Sygn. akt: KIO 237/21

WYROK
z dnia 17 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Wojciechowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 17 lutego 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 stycznia 2021 r. przez **wykonawcę HEK sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Mieście** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Wójta Gminy Wodynie z siedzibą w Wodyniach**

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2.Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Wójta Gminy Wodynie z siedzibą w Wodyniach i

2.1.Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę HEK sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Mieście tytułem wpisu od odwołania,

2.2.Zasądza od zamawiającego Wójta Gminy Wodynie z siedzibą w Wodyniach na rzecz wykonawcy HEK sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Mieście kwotę 13 617 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze. zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:……...

Sygn. akt KIO 237/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Wójt Gminy Wodynie z siedzibą w Wodyniach - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach Projektu: „POPRAWA EFEKTYWNOŚCI ENERGETYCZNEJ ZESPOŁU SZKÓŁ W WODYNIACH"; znak sprav 271.14.2020.* Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia8 grudnia 2020 r., za numerem 763869-N-2020.

W dniu 20 stycznia 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca HEK sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Mieście. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, mianowicie od czynności Zamawiającego, podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na:

- unieważnieniu postępowania na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 7 oraz art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy pzp,

- zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na dokonaniu badania i oceny ofert i wyboru oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 92 ust. 1 pkt 7 oraz art. 93 ust 3 pkt 2 ustawy pzp, poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia pomimo braku podstawy faktycznej i prawnej dla dokonania tej czynności, gdyż Zamawiający uznał oczywistą omyłkę (w rozdziale XIV pkt 3 SIWZ w tabeli dotyczącej kryterium oceny ofert zapis „10 pkt" zamiast „20 pkt", w sytuacji gdy z kontekstu wynikało bez wątpliwości, iż druga z tych wartości jest oczywiście prawidłowa) jako niejednoznaczne określenie punktacji, która to okoliczność nie dawała podstaw do unieważnienia postępowania;

2. art. 92 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy pzp, poprzez uznanie, że ww. omyłka mogła mieć wpływ na wynik postępowania, i unieważnienie postępowania, pomimo braku rzeczywistej podstawy faktycznej i prawnej dla dokonania tej czynności, uwzględniając, iż oferty złożone w postępowaniu różniły się jedynie w zakresie pierwszego z kryteriów, tj. ceny, co powinno prowadzić do odmiennego wniosku, o braku podstawy do unieważnienia postępowania, gdyż omyłka dotycząca trzeciego z kryteriów nie miała, ani nie mogła mieć wpływu na wynik postępowania;

3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp oraz art. 92 ust. 1 i 2 ustawy pzp, poprzez ich niezastosowanie w sytuacji unieważnienia postępowania, podczas gdy zachowując uczciwą konkurencję i równo traktując wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, Zamawiający zgodnie z przepisami ustawy pzp powinien po zbadaniu ofert dokonać wyboru najkorzystniejszej na podstawie kryteriów wskazanych w SIWZ;

4. art. 65 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy pzp, poprzez ich niezastosowanie do ustalenia treści rozdziału XIV pkt 3 SIWZ tabeli dotyczącej kryterium oceny ofert w zakresie kolumny „sposób oceny" w wierszu „Gwarancja na wykonany przedmiot zamówienia G" w celu ustalenia punktacji wynikającej z SIWZ przyznawanej za gwarancję;

5. art. 87 ustawy pzp i art. 91 ust. 1 ustawy pzp, poprzez ich niezastosowanie wobec zaniechania dokonania badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty na skutek bezpodstawnego unieważnienia postępowania.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, a następnie dokonania (zakończenia) badania i oceny ofert zgodnie z dyspozycją art. 91 ust. 1 ustawy pzp w zakresie zamówienia;

2) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego, w szczególności zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, tj. kwoty 10.017 zł, stanowiącej uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że Zamawiający w dniu 15 stycznia 2021 r, unieważnił postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach Projektu: „POPRAWA EFEKTYWNOŚCI ENERGETYCZNEJ ZESPOŁU SZKÓ WODYNIACH", znak sprawy IGR 271.14.2020. W uzasadnieniu Zamawiający poinformował, że powodem unieważnieni było stwierdzenie w trakcie badania ofert, że „w rozdziale XIV pkt 3 SIWZ w tabeli dotyczącej kryterium oceny ofert w pozycji „Gwarancja na wykonany przedmiot zamówienia", gdzie maksymalna ilość punktów jaką Zamawiający może przeznaczyć w tym kryterium wynosi 20 pkt, w sposobie oceny dla tego kryterium Zamawiający omyłkowo rozpisał punktację określającą na maksymalnym poziomie 10 pkt, w następujący sposób: 60 miesięcy— G 0 pkt; 72 miesięcy— G 5 pkt; 84 miesięcy — G 10 pkt". Na tej podstawie uznał, że punktacja w ww. zakresie nie została jednoznacznie określona, co mogło mieć wpływ na wynik postępowania i skutkować unieważnienie umowy, zgodnie z art. 146 ust. 6 ustawy pzp. Dlatego uznał, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia, zaś próba jej naprawy stanowiłaby naruszenie zasad konkurencyjności, co zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp obliguje go do umorzenia postępowania.

W ocenie Odwołującego powyższa ocena Zamawiającego była niewłaściwa dwóch powodów:

1) omyłka Zamawiającego w omawianym zapisie SIWZ nie wprowadzała w błąd co do kryteriów oceny ofert, które mając na uwadze całość zapisów rozdziału XIV SIWZ jako że jest jedynie oczywistą omyłką, w pełni z „10 pkt" zamiast „20 pkt",

2) istnienie omyłki nie miało wpływu na wynik postępowania (ani też nie mogło mieć wpływu) mając na uwadze treść ofert złożonych w postępowaniu, w których warunki w zakresie długości gwarancji na wykonany przedmiot zamówienia były takie same, a zatem uzyskana punktacja za to kryterium nie wpływała na wynik postępowania (wszystkie oferty otrzymałyby maksymalną punktację za spełnienie tego kryterium), o którym decydować miała punktacja za pozostałe kryteria, a uściślając za kryterium pierwsze, gdyż wyłącznie w zakresie ceny warunki proponowane w ofertach różnią się — tym samym nie występuje możliwość unieważnienia postępowania na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy pzp.

Odwołujący podniósł dalej, że Zamawiający z nadmierną ostrożnością ocenił sytuację, nie uwzględniając, iż uczestnicy postępowania są podmiotami profesjonalnie biorącymi udział w postępowaniach dotyczących zamówień i znającymi obowiązujące przepisy, unieważnił postępowanie naruszając przepisy ustawy pzp. Wykonawcy kierując pytania do Zamawiającego (zostało zgłoszonych ponad 10 pytań do treści SIWZ) oraz składając oferty nie zgłaszali zastrzeżeń ani wątpliwości co do treści zapisów w rozdziale XIV pkt 3 SIWZ w tabeli dotyczącej kryterium oceny ofert. Oznacza to, że dla nich treść SIWZ w tej części była zrozumiała. Wykonawcy kierując się w szczególności logiką, ale też doświadczeniem nie mieli wątpliwości co do rozumienia zapisu „10 pkt" jako oczywistej omyłki, lub błędu pisarskiego polegającego na zastąpieniu „2" „1 ". Do takiego wniosku prowadzi również analiza kontekstu omyłkowego zapisu a także znajomość przepisów ustawy pzp, wzorów SIWZ oraz podstawowych zasad matematyki. Oczywiste również było, że w miejsce omyłkowych „10 pkt" ma być „20 pkt". W oparciu o logikę zestawienie treści tabeli z omyłkowym zapisem prowadziło do wniosku, że wobec zastosowania określenia procentowego (%) wagi, które odnosi się do całości, czyli suma % wynosi 100%, maksymalnej liczby punktów określonej jako odpowiadająca wartości procentowej wagi, oczywiste było, że prawidłowo Zamawiający wskazał maksymalna liczbę punktów jako 20, i omyłkowo wpisał 10 w wierszu „Sposób oceny". Zgodnie z art. 91 ust. 2a ustawy pzp Zamawiający zastosował kryterium ceny o wadze 60 % (max 60 pkt), kryterium doświadczenia o wadze 20 % (max 20 pkt), zatem kryterium okresu gwarancji zostało prawidłowo określone jako o wadze 20 % (max 20 pkt), a nie 10 % (max 10 pkt), wobec braku czwartego kryterium. Przyjęta przez Zamawiającego metoda opisu kryteriów oceny w kolumnach i wierszach jest bardzo czytelna, i jasno prezentowała podział punktów za poszczególne kryteria: 60 - 20 - 20. Z powyższych względów zapisy w kolumnie „Sposób oceny" gdzie pojawiają się jako wartości maksymalne 10 pkt wykonawcy oceniali jako oczywistą omyłkę, rozumiejąc, że chodzi o max 20 pkt. Mają na uwadze, że do czynności w postępowaniu mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego konieczne jest odwołanie się do reguł wykładni wynikających z art. 65 § 1 k.c. „Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje." Stosując ta regułę interpretacyjną Zamawiający mógł bez cienia wątpliwości ustalić treść określenia punktacji w kryterium „Gwarancja", tym bardziej, iż w kontekście okoliczności postępowania istotne było jedynie ustalenie punktacji maksymalnej — o czym niżej. Okoliczność ustalania mogących budzić wątpliwości zapisów SIWZ były przedmiotem analizy we wcześniejszych postępowaniach KIO. W uzasadnieniu orzeczenia Izby — wyroku z dnia 7 czerwca 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 943/19 zostały przedstawione wskazówki interpretacji spornych postanowień SIWZ: „Postanowienia SIWZ niejednokrotnie zawierają szereg określeń budzących wątpliwości interpretacyjne. Ich interpretacja winna być jednak dokonywana zarówno z uwzględnieniem specyfiki zamówienia, wszystkich zapisów SIWZ jak i profesjonalizmu podmiotów uczestniczących w przetargu." Wskazówki te nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego. Zamawiający dokonał swojej oceny z pominięciem „specyfiki zamówienia, wszystkich zapisów SIWZ jak i profesjonalizmu podmiotów uczestniczących w przetargu".

Odwołujący wskazał, że powszechnie przyjmuje się, że zamawiający unieważniając postępowanie na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp jest zobowiązany w uzasadnieniu wyjaśnić przyczynę swojej decyzji w odniesieniu do art. 146 ust. 1 lub ust. 6 ustawy pzp. Uwzględniając powyższe, należy zauważyć, że Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania powołał się na art. 146 ust. 6 ustawy pzp oraz przewidziane w nim przesłanki. Wobec braku wpływu na wynik postępowania omyłki Zamawiającego przesłanka ta nie wystąpiła, co - wobec nie powołania się Zamawiającego na inne okoliczności wymienione w ust. 1 tegoż artykułu (i ich nie wystąpienia) - powoduje, że unieważnienie postępowania było bezzasadne. Odwołujący zauważył, że Zamawiający pominął również pozostałe okoliczności występujące w postępowaniu ukształtowane przez treść ofert złożonych do zamówienia. Z otrzymanego przez Odwołującego zestawienia ofert wynika, że wszystkie 6 ofert przedstawiło warunki w kryteriach Doświadczenie i Gwarancja pozwalające na uzyskanie maksymalnej liczby punktów (niezależnie od ich ilości). Oferenci przestawili w drugim kryterium Doświadczenie personelu — 3 szt. (wszyscy), co odpowiadało punktacji 20 pkt. Oferenci w trzecim kryterium Gwarancja zaoferowali 84 miesiące, z wyjątkiem oferty nr 4 RAVUS Sp. z o.o. która zaoferowała 85 miesięcy, co w każdym przydatku odpowiadało maksymalnej licznie punktów za to kryterium, tj. 20 pkt. Zgodnie bowiem z treścią rozdziału XIV pkt 3 SIWZ w kolumnie tabeli Sposób oceny dla Gwarancji zawiera następujący zapis„Deklarowany okres gwarancji, obejmującej całość przedmiotu zamówienia (dostarczone materiały i urządzenia, wykonane montaże i roboty budowlane, z wyłączeniem gwarancji producenta panelu fotowoltaicznego, która jest wymagana minimum 10 lat), licząc od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego wykonania przedmiotu zamówienia: - 60 miesięcy— G 0 pkt - 72 miesięcy - G 5 pkt - 84 miesiące - G 10 pkt. W przypadku, gdy wykonawca wskaże w ofercie deklarowany czas gwarancji krótszy niż 60 miesięcy albo nie wskaże w ofercie deklarowanego czasu gwarancji — Zamawiający odrzuci ofertę jako

niezgodną z wymaganiami SIWZ. W przypadku, gdy wykonawca wskaże w ofercie deklarowany czas gwarancji dłuższy niż 84 miesiące — Zamawiający do celu oceny oferty przyjmie maksymalną liczbę punktów (10 Pkt).” Zamawiający określił, że maksymalną liczę punktów uzyskają oferty wykonawców deklarujących udzielenie gwarancji na czas 84 miesięcy lub dłuższy. Tym samym wszyscy wykonawcy zaproponowali warunki spełniające maksymalne kryterium punktowe. W uzasadnieniu unieważnienia Zamawiający pominął tą okoliczność, naruszając przepis art. 92 ust. 2 pkt 7 ustawy pzp. W przypadku jej uwzględnienia doszedłby bowiem do wniosku, iż nie występuje przesłanka, na którą się powołał w postaci możliwości wpływu omyłki na wynik postępowania w rozumieniu art. 146 ust. 6 ustawy pzp. Uwzględniając bowiem powyższe wyjaśnienia o wyborze najkorzystniejszej oferty zadecydują zaproponowane ceny ofertowe brutto przez wykonawców, gdyż jedynie w tym zakresie występują różnice pomiędzy ofertami. Odwołujący podkreślił, że powyższa ocena znajduje potwierdzenie we wcześniejszych orzeczeniach Izby. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 listopada 2019 r. sygn. akt KIO 2212/19. Wobec braku podstawy faktycznej i prawnej unieważnienie postępowania było bezpodstawne, stanowiąc naruszenie przepisów ustawy pzp oraz pozbawiając Odwołującego możliwości wyłonienia jego oferty jako najkorzystniejszej. Zamawiający unieważniając zatem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego naruszył przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, które to naruszenie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania i stanowi podstawę do uwzględnienia odwołania.

W dniu 17 lutego 2021 r. na rozprawie Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

W związku z brzmieniem art. 90 ust. 1 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało w dniu 8 grudnia 2020 r., ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba postanowiła dopuścić dowody z całości dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami oraz odpowiedź na odwołanie.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt IV.2 ogłoszenia o zamówieniu (Kryteria oceny ofert) Zamawiający przewidział następujące kryteria: Cena – 60,00; Doświadczenie personelu kluczowego - kierownika budowy – 20,00; Gwarancja na wykonany przedmiot zamówienia – 20,00.

W punkcie XIV SIWZ (OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYB OFERTY WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT) Zamawiający wska *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę dla całości przedmiotu zamówienia spośród ważnych ofert złożonych w postępowaniu (tj. Wykonawców niewykluczonych i ofert nieodrzuconych), na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. 2. Za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta zawierająca najkorzystniejszy bilans punktów w kryteriach: a) „Łączna cena ofertowa brutto” – C; b) „Doświadczenie personelu kluczowego - kierownika budowy” – DB; c) „Gwarancja na wykonany przedmiot zamówienia” – G. 3. Powyższym kryteriom Zamawiający przypisał następujące znaczenie: Łączna cena ofertowa brutto C – 60 %; Maksymalna liczba punktów – 60; Sposób oceny: Wg wzoru:*

Cena najtańszej oferty

C = ---------- x 60 pkt

Cena badanej oferty

Doświadczenie personelu kluczowego - kierownika budowy skierowanego przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego DB – 20 %; Maksymalna liczba punktów – 20; Sposób oceny: Wg skali punktowej: Doświadczenie kierownika budowy (osoby skierowanej do realizacji zamówienia), polegające na realizacji w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, na stanowisku kierownika budowy, zamówienia obejmującego termomodernizację budynku, o wartości zamówienia co najmniej 1.000.000 zł brutto: - 1 zamówienie – DB = 0 pkt; - 2 zamówienia – DB = 10 pkt; - 3 zamówienia – DB = 20 pkt. W przypadku, gdy Wykonawca nie wykaże w ofercie doświadczenia kierownika budowy, polegającego na realizacji wyżej opisanego zamówienia — Zamawiający odrzuci ofertę jako niezgodną z wymaganiami SIWZ. W przypadku, gdy Wykonawca wskaże w ofercie doświadczenia kierownika budowy, polegające na realizacji większej liczby wyżej opisanych zamówień niż 3 — Zamawiający do celu oceny oferty przyjmie maksymalną liczbę punktów (20 pkt). Gwarancja na wykonany przedmiot zamówienia G – 20 %; Maksymalna liczba punktów – 20; Sposób oceny: Wg skali punktowej: Deklarowany okres gwarancji, obejmującej całość przedmiotu zamówienia (dostarczone materiały i urządzenia, wykonane montaże i roboty budowlane, z wyłączeniem gwarancji producenta panelu

fotowoltaicznego, która jest wymagana minimum 10 lat), licząc od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego wykonania przedmiotu zamówienia: - 60 miesięcy – G = 0 pkt; - 72 miesięcy – G = 5 pkt; - 84 miesiące – G = 10 pkt. W przypadku, gdy wykonawca wskaże w ofercie deklarowany czas gwarancji krótszy niż 60 miesięcy albo nie wskaże w ofercie deklarowanego czasu gwarancji — Zamawiający odrzuci ofertę jako niezgodną z wymaganiami SIWZ. W przypadku, gdy wykonawca wskaże w ofercie deklarowany czas gwarancji dłuższy niż 84 miesiące — Zamawiający do celu oceny oferty przyjmie maksymalną liczbę punktów (10 pkt).”

W formularzu ofertowym w pkt 3 Zamawiający wskazał: *„1. Oświadczamy, że udzielimy gwarancji obejmującej całość przedmiotu zamówienia (wykonane dokumentacje projektowe, dostarczone materiały i urządzenia, wykonane montaże i roboty budowlane) na okres nie krótszy niż 60 miesięcy, licząc od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego wykonania przedmiotu zamówienia tj. na okres (oferowany okres gwarancji powinien wynosić 60 lub 72 lub 84 miesiące): …….. miesięcy.”*

Izba ustaliła, że zarówno w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 17 grudnia 2020 r., jak i z dnia 24 grudnia 2020 r. brak było zapytań wykonawców dotyczących sposobu przyznawania punktów w kryterium – „okres gwarancji”.

Zgodnie z zestawieniem z otwarcia ofert z dnia 5 stycznia 2021 r. oferty złożyło sześciu wykonawców. Pięciu z nich, w tym Odwołujący zaoferowało 84 mies. gwarancji, natomiast jeden z wykonawców zaoferował 85 mies. gwarancji.

W dniu 15 stycznia 2021 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy pzp tj. postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu faktycznym i prawnym Zamawiający wskazał: *„W dniu 08.12.2020 Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej dokumentację postępowania przetargowego Znak sprawy: IGR.271.14.2020. 0 udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach Projektu: ‚POPRAWA EFEKTYWNOŚCI ENERGETYCZNEJ ZESPO SZKÓL W WODYNIACH. W dniu 05.01.2021 odbyło się otwarcie ofert złożonych w postępowaniu. W trakcie oceny ofe Zamawiający stwierdził, że w rozdziale XIV pkt. 3 SIWZ w tabeli dotyczącej kryterium oceny ofert w pozycji: Gwarancja na wykonany przedmiot zamówienia”, gdzie maksymalna ilość punktów jaką Zamawiający może przyznać w tym kryterium wynosi 20 pkt, w sposobie oceny dla tego kryterium Zamawiający omyłkowo rozpisał punktację określając ją na maksymalnym poziomie 10 pkt, w następujący sposób. - 60 miesięcy — G 0 pkt - 72 miesięcy — G 5 pkt - 84 miesiące — G 10 pkt. Tym samym nie została jednoznacznie określona punktacja w kryterium „Gwarancja na wykonany przedmiot zamówienia". Omyłka ta mogła mieć wpływ na wynik postępowania, co mogłoby skutkować unieważnieniem umowy, zgodnie z art. 146 ust. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.). Tym samym postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, a próba naprawy błędu Zamawiającego stanowiłaby naruszenie zasad konkurencyjności. Zgodnie z dyspozycją art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp — „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.”*

W myśl art. 91 ust. 1 ustawy pzp: *„Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”*

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy pzp: *„1. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: 7) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.”*

Artykuł 146 ust. 1 ustawy pzp stanowi: *„1. Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający: 1) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki; 2) nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej; 3) zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy; 4) uniemożliwił składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego tym systemem; 5) uniemożliwił wykonawcom, z którymi została zawarta umowa ramowa, złożenie ofert w procedurze konkurencyjnej o udzielenie zamówienia na podstawie umowy ramowej, o ile nie wszystkie warunki zamówienia zostały określone w umowie ramowej; 6) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę; 7) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 67 ust. 12.”*

Artykuł 146 ust. 6 ustawy pzp stanowi: *„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.”*

Rozstrzygnięcie sporu w niniejszej sprawie sprowadzało się do odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy pzp? W ocenie Izby wada, na jaką powoływał się Zmawiający w decyzji o unieważnieniu, mając na względzie treść ogłoszenia o zamówienia oraz dokumentów SIWZ nie uprawniała Zamawiającego do unieważnienia postępowania na tej podstawie.

W pierwszej kolejności zaznaczyć należy, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego podstawę zarzutu stanowi nie tylko uzasadnienie prawne i kwalifikacja prawna ale przede wszystkim uzasadnienie faktyczne. Z treści uzasadnienia odwołania wynika bezsprzecznie, że Odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy pzp, stanowiący podstawę unieważnienia przez Zamawiającego postępowania.

Zauważenia wymaga, że art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy pzp pozostaje w związku z art. 146 ust. 1 oraz 6 ustawy pzp, w zakresie jakim wada postępowania musi prowadzić do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu na podstawie przesłanek wskazanych w tych przepisach. Co również istotne możliwość powołania się na art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy pzp wymaga łącznego wystąpienia następujących przesłanek: postępowanie musi być obarczone wadą, czyli w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie, wada ta jest niemożliwa do usunięcia (jeśli wada jest usuwalna, konieczne jest jej usunięcie – w takim przypadku nie ma możliwości unieważnienia postępowania), stwierdzona wada postępowania uniemożliwiała zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazania wymaga, że unieważnienie postępowania stanowi czynność o

charakterze wyjątkowym, która definitywnie kończy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i zamyka drogę wykonawcom do uzyskania zamówienia, tym samym nie zostaje osiągnięty cel postępowania jakim jest udzielenie zamówienia. Dlatego też, katalog przesłanek pozwalających unieważnić postępowanie ma charakter katalogu zamkniętego i nie może podlegać wykładni rozszerzającej. Co istotne, dla spełnienia przesłanek z art. 93 ust. 1 pkt 7) konieczne jest wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia ważnej umowy. Tym samym, unieważniając postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy pzp zamawiający powinni dokonać analizy okoliczności skutkujących unieważnieniem umowy w oparciu o art. 146 ust. 1 i 6 ustawy pzp. Artykuł 146 ust. 1 ustawy pzp podaje wprost okoliczności prowadzące do unieważnienia umowy, natomiast art. 146 ust. 6 ustawy pzp wskazuje nie tylko na niemożliwą do usunięcia wadę ale również na dokonanie czynności lub zaniechanie zamawiającego, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie wskazywano, że wada niemożliwa do usunięcia to każde naruszenie przepisów ustawy pzp, którego skutków nie można usunąć przy zastosowaniu procedur z nich wynikających, a jej usunięcie może nastąpić w dowolny sposób, byleby nie był on sprzeczny z ustawą pzp, a przede wszystkim nie prowadził do wypaczenia wyniku postępowania. A zatem, wystąpienie wady musi odnieść realny wpływ na wynik danego postępowania, w tym przypadku na wybór najkorzystniejszej oferty.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy przede wszystkim podkreślić należy, że Zamawiający w decyzji o unieważnieniu postępowania nie przeprowadził analizy pod kątem przesłanek unieważnienia umowy. W uzasadnieniu prawnym i faktycznym Zamawiający jedynie zaznaczył, że powstała wada jest niemożliwa do usunięcia co doprowadzi do unieważnienia umowy w oparciu o art. 146 ust. 6 ustawy pzp. Dopiero w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał na okoliczności faktyczne, które w jego ocenie powodowały, że zaistniała wada mogła mieć wpływ na wynik postępowania. Mianowicie, Zamawiający wskazał, że w postępowaniu zostały złożone oferty z takim samym okresem gwarancji (84 miesiące) poza jedną, która oferowała 85 miesięcy i w tym przypadku jak czytamy w odpowiedzi na odwołanie: *„punktacja przyznana za to kryterium nie wpływałaby na wynik postępowania – wszystkie oferty otrzymałyby maksymalną punktację za spełnienie tego kryterium”*. Jeśli jednak wykonawcy podaliby różne okresy gwarancji, przykładowo 72 miesiące czy 60 miesięcy, to wynik postępowania zostałby wypaczony. Odmiennie Zamawiający uzasadniał wpływ na wynik postępowania na rozprawie, argumentując, że jeden z oferentów wskazał okres 85 miesięcy gwarancji i mając na uwadze treść sposobu przyznawania punktów określony w SIWZ, oferent ten mógłby domagać się przyznania większej ilości punktów niż pozostali wykonawcy, czyli 20 zamiast 10, gdyż nielogicznym byłoby przyznanie takiej samej ilości punktów wykonawcom z 84 miesięczną gwarancją i 85 miesięczną gwarancją. Powyższe wskazuje jednoznacznie, że analiza wpływu na wynik postępowania nie została przeprowadzona. W ocenie Izby, twierdzenia te są nie tylko spóźnione, gdyż powinny zostać ujawnione w decyzji o unieważnieniu postępowania, ale również nieuzasadnione mając na względzie zestawienie z otwarcia ofert, jak również treść dokumentów SIWZ. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu przyznał kryterium – okres gwarancji – wagę 20 %, podobnie w treści SIWZ. Jedynie w sposobie przyznania punktów doszło do omyłki w trakcie przypisywania punktów do oznaczonego okresu gwarancji: 60 miesięcy – 0 pkt, 72 miesiące – 5 pkt, 84 miesiące – 10 punktów, przy czym maksymalna ilość punktów to 10 nawet jeśli wykonawcy zaoferowaliby dłuższy okres gwarancji. Zdaniem Izby, nie znajdują potwierdzenia w treści SIWZ wyjaśnienia Zamawiającego, że oferent z 85 miesięczną gwarancją mógłby domagać się wyższej punktacji niż wykonawcy wskazujący 84 miesięczną gwarancję. Jak słusznie zauważył Odwołujący, w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ Zmawiający w sposób jednoznaczny określił, że wykonawcy mogą zaoferować okres gwarancji 60 miesięcy, 72 miesiące lub 84 miesiące, a zatem wskazanie okresu gwarancji dłuższego niż 84 miesiące i tak nie uprawniałoby celem oceny ofert do przyznania wyższej punktacji niż maksymalna (czy to 10 czy 20 punktów) dla gwarancji 84 miesiące i 85 miesięcy. Potwierdza to również sposób przyznawania punktów za kryterium „doświadczenie personelu”, gdzie Zamawiający podobnie jak przy okresie gwarancji zastrzegł, że podanie większej ilości wykonanych zamówień niż 3 nie uprawnia do przyznania większej punktacji niż określona jako maksymalna dla celu oceny ofert. Jest to powszechna praktyka Zamawiających pozwalająca na przeprowadzenie uczciwej oceny ofert i dająca gwarancję ich porównywalności. Słusznie podnosił Odwołujący, że wykonawcy na tym tle nie mieli wątpliwości co do treści postanowień SIWZ mając na względzie, że pomimo zapytań wykonawców zainteresowanych udziałem w ubieganiu się o zamówienie brak było żądania wyjaśnienia kwestii sposobu przyznawania punktów w kryterium oceny ofert – „okres gwarancji”. Konkludując, w ocenie Izby w niniejszym stanie faktycznym mając na względzie, że Zamawiający unieważnił postępowanie po otwarciu ofert (znając już okresy gwarancji zaoferowane przez wykonawców), należy stwierdzić, że wszystkie oferty otrzymałaby maksymalną ilość punktów w kryterium „okres gwarancji”, obojętnie czy Zamawiający przyjąłby jako maksymalną liczbę punktów 10 czy 20. Tym samym, powstała wada postępowania nie mogła odnieść rzeczywistego, realnego wpływu na wynik tego postępowania.

Odnosząc się do kwestii interesu Odwołującego, którą Zmawiający podniósł na rozprawie, zauważyć należy, że okoliczność że wszystkie złożone w postępowaniu oferty przekraczały kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia nie miała znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu, gdyż Zamawiający unieważnił postępowanie na innej podstawie prawnej niż art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy pzp. Ponadto, kwestia czy Zamawiający będzie mógł zwiększyć kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty to okoliczność przyszła i niepewna, niemająca związku z niniejszą sprawą.

Przechodząc do argumentacji Zamawiającego dotyczącej obawy Zamawiającego nałożenia korekty finansowej za naruszenie przepisów ustawy pzp, jako że zamówienie jest dofinansowane ze środków unijnych, w ocenie Izby trudno stwierdzić, aby zaistniała wada, jak twierdzi Zamawiający, miała charakter „odstraszający” i zakłócający uczciwą konkurencję, czy też aby sposób opisu kryterium był niewystarczająco szczegółowy, biorąc pod uwagę, że zgodnie z informacją z otwarcia ofert, w postępowaniu oferty złożyło sześciu wykonawców, a wada nie powodowała niemożliwości zawarcia ważnej umowy ze względu na brak rzeczywistego wpływu na wynik w niniejszym postępowaniu.

Podsumowując, Zamawiający nie wykazał aby przedmiotowe postępowanie obarczone było wadą niemożliwą do usunięcia, niweczącą możliwość zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a w szczególności mając na względzie dyspozycję art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy pzp w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy pzp, że wada postępowania polega na naruszeniu przepisów ustawy pzp, mogącym mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Dlatego też Izba uwzględniła zarzuty odwołania nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonania badania i oceny ofert.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574

ustawy pzp 2019, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b i d oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 10.000,00 zł, wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł oraz kosztów z tytułu opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa, na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie oraz dowodu uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa dołączonego do odwołania.

Przewodniczący:……...