

WYROK

Warszawa, dnia 19 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 3 czerwca 2024 roku przez wykonawcę CONSTRUCTO SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Rogówku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PLESZEWSKIE CENTRUM MEDYCZNE W PLESZEWIE SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Pleszewie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego PLESZEWSKIE CENTRUM MEDYCZNE W PLESZEWIE SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Pleszewie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę CONSTRUCTO SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Rogówku tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika
 - 2.2. zasądza od zamawiającego PLESZEWSKIE CENTRUM MEDYCZNE W PLESZEWIE SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Pleszewie na rzecz wykonawcy CONSTRUCTO SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Rogówku kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 1922/24

UZASADNIENIE:

Zamawiający PLESZEWSKIE CENTRUM MEDYCZNE W PLESZEWIE SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Pleszewie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Przebudowa i rozbudowa Oddziału Hematologii w Pleszewskim Centrum Medycznym w Pleszewie Sp. z o.o.”, nr referencyjny: Te 2300-40/2023.

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 1 grudnia 2023 r. pod numerem: 2023/BZP 00528005.

W postępowaniu tym wykonawca CONSTRUCTO SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Rogówku (dalej: „Odwołujący”) w dniu 3 czerwca 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. unieważnieniu postępowania mimo, że nie zaszyły przesłanki uzasadniające unieważnienie postępowania opisane w art. 255 pkt 6 ustawy pzp,
2. zaniechaniu podania uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania, w szczególności w zakresie wykazania, że wada postępowania uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w prawie zamówienia publicznego,
3. niedokonaniu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, zgodnie z przepisami ustawy pzp oraz specyfikacją warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 255 pkt 6 ustawy pzp poprzez dokonanie czynności polegającej na unieważnieniu postępowaniu z uwagi na fakt, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego podczas gdy postępowanie nie jest obarczone taką wadą oraz Zamawiający nie uzasadnił, że wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

2.art. 260 ustawy pzp poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania, w szczególności w zakresie, że wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w prawie zamówienia publicznego,

3.art. 239 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,

2.przeprowadzenia badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej,

3.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą wg norm przepisanych.

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

Zarzut nr 1

Odwołujący podniósł, że aby Zamawiający mógł skorzystać z przepisu art. 255 pkt 6 ustawy pzp konieczne jest ustalenie, że:

1) w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (wada postępowania),

2) naruszenie to stanowi wadę niemożliwą do usunięcia,

3) wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Odnosząc się do powyższego Odwołujący wskazał, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej błędy w postępowaniu o marginalnym znaczeniu, pozostające bez wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, nie są wystarczającą podstawą do unieważnienia postępowania (por. wyr. KIO z 12.4.2022 r., KIO 881/22, Legalis; wyr. KIO z 7.4.2022 r., KIO 867/22, Legalis oraz wyr. KIO z 22.9.2017 r., KIO 1893/17 Legalis). Ponadto jeśli wada jest usuwalna, konieczne jest jej usunięcie – w takim przypadku nie ma możliwości unieważnienia postępowania oraz konieczne jest ustalenie związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady postępowania a brakiem możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu) – wyr. KIO z 14.1.2022 r., KIO 3728/22, niepubl.

Zamawiający w piśmie z dnia 28 maja 2024 r. – zawiadomienie o unieważnieniu postępowania wskazał, że: „*W toku postępowania stwierdzono, że w odpowiedziach na pytania wykonawców zamawiający zawarł konieczność wykonania robót budowlanych, które nie były uwzględnione w kosztorysach ofertowych. Zamawiający nie sprecyzował w jaki sposób te roboty powinny zostać uwzględnione w ofertach wykonawców. W wyniku tego każdy z wykonawców inaczej zinterpretował odpowiedzi zamawiającego i uwzględnił roboty w różny sposób, co w szczególności spowodowało brak porównywalności złożonych ofert.*” Zamawiający zatem po pierwsze przyznał, że nie precyzował w jaki sposób wykonawcy mają ująć roboty budowlane w kosztorysach ofertowych, dając tym samym pewną swobodę wykonawcom. Ponadto i co bardzo istotne, Zamawiający również przyznał, że każdy z wykonawców uwzględnił te roboty w wycenie, ale uczynił to w inny sposób. W dalszej części uzasadnienia Zamawiający ogólnikowo wskazał, że wykonawca Constructo sp. z o.o., w odpowiedzi z dnia 30 kwietnia 2024 r. na wezwanie zamawiającego wskazał, iż uwzględnił w swojej ofercie zakres robót wynikający z odpowiedzi na pytania w istniejących pozycjach kosztorysowych. W żadnej z pozycji kosztorysowych wskazanych przez Wykonawcę nie zmieniono jednak wymiaru robót uwzględniającego prace objęte odpowiedziami Zamawiającego na pytania wykonawców (Odpowiedzi 2), a niektóre z prac (balustrady) – przy braku pozycji kosztorysowych odpowiadających danemu zakresowi prac przypisano do dowolnie wybranych przez oferenta pozycji (dotyczących drzew).

Wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Sp. z o. o. uwzględnił w swojej ofercie roboty wynikające z odpowiedzi na pytania poprzez dopisanie nowych pozycji w kosztorysie ofertowym branży budowlanej.

Zdaniem Odwołującego z uzasadnienia faktycznego nie wynika wprost, dlaczego Zamawiający nie mógł dokonać porównania ofert. Zamawiający przyznaje, że zarówno wykonawca Constructo jak i wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego sp. z o.o. uwzględnili konieczność wykonania prac budowlanych w kosztorysach ofertowych, jedynie zastosowali inne metody ujęcia tych prac w kosztorysach. Zatem umieszczenie w kosztorysie ofertowym dodatkowej pozycji, tak jak uczynił to inny wykonawca nie stanowiło jedynej „słusznej” metody wyceny i dopuszczalne było również zastosowanie metody, którą wybrał Odwołujący, co potwierdza Zamawiający w dalszej części uzasadnienia: *Powodowało to całkowitą dowolność wykonawców w tym względzie.*

Odwołujący nie zgodził się z Zamawiającym, że miał niejako obowiązek zmiany wymiaru robót i nie mogło ująć prac (balustrady) w innych pozycjach kosztorysowych związanych z realizacją tych prac.

Podsumowując, poza wskazaniem, że wykonawcy na dwa różne sposoby przedstawili kosztorysy ofertowe, co w ocenie samego Zamawiającego było dopuszczalne, Zamawiający nie wykazał dlaczego nie jest w stanie dokonać porównania ofert wykonawców, co dokładnie nie jest możliwe do porównania, jakie pozycje kosztorysowe są niezgodne z

dokumentami zamówienia. Tym samym trudno mówić tu o wadzie, która jest istotna i która nie daje się usunąć, choćby w toku procedury wyjaśnień treści oferty, z której Zamawiający skorzystał. Zamawiający w zasadzie bardzo ogólnikowo wskazuje, iż taka sytuacja prowadzi do braku jasności i jednoznaczności w treści specyfikacji warunków zamówienia, co z kolei może wpłynąć na równość szans wszystkich wykonawców oraz na możliwość porównania ofert. (...) Odwołujący zwrócił uwagę, że w dziale XII SWZ zamawiający, wskazując sposób obliczenia ceny, zobowiązał wykonawców do uwzględnienia w kosztorysie wszystkich pozycji przedmiarowych opisanych w formularzu cenowym, nie ograniczając jednoznacznie możliwości dopisywania przez wykonawców pozycji dodatkowych. Nie wskazał także, w których pozycjach należy uwzględnić prace wynikające z odpowiedzi zamawiającego na pytania, co było konieczne choćby z uwagi na fakt, że niektóre z tychże prac nie miały odpowiedników w istniejących pozycjach kosztorysowych. Powodowało to całkowitą dowolność wykonawców w tym względzie, a ta z kolei prowadziła do braku możliwości rzetelnego porównania ofert.

Zamawiający zatem nie wskazał na związek przyczynowo – skutkowy pomiędzy wystąpieniem wady postępowania (o ile w ogóle można mówić w niniejszym stanie faktycznym o wadzie), a brakiem możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu. Ustalenie, czy w danym postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, powinno być dokonywane przede wszystkim poprzez odniesienie określonego naruszenia przepisów ustawy pzp do przyczyn, z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, określonych w art. 457 ust. 1 ustawy pzp. Wady te stanowią konsekwencję znaczących uchybień w stosowaniu przepisów odnoszących się do prowadzenia postępowania, spowodowanych przez zamawiającego. Ponadto, wada ta musi być wadą bezwzględnie nieusuwalną, tj. niemożliwą do wyeliminowania przez zamawiającego lub wykonawcę na etapie postępowania w żadnej z dopuszczalnych w ustawie procedur sanacyjnych.

Odwołujący podkreślił, że nawet gdyby uznać, że postępowanie jest obarczone wadą tj. brakiem określenia jednego sposobu kalkulacji ceny, w tym sposobu ujęcia w wycenie robót budowlanych wynikających z udzielonych odpowiedzi na pytania wykonawców, to wada ta została usunięta poprzez wdrożenie procedury wyjaśnień na mocy art. 223 ustawy pzp.

Zarzut nr 2

Zgodnie z zasadą jawności postępowania art. 260 ustawy pzp nakłada na zamawiającego obowiązek zawiadomienia wykonawców o przyczynach unieważnienia postępowania. Zamawiający niezwłocznie poddaje informacje o unieważnieniu wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym. Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia musi zawierać nie tylko podstawę prawną, lecz także poinformowanie o okolicznościach faktycznych wyczerpujących przesłankę zawartą w powoływanym przepisie. Konieczne jest powołanie w sposób jasny i niebudzący wątpliwości okoliczności faktycznych, wyczerpujących przesłankę powodującą unieważnienie postępowania lub uprawniającą do jego unieważnienia.

Uzasadnienie unieważnienia postępowania powinno być na tyle wyczerpujące, by umożliwiło wykonawcom pełne zidentyfikowanie okoliczności faktycznych, stanowiących podstawę podjęcia czynności unieważnienia, oraz ich ewentualne zakwestionowanie w odwołaniu, a także przedstawienie w postępowaniu odwoławczym stosownych dowodów (wyr. z 17.1.2022 r., KIO 3811/22, niepubl.).

Niespełnienie wymogu podania uzasadnienia, w szczególności dotyczącego okoliczności faktycznych, może stanowić podstawę samodzielnego zarzutu w odwołaniu, skutkującego jego uwzględnieniem.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób ogólny wskazał, że postępowanie obarczone jest wadą w postaci braku określenia jednego sposobu kalkulacji ceny, w tym sposobu ujęcia w wycenie robót budowlanych wynikających z udzielonych odpowiedzi na pytania wykonawców, jednak nie wskazał szczegółowo, że po pierwsza wada ta nie może zostać usunięta oraz po drugie, że powoduje niemożliwość zawarcia ważnej umowy.

W tym miejscu podkreślić należy, że Izba ocenia legalność czynności unieważnienia postępowania w świetle jedynie uzasadnienia przedstawionego w zawiadomieniu, nie bierze pod uwagę okoliczności, na które zamawiający może powoływać się w postępowaniu odwoławczym (por. wyr. KIO z 15.2.2022 r., KIO 269/22, Legalis).

Zarzut nr 3

Odwołujący wskazał, że konsekwencją dokonania unieważnienia postępowania jest zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego, spełniającego warunki oraz dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia, zarówno w świetle obowiązujących przepisów, jak i w związku z określonymi w postępowaniu warunkami zamówienia.

W złożonej pismem z dnia 13 czerwca 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołaniach i wniósł o ich oddalenie w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Ad. zarzut nr 1

Zamawiający wskazał, że unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na fakt, iż jest

ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą. W postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie. Brak sprecyzowania w jaki sposób Wykonawcy w swoich ofertach mają uwzględnić roboty wynikające z odpowiedzi na pytania do postępowania doprowadziło do sytuacji, w której każdy z Wykonawców inaczej uwzględnił w/w roboty, w wyniku czego oferty stały się nieporównywalne. Taka sytuacja prowadzi do braku jasności i jednoznaczności w treści specyfikacji warunków zamówienia, co z kolei może wpłynąć na równość szans wszystkich wykonawców.

Zamawiający na tym etapie postępowanie nie miał możliwości usunięcia opisanej wyżej wady postępowania. Sprecyzowanie sposobu uwzględnienia robót wynikających z odpowiedzi na pytania do postępowania winno zostać wskazane przed terminem składania ofert. Po otwarciu ofert nie jest możliwe wprowadzanie zmian w złożonych ofertach.

Zdaniem Zamawiającego nie ulga wątpliwości, iż wadą postępowania skutkującą brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy jest brak określenia sposobu kalkulacji ceny. Procedura wyjaśnienia treści oferty, z której skorzystał Zamawiający, nie dała Zamawiającemu porównywalnego określenia cen jednostkowych zawartych w ofertach Wykonawców. Zamawiający nie mógł zbadać ofert pod kątem występowania rażąco niskiej ceny. Brak jasności oraz przejrzystości postępowania spowodował, iż nie jest możliwe zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający podniósł, że uwagi Odwołującego zawarte w odwołaniu opierają się na błędnym założeniu, iż wskazana przez Zamawiającego wada postępowania można zakwalifikować do „błędów o marginalnym znaczeniu”.

Zdaniem Zamawiającego argumenty Odwołującego sprowadzają się wyłącznie dosubiektywnej oceny okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania. W szczególności tezy Odwołującego o „lakoniczności” czy wręcz „braku uzasadnienia” stoją w sprzeczności zarówno z przedstawionymi wykonawcom pismami zamawiającego, jak i samą treścią odwołania, w której Odwołujący odnosi się do poszczególnych argumentów zawartych w uzasadnieniu decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania. Nieprawdą jest także twierdzenie Odwołującego, jakoby Zamawiający wskazywał jakąkolwiek *jedyną słuszną metodę wyceny*”, sugerując metodę zastosowaną przez innego oferenta. Zamawiający nie twierdził także, że „Constructo miało niejako obowiązek zmiany wymiaru robót i nie mogło ująć prac (balustrady) w innych pozycjach kosztorysowych związanych z realizacją tych prac”.

Istotą zidentyfikowanej wady postępowania jest właśnie brak określenia przez Zamawiającego sposobu kalkulacji ceny umożliwiającej uzyskanie porównywalnych ofert.

Oczywiste jest, iż rozbieżności między rzeczywistym wymiarem robót, a wymiarami robót znajdującymi się w kosztorysach przedstawionych przez Odwołującego (sugerujące „ukryty” przez Wykonawcę dodatkowy wymiar wynikający z robót wynikających z odpowiedzi zamawiającego) mają oczywisty wpływ na niemożność zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Niezrozumiałe są uwagi Odwołującego dotyczące rzekomego braku wskazania przez Zamawiającego *dlaczego nie jest w stanie dokonać porównania ofert wykonawców, co dokładnie nie jest możliwe do porównania, jakie pozycje kosztorysowe są niezgodne z dokumentami zamówienia* – przecież wszystkie te okoliczności wynikają wprost z treści zawiadomienia o unieważnieniu postępowania. Nie powinno ująć uwadze fakt, iż Odwołujący w jakikolwiek sposób nie odniósł się do podnoszonego przez Zamawiającego oczywistego braku możliwości przeprowadzenia badania ofert pod kątem rażąco niskiej ceny.

Ad. zarzut nr 2

Zamawiający, w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, opublikowanym dnia 28.05.2024 r. na stronie prowadzonego postępowania zawarł uzasadnienie prawne oraz uzasadnienie faktyczne unieważnienia postępowania. Jak wynika z w/w zawiadomienia Zamawiający unieważnił postępowanie, ponieważ jest ono obarczone wadą polegającą na nieporównywalności ofert. Zamawiający następująco uzasadnił swoją decyzję: *„W toku postępowania stwierdzono, że w odpowiedziach na pytania wykonawców zamawiający zawarł konieczność wykonania robót budowlanych, które nie były uwzględnione w kosztorysach ofertowych. Zamawiający nie sprecyzował w jaki sposób te roboty powinny zostać uwzględnione w ofertach wykonawców. W wyniku tego każdy z wykonawców inaczej zinterpretował odpowiedzi zamawiającego i uwzględnił roboty w różny sposób, co w szczególności spowodowało brak porównywalności złożonych ofert.”* Brak sprecyzowania sposobu uwzględnienia w ofertach Wykonawców robót wynikających z odpowiedzi na pytania spowodował różne interpretacje Wykonawców, a co za tym idzie nieporównywalność ofert. Następnie Zamawiający opisuje sposób w jaki wykonawca Constructo sp. z o.o. oraz wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Sp. z o.o. uwzględnili w/w roboty oraz skutki tychże interpretacji. Doprowadziło to m.in. do braku możliwości porównania ofert oraz uniemożliwiło Zamawiającemu badanie ofert pod kątem rażąco niskiej ceny.

W ocenie Zamawiającego uzasadnienie podane w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania jest wyczerpujące oraz jasno określa powody unieważnienia postępowania.

Ad. zarzut nr 3

Zamawiający wskazał, że nie wybrał oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, ponieważ postępowanie obarczone jest wadą. Sposób, w jaki Odwołujący zawarł w swojej ofercie roboty wynikające z odpowiedzi na pytania, spowodował, że Zamawiający nie miał możliwości przeprowadzić badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny oraz porównać jej z ofertą innych Wykonawców. W ocenie Zamawiającego, brak porównywalności i możliwości badania ofert jest istotną przesłanką do niezawierania ważnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto, Zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, zobowiązał się podjąć działania mające na celu ustalenie jasnych i jednoznacznych zasad uwzględniania robót wynikających z odpowiedzi na pytania w ofertach oraz ponownie ogłosić postępowanie w celu zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania dla wszystkich wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, 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 ustaliła następujący stan faktyczny:

Stan faktyczny pomiędzy Stronami nie był sporny. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest przebudowa i rozbudowa Oddziału Hematologii w Pleszewskim Centrum Medycznym w Pleszewie Sp. z o.o.

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

Wykonawca	Cena brutto
Hoben D. Borysławski Sp.k., Olszowa 2A, 97-225 Ujazd	9 981 629,09 zł
Firma Architektoniczno-Budowlana Restauracji Zabytków „Architekton”, L.P., L.L. Spółka Jawna, 67-200 Głogów, Rynek 4a	8 283.335,27 zł
Constructo sp. z o.o., Rogówko 6A, 87-162 Lubicz	6 765 887,27 zł
Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Sp. z o. o., ul. Staroprzygodzka 117, 63-400 Ostrów Wielkopolski	6 846 505,67 zł
Andbud Sp. z o.o. ul. Targowa 1, 63-300 Pleszew	6 020 170,92 zł
B.R., Grab 42a, 63-304 Czernin	7 460 648,56 zł

W toku wyjaśnień specyfikacji warunków zamówienia, Zamawiający w odpowiedzi na pytania wykonawców rozszerzył zakres zamówienia o dodatkowe roboty. Przy czym nie sprecyzował w jaki sposób wykonawcy w swoich ofertach mają uwzględnić wskazane roboty.

Pismem z dnia 25 kwietnia 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia, w których pozycjach kosztorysowych uwzględnił roboty wynikające z odpowiedzi Zamawiającego na zadane pytania wykonawców.

Pismem z 30 kwietnia 2024 r. Odwołujący udzielił wyjaśnień, wskazując pozycję w których uwzględnił roboty wskazane przez Zamawiającego w wezwaniu.

Pismem z dnia 28 maja 2024 r. Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, ofert wykonawców: Hoben D. Borysławski Sp.k.; Firma Architektoniczno-Budowlana Restauracji Zabytków „Architekton”, L.P., L.L. Spółka Jawna oraz B.R..

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 11 kwietnia 2024 r. nakazała Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Andbud Sp. z o.o. z siedzibą w Pleszewie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 28 maja 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowanie. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał:

Uzasadnienie prawne

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.

Uzasadnienie faktyczne

Dnia 16 stycznia 2024 r. na stronie internetowej prowadzonego postępowania tj. <https://platformazakupowa.pl/transakcja/853983> zamawiający zamieścił plik o nazwie „Odpowiedzi 2”, w którym udzielił odpowiedzi na zadane przez wykonawców pytania. Z odpowiedzi na pytania nr 2, 10 oraz 12 wynikała konieczność wykonania prac budowlanych oraz instalacyjnych związanych bezpośrednio z wykończeniem klatki schodowej K3-A. Z odpowiedzi na pytanie nr 16 wynikała konieczność wykonania prac budowlanych związanych ze zmianami wykończenia pomieszczeń biurowych w budynku E.

W toku postępowania stwierdzono, że w odpowiedziach na pytania wykonawców zamawiający zawarł konieczność wykonania robót budowlanych, które nie były uwzględnione w kosztorysach ofertowych. Zamawiający nie sprecyzował w jaki sposób te roboty powinny zostać uwzględnione w ofertach wykonawców. W wyniku tego każdy z wykonawców inaczej zinterpretował odpowiedzi zamawiającego i uwzględnił roboty w różny sposób, co w szczególności spowodowało brak porównywalności złożonych ofert.

Wykonawca Constructo sp. z o.o., Rogówko 6A, 87-162 Lubicz w odpowiedzi z dnia 30 kwietnia 2024 r. na wezwanie zamawiającego wskazał, iż uwzględnił w swojej ofercie zakres robót wynikający z odpowiedzi na pytania w istniejących pozycjach kosztorysowych. W żadnej z pozycji kosztorysowych wskazanych przez Wykonawcę nie zmieniono jednak wymiaru robót uwzględniającego prace objęte odpowiedziami Zamawiającego na pytania wykonawców (Odpowiedzi 2), a niektóre z prac (balustrady) – przy braku pozycji kosztorysowych odpowiadających danemu zakresowi prac – przypisano do dowolnie wybranych przez oferenta pozycji (dotyczących drzew).

Wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Sp. z o. o. (ul. Staroprzygodzka 117, 63-400 Ostrów Wielkopolski) uwzględnił w swojej ofercie roboty wynikające z odpowiedzi na pytania poprzez dopisanie nowych pozycji w kosztorysie ofertowym branży budowlanej.

Taka sytuacja prowadzi do braku jasności i jednoznaczności w treści specyfikacji warunków zamówienia, co z kolei może wpłynąć na równość szans wszystkich wykonawców oraz na możliwość porównania ofert. Ponadto, brak jednoznacznego określenia sposobu uwzględniania robót wynikających z odpowiedzi na pytania w ofertach może prowadzić do nieuczciwej konkurencji między wykonawcami, a także uniemożliwia dokonanie przez zamawiającego oceny zastosowania przez któregośkolwiek z wykonawców rażąco niskiej ceny. W szczególności podnieść należy, iż w dziale XII SWZ zamawiający, wskazując sposób obliczenia ceny, zobowiązał wykonawców do uwzględnienia w kosztorysie wszystkich pozycji przedmiarowych opisanych w formularzu cenowym, nie ograniczając jednoznacznie możliwości dopisywania przez wykonawców pozycji dodatkowych. Nie wskazał także, w których pozycjach należy uwzględnić prace wynikające z odpowiedzi zamawiającego na pytania, co było konieczne choćby z uwagi na fakt, że niektóre z tychże prac nie miały odpowiedników w istniejących pozycjach kosztorysowych. Powodowało to całkowitą dowolność wykonawców w tym względzie, a ta z kolei prowadziła do braku możliwości rzetelnego porównania ofert.

W związku z powyższym zamawiający postanawia unieważnić postępowanie ze względu na wadę niemożliwą do usunięcia. Zamawiający podejmie działania mające na celu ustalenie jasnych i jednoznacznych zasad dotyczących uwzględniania robót wynikających z odpowiedzi na pytania w ofertach oraz ponownie ogłosi postępowanie w celu zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania dla wszystkich wykonawców.

Osią sporu między Stronami była ocena czy nie sprecyzowanie przez Zamawiającego w jaki sposób powinny zostać uwzględnione w ofertach wykonawców roboty budowlane, które nie były uwzględnione w kosztorysach ofertowych, 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 zasługiwało na uwzględnienie.

Zarzut nr 1 i nr 2 – naruszenie art. 255 pkt 6) ustawy Pzp oraz art. 260 ust. 1 ustawy Pzp

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia wskazać należy, że art. 260 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Nie ulega wątpliwości, że uzasadnienie faktyczne i prawne czynności unieważnienia postępowania ma bardzo istotne znaczenie, ponieważ to właśnie na podstawie uzasadnienia wykonawcy oceniają, czy unieważnienie postępowania jest zasadne. Uzasadnienie powinno być szczegółowe i wskazywać co legło u podstaw takiej decyzji zamawiającego. W przedmiotowej sprawie Zamawiający wskazał, że konsekwencją braku sprecyzowania w jaki sposób roboty powinny zostać uwzględnione w ofertach wykonawców, jest ujęcie ich w różnych pozycjach kosztorysu. Powyższe spowodowało brak porównywalności ofert. Dalej, Zamawiający wskazał, że ww. sytuacja może prowadzić do nieuczciwej konkurencji między wykonawcami, a także uniemożliwia dokonanie przez zamawiającego oceny zastosowania przez któregośkolwiek z wykonawców rażąco niskiej ceny. Zamawiający w uzasadnieniu nie wyjaśnia w czym dokładnie upatruje tej nieporównywalności, dlaczego nie ma możliwości porównania ofert, w szczególności w sytuacji zastosowania przez Zamawiającego procedury z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Twierdzenia Zamawiającego dotyczące braku możliwości oceny czy oferta któregośkolwiek z wykonawców nie zawiera rażąco niskie ceny nie zasługują na aprobatę. Zamawiający podczas rozprawy potwierdził, że nie zachodzą przesłanki ustawowe do wezwania wykonawców do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu.

Zamawiający nawet nie próbował wykazać, że dodatkowe roboty stanowią istotną część składową ceny lub kosztu. Rolą Izby nie jest poszukiwanie argumentacji na potwierdzenie przytoczonych przez Zamawiającego twierdzeń.

Abstrahując od powyższego, Zamawiający przecież posiada wiedzę w których pozycjach zostały uwzględnione dodatkowe roboty zarówno przez Odwołującego jak i wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim.

Zgodnie z art. 255 pkt 6) ustawy Pzp *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: postępowanie obciążone jest niemożliwością do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.* Co za tym idzie, unieważnienie postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6) ustawy Pzp może mieć miejsce wyłącznie w sytuacji, gdy wystąpi naruszenie przepisów ustawy (wada postępowania), jest ona niemożliwa do usunięcia, a przez to uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. Powyższego Zamawiający nie wykazał.

Niejako na marginesie, nie każde naruszenie przepisów ustawy, nawet jeśli nie jest możliwe do usunięcia, stanowi okoliczność uzasadniającą unieważnienie umowy.

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

Zarzut nr 3 – naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp jako wynikowy w stosunku do zarzutu oznaczonego jako 1 i 2 w petitum odwołania należało uznać za zasadny.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1) w związku z § 2 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1) lit. a), ust. 2 lit. b) 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: