

Sygn. akt: KIO 3388/22

**WYROK
z dnia 3 stycznia 2023 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2022 r. przez wykonawcę Remondis Kraków Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ul. Półłanki 64 (30-740 Kraków) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Gdów z siedzibą w Gdowie przy ul. Rynek 40 (32-420 Gdów)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Remondis Kraków Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Remondis Kraków Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na rzecz zamawiającego Gminy Gdów kwotę w wysokości 937 zł 95 gr (słownie: dziewięćset trzydzieści siedem złotych dziewięćdziesiąt pięć groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu dojazdu pełnomocników na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Gdów zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie podstawowym pn.: *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych zebranych w Punkcie Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) z terenu Gminy Gdów od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz właścicieli nieruchomości wykorzystywanych w sposób rekreacyjno-wypoczynkowy w okresie od 01.01.2023 r. do 31.12.2023 r.*, znak NZPI-IV.271.ZP-19.2022, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1 grudnia 2022 r., pod numerem 2022/BZP 00471091/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest niższy od kwot wskazanych w aktach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 19 grudnia 2022 r. wykonawca Remondis Kraków Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności polegających na:

- unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp;
- zaniechaniu otwarcia wszystkich ofert złożonych w toku postępowania, które wpłynęły do zamawiającego w terminie przewidzianym na składanie ofert.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 255 pkt 6) Pzp przez unieważnienie postępowania w związku z uznaniem przez zamawiającego, że zachodzą podstawy wskazane w pkt 6) powyższego artykułu, podczas gdy przyczyny unieważnienia wskazane w uzasadnieniu faktycznym zamawiającego nie są wystarczające do zastosowania tejże instytucji. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający wymienił wady polegające na:

- błędnym podaniu we wzorze oferty ilości odpadów komunalnych o kodach od 17 01 01 do 17 01 07 w 2023 (część III zamówienia), tj. 60 Mg, podczas gdy w opisie SWZ wskazano, że przewidywana ilość odpadów komunalnych dla przedmiot zamówienia określonego w części III wynosi 200 Mg, co zdaniem odwołującego jednak nie uniemożliwia zawarcia skutecznej i wiążącej umowy o udzielenie zamówienia publicznego,
- nieotwarceniu w oznaczonym czasie jednej z ofert, która wpłynęła do zamawiającego przed upływem terminu do składania ofert, błędnie uznając, że wada ta prowadziłaby do zawarcia nieważnej umowy o zamówienie publiczne, podczas gdy wyżej wskazane wada mogła

zostać konwalidowana przez zamawiającego w toku prowadzonego postępowania przetargowego prowadzonego przy użyciu systemu teleinformatycznego;

2) art. 16 pkt 1) i 2) Pzp przez unieważnienie przedmiotowego postępowania przetargowego po wcześniejszym otwarciu ofert i podaniu ich do publicznej wiadomości, pomijając całkowicie ujawnienie oferty wykonawcy, którego oferta nie została otwarta w wyznaczonym terminie, co jest przejawem uprzywilejowania tego wykonawcy. Oferta pominiętego wykonawcy nie została otwarta i w związku z tym ceny za wykonanie zamówienia nie zostały ujawnione. Działania zamawiającego stawiają pominiętego wykonawcę w korzystniejszej pozycji, gdyż nie została ujawniona jego oferta, ale zostały upublicznione oferty pozostałych wykonawców, co w konsekwencji daje mu przewagę w postaci możliwości przygotowania atrakcyjniejszej oferty w stosunku do pozostałych wykonawców. Powyższa sytuacja może zapewnić wykonawcy, którego oferta została pominięta, że jego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejszej spośród wszystkich złożonych w ramach przeprowadzonego postępowania przetargowego, co jest sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji oraz równym traktowaniem wykonawców;

3) art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp przez niepoprawienie we wzorze oferty omyłki polegającej na błędnie przyjętej ilości odpadów komunalnych o kodach od 17 01 01 do 17 01 07 w 2023 (część III zamówienia), tj. 60 Mg, podczas gdy w opisie SWZ wskazano, że przewidywana ilość odpadów komunalnych dla przedmiotu zamówienia określonego w części III wynosi 200 Mg. Powyższa wada może być interpretowana jako omyłka polegająca na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, której zaistnienie jednak nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Podane przez zamawiającego ilości powyższych odpadów stanowią wartość przewidywaną, wobec czego może ulec zmianie w trakcie realizacji zamówienia. Z tego względu zamawiający powinien opierać się na koszcie usunięcia odpadów komunalnych dla 1 Mg. Dane zawarte we wzorze oferty są wystarczające do obliczenia kosztu usunięcia 1 Mg wyżej wskazanych odpadów komunalnych i obliczenia łącznej ceny dla wartości przyjętej w SWZ (tj. 200 Mg). Mając na uwadze powyższe zamawiający powinien – jeśli w ogóle uważałby to za wadę – poprawić powyższą omyłkę, w związku z błędnie wskazaną we wzorze oferty przez zamawiającego ilością odpadów dotyczących części III zamówienia, a następnie niezwłocznie poinformować go o sprostowaniu powyższej omyłki.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o:

- merytoryczne rozpatrzenie przez Izbę odwołania i jego uwzględnienie w całości;
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania;
- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania dokonanego z dnia 14 grudnia 2022 r.;

- nakazanie zamawiającemu przeprowadzenie ponownego otwarcia wszystkich ofert złożonych do dnia 9 grudnia 2022 roku (do wskazanego terminu składania ofert), przeprowadzenie ich oceny i dokonanie wyboru najkorzystniejszej z nich;
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego przed Izłą, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczne z ustawą czynności zamawiającego wpłynęły na unieważnienie postępowania i niewybranie oferty, mimo iż przedstawiona przez odwołującego oferta była najkorzystniejsza dla części I i III (spośród tych ujawnionych przez zamawiającego). W związku z unieważnieniem postępowania odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, które jest przedmiotem postępowania, albowiem prawidłowe czynności zamawiającego doprowadziłyby do udzielenia zamówienia odwołującemu z uwagi na złożenie najkorzystniejszej oferty dla części I i III postępowania. Nie ulega wątpliwości, iż w ten sposób odwołujący może ponieść szkodę, gdyż nie uzyska przedmiotowego zamówienia. Konsekwentnie zatem spełnione zostały przesłanki uprawniające odwołującego do skorzystania ze środków ochrony prawnej.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, że z decyzją zamawiającego o unieważnieniu postępowania nie sposób się zgodzić, gdyż nie mogą one stanowić podstawy do zastosowania instytucji wskazanej w art. 255 Pzp, tj. obligatoryjnego unieważnienia postępowania udzielenie zamówienia. Odwołujący wskazał, że unieważnienie postępowania powinno być stosowane przez zamawiającego wyłącznie w ostateczności, czyli w sytuacji wystąpienia co najmniej trwałej i niemożliwej do konwalidowania wady. Oznacza to, że gdyby zamawiający zawarł umowę obarczoną taką wadą to podlegałaby ona od samego początku unieważnieniu. W ocenie odwołującego w okolicznościach niniejszej sprawy nie wystąpiły wady o nieusuwalnym charakterze, co oznacza, że zamawiający posiadał możliwość ich poprawienia i z tego względu nie miał prawa do unieważnienia całego postępowania przetargowego.

W pierwszej kolejności odwołujący wskazał, że powołanie się zamawiającego na błędne podanie we wzorze oferty ilości odpadów komunalnych o kodach od 17 01 01 do 17 01 07 w 2023 (część III zamówienia) w wysokości 60 Mg, podczas gdy w opisie SWZ wskazano, że przewidywana ilość odpadów komunalnych dla przedmiot zamówienia określonego w części III wynosi 200 Mg, nie stanowi wady niemożliwej do usunięcia, o ile w ogóle za taką wadę może być to uznane. Podane w SWZ ilości odpadów komunalnych o kodach od 17 01 01 do 17 01 07 do usunięcia w roku 2023 w liczbie 200 Mg stanowi wyłącznie przewidywaną ilość

do usunięcia powyższych odpadów, których liczba może ulec zmianie, a nawet wynieść 60 Mg jak zostało wskazane we wzorze oferty. Wobec tego należy uznać, że dla zamawiającego najważniejszy jest koszt usunięcia odpadów za 1 Mg, który posłuży mu do obliczenia, w późniejszym czasie, wynagrodzenia należnego wykonawcy za rzeczywistą ilość usuniętych odpadów. Gdyby natomiast faktycznie uznał, że wada w treści oferty w ogóle wystąpiła, to mając powyższe na uwadze zamawiający powinien, zgodnie z art. 223 Pzp, dokonać poprawienia omyłki w ofercie i na podstawie wskazanych przez zamawiającego danych dokonać obliczenia ceny za usunięcie odpadów wymienionych w części III zamówienia dla wartości 200 Mg. Zamawiający błędnie podał wartość we wzorze oferty doprowadzając do nieprawidłowego jej uzupełnienia przez wszystkich przystępujących do postępowania przetargowego składających oferty w tej części. Niemniej jednak, nie jest to wada mająca wpływ na ważność postępowania i zawartej na jej podstawie umowy i – jeśli w ogóle uznać to za wadę postępowania - mogła zostać poprawiona przez zamawiającego z urzędu. Wystarczyło podzielić cenę podaną przez odwołującego przez 60 Mg, aby uzyskać koszt usunięcia 1 Mg odpadów wymienionych w części III zamówienia. Następnie uzyskany wynik wystarczyło pomnożyć razy 200 Mg, aby uzyskać cenę za usunięcie odpadów zgodnie z ilością wskazaną w SWZ.

Odwołujący uznał, że zamawiający bezpodstawnie uznał powyższą omyłkę za jedną podstaw do uznania, że postępowanie podlega unieważnieniu. Wskazana omyłka nie jest na tyle poważna, aby mogła stanowić podstawę do unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne. Zgodnie z Pzp działanie Zamawiającego powinno prowadzić do poprawienia omyłki, poinformowaniu wykonawcy o jej poprawieniu, aby następnie zakończyć postępowanie przetargowe poprzez wybranie najkorzystniejszej oferty.

W dalszej kolejności odwołujący zwrócił uwagę, że kolejną podstawą do unieważnienia postępowania, na którą powołał się zamawiający jest nieotwarcie w oznaczonym czasie jednej z ofert, pomimo że wpłynęła do zamawiającego przed upływem terminu do składania ofert. W tym miejscu odwołujący podkreślił fakt, że postępowanie o zamówienie publiczne zostało przeprowadzone w formie elektronicznej, wobec czego wszystkie oferty złożone prawidłowo w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, powinny zostać otworzone jednocześnie za pośrednictwem platformy zakupowej, przy czym obecnie otwarcie ofert nie następuje w sposób jawny, w odróżnieniu od poprzednio obowiązującej Pzp, przez co wydane na jej gruncie orzeczenia, straciły na ważności i nie znajdują zastosowania w aktualnym stanie prawnym. Ponadto wskazać należy, że zamawiający nie udostępnił informacji o wystąpieniu awarii systemu teleinformatycznego oraz nie wyznaczył dodatkowego terminu na otwarcie ofert. Z tego względu należy uznać, że postępowania przebiegłego w sposób prawidłowy i powinno zostać zakończone zgodnie z

procedurą. Niemniej jednak, jeżeli nie otworzenie jednej z ofert powstało wskutek błędnego działania zamawiającego, to zamawiający powinien ponownie otworzyć pozostałe oferty złożone w postępowaniu w terminie składania ofert i zaktualizować tabelę nr 1 z ofertami złożonymi przez wykonawców. Odwołujący podkreślił, że uwzględniając fakt, że wszystkie oferty w toku postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego według nowego Pzp są składane w postaci elektronicznej przy użyciu określonych przez zamawiającego środków komunikacji elektronicznej, wykluczyć należy możliwość niezauważalnego ingerowania w ich treść czy to przez zamawiającego, czy to przez osoby trzecie, a gdyby taka sytuacja miała miejsce, to weryfikacja takiego działania jest łatwa do wykrycia. Składanie ofert w formie elektronicznej eliminuje możliwość manipulowania przy ich treści w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wobec czego zapisy systemu teleinformatycznego gwarantują prawidłowy przebieg postępowania, nawet przy drugim otwarciu złożonych przez wykonawców ofert. Wcześniejszy tryb składania ofert w formie papierowej takiej gwarancji nie posiadał, gdyż w toku postępowania istniało prawdopodobieństwo manipulacji w dokumentacji ofertowej, ale przede wszystkim uzasadnione było tym, że czynność otwarcia ofert miała charakter jawny, dostępny dla wykonawców, wobec czego ustalany termin otwarcia ofert miał charakter publiczny. System informatyczny powyższą procedurę wyeliminował poprzez prowadzenie ciągłego rejestru zapisującego wszystkie zmiany oraz wykonane czynności w zakresie złożonej dokumentacji ofertowej. Z tytułu gwarancji jaką daje system teleinformatyczny w zakresie rejestracji prowadzonych zmian odwołujący nie odnalazł przeciwskażeń do otwarcia złożonych przez wykonawców ofert, podobnie jak ma to miejsce w przypadku wystąpienia awarii systemu, tj. zamawiający powinien wyznaczyć nowy termin otwarcia złożonych z zachowaniem terminu składania ofert.

Odwołujący stwierdził, że unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne w okolicznościach niniejszej sprawy doprowadza do sytuacji, w której wykonawca, którego oferta nie została otworzona, stawiany jest w korzystniejszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Na nierówne traktowanie wykonawców będzie miał wpływ fakt, że powyższy wykonawca będzie w posiadaniu informacji o ofertach przedstawionych przez pozostałych wykonawców, podczas gdy ci wykonawcy w dalszym ciągu nie posiadają wiedzy o ofercie przedstawionej przez pominiętego wykonawcę. W konsekwencji powyższe może doprowadzić do niezgodnego z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ponieważ pominięty wykonawca posiadać będzie przewagę przy składaniu oferty w postaci powyższych informacji. Na ich podstawie będzie mógł złożyć ofertę, która będzie atrakcyjniejsza od pozostałych i zagwarantuje mu jej wybór przez zamawiającego jako najkorzystniejszej z

przedstawionych ofert. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że jedynie otwarcie pozostałej złożonej oferty i ponowne dokonanie oceny ofert gwarantuje prawidłowe przeprowadzenie niniejszego postępowania z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zastosowanie systemu teleinformatycznego ma za zadanie eliminować wszelkiego rodzaju prób manipulacji przy składaniu dokumentacji ofertowej. Dlatego w przypadku złożenia przez wykonawcę oferty w sposób prawidłowy i terminowy, zamawiający powinien ponownie otworzyć wszystkie oferty. Natomiast jeżeli pominięty przy otwarciu wykonawca złożył ofertę, która nie mogła zostać otwarta ze względu na błędy lub uszkodzenia pliku, to takie ryzyko uszkodzenia pliku winno obciążać wyłącznie wykonawcę i nie powinno być brane pod uwagę. W tym przypadku unieważnienie postępowania sprawi, że w nowym postępowaniu o zamówienie publiczne wykonawcy temu zostanie ponownie przyznana możliwość złożenia całej dokumentacji pozbawionej wad.

Odwołujący wskazał również, że unieważnienie postępowania będzie również wpływać w inny sposób na korzyść wykonawcy, którego oferta została pominięta, kosztem pozostałych wykonawców, w tym odwołującego. Zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu w sposób wyczerpujący podstaw wskazujących prawidłowość podjętej przez siebie decyzji. Uzasadnienie faktyczne zawiera lakoniczne wskazanie przyczyny stanowiącej unieważnienie postępowania, podczas gdy pominięcie przy otwarciu oferty wykonawcy może wynikać z różnych przyczyn. Może to wynikać, m.in. z wysłaniem plikiem, którego zamawiający nie mógł otworzyć lub wykonawca ten nie dotrzymał terminu do składania ofert, albo z celowego działania zamawiającego. Z tego względu unieważnienie postępowania rodziłoby dla wyżej wskazanego wykonawcy możliwość ponownego przystąpienia do postępowania, mimo uchybień wynikających z jego działania.

Na marginesie odwołujący podkreślił, że unieważnienie postępowania powinno być uzasadnione w sposób nie budzący wątpliwości oraz wyczerpująco uzasadniany, żeby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli możliwość weryfikacji prawidłowości podjętej przez zamawiającego czynności unieważnienia postępowania, czego w niniejszym unieważnieniu zabrakło i również z tego powodu powinno zostać unieważnione. W ocenie odwołującego unieważnienie postępowania, które skutkuje ponownym przeprowadzeniem postępowania, stawiać będzie wykonawcę, którego oferta została pominięta przy otwarciu, w korzystniejszej pozycji do pozostałych wykonawców, co w konsekwencji skutkować będzie naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w kolejnym postępowaniu.

W ramach postępowania odwoławczego nie zostały zgłoszone przystąpienia.

W dniu 29 grudnia 2022 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba doszła do przekonania, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 27 grudnia 2022 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej jako: „SWZ”);
- ofertę złożoną przez odwołującego ;
- ofertę złożoną przez wykonawcę ANBUD, która nie została wskazana w informacji z otwarcia ofert;
- informację z otwarcia ofert z dnia 9 grudnia 2022 r.;
- zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 14 grudnia 2022 r.

Izba ustaliła co następuje

Zamawiający po otwarciu ofert, tj. w dniu 9 grudnia 2022 r., opublikował również na stronie internetowej Biuletynu Informacji Publicznej tabelę nr 1 z ofertami złożonymi przez wykonawców w terminie wyżej wskazanym.

W dniu 14 grudnia 2022 r. zamawiający wysłał do wykonawców zawiadomienie o unieważnieniu postępowania, w którym poinformował, że unieważnia postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym dla tej czynności zamawiający wskazał, że:

W dokumentach zamówienia wystąpiły rozbieżności: w SWZ w opisie przedmiotu zamówienia dla części III określono przewidywaną ilość odpadów komunalnych o kodach od 17 01 01 do 17 01 07 w 2023 roku – 200 Mg. tymczasem we wzorze oferty określono szacunkową ilość - 60 Mg. Wykonawcy wycenili tę część we wzorze oferty co nie jest zgodne

z opisem w SWZ. Ponadto w oznaczonym czasie nie została otwarta jedna oferta pomimo , że wpłynęła do Zamawiającego przed upływem terminu na składanie ofert.

Powyższe stanowią wadę niemożliwą do usunięcia na obecnym etapie postępowania tj. po otwarciu ofert. Przedmiotowa wada posiada nieusuwalny charakter. Jest to uchybienie proceduralne, które na tym etapie postępowania nie może być skorygowane przez Zamawiającego w toku postępowania. Art 255 Pzp definiuje obligatoryjne przesłanki unieważnienia postępowania obejmujące sytuacje, w których dalsze prowadzenie postępowania jest obiektywnie niecelowe.

Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający wyjaśnił w odpowiedzi na odwołanie, że korespondencja wpływającą do niego za pośrednictwem portalu epuap w tym oferty w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych obsługiwana jest przez Referat Organizacyjny i Spraw Obywatelskich a następnie przekazywana do Referatu Inwestycji, Zamówień Publicznych, Planowania Przestrzennego i Gospodarowania Gminnym Zasobem Nieruchomości (skrót nazwy referatu NZPI-IV) – który prowadzi postępowanie. W wyniku niedopatrzenia pracownika, do Referatu Inwestycji, Zamówień Publicznych, Planowania Przestrzennego i Gospodarowania Gminnym Zasobem Nieruchomości nie została przekazana jedna oferta złożona jako ostatnia (przez wykonawcę ANBUD). Wobec czego w dniu 9 grudnia 2022 r. o godz. 12:00 zostały otwarte trzy oferty. Niezwłocznie po otwarciu tych trzech ofert w dniu 9 grudnia 2022 r. została sporządzona informacja, o której mowa w art. 222 ust 5 Pzp i zamieszczona w BIP na stronie prowadzonego postępowania. O tym, że została złożona jeszcze jedna (czwarta) oferta pracownik referatu NZPI-IV zorientował się w dniu 13 grudnia 2022r. na co wskazuje fakt deszyfracji oferty (vide miniPortal historia pracy użytkownika).

Wykonawca ANBUD złożył ofertę na wszystkie trzy części zamówienia.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 255 pkt 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;*

- art. 16 pkt 1 i 2 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) przejrzysty;*

- art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp – *Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.*

Izba zważyła co następuje.

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

Izba ustaliła, że w zawiadomieniu z 14 grudnia 2022 r., zamawiający w uzasadnieniu faktycznym dla podjętej czynności podał dwie okoliczności, które stanowiły powód unieważnienia postępowania. Okoliczności te polegały na:

- 1) błędnym podaniem we wzorze oferty ilości odpadów komunalnych o kodach od 17 01 01 do 17 01 07 w 2023 (część III zamówienia), tj. 60 Mg, podczas gdy w opisie SWZ wskazano, że przewidywana ilość odpadów komunalnych dla przedmiot zamówienia określonego w części III wynosi 200 Mg;
- 2) nieotwarciu w oznaczonym czasie jednej z ofert pomimo, że wpłynęła do zamawiającego przed upływem terminu na składanie ofert.

Obie powyżej wskazane okoliczności zostały zakwestionowane przez odwołującego.

Jeśli chodzi o okoliczność wskazaną w pkt 1 skład orzekający w znacznej mierze przyjął stanowisko odwołującego uznając, że nie stanowiła ona wady postępowania. Jak słusznie stwierdził odwołujący podane w SWZ ilości odpadów komunalnych o kodach od 17 01 01 do 17 01 07 do usunięcia w roku 2023 w liczbie 200 Mg stanowiły wyłącznie przewidywaną ilość do usunięcia powyższych odpadów, których liczba mogła ulec zmianie, a nawet wynieść 60 Mg jak zostało wskazane we wzorze oferty. Wobec tego należało uznać, że dla zamawiającego najważniejszy powinien być koszt usunięcia odpadów za 1 Mg, który także został podany w przez wykonawców w formularzu ofertowym i który pozwoliłby zamawiającemu obliczyć, w późniejszym czasie, wynagrodzenie należne wykonawcy za rzeczywistą ilość usuniętych odpadów.

Tym samym Izba, powyżej wskazanej okoliczności, nie uznała za wadę postępowania, co skutkowało stwierdzeniem, że zamawiający niesłusznie podał ją jako podstawę unieważnienia. Stwierdzenie to miało także znaczenie w kontekście zarzutu dotyczącego naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przedmiotowy zarzut w ocenie składu orzekającego należało potraktować jako zarzut ewentualny w sytuacji gdyby Izba uznała, że w postępowaniu doszło do wady postępowania w powyżej wskazanym zakresie. W ocenie odwołującego wówczas taka wada mogłaby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zostać poprawiona jako inna omyłka, o której mowa w ww. przepisie. Skoro Izba doszła do

przekonania, że okoliczność wymieniona w pkt 1 powyżej nie stanowiła wady postępowania to orzekanie w zakresie zarzutu ewentualnego stało się bezprzedmiotowe.

W przypadku okoliczności wymienionej w pkt 2 powyżej, Izba stwierdziła, że stanowiła ona wadę postępowania. W tym kontekście Izba zwróciła uwagę na dyspozycje art. 221 oraz art. 222 Pzp. Przepis art. 221 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek zapewnienia, aby z zawartością ofert nie można było zapoznać się przed upływem terminu ich otwarcia. Realizacja tego obowiązku w praktyce oznacza, że złożenie oferty przez wykonawcę (doręczenie oferty zamawiającemu albo podmiotowi prowadzącemu postępowanie w imieniu lub na rzecz zamawiającego) powinno odbywać się zgodnie z procedurami wdrożonymi w celu ochrony przed dostępem do treści tej oferty do dnia otwarcia ofert, uniemożliwiającymi zapoznanie się do tego czasu z jej zawartością przez kogokolwiek, w szczególności przez innych wykonawców i pracowników zamawiającego. Tymczasem uwzględnienie żądania odwołującego prowadziłaby do konieczności wyznaczenia nowego terminu otwarcia ofert, których treść była znana zamawiającemu oraz mogłaby zostać poznana przez wykonawców biorących udział w postępowaniu. Warto w tym zakresie dodać, że wszystkie oferty złożone w postępowaniu zostały już poddane deszyfracji. Zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie oraz potwierdził na rozprawie, że dokonał deszyfracji oferty, która nie została podana w informacji z otwarcia ofert w dniu 13 grudnia 2022 r. Co oczywiste pozostałe oferty zostały zdeszyfrowane po upływie terminu składania ofert i wskazane w informacji z otwarcia ofert z dnia 9 grudnia 2022 r. W związku z tym realizacja obowiązku określonego w art. 221 Pzp byłaby niemożliwa. Obowiązek ten, dotyczący zapewnienia poufności zawartości ofert do upływu terminu otwarcia ofert służy zachowaniu zasady uczciwej konkurencji. Stąd niedochowanie tego obowiązku, a tak by się stało w sytuacji wyznaczenia nowego terminu otwarcia jawnych ofert, stanowiłoby naruszenie nie tylko treści art. 221 Pzp, ale również uchybiałby zasadom określonym w art. 16 Pzp.

W dalszej kolejności Izba zwróciła uwagę na dyspozycję art. 222 Pzp, który odnosi się do otwarcia ofert. Jak wskazuje się w doktrynie, przez „otwarcie ofert” należy rozumieć techniczne otwarcie korespondencji skierowanej do zamawiającego przez wykonawców, której zawartością są oferty, bez względu na sposób dostarczenia tej korespondencji. Pzp przyjmuje jako zasadę niezwłoczne otwarcie ofert po upływie terminu składania ofert, jednak jednocześnie dopuszcza wyznaczenie przez zamawiającego terminu otwarcia ofert na dzień następny po dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Przy czym Pzp nie reguluje kwestii jawności otwarcia ofert, co oznacza, że zamawiający może, ale nie musi dokonać publicznego ich otwarcia. W okolicznościach przedmiotowej sprawy należało uznać, że wszystkie oferty złożone w postępowaniu zostały przez zamawiającego otworzone. Trzy

oferty w terminie określonym w ogłoszeniu o zamówieniu wyznaczonym na dzień 9 grudnia 2022 r., natomiast jedna z ofert po upływie tego terminu tj. 13 grudnia 2022 r. Ponadto jak słusznie wskazano w komentarzu Prawo zamówień publicznych pod red. H. Nowak, M. Winiarz – *W przypadku gdy otwarcie ofert ma nastąpić przy użyciu systemu teleinformatycznego, a nastąpi awaria tego systemu, która uniemożliwia otwarcie ofert w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, otwarcie ofert następuje po usunięciu awarii. Otwarcie ofert jest pierwszą okazją dla zamawiającego do weryfikacji, czy zawartość korespondencji od wykonawcy przekazanej zamawiającemu jako oferta w terminie składania ofert to istotnie oferta. W szczególności jeżeli w wyniku czynności sprawdzających okaże się, że przyczyna braku możliwości otwarcia zawartości korespondencji z ofertą leży po stronie wykonawcy, zamawiający może nie zakwalifikować takiej korespondencji jako złożonej oferty, uznając, że wykonawca, który taką korespondencję przesłał, nie złożył oferty. Ponowne złożenie oferty po terminie składania ofert nie jest dopuszczalne, a oferta złożona po terminie składania ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 Pzp podlega odrzuceniu. Od sytuacji, w której przyczyna braku złożenia oferty, leży po stronie wykonawcy, należy odróżnić sytuację, w której problem z dostępem do zawartości korespondencji, która została przekazana przez wykonawcę w terminie składania ofert leży po stronie zamawiającego. Wszystkie czynności związane z wyjaśnianiem i realizowaniem dostępu do treści złożonych ofert powinny odbywać się jak najszybciej i umożliwić otwarcie ofert w terminie oznaczonym jako termin otwarcia ofert. Pzp nie dopuszcza po upływie terminu składania ofert, poza sytuacją awarii systemu teleinformatycznego, o której mowa w art. 222 ust. 2 Pzp, zmiany przez zamawiającego terminu otwarcia ofert.*

Jak wynika z powyższego, otwarcie ofert należy potraktować jako czynność faktyczną niepowtarzalną, a jedyna dopuszczalna w przepisach zmiana terminu otwarcia ofert po jego upływie przez zamawiającego może nastąpić wyłącznie w sytuacji awarii systemu teleinformatycznego. W okolicznościach przedmiotowej sprawy zamawiający zastosował system teleinformatyczny dla procesu składania ofert, jednakże niemożność otwarcia jednej z ofert spośród złożonych w postępowaniu nie nastąpiła w wyniku awarii tego systemu, ale w wyniku błędu ludzkiego. Błąd ten został opisany w odpowiedzi na odwołanie i Izba nie znalazła powodów do kwestionowania wyjaśnienia podanego przez zamawiającego.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie okoliczność wskazaną w pkt 2 powyżej, należało uznać za wadę postępowania, która jest niemożliwa do usunięcia.

Ostatni element przesłanki unieważnienia postępowania określonej w art. 255 pkt 6 Pzp wskazuje na to, aby stwierdzona wada, która jest niemożliwa do usunięcia, uniemożliwiła jednocześnie zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia

publicznego. W doktrynie zwraca się uwagę, że element ten należy powiązać z dyspozycją art. 457 Pzp, który wymienia przesłanki unieważnienia umowy. Jednakże odwołujący w swojej argumentacji zaprezentowanej zarówno w odwołaniu jak i podczas rozprawy zupełnie nie odniósł się do tej części przepisu, która kwalifikuje stwierdzoną wadę jako uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz nie wskazał, ani nawet nie zwrócił uwagi na treść art. 457 Pzp. Stanowisko odwołującego odnosiło się: po pierwsze do kwestii możliwości powtórzenia czynności otwarcia ofert, co miało wskazywać, że wada wskazana przez zamawiającego jest możliwa do usunięcia, po drugie do naruszenia zasad wskazanych w art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w kontekście tego, że jeden z wykonawców – którego oferta nie została wymieniona w informacji z otwarcia ofert – będzie miał przewagę nad pozostałymi wykonawcami w kolejnym postępowaniu ponieważ poznał ceny pozostałych ofert oraz po trzecie do niewystarczającego uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania przez zamawiającego.

Jeśli chodzi o pierwszą z powyżej wskazanych okoliczności to należało wskazać, że została ona przesądzona we wcześniejszej części uzasadnienia, w której Izba uznała, że przedmiotowa wada była niemożliwa do usunięcia. Drugi aspekt stanowiska odwołującego zostanie omówiony poniżej przy okazji zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 Pzp. W przypadku argumentu dotyczącego braku odpowiedniego uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania, skład orzekający stwierdził, że okazał się on chybiony. Co prawda zamawiający podał zdawkowo i lakonicznie powód unieważnienia w tym zakresie, nie podając dokładnych szczegółów z nim związanych, jednakże w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy uzasadnienie podane przez zamawiającego okazało się wystarczające. Odwołujący nie miał problemów ze zrozumieniem powodów unieważnienia postępowania, był w stanie ustalić stan faktyczny leżący u podstaw tej czynności oraz przygotować i wnieść od niej odwołanie, które w warstwie prezentacji okoliczności faktycznych pozostawało bez zarzutu.

W kontekście tego ostatniego elementu wchodzącego w skład przesłanki unieważnienia postępowania określonej w art. 255 pkt 6 Pzp Izba kierowała się zasadą kontradiktoryjności postępowania odwoławczego i uznała, że odwołujący przez zupełne nieodniesienie się do tego aspektu zrezygnował z jego kwestionowania, a jego rozpoznanie będzie stanowiło naruszenie dyspozycji zawartej w art. 555 Pzp. Warto przy tym dodać, że dokładna relacja pomiędzy art. 255 pkt 6 Pzp a art. 457 Pzp budzi pewne dyskusje na poziomie doktryny, szczególnie w kontekście treści ust. 1 i 5 art. 457 Pzp w związku z unieważnieniem postępowania, tym samym zupełne pominięcie powyżej wskazanego elementu w argumentacji odwołującego, obciąża go jako stronę postępowania i nie może pozostawać w

sferze domysłów składu orzekającego. Z tych względów jedyną możliwością pozwalającą na usunięcie stanu niezgodności z przepisami ustawy było podtrzymanie w mocy czynności zamawiającego o unieważnieniu postępowania i tym samym oddalenie zarzutu naruszenia art. 255 pkt 6 Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 Pzp odwołujący wskazywał na naruszenia zasad wskazanych w tych przepisach w związku z działaniami zamawiającego stawiającymi pominiętego wykonawcę w korzystniejszej pozycji, gdyż nie została ujawniona jego oferta, ale zostały upublicznione oferty pozostałych wykonawców, co w konsekwencji daje mu przewagę w postaci możliwości przygotowania atrakcyjniejszej oferty w stosunku do pozostałych wykonawców.

W ocenie składu orzekającego argumentacja odwołującego w zakresie przedmiotowego zarzutu nie zasługiwała na uwzględnienie. Jak już wskazano powyżej oferta wykonawcy niewymienionego w informacji z otwarcia ofert została zdeszyfrowana co oznacza, że pozostali wykonawcy – podobnie jak zamawiający – mają możliwość wglądu do jej treści. Ponadto zaistniała sytuacja nie mogła doprowadzić do powstania przewagi rynkowej tego wykonawcy w stosunku do pozostałych wykonawców, ponieważ na cenę mają wpływ różne okoliczności związane ze świadczeniem usługi składającej się na przedmiot zamówienia i te okoliczności bierze pod uwagę wykonawca składając ofertę. Zdaniem Izby do naruszenia zasad określonych w art. 16 Pzp doprowadziłoby wykonanie żądanie odwołującego, którego zastosowanie skutkowałoby wyznaczeniem ponownego terminu otwarcia ofert, których treść była znana zamawiającemu i mogłaby zostać ujawniona innym wykonawcom. Podsumowując Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a) w zw. z § 8 ust. 2 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty związane z dojazdem na posiedzenie i rozprawę, na podstawie złożonych na rozprawie rachunków.

Przewodniczący: