

ZP.271.92.1.2023

Dot. przetargu nieograniczonego pn: „Kompleksowa opieka nad zwierzętami bezdomnymi i wolno żyjącymi w 2023 r.”

Część I – Wyłonienie operatora schroniska dla bezdomnych zwierząt w 2023 r. wraz z opieką nad zwierzętami w schronisku

ZAWIADOMIENIE

I.

W dniu 22 lutego 2023 r. Zamawiający w części I – „Wyłonienie operatora schroniska dla bezdomnych zwierząt w 2023 r. wraz z opieką nad zwierzętami w schronisku” dokonał oceny złożonych ofert, w wyniku której odrzucił na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) i c) ustawy Pzp. ofertę Pensjonatu dla zwierząt „Cyganowo” Czesław Anzel, ul. Mickiewicza 44, 16-500 Sejny i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę „MAROL” Mariusz Olszewski, ul. Pułaskiego 60/50, 16-400 Suwałki.

3 marca 2023 r. Pan Czesław Anzel wniósł odwołanie na czynności zamawiającego. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 16 marca 2023 r. (sygn. akt: KIO 586/23) uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu w części I postępowania:

1. Unieważnić czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. Unieważnić czynności odrzucenie oferty odwołującego,
3. Dokonać ponownej czynności oceny ofert.

W związku z powyższym zamawiający unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty ZP.271.92.1.2022.DZ z dnia 21 lutego 2023 r.

II.

Zamawiający działając na podstawie art. 260 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), informuje o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. pn. „Kompleksowa opieka nad zwierzętami bezdomnymi i wolno żyjącymi w 2023 r.: Część I – Wyłonienie operatora schroniska dla bezdomnych zwierząt w 2023 r. wraz z opieką nad zwierzętami w schronisku”,

Podstawą prawną unieważnienia postępowania jest art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp i art. 16 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 240 Pzp i art. 99 ust. 1 Pzp.

Uzasadnienie

W Rozdziale 22 Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) pn. „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” Zamawiający wskazał między innymi jako kryterium: „Ilość działań edukacyjnych w zakresie opieki nad zwierzętami, humanitarnego traktowania zwierząt oraz działań zmierzających do zmniejszenia liczby bezdomnych zwierząt w skali roku (D)” przyznając mu wagę procentową 35%. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż zaoferowana liczba działań edukacyjnych i działań zmierzających do zmniejszenia liczby bezdomnych zwierząt w skali roku nie może być mniejsza niż 5, oferty proponujące liczbę działań edukacyjnych i działań zmierzających do zmniejszenia liczby bezdomnych zwierząt w skali roku mniejszej niż 5 będą odrzucane na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodne z treścią SWZ, a maksymalna liczba działań edukacyjnych i działań zmierzających do zmniejszenia liczby bezdomnych zwierząt w skali roku podlegającej ocenie wynosi 12. Oferty proponujące liczbę działań większą niż 12 będą liczone jak oferty proponujące maksymalną ilość podlegającą ocenie.

Zamawiający dokonując ponownej oceny ofert, w wykonaniu Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 marca 2023 r., sygn. akt KIO 586/23 stwierdził, iż tak postawione kryterium, nie dające możliwości realnej oceny ofert, prowadzi do nieporównywalności ofert. Brak określenia pojęcia „działań edukacyjnych” w części I zamówienia to ponadto brak istotnych przedmiotowych elementów (essentialia negotii) przyszłej umowy. Podobnie braki w opisie przedmiotu zamówienia, przez brak opisanego wyczerpujących wymaganych uprawnień koniecznych do prowadzenia działalności objętej przedmiotem zamówienia, powoduje konieczność unieważnienia postępowania.

Z uwagi na etap postępowania nie jest możliwa korekta postanowień specyfikacji, przez ich doprecyzowanie i ujednoznacznienie w wyżej wskazanym zakresie.

Stosownie do art. 255 ust. 6 Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z kolei zgodnie z art. 457 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, umowa o udzielenie zamówienia publicznego 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.

W Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2023 r. sygn. akt KIO 610/23, Izba stwierdziła, iż „niejasny, nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia i opis jednego z kryteriów oceny ofert stanowi takie naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych, które ma oczywiste i zasadnicze znaczenie dla oceny ofert, a więc umowa zawarta w wyniku takiego postępowania podlegałaby unieważnieniu na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych. Skoro tak, to nie można po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawrzeć umowy niepodlegającej unieważnieniu, a zatem zachodzi przesłanka do unieważnienia postępowania, na podstawie art. 255 pkt 6 Prawa zamówień publicznych. (...)Każde naruszenie związane z ogłoszeniami jest równocześnie "naruszeniem ustawy". Trzeba zatem przyjąć, że ustawodawca przewidział dwie podstawy unieważnienia, do których odwołuje się w art. 457 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, tj: "do zawarcia umowy z naruszeniem Pzp oraz do zaniechania obowiązków ogłoszeniowych" (tak: Prawo zamówień komentarz, red. Hubert Nowak i Marek Winiarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021). Rzeczywiście przepis sformułowany jest mało przejrzysto, ale trudno byłoby zaakceptować, dlaczego ustawodawca, jako prowadzącą do nieważności umowy, miałby przyjąć jedynie przesłankę związaną z ogłoszeniami, mającymi znaczenie dla sporządzenia ofert, a pominął inne naruszenia przepisów, które takie znaczenia również mają. Dlatego trzeba przyjąć, że intencją ustawodawcy było wprowadzenie przesłanki nieważności umowy zawartej z naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych, jednak nie każdym, tylko kwalifikowanym - takim, które miało znaczenie dla przygotowania ofert, a więc wpłynęło na wynik postępowania. Generalnie rzecz biorąc przesłanki unieważnienia postępowania mają charakter wysoce sankcyjny i powinny być interpretowane możliwie wąsko, jednak jakakolwiek interpretacja musi uwzględniać sens i cel przepisu. Dlatego ostatecznie, biorąc pod uwagę powyższe rozważania, Izba doszła do wniosku, że udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy, tego rodzaju, że miało wpływ na sporządzenie ofert i wynik postępowania, mieści się w normie opisanej w art. 457 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych.”.

Wskazać należy, iż istotą zamówień publicznych jest zapewnienie transparentności wydatkowania środków publicznych. Zamawiający zobligowani do stosowania przepisów Pzp powinni udzielać zamówień na podstawie obiektywnych kryteriów, które zapewnią działanie zgodne z zasadami przejrzystości, równego traktowania wykonawców i niedyskryminacji. Ocena ofert i wybór oferty najkorzystniejszej powinny zostać dokonane w warunkach

konkurencji. Podstawowa reguła prawa zamówień publicznych, zawarta w art. 16 pkt 1 Pzp, stanowi, że przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma odbywać się w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców oraz zachowanie uczciwej konkurencji. Konieczność weryfikowalności spełnienia kryteriów oceny ofert w momencie ich składania stanowi warunek *sine qua non* równego traktowania wykonawców, a zatem kryteria te nie mogą opierać się na deklaracjach, obietnicach czy niesprawdzalnych na tym etapie zobowiązań. Jeżeli kryterium oceny ofert nie jest weryfikowalne, a zatem nie ma możliwości zweryfikowania jego spełnienia w momencie oceny ofert, to *de facto* nie jest to w ogóle kryterium oceny ofert. (tak: Wyrok SO w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 23.06.2021 r. wydany w sprawie o sygn. akt: XXIII Zs 35/21, LEX nr 3218705).

Zgodnie z art. 240 ust. 1 Pzp, zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Zgodnie z ust. 2, kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Zgodnie z ustalonym orzecznictwem na etapie oceny ofert Zamawiający powinien mieć możliwość weryfikacji, czy deklaracje wykonawców w tym przedmiocie są realne i możliwe do wykonania (tak wyrok KIO z dnia 7 listopada 2022 r., sygn. akt KIO 2807/77, podobnie Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 czerwca 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 35/21). Obowiązkiem zamawiającego jest takie określenie kryteriów oceny ofert, aby przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty było możliwe sprawdzenie/zweryfikowanie informacji przedstawionych przez wykonawców w jego ofercie (tak wyrok SO w Warszawie z dnia 18 grudnia 2020 r., XXIII Ga 1350/20)." Zamawiający powinien żądać w ofertach informacji, które byłyby możliwe do weryfikacji i podlegałyby weryfikacji zarówno przez Zamawiającego przy ocenie ofert, jak i przez wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Zamawiający, opisując kryterium oceny ofert, winien wskazać rodzaj informacji jakich oczekuje, aby możliwe było skuteczne zweryfikowanie i porównanie ofert w danym zakresie. Wszelkie deklaracje wykonawców powinny być uzasadnione i realne oraz możliwe do zweryfikowania. W doktrynie podkreśla się, że wykonawcy powinni mieć pełną świadomość w jaki sposób oraz w oparciu o jakie informacje, będą oceniane ich oferty, tylko bowiem wówczas będą mogli zawrzeć odpowiednie dane w treści ofert. Z tych też względów zamawiający, opisując kryteria oceny ofert i zasady ich stosowania, muszą wskazać jakiego rodzaju informacji oczekują, a także dobrać takie metody oceny, aby możliwe było skuteczne zweryfikowanie i porównanie informacji

przedstawionych przez wykonawców w ofertach (tak: D. Grześkowiak-Stojek, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 91., pod red. M. Jaworskiej, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnickiej, A. Matusiak, wyd. 12, Warszawa 2020, Legalis). Jak zauważa J. Pieróg: "Zamawiający, określając kryteria, powinien móc zweryfikować podawane przez wykonawców informacje. Oznacza to, że kryteria nie powinny odnosić się do aspektów niemożliwych do sprawdzenia, czyli obietnic lub zobowiązań niewykonalnych." (zob. Jerzy Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 24. Wyd. 15, Warszawa 2019, Legalis). Kryteria oceny ofert oraz sposób ich tworzenia i oceny ofert na ich podstawie mają zasadnicze znaczenie dla systemu zamówień publicznych, bowiem to w oparciu o nie zamawiający decyduje komu udzieli zamówienia. (M. Meducki, ZPDORADCA 2021, Nr 2 Kryteria oceny ofert).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszego postępowania stwierdzić należy, że Zamawiający w SWZ nie wskazał rodzaju informacji którymi będzie się kierować w toku dokonywania weryfikacji oświadczeń wykonawców w zakresie wskazanego pozacenowego kryterium oceny ofert, jak i nie wskazał metody i sposobu oceny tego kryterium, tak aby możliwe było skuteczne porównanie twierdzeń Wykonawców w zakresie pozacenowego kryterium – „liczba działań edukacyjnych w zakresie opieki nad zwierzętami i humanitarnego traktowania zwierząt oraz działań zmierzających do zmniejszenia liczby bezdomnych zwierząt w skali roku”.

Brak ten oznacza, iż ewentualne przyznanie ocen w tym kryterium mogło się odbyć wyłącznie na podstawie deklaracji wykonawcy zamieszczonej w formularzu ofertowym. Zapisy SWZ zatem nie dają i nie dawały Zamawiającemu możliwości sprawdzenia na etapie wyboru oferty informacji w zakresie tego pozacenowego kryterium przedstawionych przez wykonawców w ich ofertach. Tym samym nie spełniają wymogów z art. 240 ust. 2 Pzp.

Tak jak to wskazano powyżej, uchybienia SWZ w tym zakresie nie mogą być skonwalidowane przez Zamawiającego na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, zaś takie ukształtowanie przedmiotowego pozacenowego kryterium oceny ofert narusza przepis art. 240 Pzp w związku z art. 16 ust. 1 i 2 Pzp. W ocenie Zamawiającego przy tym, naruszenie to miało wpływ na sporządzenie ofert przez Wykonawców.

Wskazać ponadto należy, iż uprawnieniem zamawiającego jest uzyskanie przedmiotu zamówienia odpowiadającego jego uzasadnionym potrzebom, spełniającego wszystkie wymagane i zakomunikowane wykonawcom cechy i właściwości, wolnego od wad prawnych. Podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania

dodatkowych interpretacji, stwierdzić, co jest przedmiotem zamówienia, oraz że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w opisie uwzględnione.

Uwzględniając zatem – w ślad za orzeczeniem KIO ws o sygn. akt: KIO 610/23 - wykładnię systemową art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia należało unieważnić na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp i art. 16 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 240 Pzp i art. 99 ust. 1 Pzp.

Jednocześnie Zamawiający informuje, że wobec czynności Zamawiającego przysługują Wykonawcom środki ochrony prawnej w terminach i zgodnie z zasadami określonymi w Dziale IX Pzp.

Z up. PREZYDENTA

Grzegorz Kryso
ZASTĘPCA PREZYDENTA


RADCA PRAWNY
Maria Langster