

WYROK

z dnia 8 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę **MPO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Ciechanowiec**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu **Gminie Ciechanowiec** unieważnienie czynności unieważnienia postępowania z dnia 5 kwietnia 2023 r.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gminę Ciechanowiec** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)**, uiszczoną przez wykonawcę **MPO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Gminy Ciechanowiec** na rzecz wykonawcy **MPO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku**, kwotę **18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 (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

I. Gmina Ciechanowiec (dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli z terenu Gminy Ciechanowiec w latach 2023 – 2024*”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 218-622261.

W dniu 14 kwietnia 2023 r. w tymże postępowaniu, przez wykonawcę MPO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 255 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, co polegało na wadliwym zastosowaniu wskazanej powyżej podstawy prawnej unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie nie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego ,
2. art. 16 pkt ustawy Prawo Zamówień Publicznych w związku z art. 255 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, co polegało na zaniechaniu spełnienia spoczywającego na Zamawiającym obowiązku informacyjnego polegającego na dokładnym uzasadnieniu faktycznym podjętej decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w szczególności przez wykazanie, które z wad postępowania skutkować mają możliwością unieważnienia umowy w świetle art. 457 Prawa zamówień publicznych,
3. art. 16 pkt 1 ustawy prawo zamówień publicznych, co polegało na nierównym traktowaniu wykonawców, a przejawiało się unieważnieniem postępowania po otwarciu ofert wyłącznie z uwagi na fakt, iż zamówienie publicznie w przedmiotowym postępowaniu nie mogło być realizowane przez Przedsiębiorstwo Robót komunalnych FARE sp. z o.o. z uwagi na fakt, iż oferta tego wykonawcy podlegałaby odrzuceniu z uwagi na wniesienie wadium po terminie oraz wskazanie instalacji nie będącej instalacją komunalną w rozumieniu przepisów ustawy o odpadach.

W konsekwencji tak podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności unieważnienia postępowania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Prawa zamówień publicznych, skutkujących odrzuceniem odwołania.

II. Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie należy uwzględnić.

Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Ustaleń okoliczności, stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, Izba dokonała na podstawie kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, natomiast oddaliła wnioski o przesłuchanie świadków, uznając, że byłyby bez znaczenia dla rozstrzygnięcia. Jeżeli bowiem wada tkwiła w samym postępowaniu, to zeznania świadków nie mogły mieć wpływu na rozstrzygnięcie.

Zamawiający na rozprawie powoływał się na rozmowy telefoniczne, zgodnie z którymi wykonawcy mieli mieć niejasności co do specyfikacji. Żadnych pisemnych dowodów w tym zakresie nie przedłożył. Nie przedłożył również opinii prawnych, na które się powoływał, a które miały wskazywać na konieczność unieważnienia postępowania. Oświadczeń Zamawiającego w tym zakresie, nie popartych żadnymi dowodami, Izba nie wzięła pod uwagę przy rozstrzygnięciu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.
Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 ust. 6 Prawa zamówień publicznych, ze wskazaniem na trzy postawy faktyczne:

1) dopuszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu składania ofert wariantowych przy jednoczesnym wykluczeniu takiej możliwości w treści SWZ,

2) brak w formularzu ofertowym miejsca na wskazanie przez oferentów ilości pojazdów spełniających normę EURO 6 jakimi dysponuje wykonawca,

3) wadliwe określenie w zakresie kryterium oceny ofert odległości od instalacji komunalnej, do której będą kierowane odpady celem ich zagospodarowania bowiem Zamawiający ma podpisaną umowę z jedną instalacją, co zdaniem Zamawiającego powodowało, iż wszyscy wykonawcy w tym kryterium powinni otrzymać równą ilość punktów przy ocenie ofert. Ponadto Zamawiający wskazuje, iż powyższe kryterium stanowi kryterium podmiotowe i jako takie nie może stanowić kryterium oceny ofert. Mianowicie w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania z dnia 5 kwietnia 2023 r., Zamawiający wskazał, że >>przy ponownej analizie dokumentów doszukał się szeregu błędów w przygotowanym opisie przedmiotu zamówienia. W treści ogłoszenia o zamówieniu w pkt. II.2.10) Informacje o ofertach wariantowych wskazano, że Zamawiający dopuszcza składanie ofert wariantowych. Natomiast w SWZ w pkt. 24.1.1. wskazał, że nie wymaga i nie dopuszcza składania ofert wariantowych. Kolejnym błędem w SWZ w pkt. 17.4. wskazano, że Zamawiający przyzna punkty w kryterium „Odległość instalacji komunalnej od siedziby Zamawiającego. Trzeba tutaj zaznaczyć, że gmina Ciechanowiec ma umowę tylko z jedną instalacją komunalną i w tym kryterium wszyscy wykonawcy powinni otrzymać tyle samo pkt. Przy czym zapis ten okazał się na tyle niejasny, że wszyscy wykonawcy wskazali na odległości od swoich siedzib bądź baz magazynowych. Ostatecznie w formularzu ofertowym brak jest miejsca na wpisanie ilości posiadanych pojazdów o normach EURO 6, gdzie zgodnie z SWZ przyznawane są za to punkty –w pkt 17.5. Punkty te są przyznawane za kryterium „ Aspekt środowiskowy”. Dodatkowo w treści SWZ jest zapis –„Jeżeli Wykonawca nie wypełni punktu Formularza oferty dot. „Aspekt środowiskowy (Aś)”, to w tym kryterium uzyska 0 punktów.”<<

Z powyższym nie zgodził się odwołujący i wniósł odwołanie, wskazując, że powyższe wady nie mogły skutkować unieważnieniem postępowania.

Na tej podstawie Izba zważyła, co następuje.

Stosownie do art. 255 ust. 6 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Aby rozstrzygnąć odwołanie, należało odpowiedzieć na pytanie, czy wady postępowania, wskazane przez Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania, są wadami, uniemożliwiającymi zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający w decyzji o unieważnieniu postępowania nie przywoływał innej postawy prawnej, natomiast

w odpowiedzi na odwołanie wskazywał na art. 457 ust. 5 Prawa zamówień publicznych, twierdząc, że „w przedmiotowej sytuacji z całą pewnością można mówić o istnieniu podstaw do zastosowania tejże regulacji w związku z art. 70⁵ KC. Z treści unieważnienia w ocenie Zamawiającego w sposób oczywisty wynikało co stanowi podstawę unieważnienia postępowania” (strona 2 odpowiedzi na odwołanie, co zasadniczo potwierdza zarzut odwołania, że uzasadnienie decyzji o unieważnieniu postępowania było niepełne, jeżeli Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie musiał uzupełniać podstawy prawne unieważnienia).

Zgodnie z art. 70⁵ § 1. Kodeksu cywilnego, organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Jeżeli umowa została zawarta na cudzy rachunek, jej unieważnienia może żądać także ten, na czyj rachunek umowa została zawarta, lub dający zlecenie.

Z kolei w uzasadnieniu odwołania, niejako z ostrożności, Odwołujący polemizował z podstawą unieważnienia postępowania, którą można określić jako art. 255 ust. 6 w zw. z art. 457 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 457 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert; zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy; zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2; z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową; z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

Biorąc pod uwagę treść przywołanych wyżej przepisów, jeżeli w ogóle można byłoby rozważyć unieważnienie postępowania, to wada postępowania musiałaby być istotna (podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 27 czerwca 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 39/22), prowadząca do wypaczenia wyniku postępowania. W ocenie Izby żadna ze

wskazanych przez Zamawiającego w decyzji o unieważnieniu postępowania wada nie jest istotna.

Po pierwsze, rozbieżność pomiędzy ogłoszeniem a specyfikacją warunków zamówienia co do dopuszczalności ofert wariantowych: w ogłoszeniu dopuszczono składanie ofert wariantowych, w specyfikacji – wykluczono. Nie było w tym zakresie żadnych pytań do specyfikacji. Przedmiotem zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, a więc przedmiot zamówienia jest regulowany ustawowo (m.in. ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, Dz.U. z 2013 r. poz. 21z późn. zm.). Żadna z ofert złożonych w postępowaniu (w postępowaniu złożono trzy oferty) nie była ofertą wariantową. W konsekwencji przedmiotowa rozbieżność, którą Zamawiający uznał za jedną z wad, skutkujących unieważnieniem postępowania, była raczej – w tymże postępowaniu o udzielenie zamówienia, ze względu na jego przedmiot i brak wątpliwości wykonawców biorących udział w postępowaniu – omyłką pisarską, nie powodującą żadnych konsekwencji.

Po drugie, „brak w formularzu ofertowym miejsca na wskazanie przez oferentów ilości pojazdów spełniających normę EURO 6 jakimi dysponuje wykonawca” – również nie miał żadnego znaczenia dla postępowania. Liczba pojazdów przeznaczonych do odbioru odpadów komunalnych spełniających normy emisji spalin EURO 6 była jednym z pozacenowych kryteriów oceny ofert (strona 30 SWZ). Każdy z wykonawców, którzy złożyli oferty, wskazał w formularzu ofertowym liczbę pojazdów, podlegających ocenie w tymże kryterium. Izba nie dopatrzyła się w tym zakresie żadnej istotnej wady postępowania. Na pewno nie jest wadą wskazania w formularzu ofertowym liczby pojazdów, mimo że wzór formularza ofertowego nie przewidywał takiej rubryki.

Jako trzecią podstawę faktyczną Zamawiający wskazał wadliwe określenie w zakresie kryterium oceny ofert odległości od instalacji komunalnej, do której będą kierowane odpady celem ich zagospodarowania bowiem Zamawiający ma podpisaną umowę z jedną instalacją, co zdaniem Zamawiającego powodowało, iż wszyscy wykonawcy w tym kryterium powinni otrzymać równą ilość punktów przy ocenie ofert. Izba w tym zakresie ustaliła, że Zamawiający w SWZ (strona 30) wskazał, jak jedno z pozacenowych kryteriów oceny ofert, „Odległość instalacji komunalnej od siedziby Zamawiającego”. W ocenie Izby jest to kryterium jasno określone, miejsce położenia siedziby Zamawiający nie budzi wątpliwości, każdy z wykonawców też miał mieć umowę z instalacją komunalną dla realizacji zamówienia (nie ma żadnego znaczenia, że Zamawiający ma umowę tylko z jedną instalacją). Wykonawca może wybrać instalację komunalną, do której będzie dostarczał odpady, nie budziło to żadnych wątpliwości wykonawców po postępowaniu, i wskazać ją w ofercie, wątpliwości budził tylko sposób potwierdzenia dysponowania taką instalacją. Sam

Odwołujący zadał pytanie do specyfikacji, czy wystarczające jest przedłożenie umowy z instalacją komunalną i otrzymał odpowiedź twierdzącą. Zatem kryterium to było jasne i jednoznaczne, nie ma żadnego znaczenia, że jeden z wykonawców wskazał odległości nie instalacji komunalnej, a własnej siedziby bądź bazy magazynowej.

Izba nie stwierdziła również, że opisane wyżej kryterium było kryterium podmiotowym. W ocenie Izby Zamawiający ma prawo preferować za pomocą kryteriów oceny ofert realizację umowy z wykorzystaniem możliwie bliskich instalacji komunalnych, ponieważ oczywiste jest, że zmniejsza to zarówno koszty postępowania, jak i jest korzystne dla środowiska (już choćby ze względu na krótsze trasy przejazdu).

Reasumując, Izba uwzględniła odwołanie w całości, stwierdzając brak podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 Prawa zamówień publicznych oraz naruszenie art. 16 Prawa zamówień publicznych. Zasadniczo, niemal każde naruszenie przepisów ustawy jest równocześnie naruszeniem podstawowej zasady udzielania zamówień publicznych, wyrażonej w art. 16 Prawa zamówień publicznych – zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Ze względu na powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o 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).

Przewodniczący: