

Sygn. akt: KIO 3661/23

WYROK
z dnia 20 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2023 r. przez Odwołującego - wykonawcę Ćwik i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Pomorski Uniwersytet Medyczny w Szczecinie przy udziale Uczestnika postępowania odwoławczego – wykonawcy SDO Legal Dąbrowski Olech Tański Myślicki Spółka Partnerska Radców Prawnych i Adwokatów z siedzibą w Szczecinie działającego w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SDO Legal Dąbrowski Olech Tański Myślicki Spółka Partnerska Radców Prawnych i Adwokatów z siedzibą w Szczecinie oraz Lubiniecki Sołtyszewski Kancelaria Radców Prawnych Spółka Partnerska z siedzibą w Szczecinie, zgłaszającego swoje przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Pomorskiemu Uniwersytetowi Medycznemu w Szczecinie unieważnienie czynności unieważnienia postępowania podjętej w dniu 28 listopada 2023 r.;
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Pomorski Uniwersytet Medyczny w Szczecinie i: 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od Zamawiającego Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie na rzecz Odwołującego kwotę 11 100 zł (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 3661/23

Uzasadnienie

Pomorski Uniwersytet Medyczny w Szczecinie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp” lub „Pzp”) w trybie podstawowym z możliwością prowadzenia negocjacji (art. 275 pkt 2 Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *Kompleksowa obsługa prawna Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie*; Numer referencyjny: DZP-240/38/TP2/S/2023 (dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 16 listopada 2023 r., pod numerem 2023/BZP 00497158/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest niższa od kwot wskazanych w aktach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp

Dnia 4 grudnia 2023 r. odwołanie wniósł Ćwik i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wobec niezgodnej z przepisami prawa czynności Zamawiającego w ww. postępowaniu, polegającej na unieważnieniu przedmiotowego postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 3 i 5 w zw. z art. 260 ust. 1 w zw. z art. 275 pkt 2 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, przez ich błędne zastosowanie i w konsekwencji unieważnienie Postępowania wobec przyjęcia, że:

1) nieprzygotowanie w treści formularza ofertowego miejsca na wpisanie danych na potrzeby dokonania oceny ofert w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert świadczy o niepoinstruowaniu Wykonawców w jaki sposób przedstawić te informacje, co spowodowało, że każdy z Wykonawców musiałby przedstawić te informacje na własny sposób i stanowi o tym, że postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji w której:

a) Zamawiający w rozdziale XIV ust. 1 pkt 1.2 i 1.3. i rozdziale SWZ, określił jednoznacznie kryteria zgodnie z którymi dokona oceny ofert, a tym samym wyraził w dokumentach zamówienia informacje istotne z punktu widzenia przyznania ofertom wykonawców punktacji w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert,

b) Zamawiający w odpowiednio w rozdziale XI ust. 3 i 5 oraz IX ust. 10 SWZ uregulował, że:

- treść złożonej oferty musi odpowiadać treści SWZ,- Zamawiający przekazuje wzór formularza ofertowego i załączników do wykorzystania przez wykonawców, jednak Wykonawcy mogą go nie wykorzystać i sporządzić ofertę na własnym formularzu, pod warunkiem, że jego treść odpowiadać będzie warunkom określonym przez Zamawiającego w SWZ oraz warunkom określonym w ustawie Pzp, a ponadto, że Wykonawcy mogą dowolnie modyfikować wzór formularza ofertowego oraz dostosować go do wszelkich zmian i modyfikacji, które ewentualnie nastąpią w toku postępowania o udzielenie zamówienia,

- Zamawiający nie będzie także dokonywał zmian wzorów, które przekazał wykonawcom do wykorzystania, takich jak: formularz ofertowy, czy wzory oświadczeń i Wykonawcy są zobowiązani do bieżącego śledzenia postępowania o udzielenie zamówienia i przygotowanie dokumentów i oświadczeń, zgodnie z wymaganiami zamawiającego i zapisami dokumentów postępowania, a w tym zakresie wykonawcy są upoważnieni i zobowiązani do modyfikacji przekazanych przez zamawiającego wzorów

- a tym samym, Wykonawcy zostali poinstruowani w jaki sposób złożyć oferty, aby uzyskać punkty w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert i mieli możliwość złożenia oferty obrazującej informacje pozwalające na przyznanie im punktów w ramach kryteriów pozacenowych przez samodzielną modyfikację wzoru formularza ofertowego lub opracowanie własnego formularza, co oznacza, że postępowanie nie zostało obciążone wadą,

c) Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia są profesjonalistami i dla ich sposobu postępowania właściwym jest podwyższony miernik należytej staranności, a ewentualne wątpliwości co do sposobu złożenia oferty i

przedstawienia informacji na potrzeby oceny ofert w ramach kryteriów pozacenowych, mogli wyjaśnić kierując do Zamawiającego wnioski o wyjaśnienie treści SWZ,

d) konstatacja Zamawiającego polegająca na stwierdzeniu, że wprowadził Wykonawców w błąd i otrzymał nieporównywalne oferty na skutek nieuwjęcia we wzorze formularza oferty miejsca do wskazania informacji na potrzeby oceny ofert w ramach kryteriów pozacenowych nie jest niczym uzasadniona, a oferty złożone przez Wykonawców można porównać i ocenić stosując reguły wyrażone w SWZ,

e) ewentualne uchybienia Zamawiającego w przygotowaniu wzorów dokumentów które wypełnić mają Wykonawcy, nie mogą stanowić podstawy do unieważnienia przyszłej umowy w sprawie zamówienia, a Zamawiający nie wykazał tej okoliczności w treści uzasadnienia informacji o unieważnieniu Postępowania;

2) brak określenia w dokumentach zamówienia, że na gruncie kryteriów oceny ofert nie będzie miała zastosowania reguła o której mowa w rozdz. VI ust. 11 SWZ powoduje, że Wykonawcy mogli źle zrozumieć postanowienia specyfikacji, które były niejednoznaczne i wadliwe z uwagi na nieprawidłowo przygotowany przez zamawiającego formularz ofertowy, co stanowi o tym, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji w której:

a) stosowanie lub niestosowanie reguły, o której mowa w rozdz. VI ust. 11 SWZ na gruncie kryteriów oceny ofert, stanowi element oceny ofert i interpretacji treści SWZ, a ewentualne trudności interpretacyjne z tym związane mogą być rozstrzygane z wykorzystaniem reguł wykładni dokumentów zamówienia i potencjalne wątpliwości z tym zakresie (które rozstrzygane być powinny co do zasady na korzyść wykonawców) nie stanowią podstawy do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a nawet o istnieniu wady postępowania,

b) unieważnienie Postępowania w tym zakresie oparte jest jedynie na przypuszczeniach Zamawiającego co do rozumienia SWZ przez Wykonawców;

3) cena obu złożonych ofert przekracza kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, a nie może zwiększyć kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do kwoty oferty najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy:

a) Zamawiający nie wykazał w żaden sposób w treści informacji o unieważnieniu Postępowania, że jego możliwości budżetowe nie pozwalają na zwiększenie kwoty jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zwłaszcza, że cena oferty najkorzystniejszej przekracza budżet Zamawiającego o 39,04 zł brutto,

b) konstatacja Zamawiającego jest o tyle przedwczesną, że w dokumentach zamówienia Zamawiający przewidział możliwość negocjacji cen ofert zgodnie z przepisem art. 275 pkt 2 ustawy Pzp, a czynność unieważnienia Postępowania została przez Zamawiającego dokonana przed przeprowadzeniem tych negocjacji i pozyskaniem ofert ostatecznych.

W związku z powyższym żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dalsze prowadzenie postępowania, w tym badanie i ocenę ofert;;

2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu niniejszego postępowania odwoławczego na jego korzyść, ponieważ złożył ważną ofertę w Postępowaniu, dając wyraz chęci ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, która to oferta – według obliczeń Odwołującego – plasuje się na pierwszym miejscu w rankingu ofert. Tym samym posiada on interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku powyższej czynności i określonego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Powyższe wynika z okoliczności, że wskutek nieprawidłowego działania Zamawiającego w postaci unieważnienia Postępowania, Odwołujący został pozbawiony możliwości wyboru jej oferty jako najkorzystniejszej, zawarcia umowy i realizacji zamówienia.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 29 listopada 2023 r., Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o unieważnieniu Postępowania na podstawie przepisu art. 255 ust. 3 i 5 ustawy Pzp. Jako uzasadnienie Zamawiający wskazał następujące okoliczności:

1) w treści formularza ofertowego Zamawiający nie przygotował miejsca na wpisanie danych dotyczących kryteriów pozacenowych, czym wprowadził wykonawców w błąd i spowodował, że otrzymał nieporównywalne oferty. Zamawiający nie poinstruował także wykonawców w jaki sposób przedstawić te informacje, co spowodowało, że każdy z wykonawców musiałby przedstawić te informacje na własny sposób;

2) Zamawiający w treści rozdziału VI ust. 11 specyfikacji warunków zamówienia wyraźnie podkreślił, że nie dopuszcza łączenia funkcji opisanych w ust. 8 rozdziału VI. Tym samym również i w kryteriach pozacenowych obowiązywała taka sama zasada, skoro punktowane miało być doświadczenie osób skierowanych następnie do realizacji zamówienia. Wykonawcy mogli jednak źle zrozumieć zapisy swz, które były niejednoznaczne i wadliwe z uwagi na nieprawidłowo przygotowany przez zamawiającego formularz ofertowy;

3) cena obu złożonych ofert przekracza kwotę, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, a nie może zwiększyć kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do kwoty oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu postawionego zarzutu naruszenia art. 255 pkt 6 Pzp Odwołujący przywołał w pierwszej kolejności orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w świetle którego przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, jako czynności pozbawiającej wykonawców możliwości pozyskania zamówienia i wyjątkowej, powinny być interpretowane w sposób ścisły. *Zamawiający nie może w sposób całkowicie dowolny pozbawiać wykonawców możliwości uzyskania zamówienia ze względu na ryzyko unieważnienia umowy. Unieważnienie postępowania jest wyjątkiem i nie może w jego ramach dochodzić do nadinterpretacji. (...) Postępowanie o udzielenie zamówienia jest postępowaniem sformalizowanym i podjęcie tak daleko idącej decyzji jak unieważnienie postępowania musi być oparte na obowiązujących przepisach p.z.p. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2023 r. KIO 3472/22). Co więcej, wszystkie przesłanki kumulatywnie danej podstawy unieważnienia postępowania muszą być przez Zamawiającego szczegółowo wykazane w informacji o unieważnieniu postępowania, a za uzasadniające takie unieważnienie, nie mogą być poczytywane okoliczności blache: Dla zastosowania art. 255 pkt 6 p.z.p. nie jest wystarczające wskazanie na ewentualne nieścisłości w dokumentacji postępowania, lecz konieczne jest wykazanie, że stanowią one niemożliwą do usunięcia wadę postępowania, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wszystkie te elementy winny zostać wskazane przez Zamawiającego w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania. Uzasadnienie podane w tej informacji stanowi bowiem podstawę dla oceny przez Izbę zasadności dokonanej przez Zamawiającego czynności polegającej na unieważnieniu postępowania. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21*

marca 2023 r. KIO 637/23). W szczególności należy podkreślić, że: *Niejednoznaczna interpretacja postanowień SWZ przez wykonawców sama w sobie nie może być postrzegana jako nieusuwalna wada postępowania o udzielenie zamówienia, która powinna skutkować jego unieważnieniem, tylko może być ona traktowana jako niezamierzony rezultat nieprecyzyjnie, ogólnikowo lub wadliwie sformułowanych zapisów dokumentacji postępowania.* (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2023 r. KIO 871/23).

Odnosząc się do pierwszej okoliczności na podstawie której Zamawiający dokonał unieważnienia Postępowania, Odwołujący zakwestionował w ogóle, iż mamy do czynienia z jego wadą. Za taką wadę nie można w szczególności uważać wyłącznie nieprzewidzenia we wzorze formularza ofertowego miejsca dla podania przez Wykonawców informacji w celu dokonania przez Zamawiającego oceny ofert w ramach kryteriów pozacenowych. Istotnym jest bowiem, to, że Zamawiający w sposób klarowny i czytelny, wyraził w dokumentach zamówienia tj. w rozdz. XIV ust. 1 pkt 1.2 i 1.3. SWZ, opis kryteriów w oparciu o które dokona oceny ofert w Postępowaniu. Wykonawcy otrzymali więc od Zamawiającego dostateczne informacje pozwalające im na zidentyfikowanie nie tylko samych wymagań Zamawiającego ale i zakresu informacji jakie są istotne dla dokonania przez Zamawiającego wspomnianej oceny ofert, które przedstawić powinni gospodarzowi postępowania. Co trzeba wyraźnie podkreślić, mimo, że Zamawiający nie określił we wzorze formularza oferty miejsca w którym wykonawcy ująć powinni rzeczono informacje, uważna lektura SWZ nie powinna pozostawiać wątpliwości, że w tym zakresie Zamawiający pozostawił im dowolność. Wykonawcy powinni sami zmodyfikować treść udostępnionego im (w postaci edytowalnej) wzoru formularza ofertowego lub opracować własny. Jak bowiem uregulowano w rozdz. XI ust. 3 i 5 SWZ (cyt.):

3. *Treść złożonej oferty musi odpowiadać treści SWZ.*

5. *Zamawiający przekazuje wzór formularza ofertowego i załączników do wykorzystania przez wykonawców. Wykonawcy mogą go nie wykorzystać i sporządzić ofertę na własnym formularzu, pod warunkiem, że jego treść odpowiadać będzie warunkom określonym przez zamawiającego w SWZ oraz warunkom określonym w ustawie pzp. Wykonawcy mogą dowolnie modyfikować wzór formularza ofertowego, oraz dostosować go do wszelkich zmian i modyfikacji, które ewentualnie nastąpią w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.*

Z powyższego wynika więc wyraźnie, że Zamawiający przewidział możliwość modyfikacji treści opracowanego przez siebie wzoru. Tym samym, Wykonawcy mogli zmodyfikować wspomniany wzór formularza ofertowego w ten sposób, aby przedstawić w nim informacje istotne w świetle opisu kryteriów oceny ofert. Powyższe nie są jedynymi postanowieniami SWZ w których Zamawiający przewidział możliwość modyfikacji wzorów dokumentów zamówienia jakie złożyć mają Wykonawcy. Jak stanowi bowiem rozdz. IX ust. 10 SWZ:

10. *Zamawiający informuje, że nie będzie udostępniał na stronie prowadzonego postępowania zmodyfikowanych dokumentów. Każdą zmianę należy rozpatrywać wraz z dokumentami pierwotnymi, które uległy modyfikacji, uwzględniając w treści dokumentów pierwotnych dokonane zmiany. Zamawiający nie będzie także dokonywał zmian wzorów, które przekazał wykonawcom do wykorzystania, takich jak: formularz ofertowy, czy wzory oświadczeń. Wykonawcy są zobowiązani do bieżącego śledzenia postępowania o udzielenie zamówienia i przygotowanie dokumentów i oświadczeń, zgodnie z wymaganiami zamawiającego i zapisami dokumentów postępowania. W tym zakresie wykonawcy są upoważnieni i zobowiązani do modyfikacji przekazanych przez zamawiającego wzorów. Zmiany, wprowadzone przez zamawiającego będą jednak obowiązywały niezależnie od tego, czy wykonawcy naniosą je w treści formularzy i wzorów, czy też nie.*

Odwołujący zastosował się do powyższych postanowień SWZ i wypełnił formularz oferty prawidłowo, podając w nim również informacje na potrzeby oceny ofert w kryteriach pozacenowych. Wskazać należy, że krąg Wykonawców potencjalnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, to grono profesjonalistów (którzy *nota bene* zgodnie z przedmiotem zamówienia, mieli doradzać Zamawiającemu także z zakresu prawa zamówień publicznych), a należyta staranność (której miernik jest podwyższony), a także znajomość przepisów ustawy Pzp, nakazywałyby konstatację o konieczności złożenia wraz z ofertą informacji służących ocenie tej oferty w ramach kryteriów pozacenowych. Nawet w wypadku w którym Wykonawcy ci mieliby wątpliwości co do tego jak technicznie te informacje w treści formularza ofertowego przedstawić, mogli zwrócić się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ nawet w dniu składania ofert (termin składania ofert wyznaczono na godz. 12). Również i w tym kontekście, brak przewidzenia przez Zamawiającego we wzorze formularza ofertowego miejsca na podanie informacji na potrzeby oceny ofert w kryterium pozacenowych, nie może prowadzić do stwierdzenia wady Postępowania, a już na pewno nie o takiej, która determinować powinna unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Nie sposób też – mając na względzie zwłaszcza informację o unieważnieniu Postępowania – na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że wprowadził w Wykonawców w błąd i otrzymał nieporównywalne oferty na skutek nieujęcia we wzorze formularza oferty miejsca do wskazania informacji na potrzeby oceny ofert w ramach kryteriów pozacenowych. Niewskazanie przez danego Wykonawcę w treści oferty informacji służących przyznaniu punktów w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert, poczytywać należy za skutek nieuwagi, niedostatecznego zapoznania się z dokumentami zamówienia czy zaniechania złożenia wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, a nie wprowadzenia w błąd przez Zamawiającego. Złożone przez Wykonawców oferty można porównać i ocenić, stosując reguły wyrażone zwłaszcza w rozdz. XIV ust. 1 pkt 1.2 i 1.3. SWZ oraz uwzględniając zakres informacji które ci podali (lub których nie podali) w treści złożonych dokumentów. Całościowa lektura treści SWZ (w szczególności postanowień rozdz. XI ust. 3 i 5 oraz IX ust. 10 SWZ) nie pozostawiała wątpliwości, że Wykonawcy powinni sami uzupełnić formularz ofertowy o informacje istotne w celu przyznania im punktów w ramach kryteriów oceny ofert.

W ocenie Odwołującego, nawet gdyby przyjmować (czemu Odwołujący stanowczo zaprzecza), że nieujęcie przez Zamawiającego w treści wzoru formularza ofertowego miejsca na wskazanie danych na potrzeby oceny ofert w kryteriach pozacenowych stanowiłoby wadę Postępowania, to brak jest w porządku prawnym przepisu prawa, który z uwagi na taką właśnie okoliczność, stanowiłby podstawę do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W szczególności takim przepisem nie jest art. 457 ustawy Pzp, który tego rodzaju podstawy do unieważnienia umowy nie zawiera. Brak jest też podstawy do unieważnienia umowy na podstawie przepisu art. 58 k.c., gdyż:

1) żaden przepis prawa nie ustanawia bowiem wymagania, aby wzór formularza ofertowego zawierał miejsce do wypełnienia w celu pozyskania punktów w kryteriach oceny ofert (brak więc sprzeczności z przepisami prawa), a niewskazanie takiego miejsca nie zmierzało do obejścia przepisów ustawy;

2) niewskazanie we wzorze formularza ofertowego miejsca do wypełnienia w celu pozyskania punktów w kryteriach oceny ofert nie jest też sprzeczne z zasadami współzycia społecznego.

Również w treści uzasadnienia informacji o unieważnieniu Postępowania próżno szukać argumentacji czy wykładni przepisów prawa wskazującej na podstawę do unieważnienia umowy, a jak wynika z orzecznictwa Izby przytoczonego na wstępie, tylko okoliczności wskazane wyraźnie w takim uzasadnieniu mogą być w ogóle brane pod uwagę w toku

oceny zasadności czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

W ocenie Odwołującego nie sposób też uznać, że na wadę Postępowania wskazuje też brak określenia w dokumentach zamówienia, że na gruncie kryteriów oceny ofert będzie miała zastosowania reguła o której mowa w rozdz. VI ust. 11 SWZ wskazana przez Zamawiającego w informacji o unieważnieniu Postępowania, co powoduje, że Wykonawcy mogli źle zrozumieć postanowienia specyfikacji. W pierwszej kolejności trzeba zaznaczyć, że Zamawiający jedynie przypuszcza, że Wykonawcy mogli źle zrozumieć postanowienia SWZ a to – co wynika także z orzecznictwa powołanego na wstępie – nie może być równoznacznym z wadą postępowania. Nawet gdyby uznać, że dokumenty zamówienia w tym zakresie nie są zgodne z zamysłem Zamawiającego, nie można jeszcze uznać, że są niejednoznaczne (to bowiem Zamawiający odpowiada za to, aby jego zamierzenia w zakresie treści SWZ znalazły odzwierciedlenie w jej postaci pisemnej). Nawet zresztą taka ewentualna niejednoznaczność (przejmując nawet, że w ogóle jest) nie przemawia za uznaniem, iż mamy do czynienia z wadą postępowania (i to taką która prowadzić powinna do unieważnienia umowy). W celu zdekodowania regulacji dokumentów zamówienia posłużyć się należy regułami interpretacyjnymi, które utrwalone zostały w praktyce. Stosowanie więc lub niestosowanie reguły, o której mowa w rozdz. VI ust. 11 SWZ na gruncie także kryteriów oceny ofert stanowi element oceny ofert oraz interpretacji treści SWZ i brak jest podstaw do uznania wady dokumentów zamówienia.

Podobnie jak wyżej wskazać też należy, że nawet przy przyjęciu, iż powyższe stanowiłyby wadę Postępowania, brak jest podstawy prawnej do unieważnienia umowy (sam Zamawiający też jej nie wskazuje w treści informacji o unieważnieniu Postępowania).

Odnośząc się z kolei do unieważnienia przez Zamawiającego Postępowania na podstawie przepisu art. 255 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, aktualnym staje się przede wszystkim zarzut zaniechania przez Zamawiającego przedstawienia odpowiedniego uzasadnienia dla czynności unieważnienia Postępowania, a przez to niewykazania, iż nie ma możliwości zwiększenia tej kwoty do ceny najkorzystniejszej ofert. Jak bowiem wskazuje się w orzecznictwie KIO: *Podstawą unieważnienia postępowania (co byłoby powodem do odmowy zawarcia umowy z wykonawcą wybranym) jest jedynie wykazanie maksymalnych granic finansowych zamawiającego związanych z finansowaniem zamawiającego. W tej sytuacji brak woli zamawiającego, co do zapłaty większej kwoty niż przez niego założona nie pozbawia odwołującego prawa do domagania się wyboru jego oferty oraz zawarcia umowy.* (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 maja 2013 r. KIO 942/13). Stanowisko takie nie jest bynajmniej odosobnionym: *Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p. nie daje zamawiającemu wyłącznego i arbitralnego uprawnienia do decydowania o tym, czy zwiększyć kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, czy też nie. Przede wszystkim zamawiający obowiązany jest zbadać, czy istnieje obiektywna możliwość zwiększenia tej kwoty i dopiero wówczas, w przypadku, gdy wynik badania okaże się negatywny, podjąć decyzję o unieważnieniu postępowania* (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 października 2017 r. KIO 2093/17), zwłaszcza, że prawidłowość takiej interpretacji tej przesłanki unieważnienia postępowania została potwierdzona orzeczeniem Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydziału Odwoławczego, obecnie Sądu Zamówień Publicznych, (por. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 2018-01-24, XXIII Ga 1923/17).

Stanowisko takie podziela też Izba w nowszym orzecznictwie: *Izba za wyrokiem KIO 293/17 uznaje, że zamawiający nie posiada wyłącznego, swobodnego i arbitralnego uprawnienia do decydowania o tym, czy zwiększyć kwotę, na sfinansowanie zamówienia, czy też nie. Przede wszystkim zamawiający obowiązany jest zbadać, czy istnieje obiektywna możliwość zwiększenia tej kwoty i dopiero wówczas, w przypadku, gdy wynik badania okaże się negatywny, podjąć decyzję o unieważnieniu postępowania. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepis 20 ust. 1 Pzp jest obligatoryjnie prowadzone w formie pisemnej. W przypadku unieważnienia postępowania, wykonawcy winni mieć możliwość zapoznania się z wszelkimi okolicznościami, mającymi wpływ na tego rodzaju czynności zamawiającego. Zamawiający dokonując badania możliwości zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia winien, takie działania utrwalic na piśmie chociażby w formie protokołu z posiedzenia komisji przetargowej. Przepisy Pzp o unieważnieniu postępowania nie zmierzają w kierunku pozostawienia zamawiającemu dowolnego i niczym nieograniczonego prawa do unieważnienia postępowania, gdyż jak wyżej wskazano unieważnienie postępowania jest wyjątkiem od celu, jaki staje przed zamawiającym wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia. Wskazane w ustawie Pzp przesłanki unieważnienia postępowania - po pierwsze - nie powinny być interpretowane rozszerzająco, po drugie – ich wystąpienie winno być szczegółowo zbadane, a zasadność ich zastosowania nie powinna budzić żadnych wątpliwości. Dlatego też Izba nie akceptuje stanowiska zamawiającego prezentowanego na rozprawie, że w przypadku, gdy cena oferty najkorzystniejszej jest wyższa niż cena, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to zamawiający ma pełną swobodę, czy kwotę tę zwiększyć, czy też unieważnić postępowanie. Nadto zamawiający dodał, że nie ma obowiązku wykazywać, jakie czynności w tym zakresie podjął. Brak wykazania, jakie czynności zamawiający podjął, aby móc zwiększyć kwotę na sfinansowanie zamówienia, ale okazały się one nieskuteczne, jest podstawą do uznania przez Izbę także zasadności zarzutu o braku właściwego podania uzasadnienia faktycznego i prawnego w informacji o unieważnieniu postępowania. Zamawiający nie sprostął ciężącemu na nim obowiązkowi wykazania, iż nie mógł zwiększyć kwoty, którą przeznaczył na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty.* (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2021 r. KIO 3004/21). Takie stanowisko zaaprobował też Sąd Zamówień Publicznych w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 11 sierpnia 2022 r. XXIII Zs 27/22.

W świetle powyższego należy wskazać, że w treści uzasadnienia czynności unieważnienia Postępowania Zamawiający nie wskazał żadnych okoliczności które mogłyby przemawiać, że brak jest możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do kwoty najkorzystniejszej oferty, w szczególności nie przeprowadził żadnej analizy swoich możliwości finansowych, odwołując się do stosownych dowodów oraz wartości ofert. Jest to szczególnie istotnym, biorąc pod uwagę, że kwota o jaką budżet Zamawiającego przekracza oferta najkorzystniejsza, wynosi 39,04 zł brutto (przy budżecie wynoszącym 2 mln złotych brutto).

Co więcej, zauważyć należy, że Zamawiający prowadzi Postępowanie w tzw. drugim wariancie trybu podstawowego, a więc w oparciu o przepis art. 275 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tą podstawą prawną, Zamawiający w treści SWZ przewidział możliwość negocjacji z Wykonawcami w celu ulepszenia treści ofert, w zakresie kryteriów oceny ofert (a więc także w zakresie cen ofert) – por. rozdz. II ust. 3 SWZ. W świetle powyższego, unieważnienie Postępowania z powołaniem się na przewyższanie przez wartość najkorzystniejszej oferty kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia przed przeprowadzeniem negocjacji z Wykonawcami i przed pozyskaniem ofert ostatecznych, uznać należy co najmniej za przedwczesne. na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

W dniu 18 grudnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wnosil o oddalenie odwołania w całości i przedstawił argumentację dla takiego stanowiska.

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego w dniu 8

grudnia 2023 r. zgłosił wykonawca SDO Legal Dąbrowski Olech Tański Myślicki Spółka Partnerska Radców Prawnych i Adwokatów z siedzibą w Szczecinie działający w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SDO Legal Dąbrowski Olech Tański Myślicki Spółka Partnerska Radców Prawnych i Adwokatów z siedzibą w Szczecinie oraz Lubiniecki Sołtyszewski Kancelaria Radców Prawnych Spółka Partnerska z siedzibą w Szczecinie który wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego ustaliła, co następuje.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SDO Legal Dąbrowski Olech Tański Myślicki Spółka Partnerska Radców Prawnych i Adwokatów z siedzibą w Szczecinie oraz Lubiniecki Sołtyszewski Kancelaria Radców Prawnych Spółka Partnerska z siedzibą w Szczecinie (dalej „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi w trybie podstawowym określonym w art. 275 pkt 2 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *Kompleksowa obsługa prawna Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie*; Numer referencyjny: DZP-240/38/TP2/S/2023 (dalej „Postępowanie”).

W Rozdziale XIV SWZ *Opis kryterium oceny ofert* Zamawiający określił, że

1. Zamawiający dokona wyboru Wykonawcy zamówienia w oparciu o niżej wymienione kryteria oceny:

Lp.	Kryterium	Ranga
11.1.	Cena „C” Wartość punktowa jest obliczana wg wzoru: $Cn/Cb \times 60$ gdzie: Cn - cena najniższa, Cb – cena w ofercie badanej, W tym kryterium wykonawca może otrzymać maksymalnie 60 punktów.	60%
11.2	Doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia w obsłudze prawnej publicznych uczelni wyższych „DUW” Wartość punktowa w tym kryterium zostanie zliczona a następnie obliczona wg wzoru: $DUWo / DUWmax \times 20$ gdzie: DUWo – ilość punktów w ofercie ocenianej, DUWmax – największa ilość punktów w złożonych ofertach. W tym kryterium wykonawca może uzyskać 2 punkty za każdy rok świadczenia przez osobę skierowaną do realizacji zamówienia, o której mowa w rozdziale VI ust. 8 pkt 1) niniejszej swz, kompleksowej, bieżącej obsługi prawnej uczelni wyższej, w okresie ostatnich 10 lat przed wszczęciem niniejszego postępowania, łącznie nie więcej jednak niż 20 punktów.	20%
11.3	Doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia w obsłudze prawnej inwestycji realizowanych przez zamawiającego „DI” Wartość punktowa w tym kryterium zostanie zliczona a następnie obliczona wg wzoru: $Dlo / DImax \times 20$ gdzie: Dlo – ilość punktów w ofercie ocenianej, DImax – największa ilość punktów w złożonych ofertach. W tym kryterium wykonawca może uzyskać 2 punkty za każdą usługę doradztwa prawnego na rzecz zamawiającego świadczoną przez osobę skierowaną do realizacji zamówienia, o której mowa w rozdziale VI ust. 8 pkt 2) niniejszej swz, w obsłudze prawnej inwestycji zamawiającego, przy realizacji inwestycji budowlanej polegającej na budowie, przebudowie lub rozbudowie obiektu użyteczności publicznej, o wartości inwestycji powyżej 30.000.000 zł, w okresie ostatnich 10 lat przed wszczęciem niniejszego postępowania, łącznie nie więcej jednak niż 20 punktów.	20%

2. Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyska największą liczbę punktów obliczoną według wzoru: $P = C + DUW + DI$.

3. Przyznając punkty, w poszczególnych kryteriach oceny ofert oraz ustalając punktację łączną dla każdej z ofert, zamawiający ograniczy się do dwóch miejsc po przecinku, bez zaokrąglania wartości. W tym zakresie nie będą obowiązywać zasady matematyczne zaokrąglania liczb.

Wraz z SWZ Zamawiający udostępnił wzór Formularza ofertowego, którego pkt 1 otrzymał treść:

1. Kryteria oceny ofert

Cena ryczałtowa za wykonanie całości zamówienia:

Cena miesięczna ryczałtowa: zł netto x 36 miesięcy = zł netto VAT:

Cena miesięczna ryczałtowa: zł brutto x 36 miesięcy = zł brutto

W tym:

- wynagrodzenie ryczałtowe za wykonywanie czynności opisanych w treści rozdziału IV ust. 1 swz: zł netto + podatek VAT według obowiązującej wysokości;
- wynagrodzenie ryczałtowe za wykonywanie czynności opisanych w treści rozdziału IV ust. 3-5 swz: zł netto + podatek VAT według obowiązującej wysokości

W Rozdziale VII ust. 1 pkt 1) SWZ Zamawiający wskazał Dokumenty wymagane przez zamawiającego, które należy złożyć składając ofertę:

1) formularz oferty, według wzoru udostępnionego przez Zamawiającego; (...)

W Rozdziale IX ust. 10 SWZ Zamawiający zawarł następującą informację:

Zamawiający informuje, że nie będzie udostępniał na stronie prowadzonego postępowania zmodyfikowanych dokumentów. Każdą zmianę należy rozpatrywać wraz z dokumentami pierwotnymi, które uległy modyfikacji, uwzględniając w treści dokumentów pierwotnych dokonane zmiany. Zamawiający nie będzie także dokonywał zmian wzorów, które przekazał wykonawcom do wykorzystania, takich jak: formularz ofertowy, czy wzory oświadczeń. Wykonawcy są zobowiązani do bieżącego śledzenia postępowania o udzielenie zamówienia i przygotowanie dokumentów i oświadczeń, zgodnie z wymaganiami zamawiającego i zapisami dokumentów postępowania. W tym zakresie wykonawcy są upoważnieni i zobowiązani do modyfikacji przekazanych przez zamawiającego wzorów. Zmiany, wprowadzone przez zamawiającego będą jednak obowiązywały niezależnie od tego, czy wykonawcy naniósł je w treści formularzy i wzorów, czy też nie.

Z kolei Rozdziale XI ust. 5 SWZ Zamawiający zawarł następującą informację:

5. Zamawiający przekazuje wzór formularza ofertowego i załączników do wykorzystania przez wykonawców. Wykonawcy mogą go nie wykorzystać i sporządzić ofertę na własnym formularzu, pod warunkiem, że jego treść odpowiadać będzie warunkom określonym przez zamawiającego w swz oraz warunkom określonym w ustawie pzp. Wykonawcy mogą dowolnie modyfikować wzór formularza ofertowego, oraz dostosować go do wszelkich zmian i modyfikacji, które ewentualnie nastąpią w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 27.11.2023 r. o godz. 12:05. Zamawiający poinformował, że kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia to 2 000 000,00 zł brutto

W toku postępowania oferty złożyło dwóch wykonawców:

1. Odwołujący – na poziomie 2 000 039,04 PLN brutto oraz
2. Przystępujący – na poziomie 2 346 840,00 PLN brutto

W dniu 28.11.2023 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania jako podstawę prawną takiej czynności wskazując art. 255 pkt 6) oraz art. 255 pkt 3) pzp. Jako uzasadnienie faktyczne Zamawiający wskazał, że w specyfikacji warunków zamówienia ustanowił trzy kryteria oceny ofert – cena 60%, doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia w obsłudze prawnej publicznych uczelni wyższych 20% oraz doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia w obsłudze prawnej inwestycji realizowanych przez zamawiającego 20%. Jednocześnie zamawiający w treści rozdziału VII specyfikacji warunków zamówienia wskazał jakie dokumenty i oświadczenia musi złożyć wykonawca składając ofertę. Był to formularz oferty, według wzoru udostępnionego przez Zamawiającego, pełnomocnictwo, odpis z Krajowego Rejestru Sądowego lub informacja z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, oświadczenia na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy pzp, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby oraz oświadczenie, na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W treści formularza ofertowego zamawiający nie przygotował jednak miejsca na wpisanie danych dotyczących kryteriów pozacenowych, czym wprowadził wykonawców w błąd i spowodował, że otrzymał nieporównywalne oferty. Zamawiający nie może po upływie terminu składania ofert wzywać wykonawców do złożenia dokumentów, z których będzie wynikało doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia, ponieważ dane te stanowią kryterium oceny ofert, które musi być złożone tylko wraz z ofertami. Zamawiający nie poinstruował także wykonawców w jaki sposób przedstawić te informacje, co spowodowało, że każdy z wykonawców musiałby przedstawić te informacje na własny sposób

Ponadto, zamawiający w treści rozdziału VI ust. 11 specyfikacji warunków zamówienia wyraźnie podkreślił, że nie dopuszcza łączenia funkcji opisanych w ust. 8 rozdziału VI. Tym samym również i w kryteriach pozacenowych obowiązywała taka sama zasada, skoro punktowane miało być doświadczenie osób skierowanych następnie do realizacji zamówienia. Wykonawcy mogli jednak źle zrozumieć zapisy swz, które były niejednoznaczne i wadliwe z uwagi na nieprawidłowo przygotowany przez zamawiającego formularz ofertowy.

Dodatkowo cena obu złożonych ofert przekracza kwotę, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, a nie może zwiększyć kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do kwoty oferty najkorzystniejszej.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

Art. 16 ustawy pzp – „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny”.

Art. 255 pkt 3 pzp – Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Art. 255 pkt 6 pzp – Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

Art. 260 ust. 1 pzp – 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..

Art. 275 pkt 2 pzp – Zamawiający udziela zamówienia w trybie podstawowym, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a następnie zamawiający może prowadzić negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, o ile przewidział taką możliwość, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert dodatkowych.

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdza, że dla oceny czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia podstawowe znaczenie ma treść uzasadnienia tej czynności przekazanego przez zamawiającego wykonawcom. Izba ocenia czynność zamawiającego w kontekście powodów ujawnionych w treści ww. uzasadnienia. Wykonawcy nie mogą być stawiani w sytuacji, że mają się domyślać przyczyn, dla których zamawiający dokonał czynności unieważnienia postępowania. Te, zarówno w aspekcie prawnym, jak i faktycznym, powinny być jasno przedstawione w informacji o unieważnieniu postępowania. Służą one bowiem umożliwieniu zweryfikowania prawidłowości takiej czynności, zaś podnoszenie przez zamawiającego dopiero w postępowaniu odwoławczym nowych okoliczności wskazujących jego zdaniem na zaistnienie podstawy unieważnienia postępowania należy uznać za spóźnione.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 255 pkt 6 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli to obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym przesłanka unieważnienia postępowania z art. 255 ust. 6 Pzp składa się z koniunkcji okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje obowiązkiem zastosowania tego przepisu, tj. (i) musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania); (ii) wada musi być niemożliwa do usunięcia; (iii) wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawodawca wyraźnie wskazuje, iż unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy Pzp wymaga wykazania, iż nie ma możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu. Tym samym, unieważniając postępowanie, zamawiający ma obowiązek wykazania, że zachodzą podstawy do ewentualnego unieważnienia umowy określone w art. 457 ustawy Pzp lub określone w kodeksie cywilne skutkujące unieważnieniem umowy.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, Izba doszła do przekonania, że okoliczności przedmiotowej sprawy nie stanowiły podstawy do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6 Pzp. Powyższe oznaczało, że zamawiający w sposób nieuzasadniony dokonał unieważnienia postępowania, co czyniło zasadnym postawiony w tym zakresie zarzut odwołania.

W pierwszej kolejności skład orzekający zwrócił uwagę na treść uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania. Zamawiający stwierdził w nim, że w treści formularza ofertowego zamawiający nie przygotował jednak miejsca na wpisanie danych dotyczących kryteriów pozacenowych oraz nie poinformował także wykonawców w jaki sposób przedstawić te informacje czym wprowadził wykonawców w błąd i spowodował, że otrzymali nieporównywalne oferty gdyż każdy z wykonawców musiałby przedstawić te informacje na własny sposób. W ocenie składu orzekającego stanowisko zamawiającego było nieprawidłowe. Nie można stwierdzić, że wskazywany przez zamawiającego brak stanowi wadę postępowania, która skutkowałaby brakiem możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu. Jak wynika z treści dokumentacji przetargowej. Zamawiający, zgodnie z przepisem art. 281 ust. 1 pkt 17 Pzp w SWZ opisał kryteria, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. W SWZ oprócz wskazania kryteriów, podano ich wagę oraz opisano sposób obliczenia punktów na ich podstawie. W przedmiotowym postępowaniu ani kryteria oceny ofert, ani też sposób ich oceny nie były kwestionowane przez wykonawców na etapie przekazania im dokumentacji prowadzonego postępowania. Wszyscy wykonawcy składający swoje oferty w postępowaniu, posiadali jednakową informację dotyczącą sposobu oceny złożonych ofert, zaś treść tej części dokumentacji postępowania była jasna, równa dla wszystkich, jak też wystarczająca i pozwalająca na sporządzenie ofert oraz na przeprowadzenie ich merytorycznej oceny. Nie sposób się zatem zgodzić z Zamawiającym, iż wskazywany jako podstawa do unieważnienia fakt braku wydzielenia we wzorze formularza odrębnego miejsca na wprowadzenie informacji w zakresie pozacenowych kryteriów oceny ofert stanowi wadę postępowania.

Podkreślenia wymaga, iż Zamawiający w Rozdziale XI ust. 5 SWZ jednoznacznie wskazał, że przekazuje wzór formularza ofertowego i załączników do wykorzystania przez wykonawców. Wykonawcy mogli go nie wykorzystać i sporządzić ofertę na własnym formularzu, pod warunkiem, że jego treść odpowiadać będzie warunkom określonym przez zamawiającego w swz oraz warunkom określonym w ustawie pzp. Wykonawcy mogli dowolnie modyfikować wzór formularza ofertowego, oraz dostosować go do wszelkich zmian i modyfikacji, które ewentualnie nastąpią w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle powyższego zapisu SWZ należy uznać, że nawet w przypadku zawarcia w treści wzoru formularza wyodrębnionego miejsca na wpisanie danych dotyczących kryteriów pozacenowych, okoliczność ta nie miałaby jakiegokolwiek wpływu na możliwość oceny złożonych ofert, skoro sam Zamawiający zaznaczył, że przekazany wzór nie musi być wykorzystany, a wykonawcy mogą złożyć oferty na własnych formularzach. W konsekwencji przywoływany przez Zamawiającego brak nie miał wpływu na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym nie sposób go uznać za wadę postępowania, a tym bardziej za wadę skutkującą niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Za wadę postępowania nie może również zostać uznana przywoływana przez Zamawiającego niejednoznaczność i wadliwość SWZ wynikająca z nieprawidłowego przygotowania formularza ofertowego. Niejednoznaczność ta miała odnosić się do zastosowania w odniesieniu do osób wskazanych w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert zasady wyrażonej w rozdziale VI ust. 11 SWZ o niedopuszczalności łączenia przez tę samą osobę różnych funkcji w ramach zaoferowanego zespołu prawnego. Należy podkreślić, że intencja ta nie znalazła jakiegokolwiek wyrazu w dokumentacji postępowania. W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający nie wyjaśnił na czym polegała wskazywana przez niego nieprawidłowość w przygotowaniu formularza ofertowego w tym

zakresie. Po drugie Zamawiający nie wykazał w żadnym stopniu w jaki sposób powoływana przez niego nieprawidłowość formularza skutkowałą niejednoznacznością dokumentacji postępowania w świetle innych zapisów SWZ. Zamawiający w informacji o unieważnieniu nie wskazał bowiem jakichkolwiek zapisów SWZ, które miałyby wskazywać na zastosowanie reguły braku możliwości łączenia funkcji przez te same osoby w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert, i na prawidłowość i jednoznaczne rozumienie których rzekomo wadliwie przygotowany formularz miałby wpływać. Za wadę postępowania w oczywisty sposób nie mogą zaś zostać uznane okoliczności wynikające z intencji lub zamierzeń Zamawiającego, które nie znalazły jednoznacznego odzwierciedlenia w treści dokumentacji postępowania i zostały wyrażone w jej zapisach. Po trzecie należy zgodzić się z Odwołującym, iż w treści uzasadnienia unieważnienia Zamawiający powołuje się jedynie na swoje przypuszczenie co do istnienia wady postępowania (tj. możliwe złe zrozumienie zapisów SWZ przez wykonawców), podczas gdy treść przepisu wymaga wystąpienia wady postępowania. Zarazem zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej niejednoznaczna interpretacja postanowień SWZ przez wykonawców sama w sobie nie może być postrzegana jako nieusuwalna wada postępowania o udzielenie zamówienia, która powinna skutkować jego unieważnieniem, tylko może być ona traktowana jako niezamierzony rezultat nieprecyzyjnie, ogólnikowo lub wadliwie sformułowanych zapisów dokumentacji postępowania. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2023 r. KIO 871/23).

Mając na uwadze powyższe nie sposób uznać, że przywoływane przez Zamawiającego w informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 28.11.2023 r. okoliczności stanowiły wady postępowania w rozumieniu art. 255 pkt 6 Pzp.

Ponadto wskazać należy niezależnie od powyższego, iż Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania całkowicie pominął konieczność wykazania dlaczego w jego ocenie i na jakiej podstawie prawnej przywoływane przez niego okoliczności postępowania uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego tj. trzeciej z przesłanek uzasadniających unieważnienie postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6 Pzp.

Izba stwierdziła, także że w okolicznościach faktycznych ustalonych w przedmiotowym postępowaniu zasadny był również zarzut naruszenia art. 255 pkt 3 Pzp.

Zgodnie z art. 255 pkt 3 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Należy przy tym zgodzić się z poglądami wypracowanymi w dotychczasowym orzecznictwie Izby, że możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia pozostaje w gestii zamawiającego, przy czym, jak trafnie wywiodła Izba w uzasadnieniu wyroku z 26 września 2017 r., sygn. akt KIO 1878/17, określenie w ustawie, że zamawiający „może” zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia nie odnosi się do woli zamawiającego (chcę/nie chcę), lecz do faktycznych możliwości w zakresie dobra, jakie chce pozyskać, udzielając zamówienia.

Ponadto w uzasadnieniu wyroku z 6 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2451/17, Izba wyraziła pogląd, że decyzja co do zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia nie musi być uzewnętrzniona w sformalizowany sposób. Izba wskazała również, z czym także należy się zgodzić, że zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania źródeł finansowania ponad kwotę, którą pierwotnie zabezpieczył, w celu wyboru oferty najkorzystniejszej i zapobieżenia unieważnieniu postępowania. Zdaniem Izby bezpodstawne jest również oczekiwanie, że zamawiający będzie udowadniał, że jego możliwości finansowe nie pozwalają na zwiększenie środków.

Jednocześnie w kontekście zasadności unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 3 Pzp, konieczne było odniesienie się do podniesionej przez Odwołującego kwestii związanej z przeprowadzeniem negocjacji i pozyskaniem ofert ostatecznych, w ramach procedury określonej w art. 275 pkt. 2 Pzp w której jest prowadzone przedmiotowe postępowanie, przed podjęciem decyzji o unieważnieniu postępowania przetargowego.

W ocenie składu orzekającego, uwzględniając charakter przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, należy uznać, iż obowiązkiem zamawiającego jest podejmowanie czynności dopuszczonych przepisami prawa, które mogą doprowadzić do zakończenia postępowania zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. W sytuacji, gdy procedura pozwala zamawiającemu na wybór oferty najkorzystniejszej, to dopiero jej wyczerpanie może określić czy w postępowaniu rzeczywiście wystąpiły okoliczności uzasadniające unieważnienie całego postępowania przetargowego. W niniejszej sprawie Zamawiający miał możliwość zaproszenia wykonawców do negocjacji ceny, co przewidział wszczynając postępowanie na podstawie art. 275 pkt 2 Ustawy, a zatem decyzja o unieważnieniu postępowania była przedwczesna, mając na uwadze podstawę z art. 255 pkt 3 Ustawy. W tym miejscu należy uznać za całkowicie bezpodstawne stanowisko Zamawiającego jakoby zapisy Rozdziału X ust. 8 SWZ wyłączały cenę ofertę z przedmiotu negocjacji w ramach procedury w której prowadzone jest postępowanie. Należy podkreślić, że zapis ten zawarty jest w Rozdziale o tytule Sposób obliczenia ceny i odnosi się do tego zakresu czyli sposobu w jaki obliczona i przedstawiona będzie cena ofertowa, zarówno w ofercie podstawowej, jak i dodatkowej. Podstawowym bowiem elementem procedury określonej w art. 275 pkt 2 Pzp jest to że Zamawiający może prowadzić negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert ile przewidział taką możliwość. Taka możliwość została wprost przewidziana w Rozdziale II ust. 3 SWZ. Tym samym argumentacja podnoszona przez Zamawiającego jest wprost sprzeczna z zapisami SWZ oraz przepisami ustawy Pzp dopuszczającym w przedmiotowym postępowaniu negocjacje w zakresie kryterium oceny ofert jakim jest cena.

Dopiero zaś ustalenie czy i na ile wykonawcy byli gotowi ulepszyć swoją ofertę w zakresie ceny pozwoliłoby jednoznacznie określić warunki oferty i na tej podstawie ocenić, czy środki jakie przewidział Zamawiający na sfinansowanie zamówienia pozwalają na wybór oferty najkorzystniejszej. Odstąpienie od negocjacji prowadziło faktycznie do zamknięcia drogi wykonawcy, który był gotowy negocjować cenę w ramach obecnej procedury przetargowej. Również z punktu widzenia Zamawiającego taka możliwość powinna być postrzegana w kategorii korzyści, jakie może to przynieść dla osiągnięcia celu zamówienia publicznego, bez konieczności podejmowania innych kroków

Uwzględniając powyższe należy wskazać, iż dla wykazania przesłanki unieważnienia postępowania Zamawiający zobowiązany był również skorzystać z możliwości, jaką przewidział w procedurze przetargowej. Ponieważ to tylko od jego decyzji o tym, iż negocjacje się nie odbędą, uzależnione było ustalenie, czy cena pozwoli na sfinansowanie zamówienia, należy uznać, iż to Zamawiający faktycznie doprowadził do tego, iż nie było możliwe ustalenie ostatecznej wysokości ceny. W ocenie składu orzekającego, tak jak Zamawiający jako dysponent środków ma swobodę w decydowaniu o możliwościach sfinansowania zamówienia, tak wykonawca składający ofertę nie może być przez Zamawiającego pozbawiony możliwości jej zmiany w drodze dopuszczalnych negocjacji ceny. Dla wykazania przesłanki do unieważnienia postępowania Zamawiający winien podjąć wszystkie możliwe i uzasadnione celem procedury

przetargowej czynności, które tak jak w tym postępowaniu, pozwoliłyby na ostateczne określenie warunków świadczenia usługi, co miało bezpośrednie znaczenie dla stwierdzenia podstawy unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 3 Ustawy. Tym samym możliwość negocjacji ceny, przed ewentualną decyzją o unieważnieniu postępowania, nie powinna być traktowana wyłącznie w kategorii uprawnienia zamawiającego, ale również jako jego obowiązku doprowadzenia do osiągnięcia celów zamówienia publicznego. Ten sam wniosek wynika z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20.10.2022 r., sygn. akt KIO 2633/22, w którym Izba stwierdzając, iż udzielenie zamówienia z wolnej ręki nastąpiło z naruszeniem przesłanki trybu (art. 214 ust. 1 pkt 5 Ustawy), wskazała jednocześnie na możliwość jaką daje obecny art 275 pkt 2 Ustawy, tj. zastosowania negocjacji w celu ulepszenia ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. Okoliczności obecnej sprawy wskazują na duże prawdopodobieństwo uzyskania w drodze negocjacji ceny mieszczącej się w środkach przewidzianych na sfinansowanie zamówienia – o czym świadczy niewielkie przekroczenie ceny zaoferowanej przez jednego z wykonawców ponad kwotę, jaką wskazał Zamawiający przy otwarciu ofert (tj. o 39,04 zł przy kwocie na sfinansowanie zamówienia w wysokości 2 000 000,00 zł).

W świetle powyższego uwzględnienie odwołania pozwoli na podjęcie czynności w ramach procedury przetargowej, co powinno mieć miejsce w celu ustalenia ostatecznej treści ofert, co dopiero pozwoli ustalić, czy postępowanie przetargowe zakończy się wyborem oferty najkorzystniejszej, czy też jego unieważnieniem.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 7 ust 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis oraz koszty Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i obciążyła nimi Zamawiającego w całości.

Przewodniczący: