

Sygn. akt: KIO 356/25

WYROK

Warszawa, dnia 28.02.2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 31 stycznia 2025 r. przez wykonawcę AG – COMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Wola m. st. Warszawy

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża w 1/2 odwołującego i w 1/2 zamawiającego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
4. Zasądza od zamawiającego Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Wola m. st. Warszawy na rzecz odwołującego AG – COMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy).
5. Znosi koszty postępowania odwoławczego pomiędzy stronami w pozostałym zakresie.

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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 356/25

Uzasadnienie

Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Wola m. st. Warszawy, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest zakładanie i pielęgnacja zieleni oraz koszenie trawy w 2025 roku na terenie administrowanym przez Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Wola m. st. Warszawy, w obrębie TZOM Nowolipki, numer referencyjny: ZP.26.150.2024.PW.

Wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 5 grudnia 2024 r., pod numerem 744083-2024.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej.

W dniu 31 stycznia 2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy AG – COMPLEX Sp z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej jako: „Odwołujący”, wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 255 pkt 6 ustawy PZP poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ze wskazaniem, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo iż taka wada w postępowaniu nie wystąpiła;
- 2.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez LENPAN Sp. z o.o. z uwagi, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 3.art. 239 ustawy PZP poprzez zaniechania wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez AG – COMPLEX Sp. z o.o.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienie postępowania,
- 2) przeprowadzenie czynności badania i oceny oferty,
- 3) odrzucenie oferty złożonej przez LENPAN Sp. z o.o. z uwagi, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP,
- 4) dokonanie czynności oceny ważnych ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SWZ,
- 5) wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego.

Stanowisko Odwołującego:

Uzasadniając postawione zarzuty Odwołujący wskazywał, że warunkiem koniecznym do możliwości zastosowania art. 255 pkt 6 ustawy PZP jest wystąpienie takiej wady, która nie jest możliwa do usunięcia. Oznacza to, że działanie zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiegokolwiek uznaniowości, a interpretacji przesłanek unieważnienia postępowania należy dokonywać w sposób ścisły przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej oraz celowościowej. Rozszerzająca wykładnia przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia jest zatem niedopuszczalna, ponieważ mogłaby prowadzić do manipulowania wynikiem postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności, gdy unieważnienie następuje po otwarciu ofert, kiedy to zamawiający zna krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz zaoferowane przez nich warunki realizacji zamówienia.

W ocenie Odwołującego w niniejszym postępowaniu opisane powyżej przesłanki nie zostały spełnione, bowiem jak wskazał Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób odmienny od swojego zamierzania tzn. pominął pewne (nie wskazał jakie) pozycje w kalkulacji cenowej.

Jak wskazywał Odwołujący, Zamawiający analizując każdorazowo przesłanki do unieważnienia postępowania w trybie art. 255 pkt 6 PZP powinien mieć na względzie nie tylko nieusuwalność samej wady, którą obarczone zostało postępowanie, ale również powinien przewidzieć, czy wada ta może w przyszłości skutkować unieważnieniem umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym na podstawie regulacji art. 611 pkt 2 p.z.p. (Wyrok KIO z 14.04.2023 r., sygn. akt KIO 871/23).

Jednocześnie należy wskazać, że opisanie przedmiotu zamówienia w sposób odmienny od zamierzenia zamawiającego nie stanowi samoistnej podstawy do unieważnienia postępowania. Taki stan faktyczny nie stanowi żadnej wady postępowania, tj. nie stanowi naruszenia żadnego z przepisów PZP. Fakt, że zamawiający nie ujął w opisie przedmiotu zamówienia wszystkich jego elementów nie czyni tego opisu wadliwym z punktu widzenia zasad sporządzania opisu przedmiotu zamówienia, a zwłaszcza art. 99 PZP. Tylko niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, który nie pozwala na złożenie porównywalnych ofert, stanowi wystarczającą podstawę do unieważnienia postępowania.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że w przedstawionym stanie faktycznym zdaniem UZP możliwe są dwa rozwiązania: pierwsze, to rozstrzygnięcie przedmiotowego postępowania o ile jest to możliwe poprzez wybór oferty najkorzystniejszej i zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, a następnie lub równoległe do toczącego się postępowania, zorganizowanie kolejnego postępowania. Drugie zaś rozwiązanie to po rozstrzygnięciu postępowania i zawarciu umowy, rozszerzenie jej zakresu zgodnie z art. 455 ust. 2 PZP o 10 % jej wartości. Przywołany art. 455 ust. 2 p.z.p. zezwala zamawiającym na zmianę umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile łączna wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne oraz wartość zmiany nie przekracza 10 % wartości pierwotnej umowy oraz dokonywane zmiany nie powodują zmiany ogólnego charakteru umowy.

Odwołujący przywołał również liczne poglądy orzecznictwa dotyczące instytucji unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6 ustawy PZP.

W zakresie zarzutu nr 2 wskazywał, że Zamawiający udostępnił wykonawcom formularz oferty w formie edytowalnej, a wykonawca LENPAN dokonał w nim zmian skutkujących niezgodnością jego oferty z warunkami zamówienia. Zmiany te polegały na tym, że w poz. 13 zmieniono ilość przedmiarową z 15 000 na 1500, a w pozycji 19 usunięto jednostkę miary.

Wprowadzone zmiany skutkują zaniżeniem ceny oferty, albowiem Wykonawca wycenił mniejszą liczbę m² niż wymagana przez Zamawiającego. Ponadto w poz. 19 kalkulacji Wykonawca usnął jednostkę miary. Nie jest zatem wiadome w oparciu o co wycenił i zaproponował cenę jednostkową. Wprowadzone przez Wykonawcę zmiany należy uznać za istotne, nie podlegające poprawieniu jako omyłki.

Zdaniem Odwołującego tego rodzaju niezgodności Zamawiający nie może potraktować jako błędu, który podlegałby poprawieniu. Dla oceny istotnego charakteru wprowadzanych zmian kluczowe znaczenie ma ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia.

Poprawienie innej omyłki w ofercie musi więc stanowić odzwierciedlenie złożonego oświadczenia woli wykonawcy wyrażonego w ofercie i nie mogą prowadzić do negocjacji z wykonawcą, ani zmiany istotnej treści oferty. Wezwanie do wyrażenia zgody na poprawienie omyłki powinno być w tym przypadku formalnością, niepociągającą za sobą konieczności dalszych wyjaśnień treści oferty.

Dokładna treść odwołania znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

Stanowisko Zamawiającego:

W dniu 10 lutego 2025 r. do akt sprawy wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której wniósł on o jego oddalenie w całości.

Jak wskazywał Zamawiający wybór oferty i zawarcie umowy w omawianym stanie faktycznym doprowadziłby do naruszenia art. 433 pkt 4 Ustawy.

W ocenie Zamawiającego zaistniały wszystkie przesłanki unieważnienia postępowania wynikające z art. art. 255 pkt 6 ustawy PZP, tj.:

1) W postępowaniu wystąpiła wada polegająca na błędnym oszacowaniu, a co za tym idzie błędnym opisaniu przedmiotu zamówienia w postaci formularza ilościowego, co w konsekwencji mogłoby doprowadzić do naruszenia art. 433 pkt 4 Ustawy.

2) Wada postępowania jest niemożliwa do usunięcia. Wada dotyczy błędów w formularzu ofertowym, dlatego jego zmiana po upływie terminu składania ofert jest niemożliwa. Gdyby Zamawiający stwierdził wadliwość ilości przyjętych do szacunku oraz formularzu oferty przed terminem składania ofert, unieważniłby postępowanie na podstawie art. 256 Ustawy.

3) Wada ma charakter trwały i nieusuwalny co w konsekwencji mogłoby prowadzić do unieważnienia umowy. Nieusuwalna wada postępowania powoduje niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu, na podstawie art. 457 ust. 1 w związku z art. 433 pkt 4 Ustawy. Zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 Ustawy umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia.

Zamawiający zwrócił uwagę na projekt pisma z dnia 24 stycznia 2025 r., ze wskazaniem ilości, które na etapie szacowania zostały błędnie przyjęte jako pełny zakres zamówienia. Pismo to miało stanowić odpowiedź na zapytanie Odwołującego dotyczące braków ilościowych w formularzach oferty, a w związku z tym unieważnieniem postępowania.

Zamawiający dodał, że z analizy przez niego dokonanej wynika, że nie znajdzie tu zastosowania art. 455 ust. 2 Ustawy z uwagi na to, że wielkość zmian nie jest niższa od 10% wartości przyszłej umowy. Co prawda Zamawiający przewidział zastosowanie aukcji elektronicznej na zasadach określonych w art. 227-238 Ustawy, jednak istotą rzeczy jest bieżący (obecny) stan faktyczny, a nie przyszłe niepewne zdarzenia (np. możliwość obniżenia ceny oferty w wyniku aukcji elektronicznej).

W zakresie zarzutu nr 2 Zamawiający wskazał, że omyłki, które podnosi Odwołujący, polegają na poprawie na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy.

Warunkiem poprawienia innej omyłki jest jej nieistotność zmiany treści oferty, która może skutkować w konsekwencji zmianą ceny oferty. Zamawiający w jasny sposób sprecyzował w SWZ sposób obliczenia ceny oraz wskazał jednostki miary, które powinny być zastosowane przez Wykonawców. Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy w formularzu ofertowym podali cenę jednostkową netto, a dalsze wyliczenia odbywały się w sposób automatyczny według wzorów wskazanych ww. formularzu. Zamawiający przewidział w projektowanych postanowieniach umowy następującą formę rozliczenia „Ostateczne wynagrodzenie będzie wynikiem faktycznie wykonanych usług potwierdzonych przez Zamawiającego w protokołach odbioru, o których mowa w ust. 9 oraz ceny jednostkowej wskazanej w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 1 niniejszej umowy.”.

W świetle teoretycznych rozważań, w opinii Zamawiającego, oferta Wykonawcy LENPAN POLAND sp. z o.o. nie podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. art. 226 ust. 1 pkt 5, co w konsekwencji skutkowałoby zastosowaniem aukcji elektronicznej na zasadach określonych w art. 227-238 Ustawy.

Zamawiający przytoczył również liczne poglądy doktryny oraz orzecznictwa dla poparcia swojego stanowiska. Dokładna

treść odpowiedzi na odwołanie znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie materialnoprawnych przesłanek do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Izba nie stwierdziła istnienia podstaw do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba ustaliła, że nie nastąpiło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść miała przesądzające znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy oraz na podstawie oświadczeń stron i uczestników.

Okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu postępowania w zakresie mającym znaczenie dla podniesionych zarzutów nie były pomiędzy stronami sporne. Ww. okoliczności faktyczne przedstawione przez strony znajdują ponadto potwierdzenie w dokumentacji postępowania. Mając na uwadze powyższe, skład orzekający Izby nie będzie w tym miejscu powtarzać okoliczności faktycznych dotyczących przebiegu postępowania, które nie były pomiędzy stronami sporne.

Na potrzeby niniejszego uzasadnienia należy jedynie wskazać, że w dniu 21 stycznia 2025 r. Zamawiający unieważnił postępowanie w oparciu o art. 255 pkt 6 ustawy PZP oraz przedstawił następujące uzasadnienie:

„W postępowaniu wpłynęły dwie oferty złożone przez firmę LENPAN POLAND [dane adresowe] oraz AG-COMPLE [dane adresowe].

W dniu 20.01.2025 r. zakończono weryfikację złożonych ofert na ww. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. W trakcie weryfikacji ofert, Zamawiający stwierdził braki ilościowe w formularzach oferty. Przygotowując opis przedmiotu zamówienia, Zamawiający nie oszacował wszystkich, niezbędnych do należytego wykonania umowy elementów. Wobec tego istnieje ryzyko niewykonania zaplanowanych prac, których nie będzie zawierała umowa.

W związku z powyższym postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy z dnia 11.09.2019 r. — Prawo zamówień publicznych „postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Uzasadnienie prawne:

Zarzut nr 1:

Na wstępie należy podkreślić, że rolą Krajowej Izby Odwoławczej w postępowaniu odwoławczym jest zbadanie czynności Zamawiającego każdorazowo tylko i wyłącznie przez pryzmat powodów dokonania tejże czynności wyartykułowanych wprost w uzasadnieniu jej dokonania. Za spóźnione i niemogące mieć wpływu na rozstrzygnięcie sprawy należy uznać takie okoliczności mające uzasadniać unieważnienie postępowania czy też inne czynności zamawiającego, które zostały przez niego przedstawione dopiero w toku postępowania odwoławczego. Ocena dokonywana przez Krajową Izbę Odwoławczą w tym zakresie nie może wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego, nie może polegać na badaniu istnienia powodów dokonania określonej czynności w szerszym aspekcie. Stanowisko to jest jednolicie prezentowane w orzecznictwie (np. wyrok KIO z dnia 15 maja 2023 r., KIO 1215/23, wyrok KIO z dnia 16 marca 2023 r., KIO 593/23, wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2022 r., KIO 3248/22).

Powyższy pogląd został również potwierdzony w orzecznictwie Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych. W wyroku z dnia 11 sierpnia 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 27/22 Sąd wskazał, że: *„Obowiązek ten realizowany jest przez podanie okoliczności faktycznych i podstawy prawnej podjętej decyzji w zakresie wystarczającym dla oceny prawidłowości jej podjęcia. Zatem nie jest wystarczające samo wskazanie podstawy prawnej, na której oparta jest decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania. Konieczne jest dokładne powołanie okoliczności faktycznych, wyczerpujących przesłankę powodującą unieważnienie postępowania lub uprawniającą do jego unieważnienia. Wskazanie podstawy prawnej i przyczyn faktycznych unieważnienia postępowania warunkuje zakres wnoszenia i rozpoznania środków ochrony prawnej. Powołanie okoliczności faktycznych powinno być dokonane w sposób jasny i niebudzący wątpliwości. Powinno być przy tym na tyle wyczerpujące, by pozwalało wykonawcom na pełne zidentyfikowanie okoliczności faktycznych, stanowiących podstawę podjęcia czynności unieważnienia, oraz ich ewentualne zakwestionowanie w odwołaniu, a także przedstawienie w postępowaniu odwoławczym stosownych dowodów. Podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania nie jest jedynie dopełnieniem wymagania formalnego*

art. 260 ust. 1 Pzp, lecz stanowi element konstytutywny decyzji o unieważnieniu postępowania i z normy tej wynika, że Zamawiający ma obowiązek podać wykonawcom uzasadnienie faktyczne podejmowanej czynności w taki sposób, aby zagwarantować im możliwość skutecznej weryfikacji jej prawdziwości. Przepis art. 260 ust. 1 Pzp stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na Zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych unieważnienia postępowania, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn takiego unieważnienia. Uzasadnienie faktyczne unieważnienia postępowania powinno być na tyle jasne i czytelne, aby nie wprowadzało wykonawcy w błąd, jak również nie rodziło wątpliwości, gdyż wykonawca co do tej czynności powinien uzyskać wyczerpujące informacje, które legły u podstaw unieważnienia postępowania. Oczywistym zatem jest, że w razie wniesienia odwołania na decyzję Zamawiającego, kognicja Izby ogranicza się do zbadania jej zasadności w kontekście podanych w zawiadomieniu powodów faktycznych i prawnych jej podjęcia.”

W związku z tym ocenie Izby podlegała czynność unieważnienia postępowania, której powody Zamawiający uzewnętrznił w informacji z dnia 21 stycznia 2025 r. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy są argumenty Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie czy też powoływane w trakcie wypowiedzi na rozprawie, w zakresie w jakim wykraczają one poza uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego w informacji o unieważnieniu. To samo dotyczy projektu pisma z dnia 24 stycznia, który objęty był wnioskiem dowodowym Zamawiającego. Ww. dowód nie został przedłożony dla wykazania faktów istotnych dla rozstrzygnięcia (art. 531 ustawy PZP), gdyż zawierał informacje nie wskazane przez Zamawiającego w uzasadnieniu czynności unieważnienia, a tym samym jego analiza jest bezprzedmiotowa.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że Zamawiający nie wykazał przesłanek do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6 ustawy PZP.

Zgodnie z tym przepisem zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak wynika z literalnego brzmienia tego przepisu, dopiero łączne wystąpienie wskazanych w nim okoliczności skutkuje obowiązkiem jego zastosowania. Konieczne jest zatem łączne zaistnienie po pierwsze, naruszenia przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania); po drugie, wada musi być niemożliwa do usunięcia; po trzecie, wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, że nie wystarczy dla zaistnienia wskazanej przesłanki stwierdzić, że mamy w danym postępowaniu do czynienia z wadą, ale należy wykazać dodatkowo, że jest ona niemożliwa do usunięcia, a ponadto, że skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego (tak: wyrok KIO z dnia 17 marca 2023 r., KIO 562/23).

Innymi słowy, zastosowanie art. 255 pkt 6 wymaga przeprowadzenia gruntownej analizy dotyczącej zaobserwowanej wady, która jest nieusuwalna, a ponadto uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Analiza taka powinna zostać przez Zamawiającego zawarta w uzasadnieniu czynności unieważnienia.

W niniejszej sprawie Zamawiający tak naprawdę nie wykazał żadnej przesłanki, o której mowa w przepisie art. 255 pkt 6. Zamawiający podjął jedynie próbę wskazania wady postępowania. Jego zdaniem za wadę należy przyjąć „braki ilościowe w formularzach oferty. Przygotowując opis przedmiotu zamówienia, Zamawiający nie oszacował wszystkich, niezbędnych do należytego wykonania umowy elementów. Wobec tego istnieje ryzyko niewykonania zaplanowanych prac, których nie będzie zawierała umowa”.

Z powyższego fragmentu wynika, że Zamawiający przez wadę rozumie braki opisu przedmiotu zamówienia, które sprawiają, że opis ten jest niepełny. Znamienne jednak, że Zamawiający nie precyzuje, czego braki te dotyczą. Nie kategoryzuje ich nawet w żaden sposób. Nie wiadomo więc tak naprawdę na czym rzekoma wada polega, gdyż Zamawiający tego nie wskazuje. De facto ogólnikowość uzasadnienia uniemożliwia jakąkolwiek ocenę czy w ogóle wada postępowania zaistniała. Wada postępowania uzasadniająca jego unieważnienie powinna być wskazana precyzyjnie, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca.

Do pozostałych dwóch przesłanek, tj.: nieusuwalności wady oraz kwestii braku możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, Zamawiający nie odnosi się w ogóle.

Powyższe nakazuje uznać, że Zamawiający nie wykazał przesłanek do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6 ustawy PZP, co przesądza o wadliwości podjętej przez niego czynności. Podkreślić jednak należy, że wadliwość

czynności unieważnienia wynika w niniejszej sprawie z braku jakiegokolwiek uzasadnienia i odniesienia się do treści przepisu art. 255 pkt 6 ustawy PZP. Okoliczności, na które Zamawiający wskazywał w odpowiedzi na odwołanie czy też w trakcie wypowiedzi na rozprawie, nie znalazły się w treści uzasadnienia unieważnienia, co oznacza, że poza oceną Izby było to czy choćby potencjalnie mogą one uzasadniać czynność unieważnienia.

Tym samym Izba nie może na obecnym etapie przesądzić czy braki w opisie przedmiotu zamówienia mogą uzasadniać unieważnienie postępowania. Merytoryczna ocena argumentów podnoszonych przez Zamawiającego możliwa byłaby, gdyby rzetelnie podszedł on do tematu unieważnienia, odnosząc się w uzasadnieniu czynności do wszystkich przesłanek wskazanych w art. 255 pkt 6 ustawy PZP. Pamiętać bowiem należy, że ciężar wykazania przesłanek uzasadniających unieważnienie postępowania każdorazowo obciąża zamawiającego. A contrario, ich niewykazanie skutkuje wadliwością czynności unieważnienia.

Powyższe przesądza o zasadności wniesionego odwołania w omawianym zakresie.

Zarzut nr 2:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, kiedy stwierdzona niezgodność ma charakter zasadniczy i nieusuwalny.

Jak zgodnie się przyjmuje, przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie ww. przepisu, zamawiający ma obowiązek poprawienia oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych oraz innych omyłek, o których mowa w art. 223 ust. 2 ustawy PZP. Co więcej, zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń.

Tym samym czynność odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP powinna zostać poprzedzona przez Zamawiającego czynnościami, na skutek których pewne błędy i nieścisłości w treści oferty wykonawcy zostaną poprawione lub wyjaśnione – oczywiście jeśli zachodzą przesłanki wskazane w odpowiednich przepisach.

W niniejszej sprawie w treści formularza cenowego wykonawca LENPAN w pozycji 13 powinien był wpisać ilość m2 na poziomie 15 000. Zamiast tego w pozycji tej wpisał 1 500. Wydaje się, że omyłka ma charakter oczywisty i istnieje tylko jeden sposób jej poprawienia. Nie ma więc miejsca sytuacja, w której niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia ma charakter nieusuwalny. Zamawiający dysponuje instrumentami, przy użyciu których oferta wykonawcy może zostać poprawiona.

Ocena zaistniałej sytuacji w kontekście zastosowania konkretnych narzędzi wymienionych w ustawie PZP powinna zostać dokonana przez Zamawiającego w ramach powtórnej oceny ofert. Wskazać bowiem należy, że przedmiotem zarzutu było zaniechanie zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 5, a nie zaniechanie zastosowania np. art. 223 ust. 2 pkt 1, 2 lub 3. Izba natomiast związana jest zarzutami odwołania (art. 555 ustawy PZP). Zdaniem Izby zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 jest niezasadny, a więc treść wyroku nie nakazuje odrzucenia oferty wykonawcy LENPAN na tej podstawie. Z kolei podejmowanie dalszych czynności wobec oferty ww. wykonawcy leży w gestii Zamawiającego.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). W treści petitum odwołania postawiono 3 zarzuty, jednak zarzut nr 3 miał charakter wynikowy wobec zarzutów podstawowych, z których jeden okazał się zasadny, a drugi nie. Wobec tego prawidłowym było rozdzielenie odpowiedzialności za wynik postępowania po połowie, zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z ust. 3 ww. rozporządzenia.

Przewodniczący: