

**Sygn. akt: KIO 390/16**

**WYROK**  
**z dnia 31 marca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio  
Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 marca 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 marca 2016 r. przez R.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „ZULIT PPHU R.J.” we Witrogoszcz Osada w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Szpital Specjalistyczny w Pile im. Stanisława Staszica z siedzibą w Pile,

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża R.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „ZULIT PPHU R.J.” we Witrogoszcz Osada i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez R.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „ZULIT PPHU R.J.” we Witrogoszcz Osada tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający, Szpital Specjalistyczny w Pile im. Stanisława Staszica z siedzibą w Pile, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Sukcesywna dostawa drewna przeznaczonego na opał w postaci zrębków drzewnych przeznaczonych do spalania w kotłach na biomasę”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28.01.2016r. pod numerem 2016/S 019-029343.

W dniu 11.03.2016 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego unieważnieniu.

W dniu 17.03.2016 r. R.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „ZULIT PPHU R.J.” we Witrogoszcz Osada wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem ww. czynności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 Pzp poprzez:

- zaniechanie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
- niezgodne z prawem dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy postępowanie nie było obarczone żadną niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego, tj. pomimo braku przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- uchylecia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- dokonania czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, w ramach którego przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa drewna przeznaczonego na opał w postaci zrębków opałowych z drzewa liściastego lub iglastego przeznaczonych do spalania w kotłach na biomasę w ilości 19.000 m.p. Zamawiający przewidział dwa kryteria oceny ofert: cenę i wielkość dostawy w ciągu doby, określając minimalną wielkość dostawy na 300 mp przedmiotu umowy w ciągu doby. Zamawiający nie określił w SIWZ lub ogłoszeniu maksymalnej wielkości dostawy w ciągu doby.

Dowód:

- Wyciąg z SIWZ.

W dniu 11 marca 2016 roku Zamawiający unieważnił postępowanie. W uzasadnieniu Zamawiający stwierdził, iż, cyt.:

„Brak dookreślenia przez Zamawiającego maksymalnej wielkości dostawy drewna opałowego w ciągu doby spowodował rażący dysonans w ilościach wskazanych w ofertach złożonych w postępowaniu, które to różnice nie dają się wyjaśnić obiektywnymi względami. Ponadto Zamawiający nie doprecyzował wymagań dotyczących potencjału technicznego, jaki winien posiadać Wykonawca, co uniemożliwiło weryfikację realności podlegających ocenie punktowej deklaracji Wykonawców w sprawie wielkości dostawy przedmiotu zamówienia w ciągu doby.”

Dowód:

- Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 11 marca 2016r.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp.

Z zawiadomienia o unieważnieniu postępowania wynika, iż przygotowując Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający nie wskazał maksymalnej dopuszczalnej wielkości dostawy dobowej, a także nie określił wymagań dotyczących potencjału technicznego, jakim mieliby się legitymować wykonawcy. Zaniechania Zamawiającego nie zasługują na miano błędów. Wszak każdy zamawiający ma prawo, w ramach określonych przepisami Pzp, swobodnie kształtować warunki udziału w postępowaniu, a także stawiać wymagania, jakim mają odpowiadać oferowane dostawy. W tym świetle, co najmniej za wątpliwe należy uznać użycie przez Zamawiającego terminu „wada” w odniesieniu do braku wskazania w SIWZ maksymalnej dobowej dostawy, czy braku wymogu dot. potencjału technicznego. Zaniechanie postawienia warunku udziału w SIWZ nie oznacza, iż wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu nie posiadają odpowiedniego potencjału technicznego, a oferowana zdolność do wykonania dużej dostawy dobowej, np. na poziomie

zaoferowanym przez Odwołującego, tym bardziej potwierdza wysokie możliwości techniczne w zakresie dowozu i rozładunku opału.

Powyższe rozważania nie mają praktycznego znaczenia; istotą zarzutu jest bowiem fakt, iż nie każda wada stanowi przesłankę do unieważnienia postępowania, co Odwołujący zamierza wykazać poniżej.

Z treści art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp wynika, iż zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 11 kwietnia 2013 r. (KIO 741/13): "Przesłanka unieważnienia postępowania określona w tym przepisie składa się z koniunkcji trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje koniecznością zastosowania przepisu. Po pierwsze, musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania). Po drugie, wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. A zatem nie może to być jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie, ale wada powodująca niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. Po trzecie wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Przesłanki skutkujące unieważnieniem umowy określa art. 146 ust. 1 Prawa Zamówień Publicznych".

Podstawę do unieważniania postępowania stanowi więc wada skutkująca - wyłącznie w oparciu o przepisy Pzp - koniecznością unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeśli do zawarcia takiej umowy by doszło. Dlatego też, Zamawiający, dokonując oceny podstaw do unieważnienia postępowania w oparciu o wskazaną przesłankę ustawową, powinien sięgnąć do art. 146 Pzp, który w ustępie 1 zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek unieważniania umowy (bezpodstawne zastosowanie niektórych trybów, brak zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w odpowiednim publikatorze, zawarcie umowy lub umowy ramowej z naruszeniem terminów standstill oraz określone nieprawidłowości w dynamicznym systemie zakupów). Katalog ten jest zamknięty i nie może być interpretowany rozszerzająco. Dodatkowe przesłanki wskazujące na możliwość unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego zawarte są w ustępie 5 i 6 art. 146 Pzp. Brak jest podstaw do unieważnienia umowy na podstawie okoliczności innych niż wynikające ze wskazanych wyżej przepisów Pzp. Oznacza to, że stwierdzona przez Zamawiającego wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem tylko i wyłącznie przepisu Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik (tak wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2015 r.

KIO 782/15). Podobne stanowisko wyraził Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 14 sierpnia 2012 r., sygn. akt V CA 788/12, jak również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1732/13.

Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym żadna z przesłanek skutkujących koniecznością unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w kontekście okoliczności wskazanych przez Zamawiającego w informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 11 marca 2016 r. nie miała miejsca. Wskazywana przez Zamawiającego okoliczność, iż Zamawiający nie dookreślił warunków udziału i wielkości maksymalnej dobowej dostawy nie wypełnia przesłanki unieważnienia postępowania, na podstawie któregośkolwiek z wyżej wymienionych przepisów. W przypadku unieważnienia postępowania należy bowiem wskazać konkretną wadę i konkretne naruszenie przepisów Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik. Natomiast w tym stanie faktycznym Zamawiający nie powołał się na naruszenie przepisów Pzp, a skoro nie wykazał naruszenia konkretnego przepisu Pzp, to tym bardziej nie wykazał wpływu zaistniałej wady na wynik postępowania oraz możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zamawiający uzyskał oferty zgodne z SIWZ, w tym z postawionymi w niej warunkami.

Zamawiający nie jest uprawniony do samodzielnego kształtowania przesłanek unieważnienia postępowania, ani do podawania za podstawę prawną unieważnienia innych okoliczności niż wskazanych w art. 93 ust. 1 Pzp (tak KIO 2926/12). Działanie Zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiegokolwiek uznaniowości. Interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania powinna być dokonywana w sposób ścisły, przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej, a udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było prawidłowe, spoczywa zawsze na Zamawiającym.

Zamawiający nie dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty po otwarciu ofert, uznając z góry, iż nie może dokonać oceny ofert na skutek rzekomego braku w SIWZ postanowień w zakresie maksymalnej wielkości dostawy dobowej i wymagań dotyczących potencjału technicznego wykonawcy. Fakt, że Zamawiający nie zamieścił tych wymogów w SIWZ nie stanowi wady postępowania w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, tym samym nie stanowi przesłanki do unieważnienia postępowania.

[...]"

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż według art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie jeżeli obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Według art. 146 ust. 6 ustawy Prezes UZP może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Według ust. 2 tego przepisu kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji. Natomiast według ust. 3 kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

W pkt 14.1 SIWZ („Kryteria oceny ofert”) Zamawiający przewidział, iż dokona oceny ofert, na podstawie kryteriów:

Cena brutto – z wagą 90 %

Wielkość dostawy w ciągu doby – z wagą 10 %.

Według pkt 14.1.2 w kryterium wielkość dostawy w ciągu doby Zamawiający dokona oceny wielkości dostawy w ciągu doby według deklaracji Wykonawcy złożonej w Formularzu ofertowym. Wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia minimum 300 mp przedmiotu umowy w ciągu doby.

W Formularzu ofertowym stanowiącym zał. nr 1 do SIWZ, w wierszu 5 przewidziano podanie wielkości dostawy w ciągu doby (zaznaczając, że podlega ona ocenie i winna być nie mniejsza niż 300 mp/dobę).

Według pkt 3.1 SIWZ przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa drewna opałowego w ilości 19 000 mp.

Zgodnie z pkt 3.7 SIWZ dostawa będzie odbywać się zgodnie z harmonogramem stanowiącym zał. nr 7 do SIWZ, który przewidywał miesięczne ilości dostaw w przedziałach od 500 do 3000 mp.

Wielkości dziennych dostaw nigdzie w SIWZ nie określono. W projekcie umowy w sprawie zamówienia (zał. nr 6 do SIWZ) w § 1 pkt 2 przewidziano jednakże, że wykonawca wykonywał będzie przedmiot umowy zgodnie z SIWZ i opisem przedmiotu zamówienia określonym w SIWZ i w ofercie. W § 6 pkt 2 i 3 postanowiono natomiast, że dostawa będzie realizowana sukcesywnie w okresie trwania umowy, w ilościach określonych każdorazowo w zamówieniach Zamawiającego w terminie 5 dni od złożenia danego zamówienia i zgodnie z harmonogramem dostaw, który stanowi załącznik nr 2 do umowy (w dokumentacji przetargowej załącznik taki nie występuje).

Odwołujący w swojej ofercie w wierszu dotyczącym wielkości dostawy w ciągu doby podał 15 000 mb., co wielokrotnie przekraczało ilości podawane przez innych wykonawców i w efekcie powodowało, że wielkości punktowe, które mogliby uzyskać w ramach tego kryterium byłyby nieznaczące.

W piśmie z dnia 11 marca 2016 r., w uzasadnieniu prawnym czynności unieważnienia postępowania Zamawiający wskazał, że unieważnia postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym wskazywaną w ww. przepisie wadę postępowania zidentyfikowano i opisano następująco:

„Brak dookreślenia przez Zamawiającego maksymalnej wielkości dostawy drewna opałowego w ciągu doby spowodował rażący dysonans w ilościach, wskazywanych w ofertach złożonych w postępowaniu, które to różnice nie dają się wyjaśnić obiektywnymi względami.

Ponadto Zamawiający nie doprecyzował wymagań dotyczących potencjału technicznego, jaki winien posiadać Wykonawca, co uniemożliwiło weryfikację realności polegającej ocenie deklaracji Wykonawców w sprawie wielkości dostawy przedmiotu zamówienia w ciągu doby.”

Uwzględniając wskazane normy prawne oraz biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny sprawy, Izba stwierdziła, że podnoszony przez Zamawiającego brak określenia maksymalnej wielkości dobowej dostawy drewna, stanowiącej jedno z kryteriów oceny ofert, w korelacji z niejasnymi i niedookreślonymi postanowieniami SIWZ, co do sposobu realizacji dobowych dostaw w trakcie realizacji zamówienia, stanowi o tego typu wadzie specyfikacji

istotnych warunków zamówienia, którą zakwalifikować należy jako wadę, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że powoływane wyżej normy art. 91 ustawy nakazują powiązanie stosowanych w postępowaniu pozacenowych kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia, a także zakazują ich odnoszenie do podmiotowych właściwości wykonawcy. Powyższe odniesienie kryterium oceny oferty do przedmiotu zamówienia nie sposób interpretować inaczej niż jako wymóg oceniania zamawianego i oferowanego przez danego wykonawcę rzeczowego świadczenia lub innych elementów oferty, co do których zobowiązanie zaciąga. Na tej zasadzie oferowane i oceniane być mogą np.: termin wykonania zamówienia, sposób jego wykonania, jakość materiałów, długość serwisowania czy gwarantowania bezawaryjnego działania przedmiotu zamówienia (przedmiotu świadczenia)... *etc.*

W tym kontekście należy również interpretować kryterium oceny ofert dotyczące deklarowanej w ofercie dobowej dostawy drzewa przewidziane w niniejszym postępowaniu i nadawać mu znaczenie dopuszczalne przez ustawodawcę.

W szczególności niedopuszczalne jest traktowanie deklaracji wykonawcy składanej w ofercie jako odnoszącej się jedynie do jego właściwości/potencjału, a zupełnie niezwiązanej z całokształtem wzajemnych zobowiązań stron odnośnie sposobu wykonywania dostawy wynikających z treści SIWZ. Takie rozumienie kryterium czyniłoby je zakazanym przy tzw. zamówieniach priorytetowych kryterium podmiotowym.

Zastane kryterium należy więc wiązać z zobowiązaniem wykonawcy do określonego wykonania zamówienia zaciąganym wiążąco w ofercie. Pomijając nawet kwestię niejasnej w świetle postanowień SIWZ obligacyjnej wielkości dobowej dostawy – nie jest jasne czy ma to być dostawa wskazana w ofercie (i oceniona w ramach kryterium) czy może to być dostawa mniejsza, odpowiadająca zapotrzebowaniu Zamawiającego z danego momentu – wskazać należy, że z pewnością nie może to być dostawa o wielkości 15 000 mp. na dobę. Przeczą temu wiążące i jak raz jasne postanowienia SIWZ określające miesięczną wielkość dostaw na poziomie wielokrotnie niższym niż wielkości zaoferowane przez Odwołującego. Tym samym w ramach kryterium oceny ofert nie mogą być oceniane i punktowane zobowiązania, które są niezgodne z SIWZ i nie mogą być zrealizowane na gruncie jej postanowień. Powyższe odrywałoby kryterium oceny ofert od przedmiotu zamówienia (w tym przypadku: sposobu dostawy) i jako takie prowadziłoby do oceny wielkości nie mających dla tego przedmiotu (a tym samym i dla Zamawiającego) żadnego znaczenia.

W konsekwencji zastana w postępowaniu (i wykorzystana przez Odwołującego) wada postanowień SIWZ polegająca na wykreowaniu przez Zamawiającego możliwości „oferowania” przez wykonawców i konieczności punktowaniu wielkości, które z przedmiotem zamówienia nie mają nic wspólnego, dyskwalifikuje te postanowienia jako sensowne i



obiektywne narzędzie do wyłonienia najkorzystniejszej oferty i skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania ze względu na naruszenie przepisów art. 91 ust. 1-3 ustawy, które w tym przypadku miało ewidentny wpływ na jego wynik.

Odnośnie drugiej ze wskazanych przez Zamawiającego przyczyn unieważnienia postępowania – braku doprecyzowania wymagań podmiotowych dotyczących potencjału technicznego wykonawców – Izba wskazuje, że żadne przepisy ustawy nie zobowiązują zamawiającego do powyższego. Nie może to więc stanowić wady prawnej postępowania.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencjach.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Kosztów postępowania wnioskowanych przez Zamawiającego nie zasądzono w związku z brakiem przedłożenia rachunków potwierdzających ich poniesienie, o których mowa w ww. przepisie.

.....