

WYROK

Warszawa, dnia 29 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 marca 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2024 roku przez wykonawcę: NDS System sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Polkowice

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu – Gminie Polkowice unieważnienie czynności unieważnienia postępowania z dnia 13 marca 2024 roku oraz dokonanie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Gminę Polkowice i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę NDS System sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego: Gminy Polkowice na rzecz wykonawcy: NDS System sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego w związku z uiszczonym wpisem od odwołania.

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:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Polkowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, na realizację zadania pn.: „*Budowa sieci światłowodowej na terenie gminy Polkowice – I etap – budowa*” - w formule *zaprojektuj i wybuduj*, numer referencyjny: ZP.271.7.2024.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 lutego 2024 r., numer: 2024/BZP 00209179. Wartość zamówienia nie przekracza progów uniijnych, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Wykonawca NDS System Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 18 marca 2024 roku wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, a polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 255 pkt 6 Pzp w związku z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez unieważnienie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, pomimo iż nie jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego a Zamawiający może zawrzeć prawidłowo umowę w sprawie zamówienia publicznego;
- 2) art. 457 ust. 1 Pzp poprzez pominięcie tego przepisu w podstawie prawnej informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 13 marca 2024 r. w sprawie udzielenia zamówienia;
- 3) art. 260 ust. 1 Pzp w związku z art. 255 pkt 6 Pzp poprzez niewykazanie w informacji o unieważnieniu postępowania z

dnia 13 marca 2024 r., że stwierdzona przez Zamawiającego wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

4) art. 16 pkt 1 Pzp poprzez dowolne i bezpodstawne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, które poprzez ujawnienie oferty Odwołującego i innych wykonawców a następnie unieważnienie postępowania skutkuje naruszeniem zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 13 marca 2024 r. w przedmiocie unieważnienia postępowania o numerze w Biuletynie Zamówienie Publicznym: 2024/BZP 00209179/01 i numerze referencyjnym ZP.271.7.2024, którego przedmiotem było udzielenie zamówienia;
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności badania i oceny ofert dot. zamówienia z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w wysokości wynikającej z przepisów prawa.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podnosił co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący zauważył, że ponowne ogłoszenie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia o tym samym przedmiocie naruszy zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż pozostali wykonawcy poznali cenę zaoferowaną przez Odwołującego i w następnym postępowaniu mogą złożyć oferty o niższej cenie niż ta złożona przez Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego, drobne błędy Zamawiającego w zakresie rozbieżności wzoru umowy a formularza ofertowego mają marginalne znaczenie dla rozstrzygnięcia postępowania i nie mogą być podstawą do unieważnienia postępowania. Ewentualna zmiana umowy w zakresie określonym przez Zamawiającego w informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 13 marca 2024 r. nie stanowi istotnej zmiany umowy określonej w art. 454 Pzp i nie wymaga przeprowadzenia nowego postępowania. Odwołujący podkreślił, że podstawowym kryterium rozstrzygającym o wyniku postępowania była cena wykonania całości Zamówienia oraz okres udzielonej gwarancji jakości na przedmiot zamówienia. Natomiast, aby unieważnić postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego takie postępowanie musi być obciążone wadą o istotnym znaczeniu.

Według Odwołującego, za chybioną należy uznać argumentację zawartą w informacji o unieważnieniu postępowania, gdzie jako główny argument unieważnienia postępowania wskazuje się fakt, że ze względu „na różny sposób podania przez Wykonawców cen ofert w podziale na wartości dokumentacji technicznych i robót budowlanych” brak jest możliwości porównania ofert poszczególnych Wykonawców, czy że „brak jest możliwości dokonania jednoznacznej oceny ofert pod kątem spełniania wymagań określonych w specyfikacji w zakresie zaoferowania przedmiotu zamówienia i oceny kryterium cenowego”. Odwołujący stwierdził, iż takie argumenty nie mogą odnieść skutku co do unieważnienia postępowania w sytuacji, w której decydującym czynnikiem jest cena za całość Zamówienia (projekt + budowa) i okres udzielonej gwarancji jakości. Podział przez wykonawców kwot wynagrodzenia za poszczególne etapy i nawet rozbieżność między treścią wzoru umowy a formularzem ofertowym ma drugorzędne znaczenie, i może ulec naprawieniu w drodze instytucji nieistotnej zmiany umowy przewidzianej w Pzp. Podanie zawyżonej wartości dokumentacji projektowej przez jednego z wykonawców nie może być podstawą do unieważnienia postępowania.

Odwołujący zauważył, że specyfika rynku budowlanego opiera się na tym, że zazwyczaj większość wartości wynagrodzenia wykonawcy zawiera się w etapie obejmującym roboty budowlane. Podanie dużej części wynagrodzenia za wykonanie części projektowej przez jednego z wykonawców nie może być podstawą do unieważnienia, ale co najwyżej do odrzucenia oferty danego wykonawcy, który podaje znacznie zawyżoną cenę rynkową za wykonanie dokumentacji technicznej i zaniżoną cenę rynkową za roboty budowlane.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w dniu 13 marca 2024 r. przesłał do wykonawców informację o unieważnieniu postępowania powołując się na to, że:

- 1) brak jest możliwości porównania ofert, z uwagi na różny sposób podania przez Wykonawców cen ofert w podziale na wartości dokumentacji technicznych i robót budowlanych;
- 2) projektowane postanowienia umowy zawarte we wzorze umowy, stanowiącym Załącznik nr 9 do SWZ, są niezgodne z art. 442 ust. 4 i 5 Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 255 pkt 6 Pzp w związku z art. 16 pkt 1 Pzp:

Odwołujący podnosił, że Zamawiający unieważniając postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp w związku z art. 16 pkt 1 Pzp dopuścił się naruszenia tego przepisu, gdyż to postępowanie nie jest

obarczone wadami niemożliwymi do usunięcia. Zamawiający wskazał jako podstawę unieważnienia postępowania okoliczność, że formularz ofertowy udostępniony w postępowaniu przewidywał podanie jednej ceny ryczałtowej brutto, która miała zostać podzielona na dwa elementy: cenę ryczałtową brutto za wykonanie dokumentacji projektowej oraz cenę ryczałtową brutto za wykonanie robót budowlanych, natomiast załącznik nr 9 do SWZ (wzór umowy) przewidywał następujący podział wartości za poszczególne etapy robót:

- wartość Etapu I (wykonanie dokumentacji technicznej) wynosząca 40% wysokości wynagrodzenia łącznego,
- wartość Etapu II (uzyskanie w imieniu Zamawiającego niezbędnych, ostatecznych decyzji administracyjnych umożliwiających rozpoczęcie wykonywania robót budowlanych) wynosząca 10% wysokości wynagrodzenia łącznego oraz
- wartość Etapu III (wykonanie robót budowlanych wg opracowanej dokumentacji projektowej i wydanych decyzji administracyjnych i uzgodnień) wynosząca 50% wysokości wynagrodzenia łącznego.

Odwolujący zauważył, iż taki podział rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy w umowie może zostać skorygowany poprzez jej zmianę uwzględniając także to, że uzyskanie w imieniu Zamawiającego niezbędnych, ostatecznych decyzji administracyjnych umożliwiających rozpoczęcie wykonywania robót budowlanych zawsze mieści się w obowiązках projektanta budowlanego związanych z przygotowaniem dokumentacji projektowej (tutaj nazywanej techniczną). Wskazał też, że sam rozkład procentowy wynagrodzenia wykonawcy za poszczególne etapy we wzorze umowy także może zostać skorygowany poprzez jej stosowną zmianę mając na względzie to, że jednym z kryteriów wyboru ofert jest wyłącznie wartość całkowita zamówienia. Odwołujący podkreślił, iż kwota podana za poszczególne etapy nie jest uwzględniona w jakimkolwiek wzorze w Specyfikacji Warunków Zamówienia, który stanowiłby podstawę różnicowania wyboru wykonawców (jak np. wyższa waga za cenę podaną z tytułu wykonania robót budowlanych i niższa waga za wykonanie dokumentacji technicznej). Zdaniem Odwołującego, skoro z punktu widzenia Zamawiającego istotne znaczenia ma tylko cena wykonania całości Zamówienia i okres udzielonej gwarancji jakości, to zróżnicowanie podziału rozliczeń poszczególnych etapów we wzorze umowy (jak i ich większa ilość) nie może być podstawą unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. W ocenie Odwołującego, jest to wada o marginalnym znaczeniu, która nie ma wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie.

W dalszej kolejności Odwołujący zauważył, że Zamawiający w uzasadnieniu informacji o unieważnieniu postępowania nie wykazał także związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady postępowania a brakiem możliwości zawarcia umowy o zamówienie publiczne niepodlegającej unieważnieniu. Odwołujący podniósł, iż Zamawiający powinien wskazać wadę postępowania, wykazać na czym ona polega i dlaczego nie jest możliwa do usunięcia oraz wykazać związek przyczynowy pomiędzy stwierdzoną wadą postępowania a brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, w tym wskazując spełnienie przesłanki określonej w art. 457 ust. 1 Pzp, gdyż umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w przypadkach określonych w tym przepisie.

Ponadto, Odwołujący zauważył, że Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania pominął także argumentację dotyczącą naruszenia przepisu art. 16 pkt 1 Pzp, tj. w jaki sposób formularz ofertowy narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący wskazał, że uzasadnienie w tej kwestii jest lakoniczne i opiera się wyłącznie na tym, iż Zamawiający nie może porównać ofert, ponieważ wykonawcy podali różne ceny za wykonanie dokumentacji projektowej (technicznej). Odwołujący nie zgodził się z taką argumentacją wskazując, że we wzorze do oceny ofert na stronie 40 i 41 Specyfikacji Warunków Zamówienia znajduje się tylko cena ryczałtowa brutto za całość zamówienia.

Dalej Odwołujący stwierdził, że argumentacja dotycząca ewentualnego zaliczkowania wykonawcy w odniesieniu do obecnego wzoru umowy także nie może być uznana za słuszną, gdyż w każdej chwili może ona zostać zmieniona i dostosowana do warunków zamówienia. W ocenie Odwołującego jest to nieistotna zmiana, która nie wpływa w jakikolwiek sposób na naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zdaniem Odwołującego, wszelkie rozbieżności pomiędzy wzorem umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ, a treścią formularza ofertowego, mogą zostać skorygowane po zawarciu umowy o udzielenie zamówienia w ramach przewidzianych w Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 457 ust. 1 ustawy Pzp:

Odwolujący podniósł, że w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający jest zobowiązany do dokładnego wskazania podstawy unieważnienia postępowania wraz z powołaniem podstawy prawnej i uzasadnieniem, dlaczego w przypadku braku unieważnienia doszłoby do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego podlegającej unieważnieniu na podstawie art. 457 ust. 1 Pzp. Odwołujący wskazał też, że Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania pominął przepis art. 457 ust. 1 Pzp i nie wskazał, dlaczego w przypadku

wyboru oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszłoby do zawarcia umowy o zamówienie publiczne podlegającej unieważnieniu.

Odwołujący podkreślił przy tym, iż postępowanie o udzielenie zamówienia, co do zasady, kończyć się powinno wyborem oferty najkorzystniejszej i zawarciem umowy o udzielenie zamówienia, a jego unieważnienie winno być jedynie wyjątkiem od tej zasady i jako takie, musi być dokonywane przez Zamawiającego z należytą starannością, która objawiać się powinna w pogłębionej analizie czynności podjętych w postępowaniu w kontekście zamiaru podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania, a jej wynikiem powinno być wyczerpujące uzasadnienie takiej decyzji, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli możliwość weryfikacji prawidłowości podjętej przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie uzasadnił w należyty sposób podstawy unieważnienia postępowania oraz nie wskazał, dlaczego w przypadku merytorycznego rozstrzygnięcia postępowania obarczone byłoby ono wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 260 ust. 1 Pzp w związku z art. 255 pkt 6 Pzp:

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie uzasadnił w sposób dostateczny, dlaczego unieważnił postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia. W jego ocenie, brak jest jakichkolwiek informacji dotyczących powodów, dlaczego w przypadku rozstrzygnięcia przetargu doszłoby do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu, a w szczególności, dlaczego rozbieżność w treści wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 9 do SWZ stanowi czynnik, który uniemożliwia zawarcie umowy o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podkreślił, iż to, że Zamawiający w subiektywnej opinii uważa, że nie może rozstrzygnąć wyniku postępowania o udzielenie zamówienia, w sytuacji, w której jeden lub dwóch wykonawców podało zawyżone ceny za wykonanie dokumentacji projektowej nie powinno dyskwalifikować całości postępowania. Zauważył też, że trzy z najkorzystniejszych ofert przedstawionych Zamawiającemu w postępowaniu o udzieleniu zamówienia zawierały ceny rynkowe i poprawny rozkład proporcji w zakresie wynagrodzenia za dokumentację techniczną i roboty budowlane. Odwołujący stwierdził ponadto, że w obecnej sytuacji doszło do ujawnienia cen wszystkich wykonawców konkurujących w postępowaniu, a to przekłada się na zniekształcenie zasady uczciwej konkurencji przy ponownym przetargu o udzielenie zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp:

Odwołujący stwierdził, że unieważnienie postępowania po otwarciu ofert i ujawnieniu cen wykonawców prowadzi do naruszenia określonej w Pzp zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem w przypadku ponownego ogłoszenia przetargu w sprawie udzielenia zamówienia dojdzie do zachwiania konkurencji poprzez udostępnienie cen oferowanych przez poszczególnych wykonawców i związaną z tym zmianę cen oferowanych przez dotychczasowych wykonawców jak i na wycenę przez nowych wykonawców, którzy będą chcieli wystartować w powtórzonym przetargu o udzielenie zamówienia.

Według Odwołującego, skoro Zamawiający wiedział o wadzie formularza ofertowego i rozbieżności w treści wzoru umowy to powinien unieważnić postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia przed otwarciem ofert i upublicznieniem cen oferowanych przez wykonawców. Odwołujący zauważył też, że w razie wątpliwości w zakresie zapisów SWZ, w szczególności w odniesieniu do Formularza cenowego, wykonawcy mogli zadać pytania o wyjaśnienie treści SWZ bądź zaskarżyć kwestionowaną treść SWZ. Natomiast w postępowaniu doszło jedynie do zadania pytań w odniesieniu do wniosku jednego z wykonawców o zmianę terminu wykonania dokumentacji projektowej do 10 miesięcy.

Zdaniem Odwołującego, zasady doświadczenia życiowego wskazują na to, że w obecnej sytuacji dojdzie do naruszenia zasad uczciwej konkurencji w odniesieniu do zamówienia i zaniżenia ofert przez poszczególnych wykonawców.

Reasumując Odwołujący stwierdził, że Zamawiający bezpodstawnie unieważnił postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia pomimo tego, że kryterium oceny ofert wykonawców było jasne, przejrzyste i składało się z dwóch elementów: ceny o wadze - 60 i okresu udzielonej gwarancji jakości o wadze - 40. Rzekome wady postępowania o udzielenie zamówienia wskazane przez Zamawiającego w informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 13 marca 2024 r. nie są wadami istotnymi, które są niemożliwe do usunięcia w drodze stosownej zmiany wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 9 do SWZ. Wprowadzenie zaś dodatkowych podziałów w formularzu ofertowym na wartość sporządzenia dokumentacji projektowej i robót budowlanych nie ma żadnego znaczenia przy weryfikacji i porównaniu poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie konkretnych informacji, które wykonawcy przedstawili w swoich ofertach. Dodatkowo rozbieżność w treści umowy w zakresie podziału płatności na poszczególne

etapy nie ma znaczenia w sytuacji określenia jednej ceny ryczałtowej brutto za kompletne zaprojektowanie i wybudowanie sieci światłowodowej na terenie gminy Polkowice. Dodał też, że rozdział na poszczególne etapy i związane z tym rozliczanie wynagrodzenia ma znaczenie drugo- lub trzeciorzędne dla zawarcia umowy o udzielenie zamówienia. Ponadto, Zamawiający w czytelny sposób opisał kryteria oceny ofert za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazywane przez Zamawiającego rzekome błędy dotyczące formularza ofertowego nie stanowią istotnego naruszenia przepisów ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosil jak w *petitum* odwołania.

Zamawiający w dniu 27 marca 2024 roku złożył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której wnosil o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest realizacja zadania pn.: „Budowa sieci światłowodowej na terenie gminy Polkowice – I etap – budowa” – w formule zaprojektuj i wybuduj.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie projektu i budowa sieci światłowodowej zapewniającej dostęp do usług szerokopasmowych abonentom nie ujętym w dotychczasowych inwestycjach realizowanych sieci światłowodowych na terenie gminy Polkowice w miejscowościach Biedzychowa, Pieszkowice, Żelazny Most, Dąbrowa, Tarnówek i Komorniki oraz na terenie Polkowic przede wszystkim na części os. Polanka i ul. Wojska Polskiego.

W rozdziale XIV SWZ Sposób obliczania ceny w pkt 2 Zamawiający wskazał:

„2. W każdej podlegającej rozpatrywaniu ofercie Wykonawca w Formularzu ofertowym określa ryczałtową cenę brutto w złotych polskich łącznie za całość realizacji zamówienia oraz w rozbiu na: ryczałtową cenę brutto w złotych polskich za wykonanie dokumentacji projektowej oraz ryczałtową cenę brutto w złotych polskich za wykonanie robót budowlanych. Ceny za wykonanie dokumentacji projektowej oraz robót budowlanych Wykonawca podaje w interaktywnym Formularzu ofertowym w pkt. VIII w kryterium cena – deklaracja Wykonawcy (pole interaktywne pod Informacjami dodatkowymi kryterium cena)”.

Z kolei w Rozdziale XIX Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert w pkt 1 Zamawiający podał:

„1. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami oceny ofert:

KRYTERIUM NR 1: Cena ryczałtowa brutto – 60%

$K 1 = \frac{\text{cena ryczałtowa brutto najtańsza} \times 100}{\text{cena ryczałtowa brutto badana}} \times 60\%$

KRYTERIUM NR 2: Okres udzielonej gwarancji jakości - 40%

$K 2 = \frac{\text{okres udzielonej gwarancji jakości badany} \times 100}{\text{najdłuższy możliwy okres udzielonej gwarancji jakości (tj. 60 miesięcy)}} \times 40\%$
--

Natomiast w Załączniku nr 1 do SWZ - Formularzu ofertowym w punkcie VIII Zamawiający zawarł następującą instrukcję:

„Cena ryczałtowa brutto (Dodatkowo należy podać ceny za wykonanie dokumentacji projektowej oraz robót budowlanych w polu Deklaracja Wykonawcy): _____

Wartość słownie: _____

Informacje dodatkowe: 1. W każdej podlegającej rozpatrywaniu ofercie Wykonawca w Formularzu ofertowym określa ryczałtową cenę brutto w złotych polskich, oraz stawkę podatku VAT. Ponadto Wykonawca w Formularzu ofertowym określa ryczałtową cenę brutto w złotych polskich za wykonanie dokumentacji projektowej oraz robót budowlanych. Ceny wykonania dokumentacji projektowej i robót budowlanych oraz stawkę podatku VAT Wykonawca podaje w poniższym punkcie, w polu deklaracja Wykonawcy - wg. wzoru: Cena ryczałtowa brutto dokumentacji projektowej: stawka podatku VAT%. Cena ryczałtowa brutto robót budowlanych: Stawka podatku VAT%.
2. Przedmiot zamówienia objęty jest 23% stawką VAT. W przypadku, gdy Wykonawca

uprawniony jest dostosowania innej stawki podatku VAT, w polu deklaracja Wykonawcy wpisuje stosowaną przez siebie stawkę podatku VAT wraz ze wskazaniem podstawy jej zastosowania (uzasadnienie zastosowanej stawki należy przedłożyć jako załącznik do oferty).

Deklaracja Wykonawcy:

Natomiast w Załączniku nr 9 do SWZ Projektowane postanowienia umowy („Wzór Umowy”) w § 3 ust. 1 Zamawiający określił, iż:

„1. Za należyte wykonanie przedmiotu umowy Wykonawca otrzyma - zgodnie z Ofertą Wykonawcy – wynagrodzenie w łącznej wysokości zł brutto (słownie: PLN), kwota netto: złotych,

w tym wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji projektowej wynosi zł brutto (słownie: PLN), kwota netto: zł (słownie: PLN)

oraz wynagrodzenie za wykonanie robót budowlanych wynosi zł brutto (słownie: PLN), kwota netto: zł (słownie: PLN).

Zakłada się n/w wartości za poszczególne etapy robót:

1)Wartość Etapu I wynosi 40% wysokości wynagrodzenia łącznego wskazanego w ust 1 i wynosi: zł brutto,

2)Wartość Etapu II wynosi 10% wysokości wynagrodzenia łącznego wskazanego w ust. 1 i wynosi: zł brutto,

3)Wartość Etapu III za wynosi 50% wysokość wynagrodzenia łącznego wskazanego w ust. 1 i wynosi: zł brutto.”

W dniu 13 marca 2024 roku Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „Budowa sieci światłowodowej na terenie gminy Polkowice – I etap – budowa” – w formule zaprojektuj i wybuduj na podstawie art. 255 pkt. 6) w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp, z uwagi na niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu przedmiotowej czynności Zamawiający wskazał co następuje:

„Zgodnie z wymogami określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia, w Rozdz. XIV. Sposób obliczenia ceny oferty, w ust. 2 - w każdej podlegającej rozpatrywaniu ofercie Wykonawcy w Formularzu ofertowym określić mieli ryczałtową cenę brutto w złotych polskich łącznie za całość realizacji zamówienia oraz w rozbiu na: ryczałtową cenę brutto w złotych polskich za wykonanie dokumentacji projektowej oraz ryczałtową cenę brutto w złotych polskich za wykonanie robót budowlanych. Upubliczniony przez Zamawiającego wzór Formularza ofertowego przewidywał podanie ceny we wskazany powyżej sposób. Jednocześnie w projektowanych postanowieniach umowy zawartych we wzorze umowy, stanowiącym Załącznik nr 9 do SWZ, przewidziane zostały odmienne wartości za poszczególne etapy zamówienia. We wzorze umowy w § 3 ust. 1 pkt 1) – 3) założono wartości za poszczególne etapy robót: wartość Etapu I (wykonanie dokumentacji technicznej) wynosząca 40% wysokości wynagrodzenia łącznego, wartość Etapu II (uzyskanie w imieniu Zamawiającego niezbędnych, ostatecznych decyzji administracyjnych umożliwiających rozpoczęcie wykonywania robót budowlanych) wynosząca 10% wysokości wynagrodzenia łącznego oraz wartość Etapu III (wykonanie robót budowlanych wg opracowanej dokumentacji projektowej i wydanych decyzji administracyjnych i uzgodnień) wynosząca 50% wysokości wynagrodzenia łącznego. Ponadto we wzorze umowy w § 3 ust. 3 – 5 przewidziano odrębne rozliczenia za wykonanie poszczególnych Etapów prac zgodnie z wyliczonymi procentowymi wartościami wskazanymi w § 3 ust. 1 pkt 1) – 3) umowy. Zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia w Rozdz. XIV. Sposób Obliczenia Ceny nie wymagał podawania w formularzu ofertowym wartości poszczególnych Etapów zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 1) – 3) wzoru umowy. Upubliczniony przez Zamawiającego wzór Formularza ofertowego także nie przewidywał takiego podania wartości poszczególnych Etapów. W konsekwencji w żadnej ze złożonych ofert nie wskazano wartości poszczególnych Etapów zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 1) – 3) wzoru umowy. Jeden z Wykonawców podał wartość dokumentacji projektowej oraz wartość robót budowlanych w kwotach stanowiących po 50% wartości ceny oferty brutto, a inny z Wykonawców podał wartość dokumentacji projektowej stanowiącą 40 % wartości ceny oferty brutto oraz wartość robót budowlanych stanowiącą 60% wartości ceny oferty brutto, jednakże nie jest to zgodne z § 3 ust. 1 pkt 1) – 3) wzoru umowy. Pozostali Wykonawcy podali ceny za wykonanie dokumentacji technicznej w granicach od 11,86% do 13,38% wartości cen za wykonanie przez nich robót budowlanych (wartości dokumentacji stanowią od 9,80% do 11,80% wartości całości wynagrodzenia). Wartości te

są zbliżone do wartości rynkowych za wykonanie dokumentacji technicznych.

Zamawiający stwierdza więc, że brak jest możliwości porównania ofert, z uwagi na różny sposób podania przez Wykonawców cen ofert w podziale na wartości dokumentacji technicznych i robót budowlanych. Brak jest możliwości dokonania jednoznacznej oceny ofert pod kątem spełniania wymagań określonych w specyfikacji w zakresie zaferowania przedmiotu zamówienia i oceny kryterium cenowego.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 12 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 847/23 : „niezgodność formularza cenowego i opisu przedmiotu zamówienia, które pozostawały ze sobą w kolizji i były ze sobą sprzeczne, przy czym sprzeczności znalazły odzwierciedlenie w treści złożonych przez wykonawców ofert”, stanowią podstawę do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt. 6 ustawy Pzp.

Ponadto należy stwierdzić, że wskazany w § 3 ust. 1 pkt 1) – 3) wzoru umowy podział wartości za poszczególne etapy robót oraz przewidziane w § 3 ust. 3 – 5 wzoru umowy rozliczenie wskazuje na udzielanie zaliczki na poczet wykonania zamówienia, w zakresie robót budowlanych. Jak wskazano powyżej wartości rynkowe za wykonanie dokumentacji technicznych przedmiotu niniejszego zamówienia nie przekraczają 13,38% wartości cen za wykonanie przez nich robót budowlanych. W istocie płatności za wykonanie Etapu I oraz Etapu II w wysokości 50% wartości całości zamówienia stanowią będą średnio w ponad 30% zaliczkę na poczet wykonania robót budowlanych. Jak stanowi art. 442 ust. 4 ustawy Pzp: „Zamawiający żąda wniesienia zabezpieczenia zaliczki, jeżeli wartość zaliczek przekracza 20% wysokości wynagrodzenia wykonawcy.” Ponadto zgodnie z art. 442 ust. 5 ustawy Pzp: „W przypadku żądania wniesienia zabezpieczenia zaliczki, w umowie określa się formę lub formy zabezpieczenia zaliczki, wysokość zabezpieczenia, a także sposób jego wniesienia i zwrotu.” Projektowane postanowienia umowy zawarte we wzorze umowy, stanowiącym Załącznik nr 9 do SWZ, nie zawierają żadnych postanowień dotyczących zaliczek na poczet wykonania zamówienia, w tym dotyczących zabezpieczenia zaliczek.

Zamawiający stwierdza więc, że projektowane postanowienia umowy zawarte we wzorze umowy, stanowiącym Załącznik nr 9 do SWZ, są niezgodne z art. 442 ust. 4 i 5 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający stwierdza, że w postępowaniu występuje wada, która na obecnym etapie postępowania jest niemożliwa do usunięcia. Wskazane powyżej niezgodności w dokumentacji postępowania można było usunąć do upływu terminu składania ofert. Jednakże po otwarciu ofert jest to niemożliwe. Żadne przewidziane przez ustawę czynności na obecnym etapie postępowania nie mogą doprowadzić do poprawy zauważonych przez Zamawiającego nieprawidłowości.

W związku z powyższym przedmiotowe postępowanie należy unieważnić na podstawie art. 255 pkt 6) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 255 pkt 6) ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, z uwagi na niemożliwość do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

Od powyżej wskazanej czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Odwołujący wniósł odwołanie.

Żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uwzględniając stanowiska Stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, że odwołanie należało uwzględnić.

W ocenie Izby potwierdziły się zarzuty odwołania.

Zamawiający unieważnił postępowanie w oparciu o przepis art. 255 pkt 6 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

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.

Z kolei przepis art. 16 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Ponadto, zgodnie z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, który został powołany jako podstawa prawna jednego z zarzutów odwołania: 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.

Natomiast z przepisu art. 260 ust. 1 ustawy Pzp wynika, 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.

W ocenie Izby, Zamawiający nie wykazał w żaden sposób, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, która uniemożliwiałaby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Z informacji o unieważnieniu postępowania wynika, że podstawą do unieważnienia postępowania była przede wszystkim okoliczność, iż: „*brak jest możliwości porównania ofert, z uwagi na różny sposób podania przez Wykonawców cen ofert w podziale na wartości dokumentacji technicznych i robót budowlanych. Brak jest możliwości dokonania jednoznacznej oceny ofert pod kątem spełniania wymagań określonych w specyfikacji w zakresie zaoferowania przedmiotu zamówienia i oceny kryterium cenowego.*”.

Powyższe uzasadnienie podane przez Zamawiającego, jako podstawa unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest zgodne z faktycznym stanem rzeczy.

Jedynymi kryteriami oceny ofert ustalonymi przez Zamawiającego w tym postępowaniu – zgodnie z SWZ – są: cena ryczałtowa brutto – 60% (kryterium nr 1) oraz okres udzielonej gwarancji jakości - 40% (kryterium nr 2). Tym samym dla oceny ofert znaczenie miała tylko i wyłącznie cena ryczałtowa oferty brutto (całkowita), niezależnie od sposobu prezentacji tej ceny w rozbiciu na: ryczałtową cenę brutto za wykonanie dokumentacji projektowej oraz ryczałtową cenę brutto za wykonanie robót budowlanych, jak i wartości w tym zakresie przyjętych.

Co więcej, zarówno postanowienia SWZ dotyczące sposobu obliczenia ceny, jak i wytyczne zawarte we wzorze Formularza Ofertowego, nie były rozbieżne w tym zakresie i były jasne dla wszystkich wykonawców, którzy w swoich ofertach przedstawili cenę ryczałtową brutto łącznie za całość realizacji zamówienia oraz w rozbiciu na: ryczałtową cenę brutto w złotych polskich za wykonanie dokumentacji projektowej oraz ryczałtową cenę brutto w złotych polskich za wykonanie robót budowlanych, zgodnie z wymaganiami SWZ. Słusznie wskazywał Odwołujący, że przyjęty we Wzorze Umowy odmienny - od określonego w SWZ - podział wartości za poszczególne etapy, nie może stanowić podstawy unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Ponadto, Zamawiający w żaden sposób nie wskazał dlaczego nie jest możliwe dokonanie jednoznacznej oceny ofert pod kątem spełniania wymagań określonych w specyfikacji w zakresie zaoferowania przedmiotu zamówienia. Jest to tylko gołosłowne twierdzenie Zamawiającego. Zamawiający bowiem nie wskazał z jakich powodów nie jest w stanie ocenić ofert pod kątem spełniania wymagań określonych w specyfikacji w zakresie zaoferowania przedmiotu zamówienia. Z żadnych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego nie wynika, że nie byłby on w stanie dokonać jednoznacznej oceny w zakresie spełniania wymagań w zakresie zaoferowania przedmiotu zamówienia przez Wykonawców.

Powołany przez Zamawiającego w informacji o unieważnieniu postępowania wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 12 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 847/23, został wydany w całkowicie odmiennym stanie faktycznym i argumentacja tam

przedstawiona nie znajduje żadnego odzwierciedlenia w okolicznościach niniejszego postępowania. Otóż, w powołanej sprawie, wady w dokumentacji postępowania prowadziły w konsekwencji do wystąpienia różnic w ofertach wykonawców co do ilości zadeklarowanych komponentów, co też przekładało się na sposób i zakres wyceny poszczególnych ofert wykonawców. Złożone w tamtym postępowaniu oferty były nieporównywalne wskutek odmiennego rozumienia przez wykonawców treści SWZ spowodowanej wadliwym opisem przedmiotu zamówienia. Natomiast w niniejszym postępowaniu taka sytuacja nie miała miejsca.

Ocena ofert pod kątem kryterium cenowego w niniejszym postępowaniu nie powinna budzić jakichkolwiek wątpliwości wobec tego, że kryterium cenowe dotyczy tylko i wyłącznie ceny ryczałtowej brutto oferty.

W tym miejscu należy zauważyć, że Zamawiający w SWZ nie narzucił również granic procentowych ceny w rozbiu czy to za wykonanie dokumentacji projektowej czy to za roboty budowlane. Zamawiający jedynie wymagał, aby Wykonawcy przedstawili podział ryczałtowej ceny oferty na te 2 elementy, ale bez określania jakichkolwiek granic (poziomu minimalnego/ maksymalnego) w tym zakresie. Natomiast sposób rozliczenia, który będzie dokonywany w oparciu o projektowane postanowienia umowne, to całkowicie odmienna kwestia.

Tym samym, podstawa faktyczna unieważnienia postępowania odwoławczego jest całkowicie chybiona. W konsekwencji należy uznać, że Zamawiający nie wykazał, że postępowanie obarczone było wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ponadto, jak słusznie zauważył Odwołujący, Zamawiający unieważniając postępowanie powinien wskazać wadę postępowania, wskazać na czym ona polega i dlaczego nie jest możliwa do usunięcia oraz wykazać związek przyczynowy pomiędzy stwierdzoną wadą postępowania a brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania nie odniósł się do przepisu art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, nie wyjaśnił, dlaczego w przypadku braku unieważnienia postępowania doszłoby do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, podlegającej unieważnieniu.

Zasadnie również wskazywał Odwołujący, iż Zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania, mimo że powoływał się na przepis art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, to w istocie w samym uzasadnieniu pominął argumentację odnoszącą się do naruszenia tego przepisu.

Z kolei podnoszona przez Zamawiającego kwestia barku postanowień umownych dotyczących zaliczek i ich zabezpieczenia też nie stanowi o wadzie postępowania uzasadniającej unieważnienie tego postępowania. Tym bardziej, że we wzorze umowy Zamawiający wprost zawarł postanowienie, że nie przewiduje udzielania zaliczek.

Mając powyższe na uwadze Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania z dnia 13 marca 2024 roku oraz dokonanie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia: w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający; w takim przypadku Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2,

Stosownie do § 5 pkt 1 i pkt 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych.

Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania i zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 10 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych w związku z uiszczonym wpisem.

Natomiast Izba nie uwzględniła zgłoszonego na rozprawie wniosku o zasądzenie kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, z uwagi na to, że Odwołujący nie przedstawił żadnej faktury, rachunku czy choćby spisu kosztów, które potwierdzałyby poniesienie tych kosztów przez Odwołującego. Zgodnie zaś z powołanym powyżej § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wynagrodzenie pełnomocnika nieprzekraczające kwoty 3600 zł, ale w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca: