

WYROK

Warszawa, dnia 7 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Adriana Urbanik

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2024 r. przez wykonawcę Tronus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Ogrodzieniec

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, dokonanie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciążyć zamawiającego Gminę Ogrodzieniec i:
 - 2.1. zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę
15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Tronus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie
tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądzić od zamawiającego Gminy Ogrodzieniec (Plac Wolności 25, 42-440 Ogrodzieniec) na rzecz odwołującego Tronus Polska Sp. z o.o. (ul. Ordona 2a, 01-237 Warszawa) kwotę 18 725 zł 75 gr (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset dwadzieścia pięć złotych siedemdziesiąt pięć groszy) obejmującą kwotę uiszczoną przez odwołującego wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i rozprawę.

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 466/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Modernizacja infrastruktury turystyczno-kulturalnej w Gminie Ogrodzieniec”, nr referencyjny: ZP.271.2.38.2023, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29.12.2023 r. pod nr S251/2023 00794706 przez **Gminę Ogrodzieniec, Plac Wolności 25, 42-440 Ogrodzieniec** zwaną dalej: „Zamawiającym”.

Do wyżej wymienionego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, z późn. zm.), dalej „ustawy Pzp”.

Dnia 12.02.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie złożył wykonawca **TRONUS POLSKA Sp. z o.o., ul. Ordona 2a, 01-237 Warszawa**, zwany dalej także „Odwołującym”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 255 pkt 6 w zw. z art. 260 ust. 1 ustawy pzp – poprzez unieważnienie postępowania, pomimo, iż nie wystąpiła niemożliwa do usunięcia wada postępowania, która uniemożliwiałaby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a ponadto uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania jest dokonane w sposób ogólnikowy, nie dający możliwości jednoznacznego ustalenia tego, jakie przyczyny faktyczne i prawne decydować miały o zasadności unieważnienia.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
- 2) dokonanie czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający w dniu 14.02.2024 r. (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej na Platformie e-zamówienia) wezwał wraz kopia odwołania, uczestników postępowania

do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

W dniu 04.03.2024 r. odpowiedź na odwołanie wniósł środkami komunikacji elektronicznej Zamawiający (oryginał pisma złożył na rozprawie w dniu 05.03.2024 r.), w której w szczególności wniósł o oddalenie odwołania w całości, obciążenie Odwołującego kosztami postępowania w sprawie, w tym kosztami zastępstwa prawnego.

W dniu 05.03.2024 r. podczas rozprawy w szczególności:

- 1) Zamawiający podtrzymał stanowisko jak w odpowiedzi na odwołanie, złożył wniosek o zasądzenie kosztów postępowania (fakturę z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika);
- 2) Odwołujący podtrzymał stanowisko jak w odwołaniu, złożył wniosek o zasądzenie kosztów postępowania wraz z fakturą z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i bilety PKP tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi w postępowaniu odwoławczym dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp, zaś wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 ustawy Pzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego, a także zawnioskowane w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, złożone przez strony na rozprawie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, to jest odwołania, odpowiedzi na odwołanie, oraz stanowiska i oświadczenia stron, złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W SWZ:

1) w pkt IV. Opis przedmiotu zamówienia w ppkt 1-3:

1. A. Na terenie Zamku Ogródzienieckiego w Podzamczu:

1) dostawa i montaż hali namiotowej oraz wykonanie zasilania wewnętrznego i oświetlenia w hali.

2) dostawa:

a) czterech fabrycznie nowych elektrycznych pojazdów wolnobieżnych, w tym:

• 2 pojazdy 2-osobowe z zamkniętą zabudową bagażową;

• 1 pojazd 23-osobowy z zamkniętą kabiną pasażerską;

• 1 pojazd 4-osobowy z zamontowaną skrzynią (box);

b) urządzeń gastronomicznych, zastawy stołowej i akcesoriów kuchennych;

c) dwóch przyczep gastronomicznych;

d) przyczepy z toaletami;

e) dwóch kontenerów sanitarnych jednokabinowych (przenośnych toalet);

f) mebli bankietowych wraz z akcesoriami;

g) sprzętu multimedialnego z osprzętem;

3) wykonanie rozdzielni zewnętrznej wraz z instalacją zasilającą według załączonej dokumentacji.

B. Na terenie Ośrodka Rekreacyjno-Wypoczynkowego „Krępa” w Ogródzieńcu: wykonanie w formie zaprojektuj i wybuduj kontenera gastronomicznego zgodnie z wytycznymi zawartymi w PFU.

2. Szczegółowy opis zawiera Załącznik nr 1 do SWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia).

3. Wykonawca udzieli Zamawiającemu gwarancji i rękojmi:

a) na montaż i elementy hali: 36 miesięcy od daty podpisania protokołu odbioru końcowego;

b) na roboty budowlane: 36 miesięcy od daty podpisania protokołu odbioru końcowego;

c) na pozostały asortyment: 24 miesiące od daty podpisania protokołu odbioru końcowego.”;

2) w pkt V. Termin wykonania zamówienia:

„Termin wykonania przedmiotu zamówienia:

- dostawa elektrycznych pojazdów wolnobieżnych, wykonanie kontenera gastronomicznego w formie „zaprojektuj i wybuduj” w Ośrodku Rekreacyjno-Wypoczynkowym „Krępa” - do 6 miesięcy od dnia podpisania umowy;
- dostawa wyposażenia gastronomicznego, zastawy stołowej i sztućców, przyczep gastronomicznych, przyczepy z toaletami, wyposażenia meblowego i dekoracyjnego do hali, dostawa sprzętu multimedialnego, dostawa jednokabinowych kontenerów sanitarnych (toalet przenośnych) - do 3 miesięcy od dnia podpisania umowy;
- dostawa i montaż hali wraz z wykonaniem zasilania wewnętrznego i oświetlenia, wykonanie rozdzielni zewnętrznej - do 3 miesięcy od dnia podpisania umowy,
z zastrzeżeniem, że termin wykonania zamówienia może ulec wydłużeniu w przypadku przedłużających się badań archeologicznych.”;

3) w pkt XVI. Sposób obliczenia ceny:

1. Wykonawca poda cenę ryczałtową oferty w Formularzu Ofertowym sporządzonym według wzoru stanowiącego Załącznik Nr 3 do SWZ, jako cenę brutto [z uwzględnieniem kwoty podatku od towarów i usług (VAT)] z wyszczególnieniem stawki podatku od towarów i usług (VAT).
2. Cena musi być wyrażona w złotych polskich (PLN), z dokładnością nie większą niż dwa miejsca po przecinku.
3. Cenę ofertową należy obliczyć na podstawie wszystkich dokumentów zamówienia,
w szczególności: opisu przedmiotu zamówienia z Załącznika nr 1, dokumentacji
i rysunków oraz warunków umowy. Cena ofertowa winna obejmować wszystkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia, zgodnie
z obowiązującymi przepisami.
4. Wykonawca poda w Formularzu Ofertowym stawkę podatku od towarów i usług (VAT) właściwą dla przedmiotu zamówienia, obowiązującą według stanu prawnego na dzień składania ofert. Określenie ceny ofertowej z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług (VAT) potraktowane będzie jako błąd w obliczeniu ceny
i spowoduje odrzucenie oferty, jeżeli nie zajdą ustawowe przesłanki omyłki.
5. Rozliczenia między Zamawiającym a Wykonawcą będą prowadzone w złotych polskich (PLN).”;

3) w załączniku nr 1 do SWZ Opis przedmiotu zamówienia w pkt 1 i 15:

„1. Dostawa i montaż hali namiotowej.

Zamawiający wymaga wykonania zasilania wewnętrznego i oświetlenia w hali.

- rozmiar hali: 10 x 20 x 3 m (szer. x dł. x wys.),
- dodatkowy moduł 10 x 10 x 3 m (kompatybilny z dostarczaną halą) - Wykonawca zapewni przechowanie dodatkowego modułu hali w swoim magazynie przez rok od dnia dostawy i montażu podstawowej części hali,
- konstrukcja aluminiowo-stalowa,
- elementy łączników i płatwi ze stali ocynkowanej ogniowo ,
- dach i ściany wykonane z materiału plandekowego gramatura min. 650 g/m², pokryte obustronnie warstwą PCV w kolorze białym, dach z atestem trudnopalności,
- podłoga na stelażu stalowo-aluminiowym na całej powierzchni hali, wypełniona podestami drewnianymi, lakierowana lub impregnowana sklejką wodoodporną, z możliwością mobilnego składania segmentowego
- dodatkowe, kompletne, transparentne poszycie hali,
- dodatkowa mobilna przegroda w razie konieczności podzielenia hali na dwie części wewnątrz,
- wyposażenie w dodatkowe stopy pod słupy w razie potrzeby montażu hali na innym gruncie, bez podłogi.
- podest sceniczny o wym. 4x8 m wykonany z aluminiowego profilu z regulowaną wysokością,
- 6 szt. klimatyzatorów przypodłogowo-podsufitowych mobilnych (np. kółka i uchwyty do przenoszenia), o mocy 7-10 kW, z funkcją grzania, zakres temperatury 16-30 stopni C, o przyłączy 230W, minimalnym przepływie powietrza 1500 m³/h w jednostce wewnętrznej,
- 2 szt. podjazdów platformowych dla osób niepełnosprawnych o szer. 2m, podjazdy demontowalne,
- 2 szt. bram do hali,
- 2 szt. drzwi zewnętrznych dwuskrzydłowych PCV w kolorze białym, wypełnionych szklaną szybą.

Zamawiający wymaga montażu hali na okres wskazany w pozwoleniach i jej demontaż oraz przechowywanie hali przez Wykonawcę do czasu ponownego montażu w miejscu wskazanym przez Zamawiającego.

15. Wykonanie kontenera gastronomicznego w formie „zaprojektuj i wybuduj” zgodnie z załączonym PFU w lokalizacji Ośrodek Rekreacyjno-Wypoczynkowy „Krępa” w Ogrodzieńcu - bez wyposażenia gastronomicznego.”;

4) w załączniku nr 7 do SWZ Dokumentacja i rysunki Opracowanie 2.2. i 2.3.:

„2.2. NAWIERZCHNIA POD HALĘ NAMIOTOWĄ.

Projektowane jest niewielkie wyrównanie istniejącego terenu w warstwie humusu do głębokości ok. 10-15 cm.

Nie projektuje się nawierzchni utwardzonych, montaż hali namiotowej bezpośrednio na istniejącym gruncie, przy pomocy systemowych kotwien (szpilek) stosowanych przez producenta hali.

Nawierzchnia przeznaczona do wyrównania w warstwie humusu o powierzchni 231,0 m².

2.3. HALA NAMIOTOWA

Hala namiotowa, w konstrukcji umożliwiającej sezonowy demontaż i przechowywanie w okresie zimowym.

Hala wyposażona w instalacje umożliwiające podłączenie oświetlenia i przenośnych urządzeń grzewczych.

Parametry hali namiotowej:

- rozmiar hali 10 x 20 x 3 m (szer. x dł. x wys.),
- powierzchnia 200,0 m²,
- konstrukcja aluminiowo-stalowa,
- elementy łączników i płatwi ze stali ocynkowanej ogniowo,
- dach i ściany wykonane z materiału plandekowego gramatura min. 650 g/m², pokryte obustronnie warstwą PCV w kolorze białym, dach z atestem trudnopalności,
- podłoga na stelażu stalowo-aluminiowym na całej powierzchni hali, wypełniona podestami drewnianymi, lakierowana lub impregnowana sklejką wodoodporną, z możliwością mobilnego składania segmentowego
- dodatkowe, kompletne, transparentne poszycie hali,
- dodatkowa mobilna przegroda w razie konieczności podzielenia hali na dwie części wewnątrz,
- 2 szt. bram do hali,
- 2 szt. drzwi zewnętrznych dwuskrzydłowych PCV w kolorze białym, wypełnionych szklaną szybą,

Wyposażenie hali namiotowej:

- 6 szt. klimatyzatorów przypodłogowo-podsufitowych mobilnych (np. kółka i uchwyty do przenoszenia), o mocy 7-10 kW, z funkcją grzania, zakres temperatury 16-30 stopni C, o przyłączu 230W, minimalnym przepływie powietrza 1500 m³/h w jednostce wewnętrznej,
- 2 szt. podjazdów platformowych dla osób niepełnosprawnych o szer. 2m, podjazdy demontowalne,
- wyposażenie w dodatkowe stopy pod słupy w razie potrzeby montażu hali na innym gruncie, bez podłogi,
- podest sceniczny o wym. 4x8 m wykonany z aluminiowego profilu z regulowaną wysokością.”.

W dniu 31.01.2024 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. W uzasadnieniu podał: „Zamawiający – Gmina Ogrodzieniec zawiadamia o unieważnieniu postępowania, którego wartość jest równa lub przekracza progi unijne, bowiem postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przedmiotem zamówienia była: dostawa i montaż hali namiotowej; dostawa: czterech fabrycznie nowych elektrycznych pojazdów wolnobieżnych, urządzeń gastronomicznych, zastawy stołowej i akcesoriów kuchennych, dwóch przyczep gastronomicznych, przyczepy z toaletami, dwóch kontenerów sanitarnych jednokabinowych, mebli bankietowych wraz z akcesoriami, sprzętu multimedialnego z osprzętem, wykonanie rozdzielni zewnętrznej wraz z instalacją zasilającą oraz wykonanie w formie zaprojektuj

i wybuduj kontenera gastronomicznego. W Formularzu ofertowym Zamawiający omyłkowo wpisał pozycję „Roboty budowlane - wykonanie nawierzchni pod halę”, która nie była przedmiotem niniejszego postępowania, zamiast „Wykonanie kontenera gastronomicznego

w formie „zaprojektuj i wybuduj””. Zamawiający dokonał otwarcia i badania ofert, z którego wynika, że dwóch wykonawców w swoich ofertach wyceniło pozycję „Roboty budowlane - wykonanie nawierzchni pod halę”, natomiast jeden wykonawca zmienił w/w pozycję

na „Wykonanie kontenera gastronomicznego w formie „zaprojektuj i wybuduj””. W związku

z powyższym, niemożliwym staje się porównanie ofert złożonych przez wykonawców, ponieważ albo zostały wycenione roboty niezwiązane z przedmiotem niniejszego postępowania albo wykonawca samodzielnie zmienił pozycję, jaką należało wycenić w ofercie.

Uchybienie polegające na omyłkowym wpisaniu pozycji w Formularzu ofertowym nie zostało usunięte w trakcie postępowania a obecny stan faktyczny powoduje, że wada ta przybrała charakter nieusuwalny po upływie terminu składania ofert. Z tych też względów, postępowanie obciążone jest nieusuwalną wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w zakresie prowadzonego postępowania.”.

Na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp: „Zamawiający unieważnia postępowanie

o udzielenie zamówienia, jeżeli: 6) postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;”.

Spór dotyczył tego, czy Formularz ofertowy zasadnie uwzględniał w swojej treści wykonanie nawierzchni pod halę i czy uwzględniał możliwość wyceny kontenera gastronomicznego w odniesieniu do SWZ - OPZ.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 ustawy Pzp), oceniając wiarygodność i moc

dowodową po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału dowodowego (art. 542 ust. 1 ustawy Pzp), Izba stwierdziła, co następuje.

Odwolujący w ocenie Izby wykazał skutecznie zasadność zarzutu odwołania.

#x200e

Odnosnie zarzutu (podany wyżej) w ocenie Izby zarzut potwierdził się.

Zamawiający wyjaśniając w szczególności na rozprawie, unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia na tej podstawie, że w nowo rozpisany postępowaniu po nieskutecznym zakończeniu poprzedniego postępowania (nie zawarto umowy) omyłkowo nie uwzględnił zmiany w formularzu ofertowym, polegającej na tym, że nie uwzględnił w nim miejsca na wycenę wykonania kontenera gastronomicznego, a omyłkowo pozostawił miejsce na wycenę wykonania robót budowlanych - nawierzchni pod halę. Pozostawił zatem formularz ofertowy nie zmieniony jak w poprzednim postępowaniu, a zmienił opis przedmiotu zamówienia, gdyż zmienioną decyzją konserwatora zabytków nie miała być wykonana nawierzchnia pod halę w pierwotnym zakresie (Zamawiający pierwotnie planował wykonanie ław fundamentowych, posypki z kruszywa, a Konserwator zabytków na to się nie zgodził). Zamawiający także wobec tego, że jeden z wykonawców, który złożył ofertę, brał udział w poprzednim postępowaniu i miał wiedzę co do zmiany opisu przedmiotu zamówienia, dokonał w Formularzu oferty zmiany, polegającej na wykreśleniu pozycji dotyczącej wykonania robót budowlanych - nawierzchni pod halę, a w to miejsce wpisał pozycję odnoszącą się do wyceny przedmiotu zamówienia dotyczącego kontenera gastronomicznego. Zamawiający na rozprawie także podniósł, że nie wiadomo czy cena ofert pozostałych wykonawców uwzględniała wycenę wykonania zamówienia dotyczącego kontenera gastronomicznego (w formie „zaprojektuj i wybuduj”). Podniósł także, że w związku z powyższym oferty są nieporównywalne, a przyczynę takiego stanu rzeczy upatruje w omyłce Zamawiającego, który zmieniając opis przedmiotu zamówienia nie zmienił odpowiednio treści formularza ofertowego.

W ocenie Izby, należy zauważyć, że poprzednio prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia nie ma wpływu na obecne, będące przedmiotem postępowania odwoławczego, skoro w treści SWZ Zamawiający nie nawiązał do poprzedniego postępowania, a powyższe twierdzenia Zamawiającego można potraktować jako przedstawienie rysu historycznego i przyczyny jego czynności w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Intencje Zamawiającego niewyrażone treścią SWZ co do zmiany Formularza ofertowego również pozostają bez znaczenia, bowiem w obecnym postępowaniu o udzielenie zamówienia można stwierdzić, iż treść SWZ pozwala na uzyskanie ofert, uwzględniających całość oczekiwanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia, opisanego w SWZ (w tym w OPZ) i jego wycenę w niezmienionym Formularzu ofertowym.

Po pierwsze należy zauważyć, iż SWZ zawiera w swej treści wymaganie wykonania nawierzchni pod halę (Załącznik nr 7 do SWZ, w szczególności w części opisowej projektu architektoniczno-budowlanego (PAB) pkt 2.2, w projekcie zagospodarowania terenu (PZT)

pkt 3.2.2.). Zamawiający podniósł na rozprawie fakt wpływający na konieczność zmiany Formularza ofertowego - zmianę decyzji nr K/1026/2023 Śląskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w Katowicach, a zmiana ta odnosi się do decyzji nr K/1117/2023 Śląskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w Katowicach, pkt 2 lit. d (obie decyzje przekazane w dokumentacji zamówienia), i w istocie utrzymuje decyzję co do pozwolenia prowadzenia prac ziemnych w warstwie humusu do maksymalnej głębokości 10-15 cm, a więc jej nieutwardzonego charakteru – zmiana decyzji określa zawężająco obszar nawierzchni – obecnie „w obrębie posadowienia hali namiotowej oraz projektowanych tras kablowych do głębokości 70 cm”, który nie został jednak wskazany w zawiadomieniu

o unieważnieniu postępowania. Samo sformułowanie „Roboty budowlane – wykonanie nawierzchni pod halę” w Formularzu ofertowym nie stanowi w ocenie Izby powodu, aby uznać,

że postępowanie obarczone jest wadą o takim znaczeniu, że konieczne jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż Zamawiający zarówno

w Formularzu ofertowym, jak i SWZ (OPZ), wskazał na konieczność wykonania

i wyceny nawierzchni pod halę, a SWZ (OPZ) doprecyzowało zakres tego zamówienia w części opisowej projektu architektoniczno-budowlanego (PAB) pkt 2.2. Nawierzchnia pod halę: „Projektowane jest niewielkie wyrównanie istniejącego terenu w warstwie humusu

do głębokości ok. 10-15 cm. Nie projektuje się nawierzchni utwardzonych, montaż hali namiotowej bezpośrednio na istniejącym gruncie, przy pomocy systemowych kotwień (szpilek) stosowanych przez producenta hali. Nawierzchnia przeznaczona do wyrównania w warstwie humusu o powierzchni 231,0 m².”.

Po drugie należy zauważyć, że opis przedmiotu zamówienia zawiera w swej treści wymóg dotyczący wykonania

zamówienia dotyczącego kontenera gastronomicznego
(w szczególności pkt IV i V SWZ).

Po trzecie zaś należy zauważyć, że w formularzu oferty przewidziano w ostatnim wierszu tabeli Formularza ofertowego wycenę pozycji „Pozostały zakres przedmiotu zamówienia”.

Zamawiający uzasadniał stanowisko w sprawie zasadności unieważnienia postępowania tym, że nie wie czy w cenie ofert pozostali wykonawcy oprócz tego, który poprawił Formularz cenowy, zawarli w cenie oferty również cenę wykonania kontenera gastronomicznego, a jak wskazać należy ceny ofert kształtowały się następująco:

1) oferta Mantis Ł.B., ul. Dworska 64/9, 15-756 Białystok

z poprawionym Formularzem oferty i uwzględnieniem wprost wyceny zamówienia dotyczącego wykonania kontenera gastronomicznego – najtańsza cena: 2 795 644,86 zł, w tym za wykonanie kontenera gastronomicznego: 242 064,00 zł i za Pozostały zakres przedmiotu zamówienia: 59 888,70 zł;

2) oferta Odwołującego – cena: 2 799 549,72 zł, w tym za wykonanie nawierzchni pod halę: 102 461,80 zł i za Pozostały zakres przedmiotu zamówienia: 154 034,25 zł;

3) oferta TORO Sp. z o.o., Breń 64a, 33-140 Lisia Góra – cena: 3 027 829,50 zł,

w tym za wykonanie nawierzchni pod halę: 36 900 zł i za Pozostały zakres przedmiotu zamówienia: 307 500,00 zł.

W ocenie Izby, dzielając stanowisko Odwołującego, należy stwierdzić, że Zamawiający nie miał uzasadnienia aby unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, ponieważ postępowanie nie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pomimo, jak twierdzi Zamawiający, omyłki w redakcji treści Formularza ofertowego w odniesieniu do SWZ – OPZ, to w istocie Formularz ofertowy umożliwił wykonawcom wycenę całości przedmiotu zamówienia, a w szczególności wykonania kontenera gastronomicznego w tabeli w wierszu „Pozostały zakres przedmiotu zamówienia”. Zgodzić należy się z Odwołującym, że opis tej pozycji nie budził wątpliwości, że była to pozycja otwarta, w której wycenione miały być wszelkie prace, których nie objęły wcześniej wyszczególnione pozycje w Formularzu ofertowym. Jeśli Zamawiający nie miał pewności, czy w cenie ofert zawarto wycenę wykonania kontenera gastronomicznego, to mógł zwrócić się do wykonawców o wyjaśnienie treści ofert. Izba zauważa, że w postępowaniu złożono oferty w odpowiedzi na SWZ, w której przedmiot zamówienia uwzględniał wykonanie kontenera gastronomicznego, a w Formularzu ofertowym Zamawiający nie wyspecyfikował odrębnie do wyceny wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia, a uwzględnił w nim miejsce na wycenę niewyspecyfikowanego przedmiotu zamówienia, ale objętego SWZ (OPZ) w wierszu „Pozostały zakres przedmiotu zamówienia”. W rezultacie powyższego w postępowaniu otrzymał ofertę, która odrębnie uwzględniała cenę za wykonanie kontenera gastronomicznego i oferty, które zgodnie ze wzorem Formularza ofertowego nie wskazywały odrębnej wyceny wykonania kontenera gastronomicznego, jednakże także jak w ofercie najtańszej zawierały pozycję odnoszącą się do niewyspecyfikowanego szczegółowo przedmiotu zamówienia w wierszu „Pozostały zakres przedmiotu zamówienia”.

Należy zauważyć, że cena oferty uwzględniającej odrębną wycenę wykonania kontenera gastronomicznego jest ceną najniższą wśród cen ofert złożonych w postępowaniu. Niezrozumiała jest zatem argumentacja Zamawiającego, że oferty, z wyłączeniem oferty

z najniższą ceną nie mogą uwzględniać w wycenie ceny za wykonanie kontenera gastronomicznego. Zgodzić się należy z Odwołującym, że „Zamawiający nie przeprowadził nawet żadnych wyjaśnień i nie ustalił, aby którykolwiek z wykonawców składając ofertę nie wycenił prac dot. zaprojektowania i wykonania kontenera. Wskazane przez Zamawiającego ma więc znaczenie czysto hipotetyczne, a nie konkretne. Nie może więc stanowić powodu unieważnienia postępowania.”.

Biorąc pod uwagę powyższe decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania była w ocenie Izby przedwczesna, bowiem nie ziściły się przesłanki do zastosowania art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, w szczególności co do wady postępowania, a Zamawiający powinien dokonać czynności badania ofert i rozważyć wezwanie do wyjaśnienia treści czy ceny złożonych ofert, jeśli powziął co do nich wątpliwości, aby upewnić się co do uwzględnienia w ofertach wyceny (jej prawidłowości) wszystkich elementów przedmiotu zamówienia, w tym wykonania kontenera gastronomicznego.

Zamawiający zatem naruszył zarzucane mu w odwołaniu przepisy ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp oraz orzekła

jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie , art. 574 i ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U.). Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000,00 zł i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego. Wobec uwzględnienia odwołania w całości koszty ponosi Zamawiający. Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania, to jest koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie, rozprawę (125,75 zł) i wynagrodzenia pełnomocnika we wnioskowanej wysokości (3 600,00 zł), na podstawie wniosku Odwołującego o zasądzenie tych kosztów i złożonej faktury oraz biletów PKP .

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....