

Sygn. akt: KIO 3454/22

WYROK
z dnia 5 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2022 r. przez wykonawcę: **MPO Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Ciechanowiec**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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

Gmina Ciechanowiec (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) - zwanej dalej "ustawa Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli z terenu Gminy Ciechanowiec w latach 2023 - 2024”; znak sprawy: RI.271.16.2022 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 11 listopada 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 218-622261.

W dniu 23 grudnia 2022 r. przez wykonawcę: **MPO Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku**, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 256 ustawy Pzp poprzez wadliwe zastosowanie wskazanej podstawy prawnej unieważnienia postępowania w stosunku do podstawy faktycznej podanej w uzasadnieniu czynności zamawiającego;
2. art. 16 ustawy Pzp w związku z art. 256 ustawy Pzp poprzez zaniechanie spełnienia spoczywającego na zamawiającym obowiązku informacyjnego, polegającego na dokładnym uzasadnieniu faktycznym podjętej decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarzucając powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: uchylenia czynności unieważnienia postępowania, którego dotyczy niniejsze odwołanie.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego na posiedzeniu w dniu 5 stycznia 2023 r., po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że interes odwołującego we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący jest wykonawcą, który świadczy usługi objęte przedmiotem zamówienia, w tym świadczył już tego rodzaju usługi na rzecz zamawiającego. Odwołujący zamierzał złożyć ofertę w postępowaniu ogłoszonym przez zamawiającego, jednakże na skutek podjętej przez niego czynności, polegającej na unieważnieniu przetargu - został tej możliwości pozbawiony. Powyższe powoduje, że nie może realizować przedmiotowych usług i w konsekwencji osiągnąć zysku z jego realizacji.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z pkt 4 specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Ciechanowiec w latach 2023 - 2024.

Jak wynika z akt sprawy zamawiający przed wszczęciem postępowania (październik 2022 r.), sporządził dokument pn. „Koncepcja odbioru odpadów komunalnych z terenu Gminy Ciechanowiec w latach 2023 - 2024”, w którym omówione zostały sytuacja na rynku odpadów oraz prognozowane koszty, które zamawiający będzie musiał ponosić z tytułu świadczenia usług na ich odbiór.

Izba ustaliła także, że postępowanie w przedmiocie odbioru i zagospodarowania odpadów zostało wszczęte 11 listopada 2022 r. poprzez publikację ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (nr ogłoszenia 2022/S 218-622261).

W aktach sprawy udostępnionych składowi orzekającemu na posiedzeniu zamawiający przekazał także ofertę złożoną przez: Fare Sp. z o.o. z siedzibą w Ciechanowcu (dalej „Fare”), która wpłynęła do zamawiającego 8 grudnia 2023 r., i jak wynika z jej treści, została złożona w odpowiedzi na ogłoszenie w trybie zamówienia „z wolnej ręki” (art. 213 pkt 1 ustawy Pzp) na okres od 1 stycznia 2023 r. do 31 grudnia 2025 r.

Zamawiający w dniu 14 grudnia 2022 r. zamieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania zamieścił informację o jego unieważnieniu, wskazując jako podstawę prawną podjętej decyzji art. 256 ustawy Pzp, informując, że: „Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert, jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione. Jako uzasadnienie faktyczne wskazał: „Zamawiający unieważnia przetarg ponieważ wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione ze względów ekonomicznych. Zamawiający informuje, że o wszczęciu postępowania dotyczącego tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmującego ten sam przedmiot zamówienia zostaniecie Państwo poinformowani osobnym pismem. Jednocześnie zamawiający informuje, że wobec czynności zamawiającego przysługują wykonawcom środki ochrony prawnej w terminach i zgodnie z zasadami określonymi w Dziale IX PZP”.

Z powyższą decyzją zamawiającego nie zgodził się odwołujący, składając w dniu 23 grudnia 2022 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie skład orzekający pragnie przypomnieć treść przepisu art. 256 ustawy Pzp, który w ocenie zamawiającego miał w niniejszym przypadku zastosowanie, oraz wskazać w jakich okolicznościach faktycznych zamawiający może z tej regulacji skorzystać, podejmując decyzję o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dostrzec należy, że przepis art. 256 ustawy Pzp jest całkowicie nowym rozwiązaniem, dotychczas nieobecnym w Prawie zamówień publicznych, dającym możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia odpowiednio przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo przed upływem

terminu składania ofert, jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione. Ustawodawca, wprowadzając ten przepis postanowił, że niniejsza regulacja będzie funkcjonować niezależnie od obligatoryjnych przesłanek unieważnienia postępowania, wymienionych w art. 255 ustawy Pzp. Niewątpliwie, z uwagi na redakcję tego przepisu, daje ona zamawiającemu znacznie szersze możliwości działania, gdyż nie wskazuje ściśle jakie to okoliczności muszą ujawnić się, aby zamawiający mógł stwierdzić, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione, co nie oznacza jednak, że przepis ten daje nieograniczone możliwości unieważnienia procedury.

Pomimo wskazanej powyżej dużej elastyczności co do możliwości zastosowania wyżej opisanej regulacji podkreślić należy, że ten nie może być stosowany rozszerzająco, z uwagi na cel wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, którym jest wyłonienie wykonawcy w trybie konkurencyjnym i zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Unieważnienie postępowania, nawet na etapie wstępnym, nie powinno następować bowiem w sposób całkowicie dowolny i nieuzasadniony, między innymi ze względu na ochronę interesu wykonawców zainteresowanych postępowaniem.

Tym samym powołanie się na powyższy przepis możliwe jest jedynie w sytuacji zaistnienia takiej okoliczności, która powoduje, że dalszej prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione. Oznacza to, że przywołana przesłanka wymaga zaistnienia: (1) okoliczności (pewnego zdarzenia); (2) okoliczność ta wywołuje określony skutek, konieczne jest zatem zaistnienie związku pomiędzy występującą okolicznością a konsekwencją; (3) niezasadności prowadzenia dalszego postępowania, która została wywołana na skutek zaistniałej okoliczności. Należy też zauważyć, że możliwość zastosowania art. 256 ustawy Pzp została ograniczona czasowo, gdyż regulacja ta dotyczy sytuacji wystąpienia okoliczności, które będą stanowiły podstawę unieważnienia, co oznacza, że dotyczy wyłącznie takich okoliczności, które ujawniły się w dacie po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Należy w szczególności podkreślić, że przepis ten nie zwalnia zamawiającego z należytej staranności w planowaniu i udzielaniu zamówień publicznych, uzasadnionej ochroną interesu wykonawców. Zamawiający powinien zatem przed wszczęciem postępowania przeprowadzić stosowne analizy, w tym co do tego jaki zakres zamierza zlecić w ramach prowadzonego postępowania i dokonać wyboru odpowiedniego trybu, w jakim to zlecenie nastąpi, mając na uwadze warunki rynkowe i przesłanki udzielenia zamówienia, które mogą w danych okolicznościach mieć zastosowanie.

Jednocześnie należy też przypomnieć, że zgodnie z art. 260 ust. 1 ustawy Pzp obowiązkiem zamawiającego jest podanie w informacji o unieważnieniu postępowania, podstawy prawnej i faktycznej podjęcia takiej decyzji. Unieważnienie postępowania jest bowiem jednym ze sposobów zakończenia postępowania i należy je traktować jak każdą inną czynność, którą zamawiający wykonuje w toku postępowania, a która podlega kontroli wykonawców. Izba w swoich orzeczeniach wielokrotnie zwracała uwagę, że celem uzasadnienia jest w istocie umożliwienie wykonawcom kontroli czynności zamawiającego. Co kluczowe, wskazane w informacji o unieważnieniu postępowania okoliczności faktyczne i prawne mają znaczenie dla granic, w jakich mogą być rozpoznane środki ochrony prawnej wnoszone wobec tej czynności. Odwołanie jest środkiem ochrony prawnej dotyczącym konkretnej czynności zamawiającego, która została dokonana w danych okolicznościach faktycznych oraz prawnych i tylko w tych granicach podlega rozpoznaniu. Przepis art. 555 ustawy Pzp stanowi, że Izba nie może rozpoznać zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu. Konsekwencją tego jest brak możliwości podawania przez zamawiającego okoliczności uzasadniających czynność unieważnienia postępowania, które nie zostały wskazane w informacji, przesłanej zgodnie z art. 260 ust. 1 ustawy Pzp. Okoliczności ujawnione dopiero w odpowiedzi na odwołanie czy też na rozprawie, przekraczają granice wyznaczone okolicznościami faktycznymi i prawnymi wskazanymi w treści odwołania (podobnie Izba w wyroku z dnia 27 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1766/21).

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę rozpoznawanej sprawy w pierwszej kolejności dostrzec należy, że zamawiający uzasadniając podjętą przez siebie decyzję o unieważnieniu postępowania jako podstawę prawną wskazał art. 256 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym ograniczył się z kolei do stwierdzenia, że unieważnia przetarg ponieważ wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione ze względów ekonomicznych. Należy podkreślić, że takie uzasadnienie, niezwykle lakoniczne, nie niesie za sobą informacji na temat tego co faktycznie leżało u podstaw podjętej decyzji. Z kolei, jak wskazano powyżej, przepis art. 260 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek nie tylko poinformowania wykonawcy o czynności unieważnienia, ale także sporządzenia uzasadnienia faktycznego i prawnego takiej czynności. Sporządzenie uzasadnienia faktycznego czynności unieważniania ma doniosłe znaczenie, gdyż w oparciu o ten dokument wykonawcy dowiadują się o motywach, jakie legły u podstaw czynności zamawiającego, a na podstawie argumentacji w nim zawartej podejmują decyzję o skorzystaniu lub nie ze środków ochrony prawnej przysługujących im wobec tej czynności. W niniejszej sprawie tego elementu w ogóle zabrakło w treści uzasadnienia, i już tylko z tego powodu czynność taka, jako wadliwie dokonana, jest nieważna, a odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na szczególną rolę jaką ma instytucja uzasadnienia danej czynności, dokonywanej w toku postępowania o udzielenie zamówienia zwracał uwagę również Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej „TSUE”). W wyroku TSUE z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, wskazano, iż: „W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. 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 kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów”. Powyższe orzeczenie dotyczyło wprawdzie instytucji uzasadnienia czynności wykluczenia wykonawcy, jednakże poglądy tam wyrażone znajdują także zastosowanie do uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący dopiero z treści odpowiedzi na odwołanie był w stanie wywieść, jakie były faktyczne przyczyny podjęcia przez zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania i do nich się odnieść. Na rozprawie zamawiający wskazywał jakie były, w jego ocenie, motywy zaskarżonej czynności ujawniając, że przeprowadził szczegółowe analizy finansowe, z których miało wynikać, że korzystniejsze finansowo będzie udzielenie zamówienia spółce komunalnej Gminy Ciechanowiec - spółce Fare. Zamawiający powoływał się przy tym na okoliczność, że koszty zlecenia usług podmiotowi zewnętrznemu - odwołującemu, stale rosną i to pomimo, że liczba mieszkańców gminy, a co za tym idzie ilość odbieranych odpadów - znacznie się zmniejsza. Z kolei oferta, którą uzyskał od spółki Fare jest korzystna finansowo i pozwoli zamawiającemu na znaczne zmniejszenie kosztów, a w konsekwencji nie podnoszenie mieszkańcom stawek za odbiór śmieci.

Izba stwierdziła, że ujawnienie wyżej opisywanych szczegółowych powodów unieważnienia postępowania odwołującemu dopiero w piśmie procesowym - odpowiedzi na odwołanie i w trakcie rozprawy należało uznać za spóźnione, z przyczyn omówionych wcześniej.

Niezależnie od powyższego, że wskazane zostały lakoniczne przyczyny uzasadnienia, zdaniem Izby trafnie także dostrzegł odwołujący, formułując zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 256 ustawy Pzp, że w przedmiotowej sprawie nie zaszły żadne nowe okoliczności, które zaistniały po wszczęciu postępowania powodujące, że dalsze jego prowadzenie jest nieuzasadnione. Ponownie należy podkreślić, że literalna wykładnia tego przepisu prowadzi do wniosku, że okoliczności stanowiące podstawę dla unieważnienia procedury, jakkolwiek nie muszą mieć charakteru istotnego czy niemożliwego do przewidzenia przed wszczęciem postępowania, ale powinny być nowe w tym znaczeniu, że muszą wystąpić już po wszczęciu procedury przetargowej, jak też niweczyć cel, dla którego postępowanie zostało wszczęte.

Tymczasem z całą pewnością nie sposób uznać, że w okolicznościach niniejszej sprawy takie „nowe” okoliczności zaistniały. W pierwszej kolejności analizy ekonomiczne, na które zamawiający się powołuje, a które to miałyby świadczyć o zwiększających się kosztach realizowanych zamówień na odbiór odpadów, świadczonych dotychczas przez odwołującego, a z drugiej strony wskazywać na opłacalność zlecenia tego zadania spółce Fare zostały przygotowane już przed wszczęciem postępowania. W aktach sprawy znajduje się dokument pn. „Koncepcja odbioru odpadów komunalnych z terenu Gminy Ciechanowiec w latach 2023 - 2024”, jednak ta została przygotowana już w październiku 2022 r. Z kolei postępowanie w przedmiocie odbioru i zagospodarowania odpadów zostało wszczęte 11 listopada 2022 r. poprzez publikację ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Dalej należy także zauważyć, że oferta spółki Fare wpłynęła do zamawiającego 8 grudnia 2023 r., i jak wynika z jej treści, została złożona w odpowiedzi na ogłoszenie w trybie zamówienia „z wolnej ręki” (art. 213 pkt 1 ustawy Pzp) na okres od 1 stycznia 2023 r. do 31 grudnia 2025 r.

Stwierdzić zatem należy, że to nie żadne nowe przyczyny czy okoliczności stały się powodem podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, która to czynność została dokonana zaledwie kilka dni po otrzymaniu oferty od spółki Fare, ale rzeczywistą przyczyną był zamiar zlecenia wykonywania tych usług innemu podmiotowi, w innym niekonkurencyjnym trybie, i to wbrew deklaracji, która została zawarta w treści informacji o unieważnieniu postępowania, że zamawiający poinformuje wykonawców o wszczęciu nowego postępowania obejmującego ten sam przedmiot.

Jedynie na marginesie należy zauważyć, że owe względy ekonomiczne, na jakie wskazuje zamawiający i fakt uzyskania znacznych oszczędności w przypadku zlecenia usług spółce Fare na obecnym etapie postępowania są niemożliwe do ustalenia. Nie mając bowiem oferty od innych wykonawców, w tym tej, którą złożyłby odwołujący w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, zamawiający nie jest w stanie z całą pewnością stwierdzić, że cena i warunki udzielenia zamówienia, które proponuje spółka Fare są korzystniejsze od tych, które jest w stanie zaproponować mu odwołujący. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby spółka Fare odpowiedziała na ogłoszenie o zamówieniu, złożyła swoją ofertę w postępowaniu, a jeśli istotnie zaoferuje za realizację zamówienia cenę niższą - może zostać wyłoniona jako najkorzystniejsza w drodze przetargu.

W konsekwencji Izba uznała, że decyzja zamawiającego o unieważnieniu przedmiotowego postępowania, została dokonana z naruszeniem przepisu art. 256 ustawy Pzp, w związku z czym odwołanie podlegało uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz §7 ust. 1 pkt 1 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący :