Sygn. akt KIO 1808/24

WYROK

Warszawa, dnia 17 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Jodłowska

Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 czerwca 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 maja 2024 roku przez wykonawcę PRZEDSIĘBIORSTWO WIELOBRANŻOWE "BUDOM SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Białej Podlaskiej w postępowaniu prowadzo przez zamawiającego Gminę Garbów

przy udziale uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego S.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.W. "STACHYRA" S.S.

orzeka:

1.Oddala odwołanie

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę PRZEDSIĘBIORSTWO WIELOBRANŻOV "BUDOMEX" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Białej Podlaskiej i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) oraz kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez Uczestnika postępowania tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa

2.2.zasądza od wykonawcy PRZEDSIĘBIORSTWO WIELOBRANŻOWE "BUDOMEX" SPÓŁKA Z OGRANIC ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Białej Podlaskiej na rzecz uczestnika postępowania S.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.W. "STACHYRA" S.S. kwotę 3 617 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: ……

Sygn. akt KIO 1808/24

UZASADNIENIE:

Zamawiający Gmina Garbówprowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Budowa gminnej oczyszczalni ścieków w Zagrodach", nr referencyjny: ZP.2710.OŚ-ZAG.5.2024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp".

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 kwietnia 2024 r. pod numerem: 2024/BZP 00275760.

W postępowaniu tym wykonawca PRZEDSIĘBIORSTWO WIELOBRANŻOWE "BUDOMEX" SPÓŁK OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Białej Podlaskiej (dalej: „Odwołujący") w dniu 21 maja 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1.unieważnieniu postępowania;

2.unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

3.należytego i wyczerpującego uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania, co uniemożliwia kompleksowe merytoryczne odniesienie się przez Odwołującego do zastosowanej przez Zamawiającego podstawy unieważnienia postępowania.

<u>Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:</u>

1)art. 255 pkt 6 pzp poprzez niezasadne unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz niezasadne unieważnienie Postępowania w sytuacji, w której w trakcie Postępowania nie wystąpiła niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a także poprzez samodzielne zastosowanie przesłanki unieważnienia postępowania określonej w art. 225 pkt 6 pzp z pominięciem normy wynikającej z art. 457 ust. 1 pzp;

2)art. 260 ust. 1 w związku z art. 16 pkt 2 pzp, poprzez brak należytego i wyczerpującego uzasadnienia decyzji o

unieważnieniu Postępowania, co uniemożliwia merytoryczne odniesienie się przez Odwołującego do podnoszonych przez Zamawiającego wad Postępowania;

a w konsekwencji:

3)art. 16 ust. 1 i 2 pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania;

2.unieważnienia czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej;

3.przeprowadzenia wszystkich czynności niezbędnych do zawarciu Umowy z Odwołującym.

Nadto, wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał m.in.:

W zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania Zamawiający podał jako podstawę prawną unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważniania postępowania art. 255 pkt 6 pzp.

Zdaniem Odwołującego, zastosowana przesłanka unieważnienia nie ma charakteru samodzielnego, z uwagi na fakt, że ustawodawca przewidział zamknięty katalog podstaw unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w art. 457 ust. 1 pzp. Na potwierdzenie powyższego, Odwołujący przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 483/22.

Odwołujący podkreślił, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający w żaden sposób nie odwołał się do treści art. 457 ust. 1 pzp, co samo w sobie powinno prowadzić do unieważnienia czynności unieważnienia postępowania. Odwołujący przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 637/24; z dnia 5 grudnia 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3049/22.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący podniósł, że w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 255 pkt 6 Pzp, zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania jeżeli łącznie zostaną spełnione następujące okoliczności:

1)po pierwsze, postępowanie musi być obarczone wadą o nieusuwalnym charakterze;

2)po drugie wada taka, musi uniemożliwić zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podstawą do unieważnienia postępowania jest zatem obarczenie postępowania wadą, przez którą należy rozumieć wyłącznie takie uchybienia proceduralne, które nie mogą być skorygowane przez zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności.

Ponadto, wada taka musi uniemożliwić zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym błędy w postępowaniu o marginalnym znaczeniu, pozostające bez wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, nie są wystarczającą podstawą do unieważnienia postępowania.

W treści uzasadnienia przekazanego przez Zamawiającego przeczytać można, że podstawą do unieważnienia postępowania była rozbieżność pomiędzy treścią SWZ a treścią Ogłoszenia o zamówieniu. Analizując powołane przez Zamawiającego okoliczności, zdaniem Odwołującego, stwierdzić należy, że w niniejszym przypadku nie zostały spełnione przesłanki uprawniające Zamawiającego do unieważnienia postępowania.

Po pierwsze, stwierdzona przez Zamawiającego rozbieżność pomiędzy zapisami Ogłoszenia o zamówieniu oraz treścią SWZ mają znaczenie marginalne dla postępowania. Wskazuje na to chociażby fakt, że w postępowaniu wpłynęło aż 6 ofert. Trudno zatem uznać, że rozbieżność w treści SWZ i Ogłoszenia o zamówieniu wpłynęła na liczbę ofert.

Co więcej, zaistniała rozbieżność w żaden sposób nie wpływała na treść składanych ofert. Zgodnie z rozdz. VII SWZ termin związania ofertą określony był na 29 maja 2024 r. zaś termin składania ofert na 30 kwietnia 2024 r. Powyższe oznacza to, że w przypadku wadium w formie pieniężnej jedyny koszt wykonawcy ogranicza się do zamrożenia na okres miesiąca kwoty stanowiącej 70 000 zł, tj. mniej niż 1% kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (10 980 000,00 zł). Gdyby natomiast wykonawca zdecydował się na wniesienie wadium w formie innej niż pieniężna, biorąc pod uwagę okres terminu związania ofertą koszt wykupu poręczenie lub gwarancji jest marginalny i znikomy.

Odnosząc się z kolei do kwestii niemożliwości usunięcia zaistniałej rozbieżności Odwołujący wskazał, że na obecnym etapie postępowania nie jest możliwe dokonanie zmiany treści SWZ na podstawie art. 286 ust. 1 Pzp. Niemniej celem usunięcia wątpliwości oraz podjęcia dalszych czynności zmierzających do zawarcia umowy, Zamawiający powinien zastosować reguły interpretacyjne, skutkiem których zaistniałe wątpliwości zostałyby wyeliminowane. Jak

wskazano wyżej Zamawiający powinien przyjąć stanowisko, iż złożenie wadium nie było rzeczywiście wymagane.

Odwołujący zwrócił uwagę, że jedną z takich reguł interpretacyjnych wypracowanych w orzecznictwie jest rozstrzyganie wszelkich wątpliwości dot. treści SWZ i OPZ, nieścisłości czy rozbieżności na korzyść wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zasada ta została wypracowana w orzecznictwie KIO i ma na celu ochronę wykonawców przez obarczaniem ich odpowiedzialnością za błędy podejmowane przez Zamawiającego. Na kanwie niniejszego Postępowania, gdzie Zamawiający przyznał się do swojego błędu, powyższa reguła powinna zostać zrealizowana właśnie poprzez konsekwentną rezygnację z wymogu wadium względem wszystkich wykonawców.

Odwołujący podniósł, że dla możliwości skorzystania z art. 255 pkt 6 Pzp konieczne jest ustalenie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady postępowania a brakiem możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu.

Oceniając kwestię tego czy zaistniałą wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego należy odnieść się do ustawowych przesłanek unieważnienia umowy. Przepis określony w art. 255 pkt 6 Pzp powinien być zatem stosowany z uwzględnieniem przepisu art. 457 ust.1 Pzp, który zawiera zamknięty katalog przesłanek unieważnienia umowy.

Zdaniem Odwołującego w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania Zamawiający powinien wskazać wadę postępowania, wykazać na czym polega, dlaczego nie jest możliwa do usunięcia i wykazać związek przyczynowy pomiędzy stwierdzoną wadą postępowania a brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, w tym wskazując spełnienie określonej przesłanki z art. 457 ust. 1 Pzp ewentualnie przepisów kodeksu cywilnego. Powyższego Zamawiający nie uczynił bowiem w uzasadnieniu brak jest jakiegokolwiek odwołania się do kwestii braku możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Odwołujący na potwierdzenie powyższych twierdzeń przytoczył tezy wyroków Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący przytoczył treść art. 457 ust. 1 Pzp. Odwołujący zwrócił uwagę, że w art. 457 ust. 1 Pzp wskazane zostały przypadki rażącego naruszenia przepisów Pzp w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia. W sytuacji ich wystąpienia, jeśli nie są spełnione okoliczności, określone w ust. 2, umowa podlega unieważnieniu. Przy czym samo naruszenie przepisów Pzp w toku postępowania o udzielenie zamówienia, niekwalifikowane jako jedno z naruszeń określonych w komentowanym przepisie, nie stanowi podstawy do żądania unieważnienia umowy. Oznacza to, że nie każde naruszenie przepisów ustawy, ale tylko naruszenie skutkujące zawarciem niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Zamawiający w treści uzasadnienia unieważnienia postępowania nie odniósł się do żadnej z wymienionych wyżej okoliczności. Niemniej, z ostrożności procesowej, gdyby w toku postępowania odwoławczego okazało się, że Zamawiający unieważniając postępowanie miał na myśli odwołanie do przytoczonych wyżej przepisów wskazać należy, że żadna z przytoczonych wyżej przesłanek w przedmiotowej sprawie nie znajduje zastosowania.

Odnosząc się do przesłanki opisanej w punkcie pierwszym Odwołujący wskazał, że z przepisu wynika wprost, że unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego na jego podstawie dotyczy sytuacji udzielenia z naruszeniem ustawy zamówienia tj. bez zamieszczenia lub publikacji ogłoszenia wszczynającego to postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przytoczył tezę wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie Sądu Zamówień Publicznych z dnia 27 czerwca 2022 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 39/22 oraz z dnia 31 maja 2023 r. w sprawie o sygn. akt. XXIII Zs 32/23.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do uchybień w zakresie obowiązków związanych z publikacją stosownych ogłoszeń. W niniejszej sprawie Zamawiający dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu publikując ją w dniu 15 kwietnia 2024r. a zatem około 2 tygodnie przed upływem terminu składania ofert.

Nawet jeśli Zamawiający chciał otrzymać wadium to jego omyłka w tym zakresie nie może skutkować unieważnieniem postępowania. Zatem gdyby nawet przyjąć, że zaistniała rozbieżność w zakresie wymogu złożenia wadium stanowiła naruszenie przepisów ustawy, to należy stwierdzić, że nie jest to naruszenie Pzp w rozumieniu art. 457 ust. 1 pkt 1. Dodatkowo jak wskazano wcześniej rozbieżność ta nie miała znaczenia dla sporządzenia ofert. Nie jest to zatem omyłka skutkująca możliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Odnosząc się do pozostałych okoliczności wskazanych w art. 457 ust. 1 Pzp Odwołujący podniósł, że zgodnie z punktem drugim wymienionego artykułu umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust.2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577 Pzp, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy. Z oczywistych względów przesłanka ta nie znajduje zastosowania w postępowaniu, gdyż umowa nie została jeszcze zawarta.

Również przesłanki wskazane w art. 457 ust. 1 pkt 3-5 Pzp nie znajdują zastosowania w przedmiotowej sprawie, gdyż Postępowanie nie jest prowadzone w określonych tam trybach.

Tym samym należy uznać, że żadna ze wskazanych w art. 457 ust. 1 Pzp przesłanek nie doprowadziłaby do

unieważnienia umowy.

Kończąc, Odwołujący przytoczył szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, sądu administracyjnego i powszechnego.

Odwołujący odniósł się również do zarzutu naruszenia art. 260 ust. 1 Pzp wskazując, że Zamawiający w decyzji o unieważnieniu postępowania nie przedstawił powiązania wystąpienia w jego domniemaniu wady postępowania z wystąpieniem przesłanki unieważnienia umowy z art. 457 ust. 1 Pzp. Ponadto, Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do kwestii ważności umowy. Zamawiający poza modyfikacją zapisu dotyczącego wadium nie wskazał na żadne konkretne podstawy faktyczne, elementy opisu przedmiotu zamówienia, które spowodowały podstawę unieważnienia postępowania. Zamawiający uznał modyfikację ogłoszenia o zamówieniu za wadę postępowania. Podkreślić należy, że szczegółowe uzasadnienie faktyczne i prawne czynności zamawiającego ma doniosłe znaczenie dla prawidłowego sformułowania i uzasadnienia zarzutów odwołania przez wykonawcę podważającego czynności zamawiającego w postępowaniu.

W konsekwencji zasadny jest zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 i 2 Pzp, gdyż Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasady przejrzystości. Zamawiający po otwarciu ofert niezasadnie uniemożliwił Odwołującemu uzyskanie zamówienia, a decyzja o unieważnieniu postępowania zawierała braki zarówno w zakresie uzasadnienia prawnego jak i faktycznego, co naruszało zasadę przejrzystości postępowania.

W złożonej pismem z dnia 5 czerwca 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Wykonawca Stanisław Stachyra prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.W. "STACHYRA" S.S. (dalej jako: „Uczestnik postępowania") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. W przystąpieniu odniósł się do zarzutów ujętych w odwołaniu.

Uczestnik postępowania pismem z dnia 5 czerwca 2024 r., na podstawie art. 523 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz w sprzeciwie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę S.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.W. "STACHYRA" S.S.Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Stan faktyczny pomiędzy Stronami i Uczestnikiem postępowania nie był sporny. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa gminnej oczyszczalni ścieków w Zagrodach.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 30 kwietnia 2022 r. w postępowaniu złożono sześć ofert:

Zamawiający w Rozdziale XIII Wymagania dotyczące wadium specyfikacji warunków zamówienia wskazał, że wykonawca jest zobowiązany wnieść wadium w wysokości 70 000 zł. Tożsame wymaganie zostało wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu w Sekcji VI Warunki zamówienia pkt 6.4.1) Informacje dotyczące wadium.

Zamawiający w odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 15 kwietnia 2024 r. zmienił postanowienia specyfikacji warunków zamówienia dotyczące Kryterium oceny ofert. Powyższa zmiana skutkowała zmianą ogłoszenia o zamówieniu. Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o numerze 2024/BZP 00292123/01 zostało opublikowane w dniu 15 kwietnia 2024 r. Z treści ogłoszenia wynika, że Zamawiający dokonał następujący zmian:

w Sekcji III Zmiana ogłoszenia pkt 3.4.1.) Opis zmiany, w tym tekst, który należy dodać lub zmienić: 4.3.8. Sposób oceny ofert; 4.3.5. Nazwa kryterium (Kryterium 2) – zgodnie ze zmianą specyfikacji warunków zamówienia

oraz

w Sekcji VI – Warunki zamówienia w następujący sposób:

3.4.1.) Opis zmiany, w tym tekst, który należy dodać lub zmienić:

6.4. Zamawiający wymaga wadium
Przed zmianą:
TAK
Po zmianie:
NIE
3.4.1.) Opis zmiany, w tym tekst, który należy dodać lub zmienić:
6.4.1. Informacje dotyczące wadium
Przed zmianą:
1. Wykonawca jest zobowiązany wnieść wadium w wysokości:
70 000,00 zł (słownie zł: siedemdziesiąt tysięcy złotych 00/100),
2. Wadium może być wniesione w jednej lub kilku następujących formach:
a) pieniądzu;
b) gwarancjach bankowych;
c) gwarancjach ubezpieczeniowych;
d) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt. 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.
3. Wadium wnoszone w pieniądzu należy wpłacić przelewem na następujący rachunek bankowy Zamawiającego: Bank Spółdzielczy w Niemcach Oddział w Garbowie nr konta 98 8702 1024 2000 0046 2000 0020 z adnotacją „Wadium - znak sprawy ZP.2710.OŚ-ZAG.5.2024"
4. Za skuteczne wniesienie wadium w pieniądzu, Zamawiający uzna wadium, które zostanie zaksięgowane na rachunku bankowym Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert.
5. Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej - przed upływem terminu składania ofert.
6. W przypadku wnoszenia wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, lub poręczenia gwarancja lub poręczenie musi być nieodwołalne, bezwarunkowe i płatne na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego, sporządzone zgodnie z obowiązującymi przepisami i powinna zawierać następujące elementy:
a) nazwę: dającego zlecenie (wykonawcy), beneficjenta gwarancji/poręczenia (zamawiającego), gwaranta lub poręczyciela oraz wskazanie ich siedzib,
b) kwotę wadium,
c) termin ważności gwarancji/poręczenia w formule: „od dnia - do dnia ",
d) zobowiązanie gwaranta/poręczyciela do zapłacenia kwoty wskazanej w gwarancji/poręczeniu na pierwsze żądanie zamawiającego w sytuacjach zatrzymania wadium określonych w przepisach ustawy.
7. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2 ustawy.
8. Zasady dokonywania zatrzymania i zwrotu wadium określono w przepisach art. 98 ustawy.
Po zmianie:"
W dniu 18 kwietnia 2024 r. zostało opublikowane kolejne ogłoszenie o zmianie ogłoszenia dotyczące zmiany terminu składania ofert.

Zamawiający pismem z dnia 16 maja 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta złożona przez Odwołującego.

Kolejnym pismem z dnia 16 maja 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 16.05.2024r., oraz unieważnieniu postępowanie. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał:

*I.**UZASADNIENIE PRAWNE***

1.Na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy PzP Zamawiający zawiadamia, iż przeprowadzone postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

*II.**UZASADNIENIE FAKTYCZNE***

1.W prowadzonym postępowaniu na „Budowę gminnej oczyszczalni ścieków w Zagrodach" 6 Wykonawców złożyło oferty, spośród których 2 Wykonawców nie wniosło wadium. Zamawiający dokonał oceny i wyboru oferty zamieszczając w dniu 16.05.2024 informację o wyniku postępowania. Po zamieszczeniu ww. informacji Zamawiający zauważył niespójność zapisów w dokumentach postępowania. W ogłoszeniu nr 2024/BZP 00275760/01 z dnia: 08.04.2024 r oraz SWZ z dnia 8.04.2024 roku Zamawiający określił wymagania odnośnie wadium (ogłoszenie pkt. 6.4. Zamawiający wymaga wadium: Tak oraz w SWZ Rozdział XIII. WYMAGANI DOTYCZĄCE WADIUM). Następnie w procedurze analizy złożonych przez Oferentów wniosków o wyjaśnieni

treści SWZ Zamawiający postanowił zmienić kryteria oceny ofert i w związku z tym zmienił treść ogłoszenia w dniu 15.04.2024 r. (nr 2024/BZP 00284916). W trakcie tych czynności niezamierzenie i przypadkowo został zmieniony również zapis pkt 6.4 ogłoszenia dotyczący obowiązku wniesienia wadium tzn. „Zamawiający wymaga wadium: NIE". W SWZ zapis pozostał bez zmian – czyli wadium jest wymagane.

2.Wobec niespójności dokumentów tj.: treści ogłoszenia po zmianie z dnia 15.04.2024r. z treścią SWZ stwierdza się że postępowanie jest obarczone wadą niemożliwą do usunięcia wobec czego postępowanie o udzielenie zamówienia na „Budowę gminnej oczyszczalni ścieków w Zagrodach" podlega obligatoryjnemu unieważnieniu.

Bezsporne było, że treść ogłoszenia po zmianie z dnia 15 kwietnia 2024 r. nie jest tożsama z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia w zakresie wymagań dotyczących wadium.

Osią sporu między Stronami i Uczestnikiem postępowania była ocena czy rozbieżność pomiędzy treścią ogłoszenia a treścią specyfikacji warunków zamówienia w dokumentach w zakresie wymagań dotyczących wadium stanowi podstawę do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6) ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Przechodząc do zarzutów odwołania wskazać należy, co następuje:

Zarzut nr 1 – naruszenie art. 255 pkt 6) ustawy Pzp poprzez niezasadne unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz niezasadne unieważnienie postępowania w sytuacji, w której w trakcie Postępowania nie wystąpiła niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a także poprzez samodzielne zastosowanie przesłanki unieważnienia postępowania określonej w art. 225 pkt 6) ustawy Pzp z pominięciem normy wynikającej z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia wskazać należy, że zgodnie z art. 255 pkt 6) 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.*

Art. 457 ust. 1, 3 i 6 ustawy Pzp stanowi, że

1.Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

1)z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;

2)zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;

3)zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2;

4)z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową;

5)z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

4.Z przyczyn, o których mowa w ust. 1 oraz art. 458, nie można żądać stwierdzenia nieważności umowy na podstawie art. 189 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2019 r. poz. 1460, 1469, 1495, 1649 i 1655).

5.Przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70^5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny.

Zgodnie z art. 189 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (dalej: „KPC")*Powód może żądać ustalenia przez sąd istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, gdy ma w tym interes prawny*.

Art. 70^5 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (dalej: „KC") stanowi, że *Organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Jeżeli umowa została zawarta na cudzy rachunek, jej unieważnienia może żądać także ten, na czyj rachunek umowa została zawarta, lub dający zlecenie*.

Zgodzić się należało z Odwołującym, że unieważnienie postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6) ustawy Pzp może

mieć miejsce wyłącznie w sytuacji, gdy ustalona w postępowaniu wada, która jest niemożliwa do usunięcia, uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Nie zasługują jednak na aprobatę twierdzenia Odwołującego, że *oceniając kwestię tego czy zaistniała wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego należy odnieść się do ustawowych przesłanek unieważnienia umowy. Przepis określony w art. 255 pkt 6 Pzp powinien być zatem stosowany z uwzględnieniem przepisu art. 457 ust.1 Pzp, który zawiera zamknięty katalog przesłanek unieważnienia umowy*.

Art. 255 ust. 6) ustawy Pzp nawiązuje do unieważnienia umowy o udzielenie zamówienia publicznego natomiast w żaden sposób nie odsyła wyłącznie do art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. Z tego też względu ww. przesłanki unieważnienia postępowania nie należy upatrywać tylko i wyłącznie w odniesieniu do art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, tak jak chciałby tego Odwołujący. Argumentacja Odwołującego w zasadzie sprowadzała się do tego, że wystąpienie innych wad niż wskazane w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, ewidentnie wypaczających wynik postępowania o udzielenie zamówienia, nie mogłoby skutkować unieważnieniem postępowania. Należy jednak zwrócić uwagę, że ustawa Pzp nie wyłącza możliwości stwierdzenia nieważności umowy w drodze powództwa określonego w art. 189 KPC (o ile powód powołuje się na inne okoliczności niż określone w art. 457 ust. 1 oraz art. 458 ustawy Pzp), jak również unieważnienia umowy w oparciu o art. 70^5 KC (art. 457 ust. 5 ustawy Pzp).

Poza przypadkami wzruszalności umowy, o których mowa wyżej, może zachodzić również przypadek bezwzględnej nieważności umowy na podstawie art. 58 § 1, § 2 KC, zgodnie z którym *§ 1.Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzą odpowiednie przepisy ustawy. § 2.Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.*

Nie można tracić z pola widzenia, że zgodnie z art. 611 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp *W przypadku ujawnienia naruszenia przepisów ustawy Prezes Urzędu może: 2) wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w całości lub części.* Przy czym, co równie istotne, pkt 2) ww. przepisu nie referuje wyłącznie do naruszenia przepisów ustawy w zakresie wskazanym w art. 459 ust. 1 ustawy Pzp.

Przedkładając powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy wskazać należy, że analiza okoliczności faktycznych prowadzi do wniosku, że Zamawiający zasadnie unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 6) ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że Zamawiający może przed terminem składania oferty zmienić treść specyfikacji warunków zamówienia. W przypadku gdy zmiana treści specyfikacji prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zmianie ogłoszenia (art. 286 ust. 1 i ust. 9 ustawy Pzp).

Zamawiający zgodnie z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia wymagał wniesienia wadium. Skoro zatem ogłoszenie takiego wymagania nie zawierało, Zamawiający obowiązany był zmienić treść ogłoszenia w tym zakresie. Udzielenie zamówienia bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie stanowi przesłankę do unieważnienia umowy. Nie ulega wątpliwości, że wymagania co do wadium są zmianą mającą znaczenie dla sporządzenia ofert.

Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym unieważnienia postępowania wskazał, że do zmiany ogłoszenia w tym zakresie doszło niezamierzenie i przypadkowo. Powyższe doprowadziło do rozbieżności pomiędzy treścią ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji warunków zamówienia. Bezsporne było, że dwóch wykonawców zastosowało się do treści ogłoszenia i nie wniosło wadium, a czterech wykonawców zastosowało się do treści specyfikacji warunków zamówienia i wadium wniosło.

W ocenie Izby ww. naruszenie stanowi wadę niemożliwą do usunięcia, ponieważ na tym etapie, kiedy zostały złożone oferty i dokonano wyboru najkorzystniejszej oferty, nie można dokonać zmiany specyfikacji warunków zamówienia ani też zmiany ogłoszenia.

Nie zasługują na aprobatę twierdzenia Odwołującego, że *rozbieżność pomiędzy zapisami Ogłoszenia o zamówieniu oraz treścią SWZ mają znaczenie marginalne dla postępowania*, ponieważ *wpłynęło aż 6 ofert (…) trudno zatem uznać, że rozbieżność w treści SWZ i Ogłoszenia o zamówieniu wpłynęła na liczbę ofert* Odwołujący nie zwrócił jednak uwagi, że do postępowania przystąpiło czterech wykonawców będących spółką i tylko dwóch wykonawców będących osobami fizycznymi prowadzącymi działalność gospodarczą. I co istotne, właśnie tych dwóch wykonawców nie wniosło wadium. Powyższe pokazuje, że ww. rozbieżność mogła wpłynąć na liczbę ofert. Zdaniem Izby, odstąpienie od wymogu wniesienia wadium zwiększa zainteresowanie wśród wykonawców wzięciem udziału w postępowaniu.

Izba stwierdziła, że owa wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Niejako na marginesie, Zamawiający uwzględniając zarzuty podniesione w odwołaniu wskazał, że *powtórzy czynność oceny ofert i ponownie przyzna punkty wszystkim Wykonawcom którzy złożyli oferty w postępowaniu,*

uwzględniając oferty z wniesionym i oferty bez wniesienia wadium – przyjmując zasadę że wadium nie było w tym postępowaniu (po zmianie ogłoszenia z dn. 15.04.2024r) wymagane. Przy czym, postanowienia zawarte w dokumentacji postępowania, w szczególności specyfikacji warunków zamówienia są wiążące dla wykonawców oraz zamawiającego. Zamawiający nie może, po upływnie terminu składania ofert, zmienić czy też doprecyzować postanowień specyfikacji warunków zamówienia. Brak jest zatem podstawy prawnej i faktycznej do przyjęcia przez Zamawiającego zasady, że wadium nie było wymagane.

Zarzut nr 2 – naruszenie art. 260 ust. 1 w związku z art. 16 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez brak należytego i wyczerpującego uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania

Uzasadnienie zarzutu sprowadza się do wskazania, że Zamawiający w decyzji o unieważnieniu postępowania nie przedstawił powiązania wystąpienia w jego domniemaniu wady postępowania z wystąpieniem przesłanki unieważnienia umowy z art. 457 ust. 1 Pzp. Ponadto, Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do kwestii ważności umowy. Co do zasady Odwołujący ma rację, że Zamawiający powinien w sposób wyczerpujący uzasadnić czynność unieważnienia postępowania. Powyższe jednak nie miał istotnego znaczenie w przedmiotowej sprawie i nie miał wpływu na wynik postępowania. Odwołujący w treści odwołania odniósł się do przesłanek wskazanych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W związku z powyższym zarzut ten nie mógł zostać uwzględniony.

Zarzut nr 3 – naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, to właśnie zaniechanie unieważnienia postępowania doprowadziłoby do naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Nie stanowi realizacji zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz przejrzystości sytuacja, w której wykonawcy biorą udział w postępowaniu na odmiennych zasadach opierając się jedni na treści ogłoszenia, inni na treści specyfikacji warunków zamówienia, w szczególności, gdy zasady te dotyczą tak istotnej kwestii jaką jest wniesienie wadium.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 2) w związku z § 2 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1) lit. a), ust. 2 lit. b) i lit. d) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……