujący nie jest w stanie przedstawić podmiotowych środków dowodowych (jakich?) (art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp).

Zamawiający nie wskazał zatem pełnego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego dokonanej przez siebie czynności odrzucenia oferty odwołującego. Z pewnością za takie

pełne i wyczerpujące uzasadnienie faktyczne nie można uznać zdawkowych informacji ograniczających się do wskazania, że: „wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny zostały uznane przez komisję przetargową w toku badania ofert za niewystarczające oraz w ocenie zamawiającego, nie dającej gwarancji należytego wykonania umowy za zaoferowaną cenę” oraz że: „W trakcie prowadzenia procedury o zamówienie publiczne Zamawiający uzyskał informację o nie należyтым wykonaniu przez wykonawcę umowy dotyczącej zamówienia publicznego i jej wcześniejszym rozwiązaniu” (nawet bez wskazania samej umowy). Tak sformułowane przez zamawiającego uzasadnienie nie daje wykonawcy żadnej informacji o tym, co rzeczywiście było powodem odrzucenia jego oferty i żadnej możliwości dokonania oceny zasadności tego odrzucenia, a w konsekwencji – żadnej możliwości podjęcia decyzji co do ewentualnego wniesienia odwołania. W istocie pismo z dnia 03.06.2022 r. nie zawierało żadnego uzasadnienia faktycznego, co jednoznacznie przesądza o naruszeniu przez zamawiającego art. 253 ust. 1 pkt 2 oraz art. 16 pkt 1 i 2 i art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji – o wadliwości czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Należy także podkreślić, że okoliczności podnoszone przez zamawiającego i przystępującego na rozprawie nie zwalniają zamawiającego z obowiązku podania pełnego i wyczerpującego uzasadnienia odrzucenia oferty. W szczególności nie zwalnia z tego obowiązku:

- 1) fakt, że zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień wskazał konkretne pozycje, których cena budzi jego wątpliwości. Wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie jest tym samym dokumentem, co informacja o odrzuceniu oferty, więc treść tego wezwania nie wyłącza stosowania art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ponadto wskazanie jakichkolwiek pozycji czy pytań w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, nie przesądza o tym, że z powodu wyjaśnień w zakresie tych właśnie pozycji czy pytań zamawiający odrzuca ofertę. Nie ma zatem podstaw do stwierdzenia, że w świetle treści wezwania do złożenia wyjaśnień odwołujący powinien domyślić się, dlaczego jego oferta została odrzucona. Podkreślenia zresztą wymaga, że nie jest rolą wykonawcy domyślać się, co było podstawą odrzucenia jego oferty, gdyż pełne i wyczerpujące poinformowanie go o tym jest obowiązkiem zamawiającego;
- 2) domniemanie, że skoro zamawiający w piśmie informującym o odrzuceniu oferty nie wskazał konkretnych kwestionowanych pozycji kosztorysu, to znaczy, że kwestionuje wszystkie te pozycje. Po pierwsze, należy zauważyć, że w wezwaniu do złożenia wyjaśnień zamawiający wskazał nie tylko konkretne pozycje, ale też inne kwestie wymagające wyjaśnień, zatem nie ma podstaw do przyjęcia, że podstawą odrzucenia oferty były wyjaśnienia dotyczące wyłącznie ww. pozycji. Po drugie, jak wskazano już wyżej, fakt że zamawiający w ogóle wskazał w wezwaniu do złożenia wyjaśnień

jakiegokolwiek pozycje, nie przesądza o tym, że właśnie wyjaśnienia dotyczące wszystkich tych pozycji muszą być podstawą odrzucenia oferty. Po trzecie, to zamawiający ma obowiązek przekazania pełnej i wyczerpującej informacji o podstawach odrzucenia oferty, zatem sytuacja, w której wykonawca musi domniemywać, co było taką podstawą, dowodzi naruszenia ww. obowiązku przez zamawiającego;

- 3) przyjęcie, że odwołujący powinien sam wiedzieć, które umowy nienależycie wykonał i na podstawie których zostały na niego nałożone kary umowne. Po pierwsze, kolejny raz należy podkreślić, że to nie wykonawca ma się sam domyślać, dlaczego jego oferta została odrzucona, tylko zamawiający ma go o tym w pełni i wyczerpująco poinformować. Po drugie, należy zauważyć, że do wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp nie wystarczy samo nienależyte wykonanie umowy. Przepisy te zawierają także inne przesłanki, których zamawiający nie wskazał w piśmie z dnia 03.06.2022 r. i nie wiadomo nawet, czy w ogóle je analizował przed odrzuceniem oferty odwołującego. Odwołujący mógłby natomiast ziszczenie się tych przesłanek zakwestionować, gdyby w ogóle wiedział, o którą umowę chodzi i jak okoliczności jej realizacji w świetle ww. przepisów ocenia zamawiający. Tymczasem brak uzasadnienia faktycznego w piśmie informującym o odrzuceniu oferty, pozbawił odwołującego wiedzy w tym zakresie i uniemożliwił ustosunkowanie się do decyzji zamawiającego;
- 4) możliwość zapoznania się przez odwołującego z dokumentacją postępowania, dzięki czemu poznałby korespondencję zamawiającego z innymi podmiotami dotyczącą wykonywania przez niego dotychczasowych umów i domyśliłby się, z powodu realizacji których umów zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia i odrzucenia oferty. Raz jeszcze należy podkreślić, że wykonawca nie ma obowiązku podejmowania żadnych działań w celu dowiedzenia się, co spowodowało odrzucenie jego oferty. Obowiązki informacyjne w tym zakresie ciążyą natomiast na zamawiającym i w tej sprawie nie zostały dopełnione;
- 5) fakt, że zamawiający w piśmie z dnia 19.05.2022 r. zapytał odwołującego, czy jego oświadczenia w zakresie podstaw wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu są nadal aktualne. Należy zauważyć, że w ww. piśmie zamawiający nie wymienił ani umowy ani żadnych innych okoliczności wskazujących na jakiegokolwiek związek tego pisma z podstawami wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp. Ponadto, nawet gdyby ww. pismo zawierało wskazanie jakichś okoliczności w tym zakresie, nie przesądzałyby to automatycznie, że właśnie te okoliczności stoją u podstaw odrzucenia oferty odwołującego. Tymczasem, co wskazywano już wyżej wielokrotnie, nie jest rolą wykonawcy domyślać, dlaczego odrzucono jego ofertę. Rolą i obowiązkiem zamawiającego jest przekazać w tym zakresie pełne i wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i prawne;

6) to, że w piśmie z dnia 03.06.2022 r. przez omyłkę wskazano „umowę” w liczbie pojedynczej, podczas gdy zamawiającemu chodziło o nienależyte wykonanie większej ilości umów. Należy wskazać, że treść pisma informującego o odrzuceniu oferty jest wiążąca dla zamawiającego, dlatego również w jego własnym interesie jest przygotowanie go z należytą starannością. Treść pisma z dnia 03.06.2022 r. nie daje zatem podstaw do przyjęcia, że zamawiający miał na myśli więcej niż jedną umowę (pomijając już fakt, że wykonawca w ogóle nie powinien być zmuszony do domyślania się, o jakie umowy chodzi, ile było tych umów i jakie okoliczności ich realizacji zamawiający uznał za wypełniające przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp).

Reasumując, Izba uznała zarzuty dotyczące braku uzasadnienia faktycznego w piśmie informującym o odrzuceniu oferty z dnia 03.06.2022 r., za zasadne. Brak uzasadnienia faktycznego w tymże piśmie stanowi naruszenie przez zamawiającego art. 253 ust. 1 pkt 2, a także art. 16 pkt 1 i 2 i art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, co czyni wadliwą również samą czynność odrzucenia oferty. Dlatego Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz zawiadomienie o nowym wyniku postępowania (w tym o ewentualnym ponownym odrzuceniu oferty odwołującego, o ile zamawiający podejmie taką decyzję) zgodnie z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, tj. z podaniem pełnego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego. Uwzględnienie odwołania w zakresie ww. zarzutów nie stanowi przy tym nadmiernego formalizmu, jak twierdził przystępujący na wypadek wydania takiego rozstrzygnięcia, ale wynika z obowiązujących przepisów prawa i stanowi wyraz respektowania podstawowych zasad udzielania zamówień.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu, tj. zarzutów dotyczących bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i pkt 8 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że zarzuty te są przedwczesne. Odwołujący nie ma bowiem na obecnym etapie wiedzy, z jakiego powodu zamawiający odrzucił jego ofertę, ponieważ – jak już wyżej wskazano - pismo zamawiającego z dnia 03.06.2022 r. poza wskazaniem przepisów, nie zawiera uzasadnienia faktycznego. Dopiero w sytuacji, gdy zamawiający ponownie odrzuci ofertę odwołującego oraz przedstawi pełne i wyczerpujące uzasadnienie faktyczne (i prawne) odrzucenia, odwołujący będzie mógł dokonać analizy stanowiska zamawiającego i podjąć decyzję o ewentualnym wniesieniu odwołania od

czynności odrzucenia jego oferty. Natomiast na obecnym etapie postępowania, tj. bez znajomości faktycznych podstaw odrzucenia oferty w świetle pisma z dnia 03.06.2022 r., zarzuty podniesione przez odwołującego są w tym zakresie przedwczesne.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska stron i przystępującego przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych. Izba uznała za nieprzydatne dowody złożone przez przystępującego na rozprawie, ponieważ dotyczą one wyjaśnień odwołującego w zakresie ceny jego oferty oraz realizowanych przez niego dotychczas umów, natomiast nie dotyczą zarzutów rozpoznawanych w tej sprawie, tj. zarzutów dotyczących braku uzasadnienia faktycznego w piśmie z dnia 03.06.2022 r. informującym o odrzuceniu oferty odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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).

Wydając postanowienie o kosztach Izba nie uwzględniła kosztów wynikających z faktury złożonej przez przystępującego, ponieważ w niniejszym postępowaniu odwoławczym nie zaistniała żadna z sytuacji, o których mowa w szczególności w § 7 ust. 1 pkt 2 i 3, ust. 2 pkt 2 i 3, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 ww. rozporządzenia. Należy bowiem zauważyć, że zgodnie z ww. przepisami, koszty poniesione przez przystępującego są brane pod uwagę w postanowieniu o kosztach tylko wtedy, gdy zamawiający uwzględni odwołanie, a przystępujący po jego stronie wykonawca zgłosi sprzeciw wobec tego uwzględnienia. W niniejszym postępowaniu zamawiający nie uwzględnił odwołania, zatem przystępujący nawet nie mógł skorzystać z możliwości zgłoszenia sprzeciwu, a co za tym idzie – nie zaistniała sytuacja, w której koszty przystępującego mogłyby być uwzględnione przy rozliczaniu kosztów przez Izbę.

Przewodniczący