

Warszawa, dnia 16 lutego 2022 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**  
**Krajowa Izba Odwoławcza**  
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

**Odwołujący:****Grupa Ekoenergia sp. z o.o.**

Sierakowice Prawe 141d, 96-100 Skierniewice,  
KRS: 0000491557, NIP: 8361777984

**reprezentowana przez:**

r.pr Dariusza Ziemińskiego, Kancelaria Radcy Prawnego Dariusz Ziemiński & Partnerzy  
tel. 664118801, e-mail: [dziembinski@kzp.net.pl](mailto:dziembinski@kzp.net.pl)

**Zamawiający:**

Specjalistyczny Szpital Wojewódzki w Ciechanowie  
ul. Powstańców Wielkopolskich 2  
06-400 Ciechanów

Sekretariat - tel. 23 / 672 31 27, fax 672 27 64

Portal zamówień publicznych - <https://zamowienia.szpitalciechanow.com.pl>

Sekcja ds. zamówień publicznych – [zp1@szpitalciechanow.com.pl](mailto:zp1@szpitalciechanow.com.pl)

**ODWOŁANIE**

**w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: „Przebudowa i modernizacja pomieszczeń Budynku Zakaźnego - roboty budowlane”, numer referencyjny: ZP/2501/95.1/21 (dalej: „Postępowanie”)**

- I. Na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.; dalej: „**ustawa Pzp**”), w imieniu wykonawcy Grupa Ekoenergia sp. z o.o. (dalej: „**Odwołujący**”), wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Specjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Ciechanowie (dalej: „**Zamawiający**”), podjętych w Postępowaniu oraz od zaniechania czynności w Postępowaniu, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp.
  
- II. Przedmiotem zamówienia są:
  - 1) Roboty budowlane, realizowane w ramach zadania Przebudowa i modernizacja pomieszczeń Budynku Zakaźnego.

- 2) Dostawa oraz instalacja, w miejscu wskazanym przez zamawiającego wyposażenia przebudowanych pomieszczeń. W dokumentacji projektowej i przedmiarze zostały określone podstawowe minimalne wymagania zamawiającego wobec zamawianego wyposażenia.
- 3) Inne zobowiązania wybranego wykonawcy, o których mowa w dokumentach zamówienia, w szczególności projekcie umowy (załącznik nr 9 do SWZ).
- III. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2021 r., Dz.U./S S241, pod numerem 2021/S 241-634301. Zamawiający zamieścił SWZ na stronie internetowej pod adresem:  
<https://zamowienia.szpitalciechanow.com.pl/procurement/370>
- IV. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w Postępowaniu o wartości zamówienia wyższej niż progi unijne.
- V. O okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął wiadomość w dniu 10 lutego 2022 r., w którym Odwołujący został poinformowany o unieważnieniu przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 21 stycznia 2022 r. oraz o tym, że Zamawiający ponowi czynność badania i oceny oferty złożonej w Postępowaniu przez wykonawcę Sołdański Paweł Usługi Remontowo Budowlane, Targowa 37 09-200 Sierpc (dalej: „**wykonawca Sołdański**”). Niniejsze odwołanie jest wnoszone 16 lutego 2022 r., w związku z czym uznać należy, że Odwołujący uczynił zadość wymaganiom art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.
- VI. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone na następujące czynności Zamawiającego, podjęte oraz zaniechane w toku Postępowania, a polegające na:
1. unieważnieniu przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 21 stycznia 2022 r., tj. unieważnieniu wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Sołdański,
  2. unieważnieniu (w sposób dorozumiany) czynności badania i oceny oferty wykonawcy Sołdański,
  3. braku jednoczesnego unieważnienia czynności odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 i 10 ustawy Pzp oferty złożonej przez Odwołującego,
  4. braku jednoczesnego unieważniania czynności badania i oceny oferty Odwołującego.
- VII. Przez opisane wyżej czynności i zaniechania Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów prawa wskazanych bezpośrednio poniżej oraz w uzasadnieniu odwołania:
1. **naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 253 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez ograniczenie się wyłącznie do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 21 stycznia 2022 r., tj. unieważnienia wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Sołdański, oraz unieważnienia (w sposób dorozumiany) czynności badania i

oceny oferty wykonawcy Sołdański, przy braku jednoczesnego unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego jak i czynności badania i oceny oferty Odwołującego.

VIII. Wskazując na powyższe Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu, aby:

1. unieważnił również czynność odrzucenia oferty Odwołującego,
2. unieważnił również czynność badania i oceny oferty Odwołującego,
3. dokonał ponownego badania i oceny ofert w pełnym zakresie, czyli także w odniesieniu do oferty Odwołującego,
4. dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty w taki sposób, aby Odwołujący, w razie ponownego odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego, miał realną możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej nie tylko wobec odrzucenia jego oferty, ale także wobec wyboru najkorzystniejszej oferty jak również wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Sołdański.

IX. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest drugim odwołaniem wniesionym przez Odwołującego w ramach niniejszego Postępowania. Pierwsze odwołanie zostało wniesione 31 stycznia 2022 r. i została mu nadana sygn. akt **KIO 251/22**. Posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej, na którym ma zostać rozpatrzone pierwsze odwołanie, zostało wyznaczone na 23 lutego 2022 r., godz. 09:30.

Odwołujący, w związku z koniecznością wniesienia drugiego odwołania oraz wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności po wniesieniu pierwszego odwołania, zwraca się z wnioskiem o:

1. rozpoznanie i rozstrzygnięcie przez Izbę w pierwszej kolejności niniejszego, tj. drugiego odwołania wniesionego przez Odwołującego.
2. odroczenie rozpoznania i rozstrzygnięcia przez Izbę pierwszego odwołania wniesionego przez Odwołującego, któremu nadano sygn. akt KIO 251/22, do czasu rozpoznania i rozstrzygnięcia przez Izbę niniejszego, tj. drugiego odwołania wniesionego przez Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazuje, że pierwsze odwołanie wniesione przez Odwołującego, któremu nadano sygn. akt KIO 251/22, dotyczy następujących czynności Zamawiającego, podjętych oraz zaniechanych w toku Postępowania, o których Odwołujący dowiedział się 21 stycznia 2022 r., a polegających na:

1. wyborze oferty złożonej przez wykonawcę Sołdański,
2. badaniu i ocenie złożonych ofert,
3. odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 i 10 ustawy Pzp, gdyż według Zamawiającego treść oferty Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz oferta Odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny,
4. na zaniechaniu wezwania wykonawcy Sołdański do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu,

5. z ostrożności – zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Sołdański z Postępowania, pomimo, że treść oferty wykonawcy Sołdański jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz oferta wykonawcy Sołdański zawiera błędy w obliczeniu ceny,

6. z ostrożności – zaniechaniu unieważnienia Postępowania w sytuacji uznania, iż wszystkie złożone w Postępowaniu oferty podlegają odrzuceniu.

Jak to już wskazano powyżej, po wniesieniu przez Odwołującego pierwszego odwołania Zamawiający w dniu 10 lutego 2022 r. poinformował Odwołującego o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 21 stycznia 2022 r. oraz o tym, że Zamawiający ponowi czynność badania i oceny oferty złożonej w Postępowaniu przez wykonawcę Sołdański. Jak jasno wynika z pisma Zamawiającego z 10 lutego 2022 r. oraz z odpowiedzi Zamawiającego na pierwsze odwołanie wniesione przez Odwołującego (pismo Zamawiającego z 14 lutego 2022 r.), mimo unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 21 stycznia 2022 r. w mocy pozostaje dokonana wówczas przez Zamawiającego czynność odrzucenia oferty Odwołującego, gdyż Zamawiający tej czynności nie unieważnił a w odpowiedzi na odwołanie broni jej słuszności. Powyższe powoduje, że Odwołujący musi podtrzymać swoje pierwsze odwołanie w sprawie KIO 251/22, przynajmniej w zakresie zarzutów i żądań dotyczących odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego.

Poprzez wniesienie niniejszego, tj. drugiego odwołania Odwołujący chce doprowadzić do unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienia czynności badania i oceny oferty Odwołującego, tak aby w rezultacie Zamawiający dokonał ponownego badania i oceny ofert w pełnym zakresie, czyli także w odniesieniu do oferty Odwołującego, oraz aby Zamawiający dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty w taki sposób, aby Odwołujący, w razie ponownego odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego, miał realną możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej nie tylko wobec odrzucenia jego oferty, ale także wobec wyboru najkorzystniejszej oferty jak również wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Sołdański. W tym stanie rzeczy zasadne i wręcz konieczne jest, aby Izba w pierwszej kolejności rozpoznała i rozstrzygnęła niniejsze, tj. drugie odwołanie wniesione przez Odwołującego. W razie jego uwzględnienia Zamawiający będzie bowiem musiał unieważnić ww. czynności, w rezultacie czego rozpatrzenie i rozstrzygnięcie pierwszego odwołania wniesionego przez Odwołującego stanie się bezprzedmiotowe i zbędne, gdyż wszystkie objęte nim czynności i zaniechania Zamawiającego zostaną wyeliminowane z obrotu prawnego. Odwołujący wskazuje, że w razie uwzględnienia niniejszego, tj. drugiego odwołania wniesionego przez Odwołującego, cofnie w całości (tj. w zakresie wszystkich zarzutów) swoje pierwsze odwołanie w sprawie KIO 251/22. W rezultacie odpadnie konieczność rozpatrywania i rozstrzygania tego odwołania przez Izbę w jakimkolwiek zakresie, co niewątpliwie uznać należy za rozwiązanie korzystne, biorąc pod uwagę względy ekonomiki procesowej. Dzięki samej tylko zmianie kolejności rozpatrywania i rozstrzygania odwołań wniesionych przez Odwołującego powinno nastąpić zredukowanie ich liczby do jednego. Ponadto niewątpliwie niniejsze, tj. drugie odwołanie wniesione przez Odwołującego, będzie łatwiejsze i szybsze do rozpoznania i rozstrzygnięcia, gdyż zawiera znacznie mniej zarzutów niż pierwsze odwołanie wniesione

przez Odwołującego, a stan faktyczny, którego dotyczy, nie powinien być sporny pomiędzy stronami, gdyż jasno wynika z ww. pism Zamawiającego.

- X. Odwołujący wskazuje, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści warunków zamówienia, wstępnie wykazał spełnianie warunków udziału w Postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu zamówienia.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to oprócz unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 21 stycznia 2022 r., tj. unieważnienia wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Sołdański, oraz unieważnienia (w sposób dorozumiany) czynności badania i oceny oferty wykonawcy Sołdański, dokonałby jednoczesnego unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego jak i unieważnienia czynności badania i oceny oferty Odwołującego. W konsekwencji, Zamawiający dokonałby ponownego badania i oceny ofert w pełnym zakresie, czyli także w odniesieniu do oferty Odwołującego, oraz dokonałby ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty w taki sposób, aby Odwołujący, w razie ponownego odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego, miał realną możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej nie tylko wobec odrzucenia jego oferty, ale także wobec wyboru najkorzystniejszej oferty jak również wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Sołdański.

Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący może utracić szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*). Wobec unieważnienia wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Sołdański oraz unieważnienia (w sposób dorozumiany) czynności badania i oceny oferty wykonawcy Sołdański Odwołujący nie może aktualnie kwestionować ani wyboru najkorzystniejszej oferty, ani wyników badania i oceny oferty wykonawcy Sołdański, gdyż czynności te zostały przez Zamawiającego usunięte z obrotu prawnego. Natomiast wobec braku unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego może się okazać, że po ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty Odwołujący nie będzie miał realnej możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej nie tylko wobec odrzucenia jego oferty, ale także wobec wyboru najkorzystniejszej oferty jak również wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Sołdański, gdyż oferta Odwołującego będzie już wówczas skutecznie (prawomocnie) odrzucona. Izba w swoim orzecznictwie od wielu lat przyjmuje bowiem, że wykonawca, którego oferta została skutecznie (prawomocnie) odrzucona, nie jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp, a w razie wniesienia odwołania przez takiego wykonawcę podlega ono odrzuceniu jako wniesione przez podmiot nieuprawniony, względnie oddaleniu jako wniesione przez

podmiot, który nie ma już interesu w uzyskaniu zamówienia oraz nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie może mieć istotny wpływ na wynik Postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego może być bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpłynie na wynik Postępowania.

- XI. Odwołujący oświadcza, iż w dniu 16 lutego 2022 r. przekazał Zamawiającemu niniejsze odwołanie. Niniejsze odwołanie, jako wniesione w formie elektronicznej, zostało przekazane Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

#### UZASADNIENIE

**Odnosnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 253 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ograniczenie się wyłącznie do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 21 stycznia 2022 r., tj. unieważnienia wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Sołdański, oraz unieważnienia (w sposób dorozumiany) czynności badania i oceny oferty wykonawcy Sołdański, przy braku jednoczesnego unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego jak i czynności badania i oceny oferty Odwołującego, wskazać należy, co następuje.**

1. Zamawiający pismem z 21 stycznia 2022 r. zawiadomił Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty (tj. o wyborze oferty złożonej przez wykonawcę Sołdański) oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego, podając uzasadnienie prawne i faktyczne odrzucenia. Odwołujący załącza ww. pismo Zamawiającego do odwołania. Kolejnym pismem z 21 stycznia 2022 r. Zamawiający dokonał sprostowania treści informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, poprzez unieważnienie jej części, w której Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Korekta ta nie dotyczyła zatem ani czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ani czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący załącza do odwołania ww. sprostowanie treści informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

2. Jak to już wcześniej wskazano, wobec powyższych czynności Zamawiającego Odwołujący w dniu 31 stycznia 2022 r. wniósł odwołanie, któremu została nadana sygn. akt **KIO 251/22**. Odwołanie to dotyczyło następujących czynności Zamawiającego, podjętych oraz zaniechanych

w toku Postępowania, o których Odwołujący dowiedział się 21 stycznia 2022 r., a polegających na:

1. wyborze oferty złożonej przez wykonawcę Sołdański,
2. badaniu i ocenie złożonych ofert,
3. odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 i 10 ustawy Pzp, gdyż według Zamawiającego treść oferty Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz oferta Odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny,
4. na zaniechaniu wezwania wykonawcy Sołdański do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu,
5. z ostrożności – zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Sołdański z Postępowania, pomimo, że treść oferty wykonawcy Sołdański jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz oferta wykonawcy Sołdański zawiera błędy w obliczeniu ceny,
6. z ostrożności – zaniechaniu unieważnienia Postępowania w sytuacji uznania, iż wszystkie złożone w Postępowaniu oferty podlegają odrzuceniu.

Odpowiednio do powyższego w odwołaniu w sprawie KIO 251/22 Odwołujący wniósł o jego uwzględnienie oraz o nakazanie Zamawiającemu, aby:

1. unieważnił czynność wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Sołdański jako oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnił czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. dokonał ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwał wykonawcę Sołdański do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu,
4. dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty,
5. ewentualnie, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że oferta Odwołującego została zasadnie odrzucona przez Zamawiającego – odrzucił ofertę wykonawcy Sołdański na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 i 10 ustawy Pzp, gdyż oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny,
6. ewentualnie – unieważnił Postępowanie w sytuacji, gdyby wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu.

Odwołujący załącza do niniejszego odwołania ww. odwołanie w sprawie KIO 251/22.

**3.** Jak to już wskazano powyżej, po wniesieniu przez Odwołującego odwołania w sprawie KIO 251/22 Zamawiający w dniu 10 lutego 2022 r. poinformował Odwołującego o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 21 stycznia 2022 r. oraz o tym, że Zamawiający ponowi czynność badania i oceny oferty złożonej w Postępowaniu przez wykonawcę Sołdański (co oznacza, że Zamawiający w sposób dorozumiany unieważnił także swą poprzednią czynność polegającą na badaniu i ocenie oferty założonej przez wykonawcę Sołdański). Jak jasno wynika z pisma Zamawiającego z 10 lutego 2022 r. oraz z odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie wniesione przez Odwołującego w sprawie KIO 251/22 (pismo Zamawiającego z 14 lutego 2022 r.), mimo unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 21 stycznia 2022 r. w mocy pozostaje dokonana wówczas przez Zamawiającego czynność odrzucenia oferty Odwołującego,

gdyż Zamawiający tej czynności nie unieważnił a w odpowiedzi na odwołanie broni jej słuszności. Odwołujący załącza do niniejszego odwołania ww. pismo Zamawiającego z 10 lutego 2022 r. oraz ww. odpowiedź Zamawiającego na odwołanie wniesione przez Odwołującego w sprawie KIO 251/22 (pismo Zamawiającego z 14 lutego 2022 r.).

4. Odwołujący wskazuje i podkreśla, że unieważnienie przez Zamawiającego wyłącznie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, bez jednoczesnego unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 i 10 ustawy Pzp, stanowi **rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 253 ust. 1 ustawy Pzp.** Zgodnie z obowiązującym w niniejszym Postępowaniu art. 253 ust. 1 ustawy Pzp niezwłocznie **po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:**

1) **wyborze najkorzystniejszej oferty**, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) **wykonawcach, których oferty zostały odrzucone**

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Przepis art. 253 ust. 1 ustawy Pzp jest zatem jasny i nie pozostawia żadnych wątpliwości interpretacyjnych: **zawiadomienie o odrzuceniu oferty danego wykonawcy może nastąpić tylko i wyłącznie równocześnie z zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty i co oczywiste dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty, a nie przed jego dokonaniem.** Przepis wymaga **jednoczesności** przekazania wszystkich wskazanych w nim informacji. Podkreślić trzeba, że aktualnie obowiązujący art. 253 ust. 1 ustawy Pzp ma inne brzmienie i inaczej określa obowiązki Zamawiającego niż nieobowiązujący już art. 92 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. Ten ostatni nakładał obowiązek niezwłocznego informowania o m.in. wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty, co powodowało konieczność składania odwołań od tych czynności lub zaniechań zamawiającego w terminach liczonych od dnia przesłania tej informacji. **Obecnie obowiązująca regulacja przywraca zasadę przekazywania informacji wykonawcom niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, co powoduje, że wykonawcy, których oferty zostały odrzucone, mają także możliwość kwestionowania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.**

Zatem podtrzymanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, bez równoczesnego wyboru oferty najkorzystniejszej, rażąco narusza art. 253 ust. 1 ustawy Pzp i w szczególności pozbawia Odwołującego możliwości kwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej, skoro czynność ta została unieważniona. Odwołujący, wobec unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zapowiedzi ponowienia czynności badania i oceny oferty złożonej w Postępowaniu przez wykonawcę Sołdański, będzie zmuszony do cofnięcia zarzutów odwołania w sprawie KIO 251/22 dotyczących oferty wykonawcy Sołdański wobec braku substratu zaskarżenia. Jednocześnie, wobec utrzymania w mocy odrzucenia oferty



Odwołującego, Odwołujący będzie zmuszony podtrzymać odwołanie w sprawie KIO 251/22 w zakresie zarzutów i żądań dotyczących odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego.

Ponadto, wobec braku unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, po ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty może się okazać, że Odwołujący nie będzie miał realnej możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej nie tylko wobec odrzucenia jego oferty, ale także wobec wyboru najkorzystniejszej oferty jak również wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Sołdański, gdyż oferta Odwołującego będzie już wówczas skutecznie (prawomocnie) odrzucona. Jak to już bowiem wskazano powyżej, Izba w swoim orzecznictwie od wielu lat przyjmuje, że wykonawca, którego oferta została skutecznie (prawomocnie) odrzucona, nie jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp, a w razie wniesienia odwołania przez takiego wykonawcę podlega ono odrzuceniu jako wniesione przez podmiot nieuprawniony, względnie oddaleniu jako wniesione przez podmiot, który nie ma już interesu w uzyskaniu zamówienia oraz nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której, wbrew temu, co wynika z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący został pozbawiony możliwości kwestionowania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej a może i musi kwestionować wyłącznie odrzucenie oferty Odwołującego.

Jedynym sposobem na przywrócenie przedmiotowego Postępowania do stanu zgodności z prawem jest zatem unieważnienie także czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 i 10 ustawy Pzp oraz czynności badania i oceny oferty Odwołującego, czego Odwołujący się domaga i o co wnosi. Nielegalność odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, bez równoczesnego wyboru oferty najkorzystniejszej, jest oczywista, bezdyskusyjna i rażąca. Zamawiający, poprzez swoje działania i zaniechania, doprowadził do sytuacji, w której brak jest czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, którą Odwołujący mógłby kwestionować, a jednocześnie oferta Odwołującego została odrzucona przez Zamawiającego. Tymczasem art. 253 ust. 1 ustawy Pzp taką sytuację wyraźnie wyklucza.

5. Trzeba też podkreślić, że Zamawiający doskonale zdaje sobie sprawę, iż zgodnie z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp niedopuszczalne jest odrzucenie oferty jakiegokolwiek wykonawcy bez jednoczesnego dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący przypomina, że pismem z 14 stycznia 2022 r., czyli jeszcze przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty, Zamawiający zawiadomił wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, iż: „(...) w wyniku przeprowadzonej czynności badania i oceny ofert złożonych w powołanym postępowaniu zamawiający, działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 i 10 ustawy z dnia 11 września Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zmianami), zwanej dalej Pzp odrzuca ofertę złożoną przez wykonawcę Grupa Ekoenergia Sp. z o.o. Sierakowice Prawe141D, 96-100 Skierniewice, gdyż:

1. Treść Oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.
2. Oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny.”

W dalszej części ww. pisma Zamawiający przedstawił uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego. Podkreślić trzeba, że w ww. piśmie Zamawiający nie poinformował

równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wyborze najkorzystniejszej oferty, w szczególności nie podał nazwy ani imienia i nazwiska, siedziby ani miejsce zamieszkania wykonawcy, którego ofertę wybrano. Z ww. pisma Zamawiającego jasno i wyraźnie wynikało, że Zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący załącza do niniejszego pisma procesowego ww. pismo Zamawiającego (załącznik nr 7).

Następnie Zamawiający, po interwencji Odwołującego i wskazaniu, że takie postępowanie Zamawiającego rażąco narusza art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, pismem z 18 stycznia 2022 r. poinformował, że: „(...) w piśmie z dnia 14.01.2021 r. opublikowanym w tym samym dniu w portalu zakupowym <https://zamowienia.szpitalciechanow.com.pl/> pn. *Zawiadomienie o ocenie ofert (ranking z dnia 14.01.2022 r.)* przekazał **omyłkowo** informację o odrzuceniu oferty wykonawcy Grupa Ekoenergia Sp. z o. o., podając uzasadnienie faktyczne i prawne tej czynności. Zgodnie z art. 253 ust. 1 ustawy PZP *niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:*

1) *wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert łączną punktację,*

2) *wykonawcach, których oferty zostały odrzucone*

*- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.*

Z treści powyższego przepisu wynika, że zamawiający winien poinformować uczestników postępowaniu o odrzuceniu ofert w zawiadomieniu o wyborze oferty.

W tym stanie rzeczy zamawiający unieważnia czynność odrzucenia oferty wykonawcy Grupa Ekoenergia Sp. z o. o.”

Odwołujący załącza do niniejszego pisma procesowego ww. pismo Zamawiającego (załącznik nr 8).

Nie ma zatem żadnego usprawiedliwienia dla Zamawiającego, który, doskonale wiedząc o tym, że nie może dokonać czynności odrzucenia oferty wykonawcy bez jednoczesnego dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, to właśnie czyni, unieważniając jedynie wybór najkorzystniejszej oferty i podtrzymując decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego. Takie postępowanie Zamawiającego jest niedopuszczalne i nie zasługuje na ochronę prawną. Już tylko ze względów wskazanych powyżej koniecznie jest unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienie czynności badania i oceny oferty Odwołującego.

6. W ocenie Odwołującego intencje i zamiary Zamawiającego są oczywiste oraz powinny spotkać się ze zdecydowaną i negatywną reakcją ze strony Izby. Zamawiający, unieważniając wybrane czynności a pozostawiając w mocy pozostałe, chce bowiem doprowadzić do sytuacji, w której, wbrew temu, co jasno wynika z art. art. 253 ust. 1 ustawy Pzp:

1) Odwołujący nie może kwestionować wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż Zamawiający unieważnił tą czynność,

2) Odwołujący nie może kwestionować wyników badania i oceny oferty wykonawcy Sołdański, w szczególności zaniechania odrzucenia tej oferty, gdyż Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i zapowiedział ponowne badanie i ocenę oferty wykonawcy Sołdański,  
3) Odwołujący musi zwalczać odrzucenie swojej oferty, gdyż tą czynność Zamawiający utrzymał w mocy, a tym samym brak podtrzymania odwołania w sprawie KIO 251/22 w zakresie zarzutów i żądań dotyczących odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego doprowadzi do tego, że oferta Odwołującego zostanie skutecznie (prawomocnie) odrzucona.

W ocenie Odwołującego jest jasne, że Zamawiający liczy na to, iż albo Odwołujący cofnie swoje odwołanie w sprawie KIO 251/22 w całości, i tym samym jego oferta zostanie skutecznie (prawomocnie) odrzucona, albo że Odwołujący nie zdoła podważyć przed KIO odrzucenia swojej oferty przez Zamawiającego i tym samym oferta Odwołującego zostanie skutecznie (prawomocnie) odrzucona. W rezultacie, po ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty, Odwołujący nie będzie miał realnej możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej nie tylko wobec odrzucenia jego oferty, ale także wobec wyboru najkorzystniejszej oferty jak również wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Sołdański, gdyż oferta Odwołującego będzie już wówczas skutecznie (prawomocnie) odrzucona. Czynności i zaniechania Zamawiającego mają zatem jeden cel, którym jest wyeliminowanie Odwołującego z postępowania, tak aby nie mógł on więcej „przeszkadzać” Zamawiającemu w dokonaniu wyboru oferty wykonawcy Sołdański, który jest w ewidentny sposób preferowany przez Zamawiającego. Takie postępowanie Zamawiającego jest niedopuszczalne a kwestionowane czynności i zaniechania Zamawiającego powinny zostać wyeliminowane z obrotu prawnego.

Odwołujący podkreśla tutaj z całą mocą, że jeżeli Izba zaaprobuje postępowanie Zamawiającego, kwestionowane w niniejszym odwołaniu, to może się ono stać powszechną praktyką wśród innych zamawiających, którzy w analogicznych sytuacjach również zaczną następczo, tj. po wyborze najkorzystniejszej oferty, i wybiórczo, tj. tylko w zakresie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważniać swoje czynności, pozbawiając wykonawców możliwości kwestionowania wyboru najkorzystniejszej oferty i zmuszając ich jednocześnie od obrony swoich ofert przed dokonaniem odrzuceniem. W takiej sytuacji zamawiający otrzymaliby przyzwolenie na *de facto* pominięcie ustawowego obowiązku równoczesnego informowania o czynnościach zamawiającego. Tymczasem art. 253 ust. 1 ustawy Pzp taką sytuację wyraźnie wyklucza i został wprowadzony właśnie po to, aby wykonawcy, których oferty zostały odrzucone, mieli także możliwość kwestionowania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Dodatkowo, tego typu nieuprawnione praktyki Zamawiającego nie mają nic wspólnego z wyrażonymi w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp zasadami prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia.

7. Odwołujący zwraca uwagę na jeszcze jedną okoliczność przemawiającą za uwzględnieniem niniejszego odwołania. Otóż Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniesione przez Odwołującego w sprawie KIO 251/22 (pismo Zamawiającego z 14 lutego 2022 r.) stwierdził, że:

„Zamawiający, działając na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy PZP uwzględni jeden z zarzutów Odwołującego tj. zarzut sformułowany jako 3 - naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Sołdański do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

W związku z powyższym Zamawiający informuje, iż w dniu 10.02.2022 r. wykonał czynności wskazane:

- w pkt 1 żądań Odwołującego (unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Sołdański jako oferty najkorzystniejszej),
  - w pkt 3 żądań Odwołującego (wezwanie wykonawcy Sołdański do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu);
- oraz zobowiązuje się do wykonania czynności wskazanych w pkt 4 i 6 żądań co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania tj. wykonania ponownego badania oceny ofert, dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty lub ewentualnego unieważnienia postępowania w przypadku, gdyby oferta wykonawcy Sołdański podlegała odrzuceniu.”

Skoro Zamawiający 10 lutego 2022 r. wezwał wykonawcę Sołdański do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, to w razie nieuwzględnienia niniejszego odwołania i tym samym w razie braku realnej możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego po ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty, nie będzie jakiegokolwiek gwarancji, że Zamawiający prawidłowo oceni uzupełnione przez wykonawcę Sołdański podmiotowe środki dowodowe i prawidłowo uzna, że wykonawca Sołdański tym razem faktycznie wykazał spełnienie warunków udziału w Postępowaniu. Przypomnieć trzeba, że Zamawiający w toku pierwotnego badania i oceny ofert badał już podmiotowe środki dowodowe złożone przez wykonawcę Sołdański i błędnie je wówczas ocenił, tj. bezpodstawnie uznał, iż potwierdzają one spełnienie warunku doświadczenia przez wykonawcę Sołdański. Potrzebne było wniesienie odwołania przez Odwołującego, aby Zamawiający dostrzegł to, co jest ewidentne i dostrzegalne dla każdego, tj. że w świetle podmiotowych środków dowodowych pierwotnie złożonych przez wykonawcę Sołdański podmiot ten nie spełnia warunku doświadczenia. Co więcej, nie tylko, że Zamawiający uwzględnił w tym zakresie odwołanie wniesione przez Odwołującego w sprawie KIO 251/22, to jeszcze wykonawca Sołdański nie wniósł sprzeciwu wobec tego uwzględnienia, przyznając tym samym, że faktycznie nie wykazał spełnienia warunku doświadczenia. Jest zatem oczywiste, że bez skutecznej „kontroli” ze strony Odwołującego przy ponownym badaniu i ocenie oferty wykonawcy Sołdański może się powtórzyć sytuacja zaistniała w toku pierwotnego badania i oceny tej oferty.

W niniejszym postępowaniu doszło zatem do absurdalnej sytuacji, w której z jednej strony toczy się postępowanie odwoławcze przed Izbą względem prawidłowości czynności odrzucenia oferty Odwołującego, z drugiej zaś Zamawiający bez skrupowania dokonuje czynności względem oferty Sołdański, wystosowując do tego wykonawcy różne wezwania i dokonując badania tej oferty. W ocenie Odwołującego, Zamawiający działa zatem z premedytacją i po raz wtóry w sposób rażąco narusza przepisy ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości.

Z poważaniem

r.pr. Dariusz Ziemiński

Załączniki:

- 1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości
- 2) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu
- 3) odpis z Krajowego Rejestru Sądowego
- 4) pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej
- 5) pismo Zamawiającego z 21 stycznia 2022 r. – zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty
- 6) pismo Zamawiającego z 21 stycznia 2022 r. – sprostowanie treści informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej
- 7) odwołanie wniesione przez Odwołującego 31 stycznia 2022 r., któremu nadano sygn. akt KIO 251/22
- 8) pismo Zamawiającego z 10 lutego 2022 r. - Zawiadomienie o unieważnieniu wyboru oferty z dnia 21.02.2022 r.
- 9) odpowiedź Zamawiającego na odwołanie wniesione przez Odwołującego w sprawie KIO 251/22 (pismo Zamawiającego z 14 lutego 2022 r.)
- 10) pismo Zamawiającego z 14 stycznia 2022 r. - Informacja o dokonanej ocenie złożonych ofert (ranking ofert)
- 11) pismo Zamawiającego z 18 stycznia 2022 r.