

**WYROK**  
z dnia 27 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**  
**Protokolant: Klaudia Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „Cz.P.B.P. Przemysłówka” S.A. w Częstochowie oraz K. W., prowadzącego w Kluszwicach działalność gospodarczą pod nazwą K. W., Przedsiębiorstwo Kamieniarskie, „W.”

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Częstochowa z siedzibą w Częstochowie** przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakładu Remontowo Budowlano Instalatorskiego „Budo-Max” R. M., P. M. sp. j. w Częstochowie Żelbet Montex sp. z o.o. w Częstochowie** oraz **M. D., prowadzącego w Kuźniczce działalność gospodarczą pod nazwą M. D., FUH** głoszących przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykonanie czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,
2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Częstochowa z siedzibą w Częstochowie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „Cz.P.B.P. Przemysłówka” S.A. w Częstochowie oraz K. W., prowadzącego w Kluszwicach działalność gospodarczą pod nazwą K. W., Przedsiębiorstwo Kamieniarskie, „W.” tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Miasta Częstochowa z siedzibą w Częstochowie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „Cz.P.B.P. Przemysłówka” S.A. w Częstochowie oraz K. W., prowadzącego w Kluszwicach działalność gospodarczą pod nazwą K. W., Przedsiębiorstwo Kamieniarskie, „W.” kwotę **13.600 zł 00 gr** (słownie: trzynastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Częstochowie**.

**Przewodniczący:.....**

Sygn. akt: KIO 2577/18

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Miasto Częstochowa z siedzibą w Częstochowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „przebudowa i rozbudowa budynku ratusza Starej Częstochowy wraz z zagospodarowaniem terenu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 10 września 2018 r., poz. 614377-N-2018.

10 grudnia 2018 r. zamawiający przesłał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia „Cz.P.B.P. Przemysłówka” S.A. w Częstochowie oraz K. W., prowadzącemu w Kluszwicach działalność gospodarczą pod nazwą K. W., Przedsiębiorstwo Kamieniarskie, „W.”, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakład Remontowo Budowlano Instalatorski „Budo-Max” R. M., P. M. sp. j. w Częstochowie, Żelbet Montex sp. z o.o. w Częstochowie oraz M. D., prowadzącego w Kuźniczce działalność gospodarczą pod nazwą M. D., FUH, zwanych dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
  - 2) zaniechania czynności unieważnienia postępowania,
- odwołujący wniósł 17 grudnia 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.
- Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
- 1) art. 7 Pzp przez niezastosowanie w sposób prawidłowy powołanych w odwołaniu przepisów;
  - 2) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez jego niezastosowanie i wybór jako najkorzystniejszej oferty przystępującego niezgodnie z przyjętymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, z ostrożności procesowej (zarzut ewentualny)
  - 3) art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania ze względu na okoliczność, że cena oferty z najniższą ceną lub cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert, ewentualnie
- 4) z ostrożności procesowej - unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów wskazanych i wynikających z odwołania, a więc za w pełni uzasadnione należy uznać twierdzenie o naruszeniu przez niego przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający - przez niezastosowanie w sposób prawidłowy powołanych przepisów - dopuścił się bowiem naruszenia fundamentalnych dla prawa zamówień publicznych zasad uczciwej konkurencji oraz równego

traktowania wykonawców. Odwołujący podkreślał, iż działanie zamawiającego skutkowało istotnymi wadami postępowania.

Odwołujący argumentował, że zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał oceny ofert z naruszeniem kryteriów określonych w SIWZ i warunków udzielenia zamówienia w niej ustalonych i uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego. Odwołujący wskazał, że zamawiający w pkt 3.1 SIWZ podzielił przedmiot zamówienia na trzy zakresy. Wykonawcy zgodnie z przywołanym wyżej pkt 3.1 SIWZ złożyli oferty na pełny zakres zamówienia tj. zakres I+II+III. Kolejno, na podstawie pkt 12 SIWZ, wykonawcy byli zobowiązani podać cenę oferty w formie ryczałtu, cena oferty musiała zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające wprost z dokumentacji projektowej jak również w niej nie ujęte z powodu wad dokumentacji projektowej wynikających z jej niezgodności z zasadami wiedzy technicznej lub stanem faktycznym, a bez których nie można wykonać zamówienia.

Odwołujący argumentował także, że w Formularzu cenowym wykonawcy byli zobligowani podać cenę oferty zawierającą wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia wynikające wprost z dokumentacji projektowej (obejmującej cały przedmiot zamówienia) w rozbiu na zakres I, zakres I+II i zakres I+II+III - ten ostatni zakres obejmował cały zakres przedmiotu zamówienia. Pod miejscem przewidzianym na podanie ceny oferty zamawiający zamieścił „uwagę” o brzmieniu:

*„W zależności od cen ofert i możliwości finansowych, zamawiający zdecyduje, który zakres będzie brany pod uwagę przy realizacji zamówienia, a do oceny złożonych ofert zamawiający przyjmie zakres I, II i III albo zakres I i II albo zakres I przy założeniu maksymalnego wykorzystania posiadanych środków finansowych”.*

Odwołujący wskazał także, że zgodnie z pkt 13 SIWZ jako kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający przyjął - cena ryczałtowa brutto - 98% oraz długość okresu gwarancji - 2%. Pod tym postanowieniem zamawiający zamieścił „uwagę” jw.

Na podstawie treści tej „uwagi” zamawiający wskazał w uzasadnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej, że biorąc pod uwagę środki jakimi dysponuje na wykonanie ww. zamówienia (26.643.500,80 zł brutto) oraz zapisy pkt 3 SIWZ mówiące, iż wybór zakresu przyjętego do realizacji nastąpi przy założeniu maksymalnego wykorzystania posiadanych środków finansowych, zamawiający przyjął do realizacji zakres I+II i dokonał oceny ofert tylko w tym zakresie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że w dokumentacji postępowania, ogłoszeniu o zamówieniu oraz w protokole postępowania zamawiający wskazał, że przedmiotu zamówienia nie można podzielić na części, nie dopuszczono zatem składania ofert częściowych, w związku z czym całe zamówienie musi zrealizować jeden wykonawca. Jako powody podano trudności wynikające ze skoordynowania kilku wykonawców i terminów wykonywanych przez nich robót, warunki gwarancji i rękojmi. Emanacją takiego stanowiska był m.in. pkt 18 SIWZ, gdzie zamawiający wskazał, że nie dopuszcza składania ofert częściowych. Zdaniem odwołującego dokonując oceny ofert zamawiający zaprzeczył tym postanowieniem SIWZ i dokonał wyboru oferty tylko na część zamówienia uzasadniając ten fakt środkami, jakimi dysponuje na wykonanie całego zamówienia. Odwołujący argumentował, że dopuszczalnym, a nawet powszechnie praktykowanym jest podział ceny oferty na elementy rozliczeniowe obejmujące mniejsze zakresy przedmiotu zamówienia (vide zakresy I, II i III). Nie oznacza to jednak, że podział przedmiotu zamówienia na zakresy i ustalenie cen tych zakresów można traktować jako uprawnienie do zmiany wielkości przedmiotu zamówienia po otwarciu ofert i dokonania ograniczenia zakresu zamówienia przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazywał, że umowa zawarta w wyniku postępowania musi dotyczyć przedmiotu zamówienia objętego tym postępowaniem. W szczególności stanowi o tym art. 140 Pzp, który wyraża zasadę, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego może zostać zawarta jedynie w zakresie określonym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poprzedzającym jej zawarcie. Określone w zawartej umowie świadczenie, które ma spełnić wykonawca, powinno być odzwierciedleniem opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków umowy zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Regulacja art. 140 ust. 1 Pzp wiąże się z wymogiem złożenia oferty zgodnej z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ. Konsekwentnie, zakres świadczenia wykonawcy, wynikający z umowy w sprawie zamówienia publicznego, musi odpowiadać złożonej ofercie. Do zmiany przedmiotu zamówienia zgodnie np. z art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp służą jednoznaczne postanowienia umowne, które określają zakres zmian, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, charakter oraz warunki wprowadzenia zmian, w tym prawo opcji.

Odwołujący wskazywał, że w niniejszym postępowaniu zamawiający poinformował wykonawców w treści SIWZ, że w zależności od cen ofert i możliwości finansowych zdecyduje, który zakres będzie brany pod uwagę przy realizacji zamówienia. W ocenie odwołującego należy to odczytać jako prawo zamawiającego do rezygnacji z wykonania części zamówienia, jak sam określił zamawiający „przy jego realizacji”, czyli w okresie trwania już zawartej umowy, bo wtedy właśnie taka realizacja następuje i wyłącznie na tym etapie może przysługiwać zamawiającemu takie prawo. Postępowania o udzielenie zamówienia, w tym sesji otwarcia ofert nie można uznać za moment, w którym zamawiający ma prawo do decydowania, który zakres będzie brany pod uwagę przy realizacji zamówienia tj. ustalenia, które części zamówienia zleci wykonawcom do realizacji, a których nie. Takie działanie oznacza także, w ocenie odwołującego, że zamawiający, w trybie nieprzewidzianym w Pzp, dokonał zmiany treści złożonych ofert, w czasie ich otwarcia, bez jakiegokolwiek zgody wykonawców w tym zakresie naruszając jednocześnie zasadę określoną w art. 140 ustawy Pzp. Działanie takie będzie uprawnione, o czym mowa wyżej np. na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nakazującym zamawiającemu podanie informacji o planowanej zmianie umowy tj. o rezygnacji z wykonania części zamówienia. Informacja ta zgodnie z ustawą Pzp może być zamieszczona w treści ogłoszenia o zamówieniu lub SIWZ, tak jak to miało miejsce w tym postępowaniu, nie musiała być powtórzona w warunkach umowy.

W ocenie odwołującego treść „uwagi” na gruncie Pzp należałoby uznać za nietypowy, ale jednak opis w SIWZ prawa opcji, którego zakres, cena i warunki skorzystania uzależnione są od posiadanych środków przez zamawiającego.

Według odwołującego kolejnym aspektem, na który trzeba zwrócić uwagę jest wskazanie zamawiającego w treści „uwagi”, że do oceny złożonych ofert zamawiający przyjmie zakres I, II i III albo zakres I i II albo zakres I przy założeniu maksymalnego wykorzystania posiadanych środków finansowych. Nie może budzić wątpliwości, że interpretacja tego zapisu może się odbywać tylko w zgodzie z przepisami Pzp tj. w sposób umożliwiający wybór najkorzystniejszej oferty, którą definiuje art. 2 pkt 5 ustawy Pzp jako ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. W niniejszym postępowaniu oferta odwołującego jest najkorzystniejsza w zakresie I i zakresie I+II+III obejmującym cały przedmiot zamówienia, natomiast wybrana oferta przystępującego jest najkorzystniejsza tylko w części przedmiotu zamówienia tj. zakresie I+II; w pozostałych zakresach jest mniej korzystna.

Odwołujący argumentował, że przedmiotem postępowania opisanego w pkt 3 SIWZ dokumentacją projektową jest

zakres I+II+III i tego zakresu zgodnie z art. 2 pkt 5 Pzp dotyczyć może wybór oferty najkorzystniejszej odnoszącej się do przedmiotu zamówienia publicznego. Przywołany zakres zamówienia musi pozostać niezmienny do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Po zawarciu umowy zakres ten zgodnie z art. 144 Pzp może być modyfikowany, choćby, jak w tym przypadku, przez jego zmniejszenie wynikające z braku środków finansowych. Ceny wszystkich ofert obejmujących całość przedmiotu zamówienia (zakres I+II+III), na który ogłoszono przedmiotowe postępowanie przekraczały kwotę, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na wykonanie zamówienia. Nie jest to nic nadzwyczajnego na gruncie Pzp i nie oznacza konieczności unieważnienia postępowania, gdyż na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, którego postanowienia SIWZ nie mogą uchylić, zamawiający ma możliwość zwiększenia kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na wykonanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty. Taka sytuacja nie jest też przeszkodą w dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej nawet, gdy jej cena jest wyższa od planowanej. Sytuacja ta nie stanowi także uprawnienia zamawiającego do dokonywania wyboru oferty na mniejszy niż przedmiot zamówienia zakres.

Tym samym zamawiający trzymając się postanowień SIWZ, treści „uwagi” i przepisów Pzp jako wykładni prawidłowego postępowania powinien dokonać wyboru oferty kierując się ceną oferty na zakres I+II+III, a następnie przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego lub po jej zawarciu dokonać ograniczenia zakresu przedmiotu zamówienia do wysokości posiadanych środków (vide prawo opcji). Dopuszczony treścią „uwagi” wybór pozwalający zamawiającemu przyjęcie do oceny złożonych ofert zakresu I, II i III albo zakresu I i II albo zakresu I przy założeniu maksymalnego wykorzystania posiadanych środków finansowych przy poszanowaniu przepisów Pzp byłby możliwy tylko w przypadku, gdyby w postępowaniu złożono ofertę, która w każdym z zakresów byłaby najkorzystniejsza. Taka sytuacja w niniejszym postępowaniu nie zaistniała i zamawiający takiej swobody nie posiadał.

Według odwołującego użycie w „uwadze” słów „maksymalne wykorzystanie środków” nie może być rozumiane, w kontekście opisanego stanu faktycznego, jako brak prawa wyboru zamawiającego co do kolejnych działań, tj. utratą prawa do podjęcia decyzji o zwiększeniu środków na wykonanie pełnego zakresu zamówienia albo decyzji o unieważnieniu postępowania w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Na pewno stwierdzenie to nie może być rozumiane jako obowiązek zawarcia umowy przez zamawiającego na część przedmiotu zamówienia pokrywającą się z wielkością posiadanych środków, w przypadku, gdy zamawiający miał nadzieję całe zamówienie za przewidziane środki wykonać. Z powyższego wynika, że zamawiający powinien dokonać wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej dla całego przedmiotu zamówienia określonego w pkt 3 SIWZ, a wybór oferty przystępującego został dokonany z naruszeniem przywołanych przepisów.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że w przypadku, gdyby Izba nie uznała w pełni powyższej argumentacji dokonany wybór oferty przystępującego nie może się ostać i zamawiający powinien unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 ustawy Pzp. Unieważnienie postępowania jest obowiązkiem zamawiającego w razie wystąpienia przesłanek określonych w tym przepisie. Czynność ta powinna mieć miejsce wyłącznie w sytuacjach ściśle odpowiadających treści wskazanego przepisu. Art. 93 ust. 1 ustawy Pzp określa przesłanki, które obligują zamawiającego do unieważnienia postępowania, w razie wystąpienia, co najmniej jednej z nich. Zgodnie z protokołem postępowania oraz informacją podaną w trakcie sesji otwarcia ofert zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia kwotę w wysokości 26.643.500,80 zł brutto. Nie może budzić wątpliwości że cena najtańszej wśród złożonych w postępowaniu ofert (oferta odwołującego) opiewa na kwotę 28.216.028,60 zł brutto. Mając powyższe na uwadze, zamawiający ma zgodnie z treścią ww. przepisu dwie możliwości: dokonać podwyższenia kwoty, jaką planował przeznaczyć na zamówienie albo unieważnić prowadzone postępowanie.

Odwołujący podkreślał także, że zamawiający nie ma możliwości alternatywnego rozwiązania zaistniałej sytuacji np. przez zmianę po terminie składania ofert zakresu zamówienia przez jego zmniejszenie. Zgodnie z treścią art. 140 ust. 1 ustawy Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, a jedyne możliwości zmiany zakresu zamówienia mogą zostać dokonane jedynie w zgodzie z art. 144 ustawy Pzp po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Zakład Remontowo Budowlano Instalatorski „Budo-Max” R. M., P. M. sp. j. w Częstochowie, Żelbet Montex sp. z o.o. w Częstochowie oraz M. D., prowadzący w Kuźniczce działalność gospodarczą pod nazwą M. D., FUH. Wnieśli o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), odpowiedzi na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, informację z otwarcia ofert, ofertę przystępującego, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 10 grudnia 2018 r., odwołanie, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakład Remontowo Budowlano Instalatorski „Budo-Max” R. M., P. M. sp. j. w Częstochowie, Żelbet Montex sp. z o.o. w Częstochowie oraz M. D. prowadzącego w Kuźniczce działalność gospodarczą pod nazwą M. D., FUH uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, w tym przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Oddalono wniosek odwołującego o niedopuszczenie zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym. W trakcie posiedzenia Izby w dniu 27 grudnia 2018 r. odwołujący podniósł, że zgłoszenie przystąpienie jest nieskuteczne, gdyż w imieniu zgłaszających przystąpienie podpisał je pan R. M., który nie miał umocowania do dokonania takiej czynności. Odwołujący argumentował, że pełnomocnictwo z dnia 9 listopada 2018 r. załączone do zgłoszenia przystąpienie jest nieprawidłowe, gdyż mocuje pana R. M. jedynie do reprezentowania konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i do zawarcia umowy. Nie obejmuje natomiast prawa do składania środka ochrony prawnej, jakim jest zgłoszenie przystąpienie.

Izba stwierdziła, że wniosek odwołującego jest niezasadny. Uszło uwadze odwołującego, że pełnomocnictwo dla pana R. M., jak wynikało z jego treści, miało także zapewniać „pełną reprezentację konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia”. W ocenie Izby powyższy zapis można było interpretować jako intencję mocodawców do ustanowienia pełnomocnika w jak najszerszym zakresie, nie wykluczając również prawa do złożenia środka ochrony prawnej, jakim jest zgłoszenie przystąpienia.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej utrzymując, że to jego oferta, zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ, jest ofertą najkorzystniejszą. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, skutkować będzie koniecznością nakazania zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest realizacja na podstawie opracowanej dokumentacji budowlano wykonawczej projektu pn.: Przebudowa i rozbudowa budynku Ratusza Starej Częstochowy wraz z zagospodarowaniem terenu (pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, SIWZ).

Ustalono także, że zamawiający wskazał, że nie dopuszcza składania ofert częściowych (pkt 18 SIWZ). Zamawiający wyjaśnił, że podział zamówienia na części nie był właściwy z uwagi na duże trudności związane ze skoordynowaniem działań oraz terminów wykonywania robót przez różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia na obiekcie, co mogłoby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia, jak również trudnościami w egzekwowaniu uprawnień zamawiającego związanych z udzieloną przez wykonawców na różne części zamówienia gwarancją i rękojmią (pkt 2.2. protokołu postępowania, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego).

Ustalono również, że zamawiający przewidział, iż przedmiot zamówienia podzielony jest na III zakresy:

#### **Zakres I obejmuje:**

•przebudowę i rozbudowę budynku ratusza starej Częstochowy. Obiekt jednobryłowy z częścią podziemną przeznaczoną do renowacji i część naziemną o elewacji i konstrukcji szklanej.

•prace związane z kompleksową budową płyty rynku, przebudową istniejących mediów, przyłączy, jej zagospodarowaniem. Zabudowa powierzchni placu w fontannę w postaci pasa wodnego, schodów prowadzących do części podziemnej o amfiteatralnym charakterze z siedziskami wykończonymi drewnem i nasadzeniem zieleni, oświetleniem, odwodnieniem terenu, montażem słupów dla rzeźb balansujących i elementami małej architektury.

•przebudowa ulicy Stary Rynek w części przyległej do głównej części placu w tym przebudowa istniejących mediów i wykonanie niezbędnych przyłączy w zakresie sieci wodociągowej, sanitarnej, deszczowej, teletechnicznej i elektrycznej itp. związanych z funkcjonowaniem obiektu i istniejących obiektów przylegających bezpośrednio do płyty rynku i ul. Mirowskiej. Przekładka sieci. Zabezpieczenie istniejących piwnic zlokalizowanych w ulicy.

•podbudowa i przekładka sieci ul. Mirowskiej związanych z funkcjonowaniem obiektu i istniejących obiektów przylegających bezpośrednio do płyty rynku. na odcinku przylegającym do placu.

#### **Zakres II obejmuje:**

Budowa ul. Mirowskiej ze ścieżką rowerową, sygnalizacją świetlną, zabezpieczeniem istniejących piwnic zlokalizowanych w ulicy i elementami zieleni.

#### **Zakres III obejmuje:**

Budowa odcinków ulic Senatorskiej i Stary Rynek zlokalizowanych prostopadle do płyty rynku.

(pkt 3.1. SIWZ, w dokumentacji postępowania).

Pod pkt 3.1. SIWZ znajdowała się uwaga o następującej treści:

#### **UWAGA!**

**W zależności od cen ofert i możliwości finansowych, zamawiający zdecyduje, który zakres będzie brany pod uwagę przy realizacji zamówienia, a do oceny złożonych ofert zamawiający przyjmie zakres I, II i III albo zakres I i II albo zakres I przy założeniu maksymalnego wykorzystania posiadanych środków finansowych.**

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający wskazał, iż oferty będzie wybierał stosując następujące kryteria oceny ofert:

Kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej:

- cena ryczałtowa brutto – 98%;

- długość okresu gwarancji – 2%.

#### **UWAGA!**

**W zależności od cen ofert i możliwości finansowych, zamawiający zdecyduje, który zakres będzie brany pod uwagę przy realizacji zamówienia, a do oceny złożonych ofert zamawiający przyjmie zakres I, II i III albo zakres I i II albo zakres I przy założeniu maksymalnego wykorzystania posiadanych środków finansowych.**

(pkt 13 SIWZ, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego).

Ustalono również, że w trakcie postępowania do zamawiającego wpłynął wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ w brzmieniu: *Jaką kwotę zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zadania?* Na tak zadane pytanie zamawiający udzielił odpowiedzi: *Zgodnie z art. 86 ust. 3 Prawa zamówień publicznych zostanie ona podana przed otwarciem ofert.* (odpowiedź na pytanie nr 33 z dnia 3.10.2018 r., w dokumentacji postępowania).

W dalszej kolejności ustalono, że w dniu 13 listopada 2018 r., bezpośrednio przed otwarciem ofert, zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 26.643.500,80 zł brutto (pkt 11. 2 protokołu postępowania).

Do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły 3 oferty:

I.p.	Wykonawca	Cena ryczałtowa brutto (zł)	Okres gwarancji (miesiące)
1	Przystępujący	Zakres I 24.354.000,00 Zakres I+II 26.488.050,00 Zakres I + II + III <b>28.622.100,00</b>	60

2	Przedsiębiorstwo Budowlane „Częstobud” D. Ś.	Zakres I 26.777.000,00 Zakres I+II 29.543.712,80 Zakres I + II + III 30.747.513,80	60
3	Odwolujący	Zakres I 23.703.044,57 Zakres I+II <u>26.722.203,24</u> Zakres I + II + III <b>28.216.028,60</b>	60

(pkt 12 protokołu postępowania).

W dalszej kolejności ustalono, że 10 grudnia 2018 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego z ceną ryczałtową 26.488,050,00 zł brutto. W uzasadnieniu swej czynności zamawiający wskazał, że przedmiotowa oferta uzyskała najwyższą liczbę punktów obliczonych zgodnie z SIWZ, kryteriami i ich wagami. Zamawiający wskazał także, że biorąc pod uwagę środki jakimi dysponuje zamawiający na wykonanie zamówienia (26.643.500,80 zł brutto) oraz zapisy pkt 3 SIWZ mówiące, iż wybór zakresu przyjętego do realizacji nastąpi przy założeniu maksymalnego wykorzystania środków finansowych, zamawiający przyjął do realizacji zakres I+II i dokonał oceny ofert tylko w tym zakresie przedmiotu zamówienia.

Odwolanie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, ilekroć w ustawie jest mowa o najkorzystniejszej ofercie - należy przez to rozumieć ofertę:

a) która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego w szczególności w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała albo

b) z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt;

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Stosownie do art. 86 ust. 3 ustawy Pzp, bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia (...).

W myśl art. 91 ust. 2c ustawy Pzp, kryteria oceny ofert są związane z przedmiotem zamówienia, jeżeli dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, we wszystkich aspektach oraz w odniesieniu do poszczególnych etapów ich cyklu życia, w tym procesu produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: (...)

4) cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty; (...)

7) postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wreszcie, w myśl art. 146 ust. 6 ustawy Pzp Prezes Urzędu 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.

Znalazły potwierdzenie zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Jak słusznie wskazał odwołujący w odwołaniu, zastosowanie przez zamawiającego postanowień zawartych w uwadze do pkt 3.1. SIWZ, powtórzonych w pkt 13 dotyczącym kryteriów oceny ofert, prowadziło do naruszenia podstawowych i naczelných zasad postępowania o udzielenie zamówienia to jest zasady przejrzystości, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a także naruszenia bezwzględnie obowiązującego przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Jak wynikało z ustalonego w sprawie stanu faktycznego, zamawiający nie dopuścił składania przez wykonawców ofert częściowych, a więc każdy z nich musiał zaoferować zamawiającemu wykonanie całości przedmiotu zamówienia (pkt 18 SIWZ, pkt 2.2. protokołu postępowania). Z drugiej jednak strony zamawiający zdecydował się podzielić przedmiot zamówienia na trzy tzw. zakresy oznaczone jako zakres I, zakres II i zakres III (vide pkt 3.1. SIWZ). Pod postanowieniami dotyczącymi owych „zakresów” zamawiający zamieścił uwagę. W uwadze tej, powtórzonej w pkt 13 dotyczącym kryteriów oceny ofert, zamawiający wskazał, że w zależności od cen ofert i możliwości finansowych, zamawiający zdecyduje, który zakres będzie brany pod uwagę przy realizacji zamówienia, a do oceny złożonych ofert zamawiający przyjmie zakres I, II i III albo zakres I i II albo zakres I przy założeniu maksymalnego wykorzystania posiadanych środków finansowych.

W pierwszej kolejności rozstrzygnięcia wymagał spór co do charakteru owej uwagi. Odwołujący w odwołaniu wywiódł, że ww. uwaga nie stanowiła kryterium oceny ofert. Argumentował, że treść uwagi należało odczytać jako prawo zamawiającego do rezygnacji z wykonania części zamówienia, jak sam określił Zamawiający „przy jego realizacji”, czyli w okresie trwania już zawartej umowy, bo wtedy właśnie taka realizacja następuje i wyłącznie na tym etapie może przysługiwać zamawiającemu takie prawo. Ze stanowiskiem tym nie zgodził się zamawiający. W odpowiedzi na odwołanie wskazał m.in., że „uwaga” zawarta była w pkt 13 SIWZ (przy opisie kryteriów oceny ofert i sposobu oceny ofert). Oświadczył też, że wybrał ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ oraz postępując w pełni zgodnie ze sposobem oceny ofert (m.in. powyżej cytowaną uwagą).

Izba po dokonaniu analizy spornego zapisu nie podzieliła stanowiska odwołującego, jakoby sporna „uwaga” miała

odnosić się jedynie do etapu wykonania umowy i możliwości jej ograniczenia. Literalna analiza „uwagi” prowadziła do wniosku, że ma ona zastosowanie już na etapie oceny złożonych ofert. Uszło uwadze odwołującego, że tożsamy zapis zamieszczono także w pkt 13 SIWZ, poświęconym ewidentnie kryteriom oceny ofert. Nie można było zatem utrzymywać, że sporne postanowienie odnosi się wyłącznie do etapu realizacji umowy. Ponadto próba odczytywania tego zapisu, w sposób zaprezentowany przez odwołującego prowadziłyby do wniosku, że postanowienia o wariantowaniu zawarte w pkt 3.1. SIWZ pozbawione byłyby jakiegokolwiek znaczenia.

W dalszej kolejności, z uwagi na podniesiony przez odwołującego zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie oceny ofert niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ, należało dokonać wykładni tych kryteriów, w tym przede wszystkim treści spornej uwagi.

Podkreślenia wymagał fakt, że taka a nie inna treść „uwagi” powodowała, iż kryteriami oceny ofert w postępowaniu zamawiający uczynił czynniki nieznane wykonawcom, które nie zostały ujawnione w treści SIWZ, ani w ogłoszeniu o zamówieniu. Treść uwagi z pkt 3.1. i 13 SIWZ prowadziła bowiem do wniosku, że ocena złożonych ofert uzależniona była m.in. od:

- a) cen ofert złożonych przez innych wykonawców,
- b) maksymalnych posiadanych środków finansowych przez zamawiającego.

Nie ulegało wątpliwości, że zamawiający nie ujawnił wykonawcom w SIWZ elementu kryterium oceny ofert, jakim były ceny ofertowe innych wykonawców. Zamawiający nie opisał także w SIWZ drugiego z elementów sporządzonego przez siebie kryterium, a mianowicie maksymalnych posiadanych środków finansowych. Tymczasem jak wynika z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, ocena ofert musi być dokonana na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Skoro pewne elementy nie zostały ujawnione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to nie można ich uznać za kryteria oceny ofert.

Dostrzec należało także, że jak wynika z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, (...). Z przepisu tego wynika, że pozacenowymi kryteriami oceny ofert nie mogą być ceny innych wykonawców czy maksymalne możliwości finansowe zamawiającego. Celem stosowania każdego kryterium oceny ofert jest wybór oferty najkorzystniejszej, zatem wszystkie kryteria muszą być nakierowane na identyfikację tej oferty, która jest najlepsza.

Zdaniem Izby omawiane kryterium naruszało także reguły tworzenia kryteriów pozacenowych wynikające z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Jak wskazano w orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 17 września 2002 roku w sprawie C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab, *pozacenowe kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia, nie mogą przyznawać zamawiającemu bezwzględnej swobody wyboru, być wyraźnie wskazane w dokumentacji zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu i być zgodne z zasadami podstawowymi prawa wspólnotowego, a w szczególności z zasadą niedyskryminacji*. Orzeczenie to dotyczyło wprawdzie kryteriów oceny ofert o charakterze środowiskowym, ale zasady dotyczące pozacenowych kryteriów oceny ofert, jakie sformułował Trybunał, można uznać za uniwersalne.

Zdaniem Izby, kryterium oceny ofert opisane w „uwadze” przyznawało zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru oferty najkorzystniejszej. Dostrzec należało, że w pkt 3.1. i 13 SIWZ była mowa o „maksymalnych środkach finansowych zamawiającego”. Zamawiający w trakcie rozprawy zaprzeczył jakoby miał przyznać sobie nieograniczoną swobodę wyboru oferty najkorzystniejszej i utrzymywał, że nie było ryzyka manipulacji wynikiem postępowania. Wywiódł, że pojęcie „maksymalne środki finansowe zamawiającego” należało utożsamić z pojęciem „kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”, podawaną wykonawcom jeszcze przed otwarciem ofert, zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp.

Według Izby brak było jednak podstaw, aby pojęcie z pkt 3.1. i 13 SIWZ utożsamić z pojęciem, o którym mowa w art. 86 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający w analizowanej „uwadze” nie posłużył się identyczną siatką pojęciową, jak ustawodawca. Po drugie, w pkt 3.1. i 13 SIWZ wyraźnie akcent położono na „maksymalne” środki finansowe, pozostające w dyspozycji zamawiającego. Tymczasem kwota odczytywana przed otwarciem ofert, o której mowa w art. 86 ust. 3 ustawy Pzp, nie jest może być traktowana jako odpowiadająca maksymalnym środkom finansowym zamawiającego, przeznaczonym na realizację danego zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ustawodawca przyznał zamawiającemu wyraźną kompetencję do zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do wysokości ceny oferty najkorzystniejszej. Skoro zatem w pkt 3.1. i 13 SIWZ była mowa o „maksymalnych” środkach finansowych zamawiającego, to raczej należałoby je odnosić do pojęcia użytego w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp a nie w art. 86 ust. 3 ustawy Pzp. Na powyższe słusznie zwrócił uwagę odwołujący w treści odwołania prawidłowo zarzucając, że użycie w uwadze słów „maksymalne wykorzystanie środków” nie może być rozumiane jako utrata prawa do podjęcia decyzji o zwiększeniu środków na wykonanie pełnego zakresu zamówienia (por. str. 9 odwołania). Skoro tak, to należało dojść do wniosku, że zamawiający - przez instytucję możliwości zwiększenia środków finansowych przeznaczonych na realizację zamówienia, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - przyznał sobie prawo do dowolnego, swobodnego wyboru oferty najkorzystniejszej. Zwiększając odpowiednio środki finansowe, po otwarciu ofert, zamawiający mógł zapewnić sobie możliwość wyboru innej oferty najkorzystniejszej. Takie działanie zamawiającego, jak słusznie wskazał odwołujący, należało uznać za sprzeczne z zasadami postępowania o udzielenie zamówienia, wynikającymi z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. tj. zasadami przejrzystości, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zamawiający wprawdzie oświadczył w trakcie rozprawy, że postanowienia pkt 3.1. i 13 SIWZ - jego zdaniem - miało wyłączać zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i w efekcie nie dopuszczać do ewentualnych manipulacji przy wyborze oferty najkorzystniejszej. Jednakże, uszło uwadze zamawiającego, że czynność cywilnoprawna, jaką jest sporządzenie SIWZ, nie może prowadzić do uchylecia bezwzględnie obowiązującego przepisu ustawy Pzp. W tym zakresie Izba kontynuuje prezentowany już w swym orzecznictwie pogląd, że postanowienia SIWZ nie mogą wyłączać wiążącego przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Przykładowo w wyroku z dnia 26 listopada 2014 r. sygn. akt: KIO 2394/14 Izba stwierdziła, że zgodnie z treścią przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 *Zamawiający jest zobowiązany do unieważnienia postępowania jeżeli „cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.” Jest to przepis bezwzględnie obowiązujący i próba obchodzenia tego przepisu zastrzeżeniem o ewentualnym wykonaniu zawartej umowy tylko do kwoty zaofertowanej na otwarciu ofert, jest jego rażącym naruszeniem. Dlatego też Izba nakazała dokonanie odpowiednich zmian w SIWZ poprzez wykreślenie treści wskazanej w żądaniu Odwołującego.*

Należało przyznać także rację odwołującemu, że zaskarżona czynność naruszała przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Przepis ten nakłada na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli cena oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Jeżeli zamawiający nie posiadał wystarczających środków finansowych do wyboru oferty odwołującego, która była najkorzystniejszą, jeśli chodzi o zakres I, II i III zamówienia (a więc całość przedmiotu zamówienia, którego nie podzielono na części) i kwoty tej nie mógł zwiększyć, to obowiązkiem zamawiającego było unieważnienie postępowania na podstawie ww. przepisu. Podkreślenia wymagało jednak, że ustawowy obowiązek unieważnienia postępowania stał w jaskrawej sprzeczności z postanowieniami pkt 3.1. i 13 SIWZ, dotyczącymi kryteriów oceny ofert, które w tej sytuacji obliowały zamawiającego do wyboru innej oferty najkorzystniejszej, niejako w mniejszym zakresie. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie jednoznacznie i wprost przyznał, że postanowienia SIWZ stoją w sprzeczności z przepisem art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (por. str. 7 odpowiedzi na odwołanie). Co do niedopuszczalności wyłączenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez postanowienia SIWZ argumentację przedstawiono już wcześniej.

W tej sytuacji należało dojść do wniosku, że postępowanie obciążone jest poważną, istotną i nieodwracalną wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Stosownie do tego przepisu, *zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego*. Ww. regulacja odsyła do art. 146 ustawy Pzp, w którym wymienione są przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważnienia umowy. Jak wynika z przepisu art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, *umowa w sprawie zamówienia podlega unieważnieniu, w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania*. Próba zastosowania kryteriów oceny ofert opisanych z naruszeniem art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 1, art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że w postępowaniu nie można wykonać prawidłowo czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a więc otrzymać wyniku postępowania zgodnego z prawem. Z kolei próba zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp prowadzi do naruszenia reguł wynikających z kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ, którymi zamawiający i wykonawcy są związani. Działanie takie należałoby też uznać za sprzeczne z zasadą przejrzystości, wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Ponieważ modyfikacja SIWZ, a więc i w zakresie dotyczącym wadliwych kryteriów oceny ofert, możliwa jest tylko do upływu terminu składania ofert (art. 38 ust. 4 ustawy Pzp), zatem wadę postępowania, na obecnym jego etapie, należało uznać nie tylko za istotną w stopniu, który mógł wywrzeć wpływ na wynik postępowania, ale i za nieusuwalną.

W tej sytuacji jednym sposobem na przywrócenie postępowania do stanu zgodnego z prawem, biorąc pod uwagę jego obecny stan, jest unieważnienie go na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

Wyjaśnienia przy tym wymaga, że Izba - zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - pozostawała związana jedynie zarzutami przedstawionymi w odwołaniu, natomiast nie wiązały jej żądania sformułowane przez odwołującego. Jak jednolicie wskazują się w orzecnictwie Izby, w celu doprowadzenia postępowania do stanu zgodnego z prawem Izba uprawniona jest nakazać zamawiającemu wykonanie takiej czynności w postępowaniu, która będzie zgodna z prawem.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku*. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia oddalenia. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania, co ze wskazanych wcześniej względów miało miejsce w analizowanej sprawie.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego*. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykonanie czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*.

W niniejszej sprawie odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił zamawiający. Kosztami postępowania obciążono zatem zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 10.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:.....**