

WYROK

z dnia 19 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2021 r. przez wykonawcę W. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Bracia S.” W. S., ul. Marszałkowska 58 lok. 11 i 12, 00-545 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Stołeczny Zarząd Infrastruktury, Al. Jerozolimskie 97, 00-909 Warszawa

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) czynności zamawiającego, polegającej na unieważnieniu postępowania z powodu stwierdzenia niemożliwej do usunięcia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego pomimo, że stwierdzona wada postępowania nie uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania; oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

2. kosztami postępowania obciąża Stołeczny Zarząd Infrastruktury, Al. Jerozolimskie 97, 00-909 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę W. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Bracia S.” W. S., ul. Marszałkowska 58 lok. 11 i 12, 00-545 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Stołecznego Zarządu Infrastruktury, Al. Jerozolimskie 97, 00-909 Warszawa na rzecz wykonawcy W. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Bracia

S.” W. S., ul. Marszałkowska 58 lok. 11 i 12, 00-545 Warszawa kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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:

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych dla zadania: „Przebudowa ogrodzenia budynku nr 124 oraz zagospodarowanie przestrzeni kompleksu dla Wojskowego Biura Historycznego”, prowadzonego przez Stołeczny Zarząd Infrastruktury, Al. Jerozolimskie 97, 00-909 Warszawa (dalej „zamawiający”) wykonawca W. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Bracia S. W. S., ul. Marszałkowska 58 lok. 11 i 12, 00-545 Warszawa wniósł odwołanie od:

1. niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”] czynności, polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu stwierdzenia niemożliwej do usunięcia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego pomimo, że wada postępowania, na którą powołuje się zamawiający została usunięta w wyniku zastosowania procedur dopuszczonych przez ustawę Pzp,

z ostrożności, gdyby Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, co do nieistnienia (usunięcia) wady postępowania,

2. czynności unieważnienia postępowania z powodu stwierdzenia niemożliwej do usunięcia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego pomimo, że stwierdzona wada postępowania nie jest niemożliwa do usunięcia,

3. czynności unieważnienia postępowania z powodu stwierdzenia niemożliwej do usunięcia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego pomimo, że stwierdzona wada postępowania nie uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 6) ustawy Pzp, polegające na zastosowaniu przez zamawiającego wskazanego przepisu, pomimo braku przesłanek do jego zastosowania, co skutkowało bezpodstawnym unieważnieniem postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, prowadzenia dalszych czynności, zmierzających do wyłonienia i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Dodatkowo wniósł o przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:

- odwołania złożonego przez odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 43/2021 z dnia 30 sierpnia 2021 r.,
- pisma zamawiającego SZI-SZP.2612.44.2021 z dnia 16 września 2021 r. (uwzględnienie w całości zarzutów),
- pisma zamawiającego SZI-SZP.2612.44.2021 z dnia 17 września 2021 r. (wezwanie do złożenia wyjaśnień),
- pisma odwołującego z dnia 20 września 2021 r. (odpowiedź na wezwanie do złożenia

wyjaśnień, złożenie wyjaśnień),

- pisma zamawiającego z dnia 23 września 2021 r. (wezwanie do złożenia wyjaśnień),
- pisma odwołującego z dnia 27 września 2021 r. (odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień, złożenie wyjaśnień - przedstawienie szczegółowych kosztorysów).

na okoliczność:

- możliwości usunięcia wady postępowania przy zastosowaniu przewidzianych w ustawie Pzp procedur,
- zniwelowania wady postępowania, polegającej na nieopisaniu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, poprzez zastosowanie przewidzianych w ustawie Pzp procedur,
- złożenia przez odwołującego obszernych i wystarczających wyjaśnień,
- usunięcia przez odwołującego niejasności związanych ze złożoną ofertą,
- braku istotnego charakteru wady postępowania, tj. uniemożliwiającego zawarcie umowy.

Odwołujący podniósł, że art. 255 pkt 6) ustawy Pzp może i powinien zostać zastosowany przez zamawiającego wyłącznie wtedy, gdy spełnione zostaną łącznie następujące przesłanki:

1. w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (wada postępowania), przy czym błędy w postępowaniu o marginalnym znaczeniu, pozostające bez wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, nie są wystarczającą podstawą do unieważnienia postępowania stąd, tylko tzw. błędy istotne, tj. mające wpływ na zawarcie umowy mogą stanowić podstawę do unieważnienia postępowania,
2. naruszenie postępowania stanowi wadę niemożliwą do usunięcia; jeśli wada jest usuwalna, konieczne jest jej usunięcie - w takim przypadku nie ma możliwości unieważnienia postępowania, choćby wada postępowania była istotna,
3. wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy - konieczne jest ustalenie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady postępowania a brakiem możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu.

Odwołujący stanął na stanowisku, że w postępowaniu nie doszło do spełnienia żadnej z ww. przesłanek.

W odniesieniu do braku wady postępowania, mającej wpływ na możliwość zawarcia ważnej umowy - niewyczerpującego i niejasnego sposobu opisanie przedmiotu zamówienia odwołujący stwierdził, że choć zarzucał wcześniej zamawiającemu (tj. w treści odwołania z dnia 30 sierpnia 2021 r.), iż nie dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący to podniesienie tego zarzutu nie jest równoznaczne ze stwierdzeniem, że wskazana wada dalej istnieje ani z tym, że ma ona wpływ na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy (jest istotna).

Zdaniem odwołującego jest tak, gdyż z treści odwołania z dnia 30 sierpnia 2021 r. zarzut braku opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący dotyczy tylko i wyłącznie niewielkiej części SWZ, dotyczącej sposobu sporządzenia Tabeli 1.5 i Tabeli 1.6 i braku wskazania dokładnej metodologii ich wypełnienia w SWZ, a Tabela 1.5 i Tabela 1.6 stanowiły jedynie pomocnicze kosztorysy dla kosztorysu mającego dla treści oferty znaczenie zasadnicze, tj. dla uproszczonej kalkulacji ofertowej (załącznik nr 13 do SWZ). Podkreślił, że w odwołaniu z 30 sierpnia 2021 r. nie miał zastrzeżeń co do wskazanego sposobu sporządzenia uproszczonej kalkulacji ofertowej, a on sam sporządził ją prawidłowo.

Uzupełnił, że zawniósł wówczas o nakazanie zamawiającemu wykonania czynności żądania od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty i innych dokumentów lub oświadczeń, co zamawiający, uznając w pełni zarzuty odwołującego,

uczynił i skierował do odwołującego żądanie w przedmiocie wyjaśnienia treści złożonej oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Stwierdził, że złożone przez niego wyjaśnienia w pełni usunęły wszelkie wątpliwości i niejasności, jakie powstać mogły w postępowaniu co tym samym oznacza zniwelowanie negatywnych skutków wady postępowania, polegającej na niewyczerpującym i niejasnym sposobie opisanie przedmiotu zamówienia.

Zdaniem odwołującego jego wyjaśnienia kompleksowo odnosiły się do żądań zamawiającego w zakresie potrzebnych informacji i dokumentów. Zwrócił uwagę, że żądając przedstawienia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zażądał więcej dokumentów niż mógł to uczynić (uwzględnivszy etap postępowania) - zamawiający zażądał bowiem przedstawienia szczegółowych kosztorysów ofertowych, które zgodnie z treścią SWZ (Rozdział XII pkt. 3 SWZ) powinny zostać przedstawione dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty, a nie na etapie badania i oceny ofert.

Oświadczył, że chcąc wykazać faktyczną możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z przedstawioną uproszczoną kalkulacją ofertową przedstawił również szczegółowe kosztorysy ofertowe - tym samym szczegółowo wyjaśnił, że jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia zgodnie ze złożoną ofertą i uproszczonym kosztorysem ofertowym.

Podniósł także, że wada postępowania, na którą powołuje się zamawiający odnosi się de facto wyłącznie do rozbieżności dotyczących określenia Zakresu Rzeczowego Robót w odniesieniu do Branży elektrycznej (Tabela 1.5) i Branży teletechnicznej (Tabela 1.6), a dokładniej do sposobu ich przedstawienia w poszczególnych pozycjach tabeli stanowiących załączniki do uproszczonej kalkulacji ofertowej, jednak to, czy takie lub inne opisanie pozycji tabeli jest ściśle zgodne z przyjętymi zasadami sporządzania przedmiarów czy kosztorysów nie ma znaczenia praktycznego - nie ma bowiem przeszkód, by zamawiający lub wykonawca w taki lub inny sposób sporządził opis poszczególnych pozycji tabeli i wyczerpania, a cena "jednostkowa" pozycji lub tabeli obejmowała całe zadanie z tej pozycji lub tabeli.

Uznał, że wada postępowania, na którą powołuje się zamawiający ma charakter nieistotny (marginalny), tj. nie ma wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy - nie zostało bowiem wykazane, że rozbieżności, na które powołuje się zamawiający skutkować będą brakiem możliwości wykonania umowy. Wskazał, że powyższą okoliczność zamawiający winien udowodnić, czego nie uczynił.

Stwierdził, że choć niejasności w formułowaniu SWZ są naruszeniem przepisów ustawy Pzp PZP, jednakże - o ile zamawiający przyjmie zasadę ich rozstrzygnięcia „in dubio contra proferentem” - to nie naruszy zasady równego traktowania, gdy każdy sposób odkodowania SWZ przez wykonawców uzna za prawidłowy.

Podkreślił, że ewentualne różnice w odczytaniu SWZ dotyczyły jedynie umiejscowienia poszczególnych składników ceny w określonych pozycjach Tabeli 1.5 i Tabeli 1.6., stwierdzone rozbieżności nie wpływały ani na zakres świadczenia, ani na cenę całkowitą, która podlegała ocenie wobec czego nie może być mowy, że niejasności wynikające z SWZ godziły w równe traktowanie wykonawców podczas składania ofert i stanowią z tej przyczyny wadę istotną o nieusuwalnym charakterze; przeciwnie - o ile zamawiający uznał (tak jak to uczynił w przypadku wyjaśnień odwołującego), że możliwe jest ujęcie poszczególnych kosztów w jednym z miejsc kosztorysu, w którym można było je - wg wykonawcy - ująć, brak jest jakiegokolwiek wady nieusuwalnej. Podsumował, że takie rozstrzygnięcie niejasności przez zamawiającego stanowi usunięcie wady.

W odniesieniu do kwestii braku uzyskania prawomocnego zgłoszenia robót budowlanych dla zadania wynikającego z przedmiotu zamówienia przez zamawiającego stwierdził, że wada w postaci braku prawomocnego zgłoszenia robót budowlanych, na którą także powołuje się zamawiający nie jest w ogóle wadą postępowania (tj. nie dotyczy przepisów regulujących prowadzenie postępowania), lecz jedynie usuwalną przeszkodą w realizacji przedmiotu zamówienia.

Oświadczył, że składając ofertę świadom był, że zamawiający był w trakcie procedowania zgłoszenia robót budowlanych i okoliczność ta się nie zmieniła. Stwierdził, że z wyjaśnień zamawiającego nie wynika bowiem, aby brak zgłoszenia robót budowlanych miał charakter trwały, lub nie mógł zostać usunięty w inny niż zgłoszenie robót budowlanych sposób (tj. uzyskanie pozwolenia na budowę).

Oświadczył także, że w razie wyboru jego oferty gotów jest czekać na ostateczne zgłoszenie robót budowlanych, bądź na uzyskanie pozwolenia na budowę (jeżeli okaże się to konieczne), a nawet współdziałać z zamawiającym w zakresie zgłoszenia robót budowlanych lub uzyskania pozwolenia na budowę.

W odniesieniu do możliwości usunięcia wady postępowania wskazał, że nawet jeżeli w postępowaniu rzeczywiście doszłoby do powstania wady to wciąż brak jest podstaw do unieważnienia z uwagi na brak przymiotu nieusuwalności wady postępowania.

Podniósł, że skoro w art. 255 pkt 6) ustawy Pzp ustawodawca wprost używa zwrotu postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą to oczywistym jest, że wada musi być wadą bezwzględnie nieusuwalną, tj. niemożliwą do wyeliminowania przez zamawiającego lub wykonawcę na etapie postępowania w żadnej z dopuszczalnych

w ustawie Pzp procedur sanacyjnych.

Zdaniem odwołującego wada, na którą powołuje się zamawiający tj. niewyczerpujący i niejasny sposób opisanego przedmiotu zamówienia może zostać usunięta (i w praktyce została usunięta) w drodze zastosowania dopuszczalnych przez ustawę Pzp procedur sanacyjnych, o czym świadczy treść odwołania z dnia 30 sierpnia 2021 r. z której wynika, że stwierdzone wady w postaci niewyczerpującego i niejasnego sposobu opisanego przedmiotu zamówienia mogą i powinny zostać usunięte w postaci zastosowania art. 223 ust. 1, ewentualnie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Podkreślił, że we wnioskach z odwołania z dnia 30 sierpnia 2021 r. zażądał nakazania zamawiającemu wykonania czynności żądania od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty i innych składanych dokumentów lub oświadczeń, co zamawiający uczynił, uznając zarzuty za w pełni zasadne. Zdaniem odwołującego z powyższego wynika, że nie tylko w ocenie odwołującego, ale również samego zamawiającego wada postępowania polegająca na niewyczerpującym i niejasnym sposobie opisanego przedmiotu zamówienia mogła i powinna zostać usunięta w drodze skorzystania z procedur sanacyjnych dopuszczonych przez ustawę Pzp.

Gdyby zamawiający uznał, wywodził odwołujący, że wady postępowania wskazane w odwołaniu z 30 sierpnia 2021 r. są nieusuwalne nie wezwałby odwołującego do złożenia wyjaśnień, lecz unieważnił postępowanie od razu po wniesieniu odwołania z 30 sierpnia 2021 r. i uznaniu zarzutów w nim poniesionych za zasadne w pełni; zamawiający, wzywając odwołującego do złożenia wyjaśnień uznał zatem, że istnieje możliwość usunięcia stwierdzonych wad postępowania i zostały one skutecznie usunięte.

Uzupełnił, że jeżeli okazałoby się, że dotychczas złożone przez odwołującego wyjaśnienia i informacje byłby niewystarczające, to zamawiający powinien ponownie wezwać go do złożenia wyjaśnień oraz wyjaśnić dlaczego dotychczas złożone informacje i dokumenty są dla niego niewystarczające, czego zamawiający nie uczynił. W ocenie Odwołującego, brak kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień uznać należy za potraktowanie dotychczas złożonych wyjaśnień za w pełni wystarczające - tym bardziej z uwagi na ich szczegółowość i obszerność, co dotyczy nie tylko oferty złożonej przez odwołującego, ale także pozostałych ofert złożonych przez innych wykonawców w postępowaniu - gdyby wyjaśnienie ich treści stało się konieczne.

Stanął na stanowisku, że gdyby uznać, że brak uzyskania prawomocnego zgłoszenia robót budowlanych dla zadania wynikającego z przedmiotu zamówienia przez zamawiającego jest wadą postępowania (czemu odwołujący zaprzecza), to także ta wada nie ma charakteru nieusuwalnego, ponieważ zamawiający nie wskazał, aby brak zgłoszenia robót budowlanych miał charakter ostateczny i nie mógł zostać naprawiony w drodze zastosowania odpowiednich procedur - tj. w szczególności procedur odwoławczych przewidzianych przez prawo administracyjne.

Podkreślił, że zamawiający wskazał tylko, że nie udało mu się uzyskać prawomocnego zgłoszenia robót budowlanych, nie wyjaśnił jednak na czym dokładnie polegać miałby ów brak uzyskania prawomocnego zgłoszenia robót budowlanych - wskazał, że przez powyższe można rozumieć zarówno: (1) brak zgłoszenia robót budowlanych w ogóle, (2) brak upływu terminu na wniesienie sprzeciwu, lub (2) wniesienie sprzeciwu.

Uzupełnił, że istnieje możliwość, że brak uzyskania prawomocnego zgłoszenia robót budowlanych powinien i może w sprawie zostać naprawiony w drodze skorzystania z innej

procedury przewidzianej przez prawo budowlane, tj. uzyskania pozwolenia na budowę.

Ponownie wskazał, że tylko wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy może stanowić podstawę do unieważnienia postępowania, z czego wynika konieczność podania związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy wadą postępowania a niemożliwością zawarcia umowy - wystąpienie wady musi mieć realny wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz na wybór najkorzystniejszej oferty.

W ocenie odwołującego zamawiający w żaden sposób nie udowodnił, aby wskazana przez niego wada postępowania - zarówno polegająca na niewyczerpującym i niejasnym sposobie opisanego przedmiotu zamówienia, jak również na braku uzyskania prawomocnego zgłoszenia robót budowlanych - mogła stanowić realną przyczynę uniemożliwiającą zawarcie umowy.

Stwierdził, że ze stanowiska zamawiającego wynika, że wada postępowania w postaci niewyczerpującego i niejasnego sposobu opisanego przedmiotu zamówienia może przysparzać problemy w prawidłowym zrozumieniu i właściwym wypełnieniu Tabeli 1.5 i 1.6 oraz że uniemożliwia ona odpowiednie opracowanie oferty, jednak w żaden sposób nie udowodnił, aby problemy w odpowiednim zrozumieniu i właściwym wypełnieniu Tabeli 1.5 i Tabeli 1.6 mogły mieć rzeczywisty wpływ na odpowiednie opracowanie oferty, a w dalszej kolejności na możliwość zawarcia ważnej umowy.

W ocenie odwołującego wszelkie problemy związane ze zrozumieniem i interpretacją Tabeli 1.5 i Tabeli 1.6, które de facto miały miejsce, zostały usunięte w związku ze złożonymi wyjaśnieniami, a złożona przez niego oferta została w związku z tym opracowana prawidłowo.

Uzupełnił, że nawet gdyby przyjąć, że złożona oferta nie została złożona prawidłowo - w związku z rozbieżnościami interpretacyjnymi co do sposobu wypełnienia Tabeli 1.5 i Tabeli 1.6 - to nie może to mieć wpływu na możliwość zawarcia ważnej umowy, zgodnie z którą zostanie zrealizowany przedmiot zamówienia, ponieważ to, czy takie lub inne opisanie pozycji tabeli jest ściśle zgodne z przyjętymi zasadami sporządzania przedmiarów czy kosztorysów (które zresztą nie są w żaden sposób "oficjalne", lecz co najwyżej zwyczajowe) nie ma znaczenia praktycznego - nie ma bowiem przeszkód, by zamawiający lub wykonawca w taki lub inny sposób sporządził opis poszczególnych pozycji tabeli i wyliczenia, a cena "jednostkowa" pozycji lub tabeli obejmowała całe zadanie z tej pozycji lub tabeli.

Zdaniem odwołującego, wada postępowania, polegająca na niewyczerpującym i niejasnym sposobie opisu przedmiotu zamówienia nie uniemożliwia odpowiedniego opracowania oferty. Stwierdził, że oferta opracowana przez niego została opracowana prawidłowo, o czym świadczy fakt, że po złożeniu wyjaśnień przez odwołującego, zamawiający nie złożył w stosunku do nich dalszych zastrzeżeń, a nadto zamawiający nie wykazał, aby jakiegokolwiek zastrzeżenia składał w stosunku do sposobu opracowania ofert przez innych wykonawców. Uznał, że świadczy o tym, że w postępowaniu jest możliwe, aby

w oparciu o opis przedmiotu zamówienia można było złożyć prawidłową ofertę, co wprost wyklucza wpływ ewentualnej wady postępowania na możliwość zawarcia umowy.

Stanął na stanowisku, że ze względu na charakter normy prawnej wyrażonej w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp decyzji o unieważnieniu postępowania zamawiający nie może podjąć na podstawie domniemań i przypuszczeń, tym bardziej, jeżeli istnieje realne prawdopodobieństwo, że zamówienie będzie wykonane zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Tymczasem, zdaniem odwołującego, z przedstawionych przez zamawiającego argumentów wynika, że unieważnił postępowanie, ponieważ bezzasadnie przypuszczał i domniemywał, że z uwagi na sposób opisu przedmiotu zamówienie niemożliwe będzie złożenie prawidłowych ofert, czego w żaden sposób nie udowodnił.

Gdyby uznać, kontynuował odwołujący, że brak uzyskania prawomocnego zgłoszenia robót budowlanych dla zadania wynikającego z przedmiotu zamówienia przez zamawiającego jest wadą postępowania (czemu odwołujący zaprzecza) to także ta wada nie uniemożliwia zawarcie umowy w postępowaniu, ponieważ jest to wada usuwalna, czy to w drodze zastosowania procedur odwoławczych, czy też poprzez zastosowanie innej procedury (tj. pozwolenie na budowę).

Uzupełnił, że zamawiający w żaden sposób nie wykazał, czy brak uzyskania

prawomocnego zgłoszenia robót budowlanych ma charakter trwały; argumentacja zamawiającego w tym zakresie jest zdawkowa i niepoddająca się dokładnej weryfikacji, co - wedle odwołującego - oznacza, że również w tym zakresie zamawiający nie udowodnił przywołanych przez siebie podstaw unieważnienia postępowania.

Wskazał, że zgodnie z przyjętym w doktrynie stanowiskiem, przez istotny wpływ na wynik postępowania należy rozumieć przede wszystkim wybór określonej oferty, ale także ustalenie kręgu wykonawców kwalifikowanych do dalszej części postępowania i wszystkie te czynności lub zaniechania, które umożliwiają (lub uniemożliwiają) wykonawcy udział w postępowaniu lub jego konkretnej fazie.

Podkreślił, że instytucja unieważnienia postępowania ma charakter wyjątkowy i powinna być stosowana przez zamawiającego tylko w skrajnych i uzasadnionych przypadkach; postępowanie w przedmiocie udzielania zamówienia publicznego co do zasady ma bowiem na celu wyłonić najkorzystniejszą ofertę - nawet pomimo wystąpienie różnego rodzaju braków, które nie uniemożliwią zawarcia umowy stąd działanie zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiegokolwiek uznaniowości, a interpretacji przesłanek unieważnienia postępowania należy dokonywać w sposób ścisły przy zachowaniu prymatu wykładni

gramatycznej oraz celowościowej. Uzpełnił, że rozszerzająca wykładnia przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia jest zatem niedopuszczalna, ponieważ mogłaby prowadzić do manipulowania wynikiem postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności gdy unieważnienie następuje po otwarciu ofert, kiedy to zamawiający zna krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz zaofertowane przez nich warunki realizacji zamówienia.

W ocenie odwołującego zamawiający w sposób uznaniowy zastosował instytucję unieważnienia postępowania, o czym świadczy lakoniczne opisanie wad postępowania, bez szczegółowego wykazania, w jaki dokładnie sposób miałyby one wpłynąć na możliwość zawarcia umowy.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z 19 października 2021 r. - dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, „Odpowiedzi na odwołanie” - pismo zamawiającego z 10 listopada 2021 r., Pisma odwołującego z 15 listopada 2021 r., a także oświadczeń i stanowisk stron, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, czego zamawiający nie kwestionował.

Zarzuty:

- niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności, polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu stwierdzenia niemożliwej do usunięcia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego pomimo, że wada postępowania, na którą powołuje się zamawiający została usunięta w wyniku zastosowania procedur dopuszczonych przez ustawę Pzp,
- niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności, polegającej na unieważnieniu postępowania z powodu stwierdzenia niemożliwej do usunięcia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego pomimo, że stwierdzona wada postępowania nie jest niemożliwa do usunięcia

nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z rozdziałem VI SWZ „Dokumenty składane wraz z ofertą” obowiązkiem wykonawcy było złożenie m.in. Formularza oferty wg opracowanego przez zamawiającego wzoru, tj. Załącznika nr 1 do SWZ (pkt 1) oraz wypełnionej uproszczonej kalkulacji cenowej - wg opracowanego przez zamawiającego wzoru Załącznika nr 13 do SWZ (pkt 6).

W rozdziale XI SWZ „Sposób przygotowania oferty” pkt 1 ppkt 3 zamawiający wskazał, że „Wykonawca na Formularzu oferty powinien podać kwotę wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia.”, zaś w pkt 2 ppkt 1, że oferta powinna zawierać m.in. Formularz oferty zgodny ze wzorem zawartym w Załączniku nr 1 do SWZ.

W tym samym rozdziale w pkt. 3 ppkt 4 „Postać oferty” zamawiający zastrzegł, że „Cena ofertowa powinna być podana w złotych polskich (PLN). Cena musi być podana i wyliczona w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku, zaokrąglając zgodnie z zasadami rachunkowymi.”

W rozdziale XII SWZ „Opis sposobu obliczenia ceny oferty” podał jak niżej:

1. Obliczenie ceny oferty należy dokonać poprzez wypełnienie uproszczonej kalkulacji cenowej zgodnie z Załącznikiem nr 13 do SWZ, która musi zawierać wartości określone przez Wykonawcę na podstawie dokumentacji projektowo-kosztorysowej (przedmiar jako element pomocniczy), przy uwzględnieniu ewentualnych uzupełnień przesłanych przez Zamawiającego. Wykonawca ma obowiązek wypełnić i załączyć do oferty załączniki znajdujące się w folderze Załącznik nr 13 do SWZ: uproszczona kalkulacja kosztowa. Sumę wartości robót (netto, brutto) z tabel o nr: 1.1-1.6 należy wpisać do uproszczonej kalkulacji kosztowa.

Wartość z Załącznika nr 13 do SWZ (netto, brutto) powinna być zgodna z wartościami podanymi w Formularzu oferty (Załącznik nr 1 do SWZ).

2. Podstawą sporządzania uproszczonej kalkulacji kosztowej i szczegółowych kosztorysów ofertowych jest:

- 1) Dokumentacja projektowo-kosztorysowa (przedmiar jako element pomocniczy)
- 2) Warunki szczegółowe opisane w SWZ oraz w Załącznikach
- 3) Ewentualne wyjaśnienia, uzupełnienia i odpowiedzi na pytania Wykonawców do SWZ

Wszystkie wartości powinny zawierać w sobie ewentualne upusty proponowane przez Wykonawcę.

3. Wykonawca, którego oferta będzie wybrana jako najkorzystniejsza zobowiązany jest dostarczyć szczegółowe kosztorysy ofertowe oraz Tabelę elementów do fakturowania przejściowego (Załącznik nr 21 do SWZ) zgodnie z uproszczoną kalkulacją kosztową wraz z umową.

Kosztorys ofertowy (z podziałem na branże) opracowany metodą szczegółową może być sporządzony w dowolnym programie komputerowym (np. Norma) spełniającym powyższe wymogi. Każda pozycja wyceniona (w oparciu o dokumentację) winna zawierać: podstawę jej wyceny, opis robót, jednostkę miary, ilość jednostek miary, cenę jednostkową brutto (tj. z narzutami - kosztami pośrednimi, kosztami zakupu materiałów i zyskiem) oraz zawierać ujęte w każdej pozycji koszty robocizny, materiałów i sprzętu.

Wyżej wymienione narzuty winny być takie same (wartości procentowe) dla każdej pozycji kosztorysowej w danej branży

4. Wykonawca do oferty sporządza uproszczoną kalkulację kosztową, natomiast do umowy składa kosztorys ofertowy opracowany metodą szczegółową. Kosztorys szczegółowy ma zawierać ujęte w każdej pozycji koszty robocizny, materiałów i sprzętu (R, M, S).

5. Wykonawca określa cenę na wszystkie pozycje wymienione w dokumentacji projektowo-kosztorysowej (przedmiar jako element pomocniczy) z zachowaniem podstawy wyceny określonej w przedmiarze. Do ceny oferty należy doliczyć podatek VAT obliczony zgodnie z obowiązującymi przepisami.

6. Cena proponowana przez Wykonawcę winna obejmować całość robót określonych w dokumentacji przetargowej, wraz z ewentualnymi uzupełnieniami, wyjaśnieniami i odpowiedziami na pytania Wykonawców do SWZ przesłanymi przez Zamawiającego, z uwzględnieniem wszystkich składowych kosztów niezbędnych do należytego wykonania przedmiotu umowy.
7. W przypadku stwierdzenia przez Wykonawcę nieścisłości w uproszczonej kalkulacji kosztowej oraz w przedmiarze robót, w tym również (zdaniem Wykonawcy) przyjętej podstawy wyceny robót, Wykonawca jest zobowiązany stwierdzić nieścisłości lub uwagi zgłosić na piśmie do Zamawiającego niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie określonym w Rozdziale XV pkt 4. Zamawiający w przypadku uznania rzeczywistych rozbieżności, może je uwzględnić i po uwzględnieniu powiadomi wszystkich Wykonawców, w tym przypadku zmiany te należy uwzględnić w uproszczonej kalkulacji kosztowej i szczegółowych kosztorysach ofertowych. Nieuwzględnienie zmian (uzupełnień) przesłanych przez Zamawiającego może spowodować odrzucenie oferty.
8. Wartość robót określona w oparciu o uproszczoną kalkulację kosztową (Załącznik nr 13 do SWZ), szczegółowe kosztorysy ofertowe i Tabelę elementów do fakturowania przejściowego (Załącznik nr 21 do SWZ) jest wynagrodzeniem kosztorysowym.
9. Określone w ofercie wynagrodzenie może ulec zmianie wyłącznie w wyniku przyjęcia rzeczywistych obmiarów (na podstawie książki obmiarów) i wynikających stąd różnic w stosunku do szczegółowego kosztorysu ofertowego - szczegółowy opis we wzorze umowy.
10. W przypadku wystąpienia robót dodatkowych do czasu zakończenia realizacji robót przyjmuje się średnie ceny (bez kosztów zakupu materiałów) publikowane w wydawnictwie SEKOCENBUD, obowiązujące w dniu sporządzenia kosztorysu. Ujęte narzuty i robocizna dla każdej z branż winny być takie same (wartości procentowe) jak w zamówieniu podstawowym.
11. Przedłożona oferta, a w szczególności uproszczona kalkulacja kosztowa podlegać będzie analizie i ocenie przez komisję przetargową Stołecznego Zarządu Infrastruktury pod kątem jej wiarygodności, kompletności i poprawności opracowania, w tym również zgodności z Załącznikiem nr 13 do SWZ oraz ewentualnymi uzupełnieniami.
12. W przypadku rozbieżności pomiędzy szczegółowymi kosztorysami ofertowymi a Tabelą elementów do fakturowania przejściowego jako wiążące do rozliczeń umownych będą przyjęte kwoty wynikające z opracowanych szczegółowych kosztorysów ofertowych.
13. Podana w ofercie cena jest ostateczna i nie podlega negocjacji.
14. Rozliczenia pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą za wykonane roboty prowadzone będą w walucie złotych polskich (PLN). Ceny muszą być: podane i wyliczone w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku (zasada zaokrąglenia - poniżej 5 należy końcówkę pominąć, powyżej i równe 5 należy zaokrąglić w górę).
15. Cena oferty winna być wyrażona w złotych polskich (PLN).
16. Wykonawca określając cenę zamówienia musi uwzględniać wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokość minimalnej stawki godzinowej, ustalonej na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.
17. Cena oferty musi uwzględniać konserwację i serwisowanie instalacji i urządzeń, która prowadzona będzie w okresie 12 miesięcy począwszy od daty spisania Protokołu komisyjnego odbioru końcowego.

Jednym z trzech kryteriów oceny ofert, któremu zamawiający przypisał znaczenie 60% (zgodnie z rozdziałem XIII „Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobem oceny ofert”) jest cena, tj. cena z formularza ofertowego (jak zamawiający podał we wzorze oceny oferty w tym kryterium).

30 sierpnia 2021 r. odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sprawa o sygn. akt KIO 2563/21) od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności, polegającej na:

1. poprawie oczywistej omyłki rachunkowej, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek w ofercie złożonej przez odwołującego - pomimo, że nie doszło do omyłki rachunkowej, lecz wyłącznie do rozbieżności interpretacyjnej co do sposobu zapisu poszczególnych kwot w poszczególnych pozycjach kosztorysów - załączników 13.5 oraz 13.6 do Specyfikacji Warunków Zamówienia zaniechaniu przez Zamawiającego podjęcia czynności żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez Odwołującego oferty oraz innych złożonych w Postępowaniu dokumentów - pomimo, że powyższa czynność pozwoliłaby uniknąć niewłaściwej interpretacji i oceny oferty złożonej przez Odwołującego (zaniechanie Zamawiającego),
2. żądaniu złożenia od odwołującego wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych zawartych w złożonej ofercie - pomimo, że zaofferowana przez odwołującego cena nie jest rażąco niska w rozumieniu przepisów ustawy Pzp (przy przyjęciu, że poprawki rachunkowe dokonane przez zamawiającego były bezpodstawne),
3. nieopisanemu przedmiotowi zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący a ponadto, z ostrożności,
4. poprawie oczywistej omyłki rachunkowej, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek w ofercie złożonej przez odwołującego - pomimo, że nawet jeżeli doszło do omyłki rachunkowej, to nie miała ona charakteru oczywistego.

Odwołujący zarzucił wówczas zamawiającemu następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 223 ust. 1 PZP, polegające na braku jego zastosowania, co skutkowało błędną interpretacją i oceną oferty odwołującego, a w dalszej konsekwencji bezpodstawnym żądaniem od odwołującego wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych zawartych w złożonej ofercie i - wobec braku złożenia wyjaśnień - odrzuceniem oferty odwołującego,
 2. art. 223 ust. 2, polegające na jego zastosowaniu pomimo braku przesłanek do jego zastosowania, co skutkowało bezpodstawnym żądaniem od odwołującego wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych zawartych w złożonej ofercie i - wobec braku złożenia wyjaśnień - odrzuceniem oferty Odwołującego,
 3. art. 224 PZP, polegające na jego zastosowaniu pomimo braku przesłanek do jego zastosowania,
4. art. 99 w zw. z art. 16 pkt 2), polegające na niezastosowaniu tego przepisu.

Składając odwołanie z dnia 30 sierpnia 2021 r. odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. wykonania czynności żądania od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty i innych składanych dokumentów lub oświadczeń,
2. unieważnienia czynności żądania od odwołującego wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

W dniu 20 września 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt, wskazując w uzasadnieniu, że w dniu 16 września 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź zamawiającego na odwołanie, w której poinformował, że uznaje w całości zarzuty odwołującego.

Pismami z dnia 17 i 23 września 2021 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty (wskazując każdorazowo jako podstawę przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp).

Odwołujący odpowiedzi udzielił pismami z dnia 20 i 27 września 2021 r.

Pismem z dnia 8 października 2021 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o unieważnieniu postępowania, wskazując jako podstawę czynności art. 255 pkt 6) ustawy Pzp.

Zamawiający w następujący sposób uzasadnił podjęcie decyzji o unieważnieniu postępowania: „Dnia 30 sierpnia 2021 r. do siedziby Zamawiającego wpłynęło odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, wniesione przez firmę Bracia S. W. S..

Ww. firma wniosła odwołanie m.in. na niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność podjętą w niniejszym postępowaniu przez Zamawiającego, polegającą na nieopisanu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie zachował zasady przejrzystości, jaką winien kierować się przy przygotowywaniu dokumentacji postępowania.

Dnia 16 września 2021 r., Zamawiający uznał w całości zarzuty Odwołującego, o czym poinformował Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej oraz Wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu.

Wadę niniejszego postępowania stanowi niewyczerpujący i niejasny sposób opisanie przedmiotu zamówienia i wynikające z tego faktu wątpliwości w zakresie interpretacji poszczególnych pozycji Tabeli 1.5 oraz Tabeli 1.6., powstałe z rozbieżności między sposobem określenia Zakresu Rzeczowego Robót w odniesieniu do Branży elektrycznej i Branży teletechnicznej wskazanych w punkcie 4 Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 12 do SI/VZ) Ponadto sposób wypełniania Tabel został uregulowany jedynie w SWZ i to w sposób ogólnikowy i nieprecyzyjny co mogło przysparzać problemy w prawidłowym zrozumieniu i właściwym wypełnieniu ww. Tabel przez Wykonawców.

Opis przedmiotu zamówienia nie został czytelnie i klarownie określony, uniemożliwiając tym samym odpowiednie opracowanie oferty.

Ponadto Opis przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 12 do SWZ), w punkcie 3.2 Decyzje administracyjne i inne dokumenty, informował, iż Zamawiający jest w trakcie procedowania zgłoszenia robót budowlanych. Pomimo starań i podejmowania odpowiednich czynności przez pełnomocnika Zamawiającego, nie uzyskano prawomocnego zgłoszenia robót budowlanych dla przedmiotowego zadania, co uniemożliwia rozpoczęcie robót budowlanych przez potencjalnego Wykonawcę.”

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Art. 255 pkt 6) ustawy Pzp brzmi: „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: (...) postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Skład orzekający Izby stanął uznał, wbrew stanowisku odwołującego, że wada postępowania, polegająca na zaniechaniu dokonania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący istnieje (nie została i nie może już zostać usunięta).

Podnieść należy, że w przepisie art. 255 pkt 6) ustawy Pzp mowa nie o „niemożliwych do usunięcia skutkach wady postępowania”, ale o „niemożliwej do usunięcia wadzie postępowania”, co oczywiście nie jest tożsame, a co oznacza, że dla oceny przesłanek: wystąpienia wady i jej nieusuwalnego charakteru bez znaczenia pozostaje możliwość usunięcia (znielowania - jak wskazywał odwołujący) skutków wady.

Z tego też względu skład orzekający Izby uznał, że składane przez odwołującego dwukrotnie wyjaśnienia nie doprowadziły i nie mogły w ogóle prowadzić do usunięcia wady postępowania.

W ocenie składu orzekającego Izby niemożliwa do usunięcia wada postępowania, o której mowa w art. 255 pkt 6) ustawy Pzp to taka, która dotyczy czynności, której zamawiający nie może już unieważnić albo takiej, której nie może powtórzyć, czy zmienić.

Uwzględniając etap postępowania, na którym zamawiający podjął czynność unieważnienia postępowania (tj. po terminie składania i otwarcia ofert, przypadającym na 18 sierpnia 2021 r.), usunięcie wady postępowania, polegającej na niezgodnym z przepisami

ustawy Pzp opisie przedmiotu zamówienia w Specyfikacji Warunków Zamówienia nie jest

możliwe, ponieważ modyfikacja jej treści nie jest, po myśli art. 137 ust. 1 ustawy Pzp („W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ.”), dopuszczalna.

Innymi słowy, nie jest możliwe usunięcie wady tkwiącej w treści SWZ, poprzez zastosowanie procedur sanacyjnych (wezwanie do złożenia wyjaśnień i ich złożenie przez wykonawcę/wykonawców), które mogą co najwyżej - ujmując to w sposób prezentowany przez odwołującego - zniwelować negatywne skutki wady.

Skład orzekający Izby podzielił natomiast stanowisko odwołującego co do tego, że brak uzyskania prawomocnego zgłoszenia robót budowlanych nie stanowi wady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ nie dotyczy przepisów regulujących prowadzenia takiego postępowania (przepisy ustawy Pzp i aktów wykonawczych). Nie ma w konsekwencji znaczenia, dla oceny zasadności unieważnienia postępowania z zastosowaniem przepisu art. 255 pkt 6) ustawy Pzp, czy wada ta jest, czy nie jest wadą usuwalną toteż złożoną przez zamawiającego (załącznik do Odpowiedzi na odwołanie) Decyzję Wojewody Mazowieckiego z 25.08.2021 r. należy uznać za bezprzedmiotową.

W tym zakresie uznać zatem należy, że wskazany przez zamawiającego brak nie może zostać zakwalifikowany jako wada postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym nie może jej wystąpienie (abstrahując od oceny jej usuwalnego/nieusuwalnego charakteru) stanowić przesłanki do unieważnienia postępowania.

Biorąc jednak pod uwagę, że wada postępowania, polegająca na niezgodnym z przepisami ustawy Pzp opisie przedmiotu zamówienia istnieje, skład orzekający Izby uznał, że zarzuty oparte na tym, że wada ta została usunięta lub może zostać usunięta (dzięki kolejnym wyjaśnieniom składanym na wezwanie zamawiającego) nie potwierdziły się.

Zarzut niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności, polegającej na unieważnieniu postępowania z powodu stwierdzenia niemożliwej do usunięcia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego pomimo, że stwierdzona wada postępowania nie uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie potwierdził się.

Ustalenia składu orzekającego Izby dokonane w odniesieniu do dwóch ww. zarzutów pozostają aktualne.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że odwołanie zostało wniesiono od czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uzasadnieniem podanym w piśmie zamawiającego z 8 października 2021 r.

Uwagę powyższą skład orzekający Izby poczynił w celu podkreślenia, że tylko okoliczności wskazane przez zamawiającego w piśmie z dnia 8 października 2021 r. (a nie np. w Odpowiedzi na odwołanie czy w toku rozprawy) mogły stanowić podstawę wniesionego odwołania i tylko te okoliczności mogą być poddane ocenie składu orzekającego Izby pod kątem zasadności unieważnienia postępowania.

Tytułem dalszych uwag wstępnych skład orzekający Izby wskazuje, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy z wykonawcą, który złożył ofertę najkorzystniejszą (mieszczącą się w kwocie, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia) toteż unieważnienie postępowania powinno być wyjątkiem od zasady, a określony w art. 255 pkt 6) ustawy Pzp zamknięty katalog powodów zniesienia przetargu należy interpretować ściśle, dokonując zawężającej ich wykładni.

Przesłanka unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 6) ustawy Pzp składa się z koniunkcji trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje obowiązkiem zastosowania tego przepisu - unieważnienia postępowania.

Po pierwsze, musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie

zamówienia (wada postępowania - postępowania o udzielenie zamówienia publicznego).

Po drugie, wada ta musi być niemożliwa do usunięcia, tj. mieć charakter trwały,

Po trzecie, wada ta ma skutkować niemożnością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Skład orzekający Izby podzielił stanowisko odwołującego, że zamawiający nie udowodnił w piśmie z dnia 8 października 2021 r., aby wskazane przez niego wady były tego rodzaju, iż uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, a to właśnie na zamawiającym (dokonującym tej czynności) spoczywał ciężar udowodnienia wypełnienia się przesłanek unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 255 pkt 6) ustawy Pzp.

Zamawiający, jak trafnie podnosił odwołujący, a co wprost wynika z przepisu art. 255 ust. 6) ustawy Pzp, winien więc wykazać (zawiadamiając o anulowaniu postępowania) wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą (wadami) a niemożnością zawarcia ważnej umowy.

Tymczasem zamawiający ograniczył się do wskazania wad postępowania, tj. „niewyczerpującego i niejasnego sposobu opisanego przedmiotu zamówienia” oraz „braku

uzyskania prawomocnego zgłoszenia robót budowlanych”, nie prezentując żadnej argumentacji co do istnienia związku przyczynowego pomiędzy dostrzeżonymi wadami a możliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, przy czym z przyczyn wskazanych uprzednio w odniesieniu do zarzutu pierwszego i drugiego za wadę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie można uznać brak uzyskania prawomocnego zgłoszenia robót budowlanych (tym samym ocena jej „trwałości”, możliwości jej usunięcia pozostaje bez znaczenia).

Za argumentację taką nie można uznać zdawkowych twierdzeń o wątpliwościach w zakresie interpretacji pozycji Tabeli 1.5. oraz 1.6. oraz możliwych problemach w prawidłowym zrozumieniu i właściwym wypełnieniu tych tabel, tym bardziej wobec kierowania przez zamawiającego dwukrotnie wezwania do odwołującego do wyjaśnienia treści oferty i uzyskania takich wyjaśnień.

Jak trafnie podnosił odwołujący „Zamawiający jednak w żaden sposób nie udowodnił, aby problemy w odpowiednim zrozumieniu i właściwym wypełnieniu Tabeli 1.5 i Tabeli 1.6 mogły mieć rzeczywisty wpływ na odpowiednie opracowanie oferty - a w dalszej kolejności na możliwość zawarcia ważnej umowy” (str. 9 odwołania czwarty akapit).

Zaznaczyć przy tym należy, że zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego, co oznacza, że nie ocenił sposobu wypełnienia Tabel przez odwołującego za nieodpowiedni.

Na marginesie skład orzekający Izby zauważa, że oświadczenie zamawiającego z rozprawy, iż „po przeanalizowaniu ryzyk takiej decyzji, nie odrzucił oferty Odwołującego” nie daje się wpisać w siatkę pojęciową ustawy Pzp, a w szczególności podstaw odrzucenia oferty (art. 226 ust. 1 ustawy Pzp).

Analiza uzasadnienia faktycznego decyzji o unieważnieniu postępowania nie daje odpowiedzi na kluczowe pytanie - dlaczego wada tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. niewyczerpującego i niejasnego sposobu opisanego przedmiotu zamówienia uniemożliwia zawarcie (w szczególności z odwołującym) niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził, a zamawiający naruszył przepis art. 255 pkt 6) ustawy Pzp.

Ze względu na potwierdzenie się zarzutu niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności, polegającej na unieważnieniu postępowania z powodu stwierdzenia niemożliwej do usunięcia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego pomimo, że stwierdzona wada postępowania nie uniemożliwia zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie skład orzekający Izby nakazał zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania (czynność z dnia 8 października 2021 r.)

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 7 ust. 5 i pkt 1, § 5 pkt 1 lit. a) i pkt 2 lit. b) rozporządzenia

Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący:

KIO 3024/21

22