

WYROK
z dnia 19 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę Infomex spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Żywcu w postępowaniu prowadzonym przez Starostwo Powiatowe w Ciechanowie

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie dokonanej w dniu 31 lipca 2014 r. czynności unieważnienia postępowania;**
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy] uiszczoną przez Infomex spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Żywcu tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego, Starostwa Powiatowego w Ciechanowie na rzecz Odwołującego Infomex spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Żywcu kwotę 18 600 zł [słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy] stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonych wpisów oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907] na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Płocku.

Skład orzekający:

1

KIO 1607/14

UZASADNIENIE

I. Zamawiający – Starostwo Powiatowe w Ciechanowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Dostawa i instalacja sprzętu komputerowego, rozszerzona opieka serwisowa sprzętu komputerowego i oprogramowania, instalacja i świadczenie usług dostępu do Internetu, ubezpieczenie sprzętu komputerowego na potrzeby realizacji projektu pn. "eIntegracja Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w Powiecie Ciechanowskim"*. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 09/04/2014, numer ogłoszenia 2014/S 070-120403.

II. Zamawiający unieważnił w dniu 1 sierpnia 2014 r. przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

III. Odwołujący w dniu 5 sierpnia 2014 r. złożył odwołanie wobec unieważnienia postępowania oraz zaniechania czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił:

- a) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z naruszeniem art 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, poprzez unieważnienie postępowania, pomimo że postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą

uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

- b) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W oparciu o tak wyartykułowane zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu, aby:

- a) unieważnił czynność unieważnienia postępowania;
b) dokonał ponownego badania i oceny ofert;
c) dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

2

W uzasadnieniu Odwołujący podał, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej konsekwentnie wskazuje się, jak w wyroku z dnia 22 marca 2013 r., sygn. akt KIO 532/13, gdzie Zamawiający unieważnił postępowanie z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy po upływie terminu składania ofert, że: „*unieważnienie postępowania przez Zamawiającego dopiero po zapoznaniu się z treścią ofert nie powoduje, że musi być poprzedzone lub dokonane równoległe z oceną złożonych ofert. Natomiast takie spóźnione przyznanie się przez Zamawiającego do popełnienia błędu na etapie kształtowania opisu przedmiotu zamówienia, powoduje tym bardziej konieczność podania przez niego wyczerpującego i przekonującego uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania. Wykonawcy, którzy działali w zaufaniu do Zamawiającego i w dobrej wierze złożyli oferty muszą mieć możliwość sprawdzenia, że unieważnienie postępowania rzeczywiście nastąpiło z powodu nieusuwalnej wady postępowania tkwiącej w nim przed złożeniem ofert i niezwiązanej z treścią złożonych ofert*”. Podobnie w wyroku z dnia 5 listopada 2012 r., sygn. akt: KIO 2259/12, KIO 2261/12, KIO 2274/12, również dotyczącym unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, podkreślono wagę podania przez Zamawiającego wyczerpującego uzasadnienia prawnego decyzji o unieważnieniu, wskazując, że: „*dlatego też stwierdzona przez zamawiającego wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik*.” Generalnie, w świetle orzecznictwa Izby nie budzi żadnych wątpliwości, że Zamawiający decyzję o unieważnieniu postępowania winien uzasadnić ze szczególną starannością i nie może pominąć w tym uzasadnieniu żadnego elementu. Jak to wskazano w wyroku o sygn. akt KIO 532/13: „*podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania nie jest jedynie dopełnieniem wymagania formalnego z art. 93 ust. 3 pzp, lecz stanowi element konstytutywny decyzji o unieważnieniu postępowania, w szczególności jeżeli została ona podjęta z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy*.” W ocenie Odwołującego, przesłane mu uzasadnienie faktyczne i prawne unieważnienia postępowania nie czyni zadość wymaganiom wynikającym z przytoczonych powyżej orzeczeń KIO. Zamawiający jako podstawę unieważnienia postępowania wskazał art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, zgodnie z którym Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jest oczywiste, zdaniem Odwołującego i nie budzi żadnych wątpliwości, iż art 93 ust. 1 pkt 7 ustawy nie funkcjonuje w próżni, tylko jest ściśle powiązany z przepisami regulującym kwestię unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. z art. 146 ust. 1, 5 i 6 ustawy. Za wyrokiem sygn. akt: KIO 2259/12, KIO 2261/12, KIO 2274/12 Odwołujący wskazał, że: „*dokonując oceny podstaw do unieważnienia postępowania w oparciu o wskazaną przesłankę ustawową należy więc sięgnąć do art. 146*

3

ustawy, który w ustępie 1 zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek unieważnienia umowy [bezpodstawne zastosowanie niektórych trybów, brak zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w odpowiednim publikatorze, zawarcie umowy lub umowy ramowej z naruszeniem terminów standstill oraz określone nieprawidłowości w dynamicznym systemie zakupów]. Katalog ten jest zamknięty i nie może być interpretowany rozszerzająco. Dodatkowe przesłanki wskazujące na możliwość unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego zawarte są w ustępie 5 i 6 art. 146 ustawy i dotyczą one możliwości

żądania przez zamawiającego unieważnienia umowy na podstawie art. 70 i 51 k.c. oraz dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Tak więc zamawiający unieważniając postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy bierze pod uwagę nie tylko okoliczności skutkujących unieważnieniem zawartej umowy, określonych w art. 146 ust. 1 ustawy, ale także okoliczności skutkujących unieważnieniem umowy z art. 146 ust 5 i 6 ustawy. Brak jest natomiast podstaw do unieważnienia umowy na podstawie okoliczności innych niż wynikające ze wskazanych wyżej przepisów ustawy, gdyż mogłoby to prowadzić do naruszenia zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, szczególnie w sytuacji ody stwierdzenie wad postępowania miałyby miejsce dopiero po otwarciu ofert.". W przypadku unieważnienia postępowania przez Zamawiającego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, w związku z art. 146 ust. 6 ustawy, ten ostatni przepis interpretuje się w taki sposób, że Zamawiający ma prawo unieważnić postępowanie w razie stwierdzenia, że dokonał czynności lub zaniechał ich dokonania z naruszeniem przepisu ustawy, w rezultacie czego postępowanie obciążone jest poważnymi i nieusuwalnymi wadami, wpływającymi na jego wynik, choć wykraczającymi poza dyspozycje przepisów art. 146 ust. 1 pkt 1-6 ustawy. W ocenie Odwoływającego jest jednak oczywiste, że takim wypadku Zamawiający w uzasadnieniu ma obowiązek wskazać, jaki konkretnie przepis czy przepisy ustawy naruszył i dlaczego oraz wskazać dlaczego to naruszenie miało charakter nieusuwalny i jednocześnie dlaczego miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Zdaniem Odwoływającego, w uzasadnieniu unieważnienia postępowania powyższych, kluczowych informacji, próżno szukać. Zamawiający wskazał argument z przywołaniem art. 29 ust. 2 w zw.z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 tej ustawy.

Odwoływający zwrócił uwagę na argumentację, że Zamawiający powziął informację o nieprawidłowym opisie przedmiotu zamówienia dopiero na etapie powtórnego badania ofert, co stawia pod znakiem zapytania profesjonalizm Zamawiającego, który jest odpowiedzialny za prawidłowe przygotowanie postępowania i należyte zadbanie o swoje

sprawy.

Argumentacja Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie także i z tego powodu, że na charakter wynagrodzenia Odwoływający zwracał uwagę w poprzednim odwołaniu, z którym Zamawiający się zgodził [uwzględnił w całości].

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, poprzez unieważnienie postępowania, pomimo że postępowanie nie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, Odwoływający podał: „Wskazać trzeba, że art. 146 ust. 6 ustawy podstawę unieważnienia umowy w sprawie zamówienia określa w sposób dość ogólny, wskazując na dokonanie przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Dlatego też w orzecznictwie Izby podkreśla się, że stosowanie tego przepisu powinno być ostrożne i następować tylko i wyłącznie w faktycznie uzasadnionych przypadkach. Za wyrokiem KIO z dnia 3 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1420/13, wskazać trzeba, że: „choć przepis art. 146 ust. 6 ustawy zawiera klauzulę generalną, nie oznacza to, że zakres zastosowania tego przepisu można rozciągać na wszystkie stany faktyczne obejmujące wszelkie nieprawidłowości Zamawiających w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Zasadą jest, że wszczęte postępowanie ma doprowadzić do wyłonienia najkorzystniejszej oferty, a nie zakończyć się unieważnieniem. Nie można także zupełnie pominąć okoliczności że w aktualnym stanie prawnym możliwości unieważnienia postępowania z powołaniem się na wpływ tych nieprawidłowości na zawartą umowę, zostały przez ustawodawcę, w świetle literalnego brzmienia przepisów art. 146 ustawy, dla Zamawiających znacząco ograniczone, co wskazuje na konieczność daleko idącej ostrożności przy powoływaniu się na inne, niż wskazane w art. 146 ust. 1 ustawy podstawy podlegania umowy unieważnieniu. Truizmem jest stwierdzenie, że w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych Zamawiający popełniają

błędy, naruszając przy tym przepisy ustawy, Tym bardziej niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej przepisu art. 146 ust. 6, która pozwalałby Zamawiającym na unieważnienie postępowania z powołaniem się na jakiegokolwiek wady prowadzonych przez nich postępowań. Mogłoby to wprost prowadzić do zagrożenia przestrzegania zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, szczególnie w sytuacji, gdy stwierdzenie wad postępowania miało miejsce już po ujawnieniu listy wykonawców, którzy mogą uzyskać dane zamówienie. Stąd stwierdzona przez Zamawiających wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu

5

z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik.” Identyczne stanowisko Izba wyraziła ponadto w wyroku sygn. akt KIO 532/13. Generalnie w świetle orzecznictwa Izby nie budzi wątpliwości, że: „unieważnienie postępowania jest decyzją unicestwiającą to postępowanie, powodującą daleko idące skutki w sytuacji tak Zamawiających, jak również Wykonawców uczestniczących w postępowaniu, dlatego przesłanki do unieważnienia postępowania stanowią numerus clausus i powinny być interpretowane wąsko” [cytat za wyrokiem KIO z dnia 18 kwietnia 2013 r., sygn. akt: KIO 755/13, identyczne stanowisko Izba wyraziła również w wyroku KIO/UZP 431/08].

Odnosząc powyższe wypowiedzi Izby do okoliczności niniejszej sprawy Odwołujący podkreślił, że okoliczności faktyczne przytoczone przez Zamawiającego w uzasadnieniu nie świadczą o naruszeniu przez Zamawiającego jakiegokolwiek przepisu ustawy, które uniemożliwia podpisanie ważnej umowy.

Jak wynika z uzasadnienia, zasadniczym powodem kwestionowanej decyzji Zamawiającego było to, że: „SIWZ nie spełnia kryteriów w zakresie zapewnienia porównywalnych warunków udziału w postępowaniu poprzez określenie dwóch różnych cen w różnych miejscach SIWZ. Powoduje to niemożliwość dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty przygotowanej w oparciu o te same założenia i zrozumienie istoty ceny zamówienia określonej przez Zamawiającego i w konsekwencji nie będzie możliwe zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy na podstawie warunków określonych w SIWZ. Zapisy SIWZ nie pozwalają na prawidłowe skalkulowanie ceny, przez co narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, określone art. 7 Pzp. Powoduje to, że złożone oferty są nieporównywalne, przez różne ujęcie sposobu wyliczenia ceny, 1 Wykonawcy składając ofertę mogli wyliczyć cenę w dwojaki sposób, zgodnie z Rozdziałem XVI pkt 16.2. SIWZ i pkt 3 Załącznika nr 2 wyliczając cenę w sposób właściwy dla wynagrodzenia ryczałtowego albo zgodnie z § 3 Załącznika nr 5 do SIWZ wyliczając cenę w sposób właściwy dla wynagrodzenia kosztorysowego. W konsekwencji zapisy stwarzają nierówne warunki dla wykonawców w zależności od tego czy skalkulowali cenę jako ryczałtową czy jako kosztorysową.” Twierdzenia Zamawiającego o wprowadzających w błąd postanowieniach SIWZ są tym bardziej niewiarygodne – zdaniem Odwołującego – gdy weźmie się pod uwagę to, że aspekty wskazane przez Zamawiającego nie wzbudziły żadnych wątpliwości w toku całego postępowania u najbardziej zainteresowanych, czyli u wykonawców. Przystępujący do poprzedniego postępowania odwoławczego nawet o takiej argumentacji nie pomyślał. Innymi słowy, właśnie stan faktyczny w postępowaniu świadczy o przeciwnych poglądach, tym bardziej że postanowienia SIWZ były równe dla wszystkich. Odwołujący podkreślił, że żaden z wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie nie wniósł odwołania

6

wobec postanowień SIWZ wskazanych w uzasadnieniu unieważnienia, co więcej, żaden z wykonawców nie zwrócił się do Zamawiającego choćby o wyjaśnienia treści SIWZ w tym zakresie ani w żaden inny sposób nie zasygnalizował Zamawiającemu, że ww. postanowienia SIWZ są niejasne i mogą być różnie rozumiane. Nie sposób uwierzyć, aby tylu wykonawców, profesjonalnie zajmujących się przedmiotem zamówienia i regularnie uczestniczących w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, nie dostrzegło i nie zwróciło Zamawiającemu uwagi na rzekomo tak poważną wadliwość SIWZ, natomiast wadliwość tę zauważył Zamawiający, przy czym dopiero gdy został postawiony w sytuacji, że

musi podpisać umowę z INFOMEX. Scenariusz, który przedstawia Zamawiający

zupełnie w uzasadnieniu

unieważnienia postępowania, jest – zdaniem Odwołującego -

ocenie nieprawdopodobny i

sprzeczny z zasadami doświadczenia życiowego. W

Odwołującego jest oczywiste, że gdyby faktycznie wskazane w uzasadnieniu unieważnienia postanowienia SIWZ budziły wątpliwości interpretacyjne i to jeszcze tak poważne, jak twierdzi Zamawiający, to któryś z wykonawców dostrzegłby je i zwrócił się o ich wyjaśnienie. Tym samym twierdzenia Zamawiającego, jakoby to informacje zawarte w SIWZ były niejednoznaczne i wprowadzały w błąd, nie mają żadnego oparcia w rzeczywistości. Podsumowując, żadna z okoliczności wskazanych przez Zamawiającego nie uprawniała go do unieważnienia postępowania, a zatem Zamawiający winien dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej i zawrzeć umowę w sprawie przedmiotowego zamówienia.

IV. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający podał, odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu, że są one całkowicie bezzasadne, argumentując następująco:

[1] Twierdzenia odwołującego, że Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania nie wskazał, jaki konkretnie przepis czy przepisy ustawy naruszył i dlaczego [zarzut braku uzasadnienia prawnego i faktycznego] oraz dlaczego to naruszenie miało charakter nieusuwalny i jednocześnie dlaczego miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, są nieuprawnione i pozbawione podstaw. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący, pomimo, że nie zarzuca Zamawiającemu naruszenia art. 93 ust. 3 ustawy, w uzasadnieniu odwołania, zwraca uwagę, że przesłane mu uzasadnienie faktyczne i prawne unieważnienia postępowania nie czyni zadość wymaganiom wynikającym z przytoczonych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej [wyrok KIO z dnia 22 marca 2013r., sygn. akt KIO 532/13 oraz wyrok KIO z dnia 5 listopada 2012r., sygn. akt KIO 2259/12, KIO 2261/12, KIO 2274/12]. Zarzut, że przesłane mu uzasadnienie faktyczne i prawne unieważnienia postępowania nie czyni zadość wymaganiom jest szczególnie niezrozumiałym w świetle faktu, że Odwołujący sam w odwołaniu przytacza uzasadnienie prawne podane

7

przez Zamawiającego ["... art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 Pzp"]. Zamawiający podał, że argumentacja Odwołującego, że uzasadnienie faktyczne i prawne unieważnienia postępowania nie czyni zadość wymaganiom, ponieważ jest „wydumane i niepoważne”, bez podania konkretnych zarzutów, jest niezrozumiałe. Powołany przez Odwołującego wyrok KIO z dnia 5 listopada 2012r., sygn. akt KIO 2259/12, KIO 2261/12, KIO 2274/12 stanowi, że „W zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania zamawiający - zgodnie z treścią art. 93 ust. 3 ustawy Pzp - podaje uzasadnienie faktyczne i prawne. Wystarczającym uzasadnieniem prawnym jest podanie konkretnego przepisu, a więc konkretnej przesłanki uzasadniającej tę czynność. [...] Natomiast uzasadnienie faktyczne powinno zawierać wskazanie faktów spełniających ustawowe przesłanki unieważnienia postępowania, które zamawiający uznał za podstawę takiego rozstrzygnięcia, a więc jego zasadność.”. Zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania zamieścił zarówno uzasadnienie faktyczne i prawne, zgodnie z wymogiem ustawowym i poglądem prezentowanym w tej sprawie w orzecznictwie KIO.

[2] Zamawiający, działając na podstawie art. 93 ust. 3 pkt 2, zawiadomił wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp, gdyż jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jako uzasadnienie prawne Zamawiający wskazał dokonanie czynności z naruszeniem art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 ustawy. W uzasadnieniu faktycznym wskazano na nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia. A mianowicie w Rozdziale XVI SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny” pkt. 16.2. i Załącznika Nr 2 „Formularz ofertowy” napisano, że cena ma charakter ryczałtowy. Natomiast w Załączniku Nr 5 do SIWZ we wzorze umowy w § 3 ust. 1-3 określono wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy jako sumę poszczególnych kwot

z formularza ofertowego, stanowiącego załącznik do umowy, a więc cenę kosztorysową. Za wykonanie przedmiotu umowy, zgodnie z ust. 1 w § 3, wykonawcy przysługuje łączne wynagrodzenie z uwzględnieniem stawek jednostkowych wskazanych w formularzu ofertowym. Zapisy SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia we wzorze umowy w zakresie ceny zamówienia [wynagrodzenia wykonawcy], są wewnętrznie sprzeczne. Z jednej strony w pkt. 16.2. SIWZ i Załączniku Nr 2 do SIWZ określa się cenę jako ryczałtową, a jednocześnie projekt umowy określa wynagrodzenie jako kosztorysowe. Powyższe przesądza, że podane przez Zamawiającego uzasadnienie faktyczne i prawne unieważnienia postępowania wypełnia dyspozycję art. 93 ust. 3 ustawy.

8

Niemożliwy do usunięcia charakter wady postępowania, polegającej na wewnętrznej sprzeczności zapisów SIWZ na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter nieusuwalny, bowiem upłynął już termin składania ofert. Nie powinno to budzić żadnych wątpliwości. Zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy, w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W konsekwencji w momencie upływu terminu składania ofert zamawiający jak i wykonawcy są związani treścią SIWZ. W konsekwencji niedopuszczalne jest dokonywanie zmian w treści SIWZ po upływie tego terminu. Tym samym wszelkie wady postępowania polegające na wewnętrznej sprzeczności zapisów SIWZ są niemożliwe do usunięcia.

SIWZ nie spełnia kryteriów w zakresie zapewnienia porównywalnych warunków udziału w postępowaniu poprzez określenie dwóch różnych cen w różnych miejscach SIWZ. Powoduje to niemożliwość dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty przygotowanej w oparciu o te same założenia i zrozumienie istoty ceny zamówienia określonej przez Zamawiającego i w konsekwencji nie będzie możliwe zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy na podstawie warunków określonych w SIWZ. Zapisy SIWZ nie pozwalają na prawidłowe skalkulowanie ceny, przez co naruszają zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, określone art. 7 ustawy. Powoduje to, że złożone oferty są nieporównywalne, przez różne ujęcie sposobu wyliczenia ceny. Wykonawcy składając ofertę mogli wyliczyć cenę w dwojaki sposób, zgodnie z Rozdziałem XVI pkt 16.2. SIWZ i pkt 3 Załącznika nr 2 wyliczając cenę w sposób właściwy dla wynagrodzenia ryczałtowego albo - zgodnie z § 3 Załącznika nr 5 do SIWZ - wyliczając cenę w sposób właściwy dla wynagrodzenia kosztorysowego. Przedmiot zamówienia jest opisany w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Rezultatem tego są zapisy stwarzające nierówne warunki dla wykonawców w zależności od tego, czy skalkulowali cenę jako ryczałtową czy jako kosztorysową, o czym może świadczyć znaczna rozbieżność w cenach za wykonanie przedmiotu zamówienia [oferta nr 1 - 10 399 899,69 zł; oferta nr 4 - 11 856 343,72 zł; oferta nr 2 - 14 383 847,24 zł; oferta nr 3 - 15 546 437,40 zł]. Różnica pomiędzy ofertą najkorzystniejszą a ofertą najmniej korzystną wynosi aż 5 146 537,71 zł. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie definiują ani pojęcia ryczałtu ani wynagrodzenia kosztorysowego. Jednak bogate orzecznictwo sądowe pozwala na zdefiniowanie tych pojęć. W kodeksie cywilnym wskazano dwa podstawowe rodzaje wynagrodzenia: ryczałtowe [art. 628 k.c.] i wynagrodzenie kosztorysowe [art. 629-631 k.c., UZP/ZO/0-773/07 Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 03.07.2007 r.] Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Rozliczenia stron w przypadku zastosowania ryczałtowego charakteru wynagrodzenia

9

w żaden sposób nie opierają się na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach.

Wynagrodzenie kosztorysowe umożliwia dostosowanie wysokości wynagrodzenia do rzeczywistego zakresu i kosztów wykonanych robót. Jest to wynagrodzenie opierające się na przewidywaniach dotyczących zakresu prac oraz kosztów ich wykonania, które nie są ostateczne i mogą ulec zmianie, stosownie do zmiany okoliczności wykonania umowy. Są to więc zupełnie różne rodzaje wynagrodzeń i nie można ich stosować zamiennie. Z tych

powodów, użycie w różnych miejscach SIWZ pojęcia wynagrodzenie ryczałtowe, a we wzorze umowy stanowiącym Załącznik do SIWZ pojęcia wynagrodzenie bez przymiotnika „ryczałtowe”, z opisem jego wyliczenia, wskazującym, że jest to typowe wynagrodzenie kosztorysowe, jest nieusuwalną na tym etapie postępowania, sprzecznością wewnętrzną SIWZ.

Zdaniem Zamawiającego, różnice pomiędzy wyliczeniem ceny zgodnie z Rozdziałem XVI pkt 16.2. SIWZ i pkt 3 Załącznika nr 2 w sposób właściwy dla wynagrodzenia ryczałtowego albo wyliczeniem ceny zgodnie z § 3 Załącznika nr 5 do SIWZ w sposób właściwy dla wynagrodzenia kosztorysowego, w niniejszym postępowaniu, najlepiej odzwierciedla oferta Odwołującego: Zamawiający dnia 04.07.2014r. zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny, podając że w pkt. 3 Formularza ofertowego Odwołujący podał cenę ryczałtową brutto 11 856 343,72 zł, za jaką zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia, podczas gdy suma cen łącznych brutto wszystkich zadań składających się na przedmiot zamówienia, zgodnie z tabelą z pkt. 3 Formularza ofertowego Odwołującego, wynosi 11 876 343,72 zł. W związku z powyższym, suma cen łącznych brutto wszystkich zadań składających się na przedmiot zamówienia jest o 20 000 zł wyższa od ceny ryczałtowej brutto, jaką wykonawca podał w Formularzu ofertowym jako sumę cen jednostkowych.

Zamawiający podał, że odrzucając ofertę Odwołującego kierował się ogólnym pojęciem ceny skalkulowanej zgodnie z SIWZ, tj. stanowiącej sumę cen łącznych brutto wszystkich zadań składających się na przedmiot zamówienia. Przedmiot zamówienia nie jest jednorodny. Składa się z dostaw i usług. Dostawy obejmują 18 z 26 zadań składających się na przedmiot zamówienia, zaś usługi obejmują 8 z 26 zadań składających się na przedmiot zamówienia. Zarówno dostawy jak i usługi mogłyby być przedmiotem odrębnych zamówień, stąd tym większe znaczenie dla zamawiającego, co podkreślił w SIWZ żądając cen jednostkowych, ma ich szczegółowe podanie przez wykonawców. W zakresie usług dochodzi dodatkowy element, a mianowicie czasookres ich świadczenia. Zamówienie będzie realizowane w ramach konkretnego projektu dofinansowanego ze środków Unii Europejskiej, jego realizacja w zakresie zarówno dostaw jak i usług jest wprost uzależniona od naboru beneficjentów i ich uczestnictwa w projekcie. Przewidział to Zamawiający wprowadzając

10

zarówno w SIWZ [Rozdział XXI. Pkt 21.3.) jak i Załączniku nr 5 do SIWZ pn. „Projekt umowy” [§ 6 ust. 1], możliwość zmian postanowień umowy w następującym zakresie:

1. zmniejszenia zakresu przedmiotu umowy w granicach uzasadnionego interesu publicznego, gdy wykonanie pierwotnego zakresu nie leży w interesie publicznym, z jednoczesnym zmniejszeniem wynagrodzenia w zakresie niezrealizowanej części przedmiotu umowy, wyliczonym w oparciu o ceny jednostkowe zawarte w formularzu ofertowym Wykonawcy,
2. terminów realizacji poszczególnych etapów umowy, określonych w pkt 6.2.-6.5.

SIWZ, bez zmiany terminu końcowego realizacji zamówienia,

w przypadku wystąpienia obiektywnych przeszkód w realizacji przedmiotu umowy, wynikających ze zmniejszenia liczby Beneficjentów Ostatecznych projektu "Integracja - Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w Powiecie Ciechanowskim", z przyczyn niezależnych od Zamawiającego, niemożliwych do przewidzenia w chwili zawarcia umowy oraz przewidują możliwość zmian postanowień niniejszej umowy w zakresie terminów realizacji poszczególnych etapów umowy, określonych w pkt 6.2.-6.5. SIWZ, bez zmiany terminu końcowego realizacji zamówienia, o czas niezbędny do rozstrzygnięcia ewentualnych środków odwoławczych zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych. W sytuacji gdy realizacja zamówienia jest uzależniona od czynnika [ilość i wola beneficjentów] niezależnego od Zamawiającego, Zamawiający przewidując możliwość zmiany umowy musiał to wziąć pod uwagę. Możliwym jest bowiem np. rezygnacja beneficjenta z udziału w projekcie, zmiana jego miejsca zamieszkania poza teren powiatu ciechanowskiego, co go wykluczy z projektu, śmierć beneficjenta, naruszenie przez beneficjenta warunków udziału w projekcie. W każdym z tych przypadków może nastąpić zmiana warunków umowy w zakresie ilości dostaw i w zakresie ilości świadczonych usług oraz okresu świadczenia usługi dostępu do Internetu, świadczenia usługi serwisowej, usługi ubezpieczenia sprzętu. Gdyby Zamawiający nie uzyskał w formularzu ofertowym od wykonawcy pewnych jednostkowych cen w tym zakresie, niemożliwe byłoby rozliczenie tych usług za okres faktycznego świadczenia. Kolejną przesłanką konieczności uzyskania przez

Zamawiającego cen jednostkowych jest okoliczność, że każda z dostaw i usług stanowi odrębną pozycję w budżecie projektu, a co za tym idzie Zamawiający musi znać ceny poszczególnych dostaw i usług żeby rozliczyć projekt. Rozliczenie będzie następowało w oparciu o faktury, zestawienia cen oferowanych dostaw i usług wykonawcy w zakresie cen jednostkowych i harmonogram rzeczowo-finansowy projektu, na podstawie zawartej umowy z wykonawcą.

Przy takim rozumieniu ceny, poszczególne stawki jednostkowe mają znaczenie, co jednoznacznie wskazuje, że intencją Zamawiającego było określenie ceny jako kosztorysowej. Przy takim rozumieniu ceny, oferta Odwołującego powinna zostać odrzucona

11

zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, jako zawierająca błędy w obliczeniu ceny. Ustawa nie zawiera definicji legalnej pojęcia błędu w obliczeniu ceny. Jednakże na gruncie orzecznictwa KIO, wypracowane zostały przesłanki uznania za błąd w obliczeniu ceny w kontekście przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, gdy za wykonanie przedmiotu zamówienia przysługuje wynagrodzenie kosztorysowe.

Jedną z przesłanek uznania, że oferta jest obciążona błędem w obliczeniu ceny, jest obliczenie przez wykonawcę ceny oferty inaczej, niż zostało to ustalone przez zamawiającego. Błędem w obliczeniu ceny jest błąd polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Tak więc błąd w obliczeniu ceny oferty ma miejsce wówczas gdy wykonawca oblicza cenę oferty inaczej, niż zostało to ustalone przez Zamawiającego. W konsekwencji sposób obliczenia ceny przez Odwołującego abstrahuje w ogóle od przyjętego przez zamawiającego w SIWZ sposobu kalkulowania ceny. Zgodnie z § 3 Załącznika nr 5 do SIWZ pn. „Projekt umowy”, zwanego dalej Załącznikiem nr 5 do SIWZ, za wykonanie przedmiotu umowy opisanego w § 1 ust. 1 Załącznika nr 5 do SIWZ Wykonawcy przysługuje łączne wynagrodzenie, z uwzględnieniem stawek jednostkowych wskazanych w formularzu ofertowym Wykonawcy. Na łączne wynagrodzenie wykonawcy składają się sumy poszczególnych kwot z formularza ofertowego który będzie stanowił załącznik do umowy. Wynagrodzenie będzie płatne po wykonaniu danego etapu przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w § 3 ust. 3-6 Załącznika nr 5 do SIWZ. Błąd w obliczeniu ceny do którego ma zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, nie jest de facto błędem rachunkowym, lecz błędem polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę poszczególnych elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny [KIO 49/10 wyrok z dnia 20 stycznia 2011 r., KIO 990/13, wyrok z dnia 16 maja 2013 r.]. Odwołujący, podał cenę ryczałtową brutto 11 856 343,72 zł, za jaką zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia. Suma kwot podanych w tabeli z pkt. 3 Formularza ofertowego, w rubryce "cena łączna brutto", wszystkich zadań składających się na przedmiot zamówienia, wynosi 11 876 343,72 zł, a Wykonawca zaoferował się wykonać przedmiot zamówienia za kwotę 11 856 343,72 zł. W związku z powyższym, suma kwot podanych w tabeli w rubryce „cena łączna brutto” wszystkich zadań składających się na przedmiot zamówienia jest o 20 000 zł wyższa od ceny ryczałtowej brutto, za jaką Wykonawca zobowiązał się wykonać przedmiot zamówienia. Powyższe jednoznacznie wskazuje, że Odwołujący obliczył ceny oferty inaczej, niż zostało to ustalone przez Zamawiającego.

Kolejną z przesłanek uznania, że oferta jest obciążona błędem w obliczeniu ceny, jest niemożliwość jej poprawienia przez Zamawiającego zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy. Zamawiający sprawdził poprawność działań arytmetycznych w ofercie Odwołującego. Wszystkie obliczenia, w każdej z 26 pozycji tabeli z pkt 3 Załącznika nr 2 do SIWZ, są

12

poprawne. Błąd nie może zostać uznany za oczywistą omyłkę rachunkową, gdyż kalkulacja ceny w zakresie rachunku elementów podlegających działaniom arytmetycznym jest poprawna. Oczywista omyłka rachunkowa w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy następuje wówczas, gdy jest ona konsekwencją niewłaściwego przeprowadzenia wyliczeń arytmetycznych, a w szczególności polega na błędnym zsumowaniu lub odjęciu poszczególnych pozycji, czy ich przemnożeniu lub podzieleniu. W konsekwencji za omyłkę rachunkową znać można w istocie tylko omyłkę, wynikającą z działań arytmetycznych, sprzeciwiających się zasadom reguł matematycznych. Obowiązek poprawienia dotyczy zatem tylko takiej omyłki rachunkowej - błędu popełnionego przez wykonawcę

w obliczeniach - skutkiem której jest otrzymanie nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, który to wynik w sposób obiektywny i oczywisty nie może być uznany jako zmiana treści oświadczenia woli. Oczywistość omyłki polega nie tylko na łatwości w jej dostrzeżeniu ale również na braku wątpliwości, jak powinna być poprawiona, co powinno wynikać z treści oferty, a nie z domniemań zamawiającego. Po sprawdzeniu poprawności wyliczeń arytmetycznych, Zamawiający stwierdził, że błąd w obliczeniu ceny nie wynika z działania arytmetycznego. W konsekwencji Zamawiający nie jest w stanie samodzielnie określić, w którym miejscu został popełniony błąd. Błąd w obliczeniu ceny, w ofercie Odwołującego, nie jest błędem który nadaje się do poprawienia z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 2 ustawy. Sugestia Odwołującego, z odwołania z dnia 14.07.2014r. wniesionego na czynność odrzucenia jego oferty, że Zamawiający może poprawić ofertę na podstawie któregośkolwiek z przepisów art. 87 ust. 2 ustawy, jednoznacznie wskazuje, że sam Odwołujący do chwili jego wniesienia nie był w stanie określić gdzie popełnił błąd. Odwołujący twierdzi, że Zamawiający mógł z łatwością poprawić treść oferty na podstawie któregośkolwiek z przepisów art. 87 ust. 2, na podstawie danych z tabeli obrazującej sposób kalkulowania ceny [pkt 3 Załącznika nr 2 do SIWZ], w jakikolwiek sposób, tak aby oferta odwołującego mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Jednakże, nie wiedząc gdzie Odwołujący popełnił błąd, Zamawiający nie miał prawa jego poprawy jako oczywistej omyłki. Aby popełniona omyłka miała charakter oczywisty, musi być samodzielnie stwierdzona przez Zamawiającego, być bezsporna i możliwa do poprawienia bez konieczności odwoływania się do innych dokumentów postępowania lub uzyskiwania wyjaśnień wykonawcy. Poprawność kwoty 11 876 343,72 zł wynikającej z wyliczeń z tabeli obrazującej sposób kalkulowania ceny potwierdza prawidłowa kalkulacja jej w zakresie rachunku elementów podlegających działaniom arytmetycznym, zaś poprawność kwoty 11 856 343,72 zł potwierdza zgodność z jej słownym zapisem. Z powyższego jednoznacznie wynika, że błędu nie można uznać za oczywistą omyłkę pisarską, ponieważ cena słowna jest zgodna z jej liczbową prezentacją. Oczywista omyłka pisarska polega w szczególności na niezamierzonym przekręceniu, opuszczeniu wyrazu,

13

błędzie logicznym, pisarskim lub mającym postać innej niedokładności przypadkowej. Oczywista omyłka pisarska powinna być możliwa do poprawy bez odwoływania się do innych dokumentów, co nie jest możliwe w przypadku oferty Odwołującego. Ponadto, błędu nie można uznać za omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ ponieważ, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, podana została cena jak również został przedstawiony sposób jej kalkulowania.

Następną z przesłanek uznania, że oferta jest obciążona błędem w obliczeniu ceny, jest różnica pomiędzy ceną za jaką Wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia a jej wyliczeniem. Błędem w obliczeniu ceny będzie obciążona taka oferta, z której w sposób jednoznaczny wynika zamiar wykonania świadczenia za odmienną cenę aniżeli wskazano w ofercie; będzie to oferta z której treści [przykładowo w części opisującej kalkulację] wynika sprzeczność tego rodzaju, że niewątpliwym będzie, iż zaoferowana za wykonanie zamówienia cena nie jest tą, której wykonawca oczekuje. Błąd w obliczeniu ceny, którego nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy, to błąd, którego poprawienie z obiektywnych względów jest niedopuszczalne, przykładowo z uwagi na to, że taka korekta ingerowałaby w sposób nieuprawniony w treść oświadczenia woli wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu, Odwołujący zaoferował cenę 11 856 343,72 zł, za jaką zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia, zaś z części opisującej kalkulację wynika, że za wykonanie przedmiotu zamówienia oczekuje kwoty 11 876 343,72 zł.

W związku z powyższym jednoznacznie jest, w ocenie Zamawiającego, że Odwołujący zamierza wykonać świadczenie za odmienną cenę aniżeli wskazał w ofercie. Jeżeli uznać, że za wykonanie przedmiotu zamówienia przysługuje wynagrodzenie kosztorysowe, to w ofercie Odwołującego zaszyły wszystkie trzy powyższe przesłanki uznania za błąd w obliczeniu ceny w kontekście przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Zgodnie z aktualną linią orzecniczą wystarczy, że spełni się jedna przesłanka uznania za błąd w obliczeniu ceny w kontekście przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Jednakże jeżeli uznamy, że za wykonanie przedmiotu zamówienia przysługuje wynagrodzenie ryczałtowe to powyższe nie ma żadnego znaczenia, ponieważ ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać wynagrodzenia

wyższego.

W kontekście powyższego, zapisy SIWZ nie tylko nie spełniają kryteriów w zakresie zapewnienia porównywalnych warunków udziału w postępowaniu poprzez określenie dwóch różnych cen w różnych miejscach SIWZ powodując niemożliwość dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty przygotowanej w oparciu o te same założenia i zrozumienie istoty ceny zamówienia określonej przez Zamawiającego, ale również uniemożliwiają wykonawcom weryfikację ofert konkurentów. Zawarcie w SIWZ błędnych i sprzecznych ze sobą zapisów co

14

do ceny, będącej jedynym kryterium oceny ofert, pozostawia wykonawców w niepewności czy pozostali wykonawcy faktycznie spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz czy ich oferta jest zgodna z SIWZ, co może mieć wpływ na skorzystanie z przysługujących im środków ochrony prawnej. Wykonawcy nie mając pewności w jaki sposób cena powinna zostać wyliczona, czy w sposób właściwy dla wynagrodzenia ryczałtowego czy kosztorysowego, są pozbawieni możliwości merytorycznego odniesienia się do czynności zamawiającego. Wykonawcy na etapie składania ofert mogą zwrócić zamawiającemu uwagę na wady SIWZ korzystając z przysługującego im prawa złożenia odwołania wobec jej treści czy też zwracając się do Zamawiającego o wyjaśnienie jej treści. Zamawiający nie może jednak liczyć na to, że wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu zwrócą mu uwagę na wszelkie wady postępowania. Nawet w przypadku, gdy są profesjonalistami, jak Odwołujący, co jednoznacznie zostało przez niego podkreślone w odwołaniu.

Po upływie terminu składania ofert wykonawcy nie mają faktycznej możliwości ochrony swoich interesów w przypadku, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wybór najkorzystniejszej oferty i w konsekwencji podpisanie umowy, jeżeli naruszenie przepisów postępowania jest na tyle istotne, że istnieją przesłanki do jego unieważnienia, jest niedopuszczalne. Na Zamawiającym spoczywa obowiązek prowadzenia postępowania zgodnie z przepisami prawa. Ustawodawca nałożył na zamawiających obowiązek unieważnienia postępowania jeżeli zająd przesłanki z art. 93 ust. 1 ustawy. Wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają interes prawny w tym, żeby postępowanie było prowadzone zgodnie z przepisami prawa nawet jeśli nie mają już sami szansy na uzyskanie zamówienia. W sytuacji gdy zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania wykonawcy których oferty zostały odrzucone mogą mieć interes faktyczny w uzyskaniu zamówienia w kolejnym przetargu nawet jeśli opis przedmiotu zamówienia ulegnie zmianom polegającym na usunięciu wad.

[3] Wady w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, co do zasady zostały wymienione w art. 146 ust. 1 ustawy. W treści art. 146 ust. 1 ustawy w pkt. od 1 do 6 wskazano wyłącznie przyczyny sprecyzowane wąsko i konkretnie [dotyczące: bezpodstawnego zastosowania niektórych trybów, braku zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w odpowiednim publikatorze, zawarcia umowy lub umowy ramowej z naruszeniem terminów standstill, określone nieprawidłowości w dynamicznym systemie zakupów], którymi nawet w drodze wykładni rozszerzającej nie sposób objąć wadliwości innych czynności lub zaniechań zamawiających. Z kolei w ust. 6 art. 146 ustawy zawiera przepis o charakterze klauzuli generalnej dotyczący unieważniania umowy - przewidujący kompetencję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności

15

z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć /: wpływ na wynik postępowania. Od strony podmiotowej legitymację czynną do żądania: unieważnienia umowy na podstawie opisanej w art. 146 ust. 6 ustawy ma wyłącznie Prezes UZP. Od strony przedmiotowej zakres zastosowania tej przesłanki jest szerszy, gdyż wystarczające jest, aby wada postępowania mogła mieć, a nie tylko miała, wpływ na wynik postępowania. Przepis można jednak traktować jako dyrektywę interpretacyjną, że wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, będzie w szczególności taka wada, która wynika z naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które to naruszenie miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania [KIO/UZP 1945/10 z dnia 21 września 2010 r.]. Orzecznictwo i doktryna przyjmują, że zamawiający unieważniając postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy - uprawniony jest do wzięcia pod uwagę nie tylko

okoliczności opisanych w art. 146 ust. 1 pzp, ale musi uwzględniać okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy mieszczące się w klauzuli generalnej art. 146 ust. 6 ustawy. Przyznanie wyłącznej kompetencji Prezesowi UZP do wzruszania na drodze sądowej zawartych już umów nie powinno powodować, że zamawiający nie może zapobiec ich zawarciu przez unieważnienie prowadzonego postępowania, w razie stwierdzenia, że jest ono obciążone takimi poważnymi i nieusuwalnymi wadami, które negatywnie rzutują na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy prowadzi do wniosku że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Zamawiający unieważniając postępowanie na podstawie art. 93 ust 1 pkt. 7 ustawy uprawnieni są do wzięcia pod uwagę nie tylko okoliczności opisanych w art. 146 ust 1 ustawy, ale mogą i powinni uwzględnić okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy mieszczące się w klauzuli generalnej art. 146 ust 6 ustawy [por wyrok KIO z dnia 22.03.2013 r., Sygn. akt KIO 532/13, Informator Urzędu Zamówień Publicznych 2013/5]. Przyznanie Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych wyłącznej kompetencji do wzruszania zawartych umów nie powinno ograniczać możliwości zamawiających unieważnienia postępowania, w przypadku stwierdzenia, że jest ono obciążone poważnymi, nieusuwalnymi wadami, wpływającymi na ważność umowy o zamówienie publiczne, które jednak wykraczają poza dyspozycję przepisu art. 146 ust 1-6 ustawy [por. wyrok KIO z dnia 2.06.2011 r., KIO 1033/11, wyrok KIO z dnia 31.03.2011 r, KIO 582/11]. Unieważnienie postępowania jest czynnością niweczącą całość postępowania, powodującą, że cel prowadzenia postępowania, tj. udzielenie zamówienia publicznego, nie zostaje osiągnięty. Katalog przesłanek unieważnienia postępowania ma charakter numerus clausus [katalogu zamkniętego] i nie może podlegać wykładni rozszerzającej. W odniesieniu do art.

16

93 ust. 1 pkt 7 ustawy oznacza to, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, jest związana z zaistnieniem przesłanek unieważnienia umowy określonych w art. 146 ust. 1 ustawy. Zgodnie z art. 146 ust. 1 ustawy, umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający uzna, że jest obciążona niemożliwą do usunięcia wadą [przesłanki unieważnienia umowy są co do zasady odzwierciedleniem postanowień dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych [Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007 r., s. 310].

Przepis art. 29 ust 2 ustawy wskazuje dyrektywę postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad ustawy tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania [art. 7 ust. 1 ustawy]. Wobec stwierdzonych uchybień w opisie przedmiotu zamówienia stwierdzić należy, że w przypadku zawarcia umowy doszłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, gdyż cena w umowie jako kosztorysowa nie odpowiadałaby cenom ryczałtowym ze składanych przez wykonawców formularzy ofertowych. Jest to tym istotniejsze, że na cenę zamówienia składają się m.in. ceny jednostkowe usług liczone jako iloczyny miesięcy i osób. Każda zmiana w tym zakresie powoduje konieczność zmiany ceny łącznej ostatecznej. Wzór umowy z istotnymi dla stron postanowieniami, które staną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z przepisem art. 36 ust 1 pkt 16 ustawy jest niezbędnym elementem SIWZ. Podstawę unieważnienia niniejszego postępowania stanowi przepis art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zawarte w cytowanym przepisie określenie, wskazuje, że Zamawiający powinien unieważnić postępowanie gdy stwierdzi, że jest ono obciążona wadliwością, która uniemożliwia mu

zawarcie umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu. Właśnie taka sytuacja miała miejsce w niniejszym postępowaniu Pomimo użytego w Rozdziale XVI SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny” pkt 16.2. i w Załączniku Nr 2 „Formularz ofertowy” określenia, że cena ma charakter ryczałtowy, przewidziane przez zamawiającego wynagrodzenie de facto i de iure nie jest wynagrodzeniem czysto ryczałtowym, a ceny jednostkowe podczas realizacji

zamówienia mają spełniać realne funkcje. Przewidziana bowiem przez zamawiającego możliwość zmiany umowy w zakresie tak istotnym jak rozmiar prac oraz wynagrodzenie wykonawcy przeczy zawartemu w art. 632 k.c. opisowi charakteru wynagrodzenia ryczałtowego: „Jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażąca stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę.” Tym samym w niniejszym postępowaniu de facto cena ma charakter kosztorysowy. Pomimo tego zamawiający poprzez określenie dwóch różnych cen w różnych miejscach SIWZ mógł wprowadzić wykonawców w błąd co do faktycznego charakteru wynagrodzenia. W konsekwencji, ta wewnętrzna sprzeczność SIWZ, mogła mieć wpływ na obliczenie ceny przez wykonawców.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma na celu zawarcie umowy. Jednakże umowa zawarta w wyniku przeprowadzonego postępowania nie może zawierać wad które mogą stanowić podstawę jej unieważnienia. W niniejszym postępowaniu taką wadą jest opis przedmiotu zamówienia utrudniający uczciwą konkurencję poprzez określenie dwóch różnych cen w różnych miejscach SIWZ stanowiący naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1. Dodatkowo zamawiający w Rozdziale XXI SIWZ oraz § 6 Załącznika nr 5 do SIWZ przewidział możliwość zmian postanowień umowy. W konsekwencji powyższe wady stanowią naruszenie zarówno art. 36 ust. 1 pkt 3, poprzez określenie charakteru ceny jako ryczałtowego oraz kosztorysowego i art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp ponieważ możliwość zmiany umowy w zakresie tak istotnym jak rozmiar prac oraz wynagrodzenie wykonawcy jest niezgodna z charakterem wynagrodzenia ryczałtowego. Ma to bezpośredni wpływ na treść ofert wykonawców.

Zgodnie z Rozdziałem XXI pkt. 21.1. SIWZ umowa w sprawie realizacji zamówienia publicznego zawarta zostanie z uwzględnieniem postanowień wynikających z treści SIWZ oraz danych zawartych w ofercie. Wykonawcy przygotowując ofertę zgodnie ze zapisami SIWZ i Załącznika nr 2 wyciążą cenę właściwie dla wynagrodzenia ryczałtowego, gdzie ceny jednostkowe mają wyłącznie charakter pomocniczy. Spowoduje to, że zamawiający nie będzie mógł przenieść danych zawartych w ofercie do umowy której zapisy wskazują na charakter kosztorysowy wynagrodzenia opierając się na cenach jednostkowych.

Powyższe zatem w pełni uzasadnia unieważnienie niniejszego postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt. 7 w zw. z art. 146 ust 1 pkt 6 oraz art. 29 ust 2 i art 36 ust 1 pkt 16 w zw. z art. 7 ust PZP, gdyż naruszenie przepisów uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

V. Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca PRZP Systemy Informatyczne sp. z o.o. w Połańcu, wskazując jako uzasadnienie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego następujące okoliczności: *„utrzymanie decyzji o unieważnieniu postępowania pozwoli na jego powtórzenie. W konsekwencji Zamawiający będzie mógł dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty spośród wszystkich złożonych. Wartość oferty reprezentowanej przeze mnie była o niższa o 1 456 444,03 zł od ceny oferty Odwołującego. Wskazuje to na fakt zaoferowania rozwiązań korzystniejszych dla Zamawiającego”* Odwołujący korzystając z przepisów ustawy Pzp zrećcznie manewruje przysługującymi terminami [m.in. wnosząc odwołania w ostatnim wydłuża procedurę, zmuszając do wyboru pod presją czasu oferty, która nie jest dla niego najkorzystniejsza. Zwracam uwagę, iż w dniu wniesienia odwołania, minął przewidziany przez Zamawiającego termin realizacji pierwszego etapu zamówienia, termin realizacji drugiego etapu minie w dniu 31.08.2014. biorąc pod uwagę obecne zapisy SIWZ, niemożliwa

jest realizacja postanowień umowy która precyzyjnie określa podstawy do wydłużenia terminu realizacji zamówienia. podsumowując, w naszej opinii [firmy posiadającej najkorzystniejszą ofertę cenową] pismo Zamawiającego z dnia 31.07.2014 r. uzasadniająca unieważnienie postępowania jest wystarczające oraz dba o zachowanie uczciwej konkurencji zgodnie z Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp”.

Uwzględniono w tym zakresie opozycję Odwołującego nie dopuszczono tego wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego do postępowania po stronie Zamawiającego. Przepis art. 185 ust. 2 zd. pierwsze ustawy stanowi bowiem, że wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Interes, o którym mowa w powołanym przepisie nie jest tożsamy z interesem, którego wymaga przepis art. 179 ust. 1 ustawy od odwołującego, to jest interesem w uzyskaniu danego zamówienia. Interes przystępującego do postępowania odwoławczego jest determinowany interesem strony, do której nastąpiło zgłoszenie przystąpienia. Należy jednak mieć na względzie fakt, że zakres postępowania odwoławczego wyznacza treść obwołania – podniesione w nim zarzuty i wyartykułowane w związku z tymi zarzutami żądania. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 7 ustawy, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jeśli zatem interes odwołującego został przez ustawodawcę ograniczony do czynności podejmowanych w związku z uzyskaniem danego zamówienia [art. 179 ust. 1 ustawy], a postępowanie odwoławcze toczy się w granicach zarzutów wyznaczonych treścią odwołania, które może zmierzać tylko do realizacji tak zakreślonego celu, to tym samym, także interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłoszono przystąpienie, zamyka się w granicach postępowania odwoławczego – jego zakresu i celu.

19

W granicach tego celu – co wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie – nie mieści się dążenie przez odwołującego do unieważnienia postępowania, jako przeczące dążeniu do uzyskania danego, to jest w danym postępowaniu zamówienia. Wskazuje się bowiem, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych traktują odwołanie jako środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji własnej wykonawcy, polegającą na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia [wybór oferty wykonawcy odwołującego się w danym postępowaniu]. Odwołanie, w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi środka mającego na celu uzyskanie ogólnej zgodności działań zamawiającego z prawem, ale środek zmierzający do wyboru oferty odwołującego. Wykonawca, wnosząc środek ochrony prawnej obowiązany jest posiadać interes w uzyskaniu danego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia prawa przez zamawiającego. Zgodnie bowiem z treścią art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Obie wskazane przesłanki zrelatywizowane zostały więc przez ustawodawcę do tego konkretnego postępowania, a nie do przyszłego, potencjalnego postępowania, jakie może ewentualnie toczyć się w wyniku unieważnienia postępowania. Skutek w postaci unieważnienia postępowania nie jest generalnie objęty interesem w uzyskaniu danego zamówienia ani możliwością poniesienia szkody, ponieważ obie te przesłanki należy rozpatrywać w odniesieniu do tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w którym składane jest odwołanie, a nie jakiegoś potencjalnego, które hipotetycznie może toczyć się w przyszłości jako rezultat unieważnienia obecnego postępowania. Powyższe wynika z faktu, że zamawiający nie jest zobowiązany do udzielenia określonego zamówienia, a wykonawca nie ma roszczenia o przeprowadzenie kolejnego postępowania, nie ma też pewności, że będzie miał możliwość ubiegać się o zamówienie w ewentualnym przyszłym postępowaniu. [tak: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2010 r., w spr. KIO 2015/10, KIO 2025/10 i 2033/10, z dnia 24 sierpnia 2010 r. w spr. KIO 1719/10, z 30 marca 2012 r. w spr. KIO 482/12, 1 kwietnia 2011 r. w spr. KIO 576/11, 577/11, 27 grudnia 2011 r. w spr. KIO 2679/11, 2680/11].

Postępowanie odwoławcze prowadzone jest zatem w granicach zakreślonych odwołaniem. Także zakres przystąpienia nie może więc wykraczać poza zakres postępowania odwoławczego. Podzielono zatem stanowisko Odwołującego wyrażone w piśmie z dnia 18 sierpnia 2014 r., zgodnie z którym interes, o którym mowa w art. 185 ust. 3 ustawy jest

znacznie szerszy niż interes w uzyskaniu zamówienia, który musi posiadać odwołujący - interesem przystępującego może być bowiem jakikolwiek interes, również faktyczny, który będzie potencjalnie zrealizowany przez rozstrzygnięcie odwołania na korzyść strony, po

20

której zgłoszono przystąpienie, ale ta generalna zasada nie może być jednak stosowana automatycznie i w każdym przypadku. Trafnie dostrzegł bowiem Odwołujący, że należy sprzeciwić się tym stanowiskom, które w sposób bezkrytyczny uznają nieograniczony interes przystępującego, tj. uznają go za szerszy niż interes odwołującego a także że nie ma żadnego uzasadnienia dla stanowiska, że przystępujący może stać na straży wszystkich znanych mu norm prawnych, zaś odwołujący może poruszać się tylko w wąskim zakresie narzuconym treścią art. 179 ust. 1 ustawy. Zgodzić się też trzeba z kolejnym argumentem, że nie sposób przyjąć, by w świetle przepisów regulujących interes odwołującego [art. 179 ust. 1 ustawy] i interes przystępującego do postępowania odwoławczego [art. 185 ust. 2 zd. pierwsze ustawy], zamiarem racjonalnego ustawodawcy było reglamentowanie korzystania ze środka ochrony prawnej odwołującemu, poprzez ograniczenie tej instytucji do czynności ukierunkowanych na uzyskanie danego zamówienia, a z drugiej, by instrument, który jest niejako akcesoryjny do tego postępowania odwoławczego, postrzegany w orzecznictwie jako odpowiadający występującej na gruncie kpc interwencji ubocznej miał służyć przystępującemu bez ograniczenia do kwestionowania wszelkich elementów postępowania, w tym wykraczających poza cel odwołania i postępowania odwoławczego wywołanego tym odwołaniem. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 5 sierpnia 2010 r. w spr. X Ga 213/10, wydanego wprawdzie na gruncie wcześniej obowiązujących przepisów, przewidujących przystąpienie do postępowania protestacyjnego, co jednak nie zmienia charakteru samego przystąpienia po zmianie przepisów:

„przewidziana przez ustawodawcę procedura badania dopuszczalności przystąpienia nie została uchwalona „przypadkowo” ma na celu weryfikację zgłoszenia udziału w sprawie i przyznania zgłaszającemu statusu uczestnika. Badanie podejmowane przez Izbę dokonywane jest z urzędu, niezależnie od stanowiska stron i obejmuje nie tylko formalną stronę zgłoszenia, ale i interes prawny przystępującego. W statusie uczestnika dopuszczonego do udziału zauważyć można pewne podobieństwa do interwencji ubocznej przewidzianej w przepisach kodeksu postępowania cywilnego, po oddaleniu opozycji zgłoszonej przez stronę”. Trafna jest więc konstatacja uczyniona przez Odwołującego w tej mierze, że przystępujący nie może mieć więcej praw niż odwołujący. Potwierdzają to także spostrzeżenia zawarte w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu, w wyroku z dnia 8 stycznia 2014 r. w spr. o sygn. akt. X Ga 652/13: *„Zdaniem Sądu Okręgowego, w niniejszej sprawie nie sposób uznać, żeby przystępujący miał interes w rozstrzygnięciu sprawy zgodnie z wnioskiem odwołującego. Za takim stanowiskiem przemawia fakt, że przystąpienie wykonawcy do niniejszego postępowania i podejmowane przez niego w toku postępowania czynności, w szczególności składanie oświadczeń podważających prawidłowość*

własnej oferty skutkowało przez tego wykonawcę sporządzenia występowaniem w postępowaniu odwoławczym przeciwko własnej ofercie. Zaakcentować należy, że interes,

21

o którym mowa w art. 185 nie może być rozumiany jako możliwość występowania przeciwko własnej ofercie, tak jak to miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu. podkreślić wypada, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest ukierunkowane na wybór oferty najkorzystniejszej przy zachowaniu reguł określonych w PZP. Wszystkie czynności w tym postępowaniu sprowadzają się do wykazania, że dana oferta jest ofertą zgodną z przepisami, lub też na wykazaniu, że dana oferta narusza przepisy ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia nie pozwala wykonawcom na negowanie własnych ofert. Dopuszczenie do takiej sytuacji, stanowi aprobatę na działania wykonawców zmierzających do wycofania się [z różnych powodów] ze złożonej oferty bez żadnych konsekwencji, a w szczególności bez utraty wadium.”

Reasumując, nie sposób było dopatrzeć się przesłanek, warunkujących skuteczne przystąpienie wykonawcy PRZP Systemy Informacyjne sp. z o.o. w Połańcu do postępowania odwoławczego, to jest interesu tego wykonawcy w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożone zostało przystąpienie, tj. Zamawiającego, a który to interes miałby się wyrażać zmierzaniem do utrzymania w obrocie czynności unieważnienia

postępowania. Ewentualny interes takiego wykonawcy może się materializować poprzez utrzymanie oferty tego wykonawcy w postępowaniu, jej określoną klasyfikację, jednak każdorazowo jest determinowany – podobnie jak interes Odwołującego - bytem danego postępowania o zamówienie publiczne.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Odwołujący wskazał, że jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia, w tym celu złożył ofertę, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, i ubiega się o udzielenie mu zamówienia a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę. Zdaniem Odwołującego, gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to dokonałby wszystkich zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby czynności niezgodnych z przepisami ustawy. W konsekwencji, zgodnie z określonym w SIWZ kryterium oceny ofert, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, bowiem aktualnie, tj. po wydaniu postanowienia w sprawie KIO 1439/14, oferta Odwołującego jest najkorzystniejszą ofertą, tj. ofertą z najniższą ceną [cena jest jedynym kryterium oceny ofert]. Poprzez dokonanie i zaniechanie ww. czynności Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji [*lucrum cessans*].

22

Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie przepisów ustawy niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić odwołanie. Efektem czynności i zaniechań

jako Zamawiającego jest

bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego najkorzystniejszej, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.

Biorąc pod uwagę tak zaprezentowane uzasadnienie, w szczególności wobec podjęcia w toku postępowania przez Odwołującego czynności zmierzających do utrzymania statusu wykonawcy, którego oferta nie podlega odrzuceniu [wcześniejsze odwołanie m.in. na czynność odrzucenia oferty, uwzględnione w całości przez Zamawiającego – post. w spr. o sygn. KIO 1439/14] należało stwierdzić, że Odwołujący legitymuje się przesłankami materialnoprawnymi, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.

II. ROZSTRZYGNIECIE O ZARZUTACH ODWOŁANIA

Zasadne okazały się te zarzuty, które wskazywały na brak podstaw do unieważnienia postępowania, w oparciu o zastosowaną podstawę prawną i mające ją uzasadniać okoliczności faktyczne, podniesione przez Zamawiającego. Stanowią one stwierdzenie Zamawiającego, że w postępowaniu występują takie wady, które skutkują, że ewentualnie zawarta umowa o zamówienie publiczne, obarczona byłaby wadą, skutkującą jej nieważnością. Takiej wady Zamawiający upatruje w niespójnych – Jego zdaniem – postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ], regulujących kwestie charakteru wynagrodzenia w tym postępowaniu, co ma naruszać art. art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 36 ust 1 pkt 3 i 16 ustawy Prawo zamówień publicznych. Za powyższą oceną przemawiały następujące okoliczności:

[1] Zamawiający, jako podstawę unieważnienia postępowania podał przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, wskazując w uzasadnieniu, że: „*działając na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych [Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.], dalej „Pzp”, w związku z wniesieniem w dniu 14.07.2014r. odwołania przez Wykonawcę INFOMEX Sp. z o.o., ul. Wesola 19B, 34-300 Żywiec, odpowiedzią Zamawiającego z dnia 22.07.2014r. na powyższe odwołanie w której Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28.07.2014 r. Sygn. akt KIO 1439/14 o umorzeniu postępowania odwoławczego;*

- *unieważnia czynność unieważnienia postępowania - unieważnionego dnia 04.07.2014r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu*

- unieważnia czynność odrzucenia oferty INFOMEX Sp. z o.o., ul. Wesola 19B, 34-300 Żywiec.

Działając na podstawie art. 93 ust. 3 pkt 2, Zamawiający zawiadamia o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp, gdyż jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wynikającą z dokonania przez Zamawiającego czynności z naruszeniem art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 36 ust 1 pkt 3 i 16 Pzp.

W trakcie czynności powtórnego badania ofert, Zamawiający powziął informację o dokonaniu nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, A mianowicie w Rozdziale XVI SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny” pkt 16.2. i w Załączniku Nr 2 „Formularz ofertowy” napisano, że cena ma charakter ryczałtowy. Natomiast w Załączniku Nr 5 do SIWZ we wzorze umowy w § 3 ust. 1-3 określono wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy jako sumę poszczególnych kwot z formularza ofertowego, stanowiącego załącznik do umowy, a więc cenę kosztorysową. Za wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z ust. 1 w § 3 wykonawcy przysługuje łączne wynagrodzenie z uwzględnieniem stawek jednostkowych wskazanych w formularzu ofertowym. Zapisy SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia we wzorze umowy w zakresie ceny zamówienia [wynagrodzenia wykonawcy], są wewnętrznie sprzeczne. Z jednej strony w pkt 16.2. SIWZ i Załączniku Nr 2 do SIWZ wskazuje się na obliczenie ceny ryczałtowej, a jednocześnie projekt umowy określa wynagrodzenie jako kosztorysowe.

SIWZ nie spełnia kryteriów w zakresie zapewnienia porównywalnych warunków udziału w postępowaniu poprzez określenie dwóch różnych cen w różnych miejscach SIWZ. Powoduje to niemożliwość dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty przygotowanej w oparciu o te same założenia i zrozumienie istoty ceny zamówienia określonej przez Zamawiającego i w konsekwencji nie będzie możliwe zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy na podstawie warunków określonych w SIWZ Zapisy SIWZ nie pozwalają na prawidłowe O skalkulowanie ceny, przez co narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, określone art. 7 Pzp, Powoduje to, że złożone oferty są nieporównywalne, przez różne ujęcie sposobu wyliczenia ceny [UZP/ZO/0-773/07 Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 03.07.2007 r.]. Wykonawcy składając ofertę mogli wyliczyć cenę w dwojaki sposób, zgodnie z Rozdziałem XVI pkt 16.2. SIWZ i pkt 3 Załącznika nr 2 wyliczając cenę w sposób właściwy dla wynagrodzenia ryczałtowego albo zgodnie z § 3 Załącznika nr 5 do SIWZ wyliczając cenę w sposób właściwy dla wynagrodzenia kosztorysowego. W konsekwencji zapisy stwarzają nierówne warunki dla

wykonawców w zależności od tego czy skalkulowali cenę jako ryczałtową czy jako kosztorysową,

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie definiują ani pojęcia ryczałtu ani wynagrodzenia kosztorysowego. Jednak bogate orzecznictwo sądowe pozwala na zdefiniowanie tych pojęć. Przykładowo zdaniem Sądu Najwyższego [wyrok SN z dnia 20 listopada 1998 r. sygn. akt II CKN 913/97] ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać wynagrodzenia wyższego. W kodeksie cywilnym wskazano dwa podstawowe rodzaje wynagrodzenia: ryczałtowe [art. 628 k.c. - ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny [Dz.U. 2014 poz. 121] i wynagrodzenie kosztorysowe [art. 629-631 k.c.] Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Rozliczenia stron w przypadku zastosowania ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w żaden sposób nie opierają się na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach.

Wynagrodzenie kosztorysowe umożliwia dostosowanie wysokości wynagrodzenia do rzeczywistego zakresu i kosztów wykonanych robót. Jest to wynagrodzenie opierające się na

przewidywaniach dotyczących zakresu prac oraz kosztów ich wykonania, które nie są ostateczne i mogą ulec zmianie, stosownie do zmiany okoliczności wykonania umowy. Są to więc zupełnie różne rodzaje wynagrodzeń i nie można ich stosować zamiennie. Z tych powodów użycie w różnych miejscach SIWZ pojęcia wynagrodzenie ryczałtowe, a w wzorze umowy stanowiącym Załącznik do SIWZ pojęcia wynagrodzenie bez przymiotnika „ryczałtowe”, z opisem jego wyliczenia, wskazującym, że jest to typowe wynagrodzenie kosztorysowe, jest nieusuwalną na tym etapie postępowania, sprzecznością wewnętrzną SIWZ. Wewnętrzna sprzeczność zapisów SIWZ na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter nieusuwalny, bowiem upłynął już termin składania ofert. Wskazany opis przedmiotu zamówienia jest elementem znaczącym i warunkującym złożenie prawidłowej, niepodlegającej odrzuceniu oferty przez zainteresowanych Wykonawców.

Zgodnie z dyspozycją art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeśli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dokonana przez Zamawiającego czynność opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy miała wpływ na wynik postępowania. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający konstruując zapisy SIWZ niepoprawnie wprowadził sprzeczne ze sobą zapisy w różnych częściach SIWZ w zakresie ceny zamówienia. Zawarcie w SIWZ błędnych i sprzecznych ze sobą zapisów co do ceny zamówienia spowodowało brak możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej.

25

W konsekwencji spełnione są przesłanki unieważnienia postępowania zawarte w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wady w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, co do zasady zostały wymienione w art. 146 ust. 1 Pzp. W treści art. 146 ust. 1 Pzp w pkt od 1 do 6 wskazano wyłącznie przyczyny sprecyzowane wąsko i konkretnie [dotyczące: bezpodstawnego zastosowania niektórych trybów, braku zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w odpowiednim publikatorze, zawarcia umowy lub umowy ramowej z naruszeniem terminów standstill, określone nieprawidłowości w dynamicznym systemie zakupów], którymi nawet w drodze wykładni rozszerzającej nie sposób objąć wadliwości innych czynności lub zaniechań zamawiających. Z kolei ust. 6 art. 146 Pzp zawiera przepis o charakterze klauzuli generalnej dotyczący unieważniania umowy - przewidujący kompetencję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Od strony podmiotowej legitymację czynną do żądania unieważnienia umowy na podstawie opisanej w art. 146 ust. 6 Pzp ma wyłącznie Prezes UZP. Od strony przedmiotowej zakres zastosowania tej przesłanki jest szerszy, gdyż wystarczające jest, aby wada postępowania mogła mieć, a nie tylko miała, wpływ na wynik postępowania.

Orzecznictwo i doktryna przyjmują, że zamawiający unieważniając postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp - uprawniony jest do wzięcia pod uwagę nie tylko okoliczności opisanych w art. 146 ust. 1 Pzp, ale musi uwzględnić okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy mieszczące się w klauzuli generalnej art. 146 ust. 6 Pzp. Przyznanie wyłącznej kompetencji Prezesowi UZP do wzruszania na drodze sądowej zawartych już umów nie powinno powodować, że zamawiający nie może zapobiec ich zawarciu przez unieważnienie prowadzonego postępowania, w razie stwierdzenia, że jest ono obciążone takimi poważnymi i nieusuwalnymi wadami, które negatywnie rzutują na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Zamawiający unieważniając postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp uprawnieni są do wzięcia pod uwagę nie tylko okoliczności opisanych w art. 146 ust. 1 Pzp, ale mogą i powinni uwzględnić okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy mieszczące się

w klauzuli generalnej art. 146 ust. 6 Pzp. Przyznanie Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych wyłącznej kompetencji do wzruszania zawartych umów nie powinno ograniczać możliwości zamawiających unieważnienia postępowania, w przypadku stwierdzenia, że jest ono obciążone [wyrok KIO z dnia 22.03.2013 r., 5ygn. akt KIO 532/13, Informator Urzędu Zamówień Publicznych 2013/5 poważnymi, nieusuwalnymi wadami, wpływającymi na ważność umowy o zamówienie publiczne, które jednak wykraczają poza dyspozycję przepisu art. 146 ust. 1 pkt 1-6 Pzp].

Przepis art. 29 ust. 2 Pzp wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad ustawy tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania [art. 7 ust. 1 Pzp]. Wobec stwierdzonych uchybień w opisie przedmiotu zamówienia stwierdzić należy, że w przypadku zawarcia umowy doszłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, gdyż cena w umowie jako kosztorysowa nie odpowiadałaby cenom ryczałtowym ze składanych przez wykonawców formularzy ofertowych. Jest to tym istotniejsze, że na cenę zamówienia składają się m.in. ceny jednostkowe usług liczone jako iloczyny miesięcy i osób. Każda zmiana w tym zakresie powoduje konieczność zmiany ceny łącznej ostatecznej, co w przypadku ceny ryczałtowej nie mogłoby mieć miejsca. Wzór umowy z istotnymi dla stron postanowieniami, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z przepisem art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp jest niezbędnym elementem SIWZ. Podstawę unieważnienia niniejszego postępowania stanowi przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przedmiotowe postępowanie posiada wadę, niemożliwą do usunięcia i uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Zawarte w cytowanym przepisie określenie, wskazuje, że Zamawiający powinien unieważnić postępowanie gdy stwierdzi, że jest ono obciążone wadliwością, która uniemożliwia mu zawarcie umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu. Właśnie taka sytuacja ma miejsce w niniejszym postępowaniu.

Unieważnienie postępowania jest czynnością niweczącą całość postępowania, powodującą, że cel prowadzenia postępowania, tj. udzielenie zamówienia publicznego, nie zostaje osiągnięty, Katalog przesłanek unieważnienia postępowania ma charakter numerus clausus [katalogu zamkniętego] i nie może podlegać wykładni rozszerzającej. W odniesieniu do art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp oznacza to, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia

publicznego. Niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, jest związana z zaistnieniem przesłanek unieważnienia umowy określonych w art. 146 ust. 1 Pzp. Zgodnie z art. 146 ust. 1 Pzp umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający uzna, że jest obciążona niemożliwą do usunięcia wadą. Powyższe zatem w pełni uzasadnia unieważnienie niniejszego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 oraz art. 29 ust. 2 i art., 36 ust. 1 pkt 3 i 16 w zw., z art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż naruszenie przepisów uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Ponadto Zamawiający informuje, że zaniechał dalszych czynności oceny ofert, gdyż w przedmiotowym postępowaniu nie dochodzi do rozstrzygnięcia postępowania i wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający rozpoczął badanie ofert złożonych w postępowaniu, nie dokonał jednak oceny ofert będących podstawą do wyboru najkorzystniejszej oferty, ponieważ unieważnił postępowanie z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp przestanki unieważnienia umowy są co do zasady odzwierciedleniem postanowień dyrektywy 2007/S6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych [Dz. Urz. UE L335

z 20.12.2007 r., s. 310. Zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz utrwalonym orzecznictwem i poglądami doktryny, zamawiający dokonując powtórnie czynności badania i oceny oferty co do której podniesione zarzuty uwzględnił w całości, winien kierować się w swoich działaniach przepisami prawa i postanowieniami SIWZ, opierając swoje działania na prawidłowo ustalonym stanie faktycznym. Wszystkie działania zamawiającego powinny być zgodne z przepisami ustawy Pzp. Możliwość dokonania oceny uwzględnionych zarzutów niezgodnie z żądaniem odwołującego zawartym w uwzględnionym przez zamawiającego odwołaniu, wynika z obowiązku, aby zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp, co jednoznacznie wynika z normy prawnej wyrażonej w art. 7 ust. 3 Pzp [Wyrok KIO z dnia 2.06.2011 r., KIO 1033/11, wyrok KIO z dnia 31.03.2011 r., KIO 582/11 ”

[2] Biorąc pod uwagę tak zaprezentowane i w całości wyżej przytoczone uzasadnienie dokonanej przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania, uznano, że nie sposób dopatrzeć się – wbrew stanowisku Odwołującego – nieprecyzyjnego, czy niewystarczająco czytelnego, pełnego, kompletnego uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania. Zamawiający wyraźnie, nie dając pola do snucia domysłów i odgadywania motywów, jakimi się kierował podejmując czynność unieważnienia postępowania, tak czynności wyartykułował motywów dokonanej czynności. Analiza uzasadnienia

28

unieważnienia postępowania wskazuje, że Zamawiający w sposób klarowny i obszerny podał uzasadnienie kwestionowanej czynności oraz okoliczności faktyczne, które kierowały oceną, iż mamy, w Jego ocenie, do czynienia z wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy [art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy].

Reasumując, okoliczności sprawy, w tym treść uzasadnienia decyzji Zamawiającego w przedmiocie unieważnienia postępowania, prowadzą do wniosku, że uzasadnienie oddaje w sposób pełny czytelny i motywów, jakie kierowały Zamawiającym w ramach tej decyzji. Także Odwołujący zdaje się je prawidłowo odczytywać, skoro sformułował zarzuty w sposób korespondujący z obszernym wywodem, jaki stanowił motyw unieważnienia postępowania. Inną sprawą jest kwestia zasadności i poprawności tak umotywowanej czynności.

Dalszej ocenie podlegały zatem, w związku z podniesionymi w tej mierze zarzutami, zasadność tego unieważnienia, w tym prawidłowość zastosowania podstawy prawnej i faktycznej tej czynności.

[3] Podkreślenia wymaga, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podstawy unieważnienia umowy specyfikuje art. 146 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób następujący: 1) zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki; 2) zamawiający nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich; 3) zawarto umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy; 4) zamawiający uniemożliwił składanie ofert orientacyjnych wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w ramach tego systemu; 5) udzielono zamówienia na podstawie umowy ramowej przed upływem terminu określonego w art. 94 ust. 1, jeżeli nastąpiło naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 2; 6) z naruszeniem przepisów ustawy zastosowano tryb zapytania o cenę. Wytoczne co do rozumienia wskazanego przepisu zawiera uzasadnienie wspomnianej nowelizacji: „W ww. przypadkach unieważnienia umowy będzie mógł żądać każdy, kto ma w tym interes [art. 179 ustawy]. Unieważnienie umowy w przypadkach określonych w ust. 1 art. 146 będzie dokonywane w postępowaniu toczącym się przed Krajową Izbą Odwoławczą lub sądem, w związku ze złożeniem odpowiednio odwołania lub skargi do sądu [art. 192 ust. 3

29

pkt 2 i art. 198f ust. 2 ustawy]. Prezes Urzędu będzie też uprawniony do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania [art. 146 ust. 6]. Należy podkreślić, że zaproponowane sformułowanie tego przepisu, tj. "mogło mieć wpływ" służyć ma umożliwieniu unieważnienia umowy w przypadku braku możliwości formalnego dowodowo wykazania wpływu naruszenia przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych na wynik postępowania. Na podstawie tego przepisu będzie można unieważnić umowę w przypadku uprawdopodobnienia, iż stwierdzone naruszenie ustawy - Prawo zamówień publicznych mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Przedmiotowe sformułowanie jest stosowane w innych przepisach ustawy - Prawo zamówień publicznych [np. art. 191 ust. 1a) oraz przepisach proceduralnych. Zatem w zakresie wzruszania umowy w sprawie zamówienia publicznego można rozróżnić możliwość unieważnienia umowy z inicjatywy podmiotów bezpośrednio zainteresowanych [wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego] oraz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jako centralnego organu administracji publicznej właściwego w sprawach zamówień publicznych. I tak Prezes Urzędu Zamówień Publicznych będzie legitymowany do wystąpienia z samodzielnym powództwem o unieważnienie umowy w sprawie zamówienia, niezależnie od stosownych uprawnień stron samej umowy. Przy czym dopuszczalne jest tutaj rozróżnienie legitymacji czynnej samego Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Uprawnienie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego do unieważnienia umowy może być zatem realizowane w przypadku podjęcia obrony swojego interesu prawnego w ramach środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie - Prawo zamówień publicznych [art. 192 ust. 3 pkt 2 projektu ustawy]. Poza tym trybem wyłączona będzie możliwość unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn odnoszących się do wad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez same strony tej umowy. Powyższe nie będzie jednak wyłączać legitymacji stron umowy [także każdego innego podmiotu posiadającego interes prawny] do stwierdzenia nieważności umowy z innych przyczyn na podstawie art. 189 K.p.c [art. 146 ust. 4]. W szczególności, w związku z ust. 5 w art. 146, będzie istniała możliwość żądania przez zamawiającego unieważnienia umowy na podstawie art. 70 § Kodeksu cywilnego.".

Z powyższego wynika, że dostrzeżenie przez zamawiającego naruszenia przepisów postępowania, które skutkuje, że postępowanie to obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, obejmuje wskazane w art. 146 ust. 1 ustawy podstawy unieważnienia umowy ale także inne przyczyny, które prowadzą do skutku w postaci możliwości unieważnienia umowy – dotyczy to dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności

z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, gdzie wyłączną legitymację do wystąpienia o unieważnienie umowy posiada Prezes Urzędu Zamówień Publicznych [art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych].

Także Zamawiający w powyższy sposób zastosował wskazane przepisy, na co wskazuje zastosowana podstawa prawna unieważnienia.

[4] Następnie, dostrzeżenia wymaga, że zastosowana na gruncie przedmiotowego postępowania podstawa prawna czynności unieważnienia, to jest art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy, nie została prawidłowo zastosowana. Unieważnienie postępowania na tej podstawie może nastąpić jedynie w razie wystąpienia wad postępowania o wysokim ciężarze gatunkowym, to jest takich, które skutkują, że zawarta umowa obarczona będzie nieważnością, albo może zostać unieważniona. Oznacza to, że wady postępowania, w szczególności niedoskonałości dokumentu jakim jest SIWZ muszą mieć charakter takich, których nie da się usunąć z zastosowaniem reguł interpretacyjnych i kolizyjnych, pozwalających na wyeliminowanie ewentualnych niejasności, czy sprzeczności postanowień SIWZ. Z tego względu, koniecznym jest poddanie analizie tych postanowień SIWZ i czynności, w ramach których Zamawiający upatruje wad swego postępowania skutkujących postulowaną nieważnością postępowania, czy też zawartej w jego rezultacie umowy.

Po pierwsze - na gruncie analizowanej sprawy, nie sposób upatrywać skutku w postaci

nieważności zawartej umowy w takim ukształtowaniu postępowania – opracowanych na jego użytek postanowień SIWZ – z którego ma wynikać brak jednoznacznego określenia wynagrodzenia, w tym niespójnych postanowień SIWZ wskazujących, zdaniem Zamawiającego na różny rodzaj wynagrodzenia [ryczałtowe i kosztorysowe] w różnych miejscach SIWZ. Mimo tego stanowiska Zamawiającego, SIWZ, w szczególności formularz ofertowy czytelnie prezentują ścieżkę dojścia do ustalenia ceny przez wykonawcę. Każdy z wykonawców musiał przecież złożyć, a wcześniej wypełnić formularz ofertowy, według wzoru narzuconego przez Zamawiającego. Wzór ten nakazuje wpisać cenę łączną [określoną przez Zamawiającego jako ryczałtowa] w ujęciu netto i brutto, jakiej wykonawca oczekuje za wykonanie zamówienia. W tym samym formularzu, Zamawiający wymaga, pod wskazaniem ceny za wykonanie zamówienia, podania sposobu kalkulacji ceny, w ujęciu tabelarycznym, który wymienia elementy sprzętu i usług a także ich ilości, zaś zadaniem wykonawcy było podanie cen jednostkowych za ten sprzęt czy usługi, przemnożenie ich przez ilość wymaganą przez Zamawiającego, co finalnie miało prowadzić do kwoty, jaką wykonawca podawał we wstępnej części tego formularza jako cenę ryczałtową za wykonanie zamówienia. Sumy i ilorazy ilości sprzętu i usług prowadziły zatem każdorazowo, przy wypełnieniu formularza ofertowego przez każdego z wykonawców składających ofertę do

ustalenia ceny za wykonanie zamówienia. Nie jest więc tak, jak stara się wykazać Zamawiający, że wobec różnego podania w SIWZ charakteru wynagrodzenia wykonawcy mieli jakikolwiek problem z podaniem ceny, czy też że „w przypadku zawarcia umowy doszłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, gdyż cena w umowie jako kosztorysowa nie odpowiadałaby cenom ryczałtowym ze składanych przez wykonawców formularzy ofertowych. Jest to tym istotniejsze, że na cenę zamówienia składają się m.in. ceny jednostkowe usług liczone jako iloczyny miesięcy i osób. Każda zmiana w tym zakresie powoduje konieczność zmiany ceny łącznej ostatecznej, co w przypadku ceny ryczałtowej nie mogłoby mieć miejsca.” O charakterze wynagrodzenia, każdorazowo można wyczytać z treści łączącej strony umowy i załączników do niej, przy tym niejednokrotnie może to wymagać zestawienia różnych postanowień umowy. Na gruncie analizowanej sprawy, trudno – wbrew stanowisku Zamawiającego – przyjąć, że mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym. Jeśli taka była intencja Zamawiającego, to nie znalazła ona czytelnie wyrazu w dokumentacji postępowania. Wynagrodzenie kosztorysowe to wynagrodzenie, którego cechą konstytutywną jest, że wynagrodzenie należne wykonawcy zależy od ilości rzeczywiście wykonanych robót, poniesionych nakładów rzeczowych ustalonych na podstawie następczo przeprowadzonych obmiarów, z uwzględnieniem korekt wynikających z rzeczywistych ilości wykonanych robót i poniesionych nakładów. Wynagrodzenie kosztorysowe jest wyraźnie sprzężone z rzeczywistym zakresem i kosztów wykonanych robót, opierając się na przewidywaniach dotyczących zakresu prac oraz kosztów ich wykonania, które nie są ostateczne i mogą ulec zmianie, stosownie do zmiany okoliczności wykonania umowy i rzeczywiście wykonanych jednostek po dokonanych obmiarze. Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest zaś jego określenie z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła, a zatem jest ono niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztu prac. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r. [sygn. akt: II CRN 913/97], ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego. Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Rozliczenia stron w przypadku zastosowania ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w żaden sposób nie opierają się na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach. Na gruncie SIWZ tego postępowania, to postanowienie, w treści którego Zamawiający upatruje wynagrodzenia kosztorysowego, to § 3 Załącznika nr 5 do SIWZ, przewidujący, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy stanowi sumę poszczególnych kwot z formularza ofertowego, stanowiącego załącznik do umowy. Ponadto, w Załączniku nr 5 do SIWZ pn. „Projekt umowy” (§ 6 ust. 1), Zamawiający przewidział możliwość zmian postanowień umowy

w następującym zakresie:

1. zmniejszenia zakresu przedmiotu umowy w granicach uzasadnionego interesu publicznego, gdy wykonanie pierwotnego zakresu nie leży w interesie publicznym, z jednoczesnym zmniejszeniem wynagrodzenia w zakresie niezrealizowanej części przedmiotu umowy, wyliczonym w oparciu o ceny jednostkowe zawarte w formularzu ofertowym Wykonawcy,
2. terminów realizacji poszczególnych etapów umowy, określonych w pkt 6.2.-6.5. SIWZ, bez zmiany terminu końcowego realizacji zamówienia,

w przypadku wystąpienia obiektywnych przeszkód w realizacji przedmiotu umowy, wynikających ze zmniejszenia liczby Beneficjentów Ostatecznych projektu "Integracja - Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w Powiecie Ciechanowskim", z przyczyn niezależnych od Zamawiającego, niemożliwych do przewidzenia w chwili zawarcia umowy oraz przewidują możliwość zmian postanowień niniejszej umowy w zakresie terminów realizacji poszczególnych etapów umowy, określonych w pkt 6.2.-6.5. SIWZ, bez zmiany terminu końcowego realizacji zamówienia, o czas niezbędny do rozstrzygnięcia ewentualnych środków odwoławczych zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych.

Zestawienie postanowień SIWZ wskazuje, że Zamawiający obowiązany jest do zapłaty wynagrodzenia w kwocie stanowiącej sumę kwot z rozliczenia jednostkowego zawartego w formularzu ofertowym [kalkulacji ceny], odpowiadającej wartości podanej wcześniej w tym formularzu ofertowym jako cena ryczałtowa za wykonanie zamówienia. Każdorazowo więc, ceną za wykonanie zamówienia ma być kwota, jaką wykonawca dwukrotnie podaje w formularzu ofertowym: raz jako cenę ryczałtową za wykonanie zamówienia podawaną słownie i cyfrowo a raz – w ujęciu tabelarycznym jako sumę i iloczyn cen za jednostki sprzętu, urządzeń, usług składających się na zamówienie. Okoliczność, że wykonawca podaje dwa razy tę kwotę: raz jako cenę, której oczekuje za wykonanie zamówienia, a raz jako obraz operacji matematycznej w tabeli bez jej wyniku końcowego, nie oznacza, że mamy do czynienia z dwiema cenami, a w razie wystąpienia różnic między kwotami wynikającymi z tych elementów formularza ofertowego - że zachodzą okoliczności wskazywane przez Zamawiającego, takie jak błąd w obliczeniu ceny. Z jednej strony, mechanizmy naprawcze, takie jak poprawienie omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy nie doznają ograniczeń także gdy mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym. Intencją ustawodawcy w zakresie przepisu art. 87 ust. 2 ustawy było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego

wynika ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju błędy, nieścisłości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Zamiar ten ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do *Ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw*, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób następujący: „W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą

pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.” Z powyższego wynika, że intencją ustawodawcy było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie, przy czym ustawodawca wprowadził zasadę ostatecznego akceptowania dokonywanych przez zamawiającego poprawek w odniesieniu do tych dokonanych przez siebie zmian, które dotyczą niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia [art. 89. ust. 2 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych]. Zamawiający obowiązany jest bowiem niezwłocznie powiadomić wykonawców o dokonanych przez siebie poprawkach na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy, zaś w przypadku, gdy poprawki te dotyczą niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – uzyskać akceptację wykonawcy na poprawienie omyłki [art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy]. Z tego względu, nawet okoliczność, że w konkretnych okolicznościach

34

zastosowano wynagrodzenie kosztorysowe nie zwalania zamawiającego z dokonania poprawy dostrzeżonych błędów. Z drugiej zaś strony, obowiązek i możliwość poprawienia różnego rodzaju omyłek i błędów, w tym wskazane wyżej instrumenty przewidziane w art. 87 ust. 2 ustawy obejmują różnego rodzaju błędy czy nieścisłości, w tym te, odnoszące się do każdego rodzaju kalkulacji.

Ponadto, treść postanowień SIWZ nie wskazuje, że mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym. Jeśli inna była intencja Zamawiającego, to nie znalazła ona odzwierciedlenia w treści SIWZ. SIWZ, w tym projekt umowy przewiduje jedynie, wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy stanowi sumę poszczególnych kwot z formularza ofertowego, stanowiącego załącznik do umowy. Oznacza to tyle, że kwota, jaka wynika z sumy kwot podanych przez danego wykonawcę w formularzu ofertowym, w części stanowiącej o kalkulacji ceny, winna być przeniesiona do umowy jako wynagrodzenie należne wykonawcy. Z powyższego nie wynika nawet, jak zdawało się wynikać ze stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego, że do umowy mają być przeniesione ceny jednostkowe i ilości [ów „kosztorys” wskazywany przez Zamawiającego], ale, że ma być podana łączna kwota wynikająca z tych cen. W SIWZ nie sposób przy tym znaleźć takiego postanowienia, które nawiązuje do, charakterystycznego dla wynagrodzenia kosztorysowego następczego ustalenia ilości i zakresu zastosowanych materiałów i prac i ustalenia wynagrodzenia na podstawie sporządzonego obmiaru. To wynagrodzenie jest jedynie pochodną kalkulacji prezentowanej w formularzu ofertowym w oparciu o ceny jednostkowe. Takim postanowieniem nie jest wskazywany przez Zamawiającego § 6 ust. 1 projektu umowy – dotyczy on bowiem nie ustalenia wynagrodzenia, ale możliwości ograniczenia zamówienia - zmiany postanowień umowy w zakresie zmniejszenia zakresu przedmiotu umowy w granicach uzasadnionego interesu publicznego, gdy wykonanie pierwotnego zakresu nie leży w interesie publicznym, z jednoczesnym zmniejszeniem wynagrodzenia w zakresie niezrealizowanej części przedmiotu umowy, wyliczonym w oparciu o ceny jednostkowe zawarte w formularzu ofertowym Wykonawcy, a także terminów realizacji poszczególnych etapów umowy, określonych w pkt 6.2.-6.5. SIWZ, bez zmiany terminu końcowego realizacji zamówienia, w przypadku wystąpienia obiektywnych przeszkód w realizacji przedmiotu umowy, wynikających ze zmniejszenia liczby Beneficjentów Ostatecznych projektu, z przyczyn niezależnych od Zamawiającego, niemożliwych do przewidzenia w chwili zawarcia umowy oraz przewidują możliwość zmian postanowień niniejszej umowy w zakresie terminów realizacji poszczególnych etapów umowy, określonych w pkt 6.2.-6.5. SIWZ, bez zmiany terminu końcowego realizacji zamówienia, o czas niezbędny do rozstrzygnięcia ewentualnych środków odwoławczych zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych. To postanowienie nie stanowi zatem

35

regulacji dotyczącej należnego wykonawcy wynagrodzenia, ale klauzulę przewidującą możliwość zmiany w określonych sytuacjach umowy, polegającej na jej ograniczeniu [zmniejszeniu zakresu zamówienia] z jednoczesnym określeniem następstw takiej zmiany w płaszczyźnie należnego wykonawcy wynagrodzenia.

Reasumując, w świetle powyższego, trudno nie tylko uchwycić takie elementy SIWZ, które przesądzałyby o kosztorysowym wynagrodzeniu w tym postępowaniu, ale także takich, które by dawały podstawę do przyjęcia, że w postępowaniu zaszły jakiegokolwiek wady, które uniemożliwiały wykonawcom, na etapie składania ofert złożenie poprawnej, składanej w porównywalnych warunkach oferty. Podkreślenia ponownie wymaga: każdy wykonawca musiał złożyć ofertę specyfikując ceny jednostkowe za dostawę różnych elementów sprzętu oraz różne wymienione w formularzu ofertowym usługi, wiedząc, że suma i iloczyn cen jednostkowych złoży się na należne mu wynagrodzenie. Każde z postanowień SIWZ prowadzi do takiego samego wniosku, że wynagrodzenie za wykonanie zamówienia będzie prostą arytmetyczną tych cen, zaś odstępstwo w tym zakresie stanowi wymuszona okolicznościami i niezależna od Zamawiającego sytuacja, skutkująca koniecznością ograniczenia zakresu zamówienia, w drodze zmiany umowy [§ 6 ust. 1 projektu umowy]. Zmiana umowy to jednak nie to samo co określenie takiego lub innego charakteru wynagrodzenia za wykonanie umowy.

Po drugie – niezrozumiałą zupełnie jest argumentacja Zamawiającego dotycząca błędu w obliczeniu ceny, mająca obrazować relatywizm oceny ofert, w razie przyjęcia ceny ryczałtowej albo ceny kosztorysowej. Przy przyjęciu zarówno, że cena ma charakter ryczałtowy jak i wtedy, gdy uznany że ma on charakter kosztorysowy, Zamawiający – jak wskazano wyżej nie jest zwolniony z rozpatrywania błędów i nieścisłości oferty, w tym dotyczących ceny, przez przyzmat jej poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy. Zamawiający w opracowanej przez siebie dokumentacji – wzorze formularza ofertowego podał zarazem wyraźnie sposób dojścia do ustalenia przez danego wykonawcę ceny za wykonanie zamówienia, to jest sposób obliczenia ceny. Cena wpisywana w tym formularzu jako „cena ryczałtowa” za wykonanie zamówienia jest kwotą w jednostkach pieniężnych, w układzie netto i brutto, pochodzącą z sumowania cen jednostkowych podawanych w dalszej części formularza jako kalkulacja ceny. Wskazuje na to zarówno układ tego formularza, jak i powoływane przez Zamawiającego postanowienie § 3 projektu umowy, zgodnie z którym wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy stanowi sumę poszczególnych kwot z formularza ofertowego, stanowiącego załącznik do umowy. Abstrahując zatem od zakresu rozpoznania odwołania, które odnosi się do czynności unieważnienia postępowania na określonej podstawie a także od tych elementów stanu

faktycznego, które na obecnym etapie są skutecznie dokonane [o czym niżej] - nie było zatem jakichkolwiek podstaw do upatrywania przeszkód do dokonania poprawy ceny, poprzez doprowadzenie jej do kwoty wynikającej z cen jednostkowych podanych w formularzu ofertowym.

Po trzecie – element stanu faktycznego związany z oceną oferty Odwołującego [a tym samym z jej ewentualnym poprawieniem] został już przesądzony: Zamawiający uwzględnił poprzednio złożone odwołanie i wykonał w dniu 31 lipca 2014 r. żądania wynikające z tego uwzględnienia, w tym unieważnił czynność odrzucenia tej oferty. W postępowaniu mamy zatem ważną i nieodrzuconą – świadomie „przywróconą” do postępowania przez Zamawiającego w następstwie uwzględnienia odwołania ofertą Odwołującego. Mamy więc do czynienia z niezrozumiałym i nie wiadomo jak wkomponowanym w czynność i argumentację Zamawiającego poddawanej ocenie w ramach rozpatrywanego odwołania, twierdzeniem o błędzie w obliczeniu ceny, rozważanym wobec oferty, która jest przez Zamawiającego uznana za ważną i nieodrzuconą.

Po czwarte – nie stanowi podstawy do unieważnienia postępowania okoliczność – że ewentualnie SIWZ nie oddaje intencji Zamawiającego co do, przykładowo rodzaju wynagrodzenia. Jeśli zamiarem Zamawiającego w tym postępowaniu było ukształtowanie tego postępowania z ceną określoną na zasadzie kosztorysu – to zamiar ten nie został wyartykułowany. Powyższe nie stanowi jednak powodu dla unieważnienia postępowania.

Reasumując, nie znalazły potwierdzenia w analizowanym stanie faktycznym powody, które Zamawiający uczynił podstawą dokonanej przez siebie w dniu 31 lipca 2014 r. unieważnienia postępowania, co czyniło złożone odwołanie na tę czynność – zasługującym na akceptację. Podniesione zarzuty naruszenia przepisów mają wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy, co determinowało uwzględnienie odwołania.

III. ROZSTRZYGNIECIE O ŻĄDANIACH ODWOŁANIA:

Opisane wyżej okoliczności determinowały uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia dokonanej w dniu 31 lipca 2014 r. czynności unieważnienia postępowania.

Nie nakazywano dalszych czynności, w szczególności związanych z wyborem najkorzystniejszej oferty – zarzuty podniesione w odwołaniu nie referowały do niewłaściwego dokonania czynności w postępowaniu albo zaniechania ich przez Zamawiającego, w innym

37

zakresie, aniżeli wyznaczony kwestionowaną czynnością, to jest bezpodstawnym unieważnieniem postępowania w oparciu o uzasadnienie prawne i faktyczne ujęte w czynności Zamawiającego z dnia 31 lipca 2014 r. W szczególności, Odwołujący w żaden sposób nie stawiał zarzutów, ani odpowiadających im argumentacji, które by wskazywały na zaniechanie czynności związanych z finalnie unieważnionym przez Zamawiającego odrzuceniem Jego oferty czy też z ewentualnym uchylaniem się od obowiązków wynikających z uwzględnienia przez Zamawiającego uprzednio złożonego odwołania, w którym Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu, aby dokonał ponownego badania i oceny oferty złożonych ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnił czynność unieważnienia postępowania, czynność odrzucenia oferty odwołującego i dokonał równocześnie czynności odrzucenia oferty PRZP Systemy Informatyczne Sp. z o.o. oraz - z ostrożności procesowej, by dokonał czynności poprawienia w ofercie odwołującego omyłek i ewentualnie dokonał uprzednio wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty Odwołującego [postępowanie odwoławcze w spr. KIO 1439/14]. W tamtym postępowaniu Odwołujący kwestionował zaś czynność badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz czynności unieważnienia postępowania, czynność odrzucenia swojej oferty, zaniechania odrzucenia oferty konkurencyjnego wykonawcy, zaniechanie czynności żądania od odwołującego wyjaśnień treści złożonej oferty, a ewentualnie także zaniechanie poprawienia w swojej ofercie omyłki o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 2 lub 3 ustawy. Odwołujący w tamtym postępowaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 93 ust. pkt 1 ustawy w zw. z uznaniem, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, co było konsekwencją bezzasadnego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy, poprzez nie zwrócenie się do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty, art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, oraz – ewentualnie - art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 2 lub 3 ustawy, art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PRZP Systemy Informatyczne Sp. z o.o. Wszystkie te zarzuty zostały przez Zamawiającego uwzględnione w odniesieniu do wcześniejszego odwołania, złożonego wobec uprzednio dokonanej czynności unieważnienia postępowania na innej podstawie [art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy], co powodowało umorzenie postępowania odwoławczego przez Krajową Izbę Odwoławczą na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy. Podkreślenia jednak wymaga, że w świetle art. 186 ust. 2 i 3 ustawy, na Zamawiającym, który zdecydował się na uwzględnienie odwołania, ciążyą określone, wynikające z tego przepisu konsekwencje. Także Zamawiający, w poddawanej ocenie w ramach tego postępowania odwoławczego czynności unieważnienia z 31 lipca 2014 r. podał, że wskazaną czynności dokonuje łącznie z wykonaniem czynności wynikających z uwzględnienia wcześniejszego odwołania: „działając na podstawie art. 186

38

Zamawiającego z dnia 22.07.2014r. na powyższe odwołanie w której Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28.07.2014 r. sygn. akt KIO 1439/14 o umorzeniu postępowania odwoławczego: - unieważnia czynność unieważnienia postępowania - unieważnionego dnia 04.07.2014r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu w niniejszym postępowaniu, - unieważnia czynność odrzucenia oferty INFOMEX Sp. z o.o., ul. Wesoła 19B, 34-300 Żywiec.". Zamawiający zastosował się zatem do dokonane go przez siebie uwzględnienia odwołania, nie dopatrując się następczo przeszkód, które by uniemożliwiały wykonanie stawianych żądań, bądź czyniły je niezgodnymi z prawem czy niedopuszczalnymi [vide: wyrok z 21 lipca 2011 r. w spr. KIO 1231/11], zaś dokonane w ramach uwzględnienia odwołania czynności nie zostały w żaden sposób zakwestionowane czy uchylone przez Zamawiającego, a tym samym pozostają w obrocie.

Stąd nakaz wynikający z wydanego orzeczenia obejmuje wyłącznie wyeliminowanie z obrotu wadliwej, to jest bezpodstawnej czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, w oparciu o zastosowane dotychczas uzasadnienie. Powyższe oznacza, że Zamawiający obowiązany jest unieważnić dokonaną w dniu 31 lipca 2014 r. czynność unieważnienia postępowania, z uwzględnieniem okoliczności:

- nie znalazły potwierdzenia podstawy unieważnienia postępowania podane w piśmie z dnia 31 lipca 2014 r. Nie oznacza to, że nie znalazłyby albo nie znajdą w przyszłości zastosowania w analizowanej sytuacji inne podstawy unieważnienia postępowania, jak i inne powody [wady postępowania] jego unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy;

- samo zawarcie w SIWZ niejasnych, czy niespójnych postanowień, dotyczących przykładowo charakteru wynagrodzenia, czy też sposobu obliczenia ceny, nie jest jeszcze powodem do stwierdzenia, że mamy do czynienia z wadą nieusuwalną, nie dającą się wyeliminować właściwymi dla prawa cywilnego regułami interpretacyjnymi i kolizyjnymi, które to skutkiem wady miałyby być, że zawarta umowa podlegałaby unieważnieniu;

- w aktualnym stanie faktycznym, po wykonaniu nakazu wynikającego z niniejszego wyroku, to jest unieważnieniu podjętej w dniu 31 lipca 2014 r. czynności unieważnienia postępowania, w obrocie pozostaną czynności Zamawiającego w takim stanie i zakresie, jaki wynika z działań Zamawiającego wykonanych wcześniej, to jest jedynie bez czynności unieważnienia postępowania. Tym samym, należy mieć na uwadze, że pismem z 31 lipca

39

2014 r. Zamawiający nie tylko unieważnił postępowanie – która to czynność wyłącznie została objęta przedmiotowym orzeczeniem, ale także dokonał unieważnienia czynności unieważnienia postępowania z 4 lipca 2014 r. dokonanej na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy oraz dokonał unieważnienia czynności odrzucenia oferty INFOMEX Sp. z o.o. w Żywcu. Pozostałe czynności wyrażone w piśmie z 4 lipca 2014 r., to jest te wykonane w ramach zastosowania się przez Zamawiającego – w myśl art. 186 ust. 2 ustawy – do żądań uwzględnionego wcześniej odwołania, jako nieobjęte odwołaniem i niezakwestionowane w żaden sposób, pozostają w obrocie w takim zakresie, w jakim Zamawiający ich dokonał.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania [Dz.U. Nr 41 poz. 238]. Uwzględniono uzasadnione koszty Odwołującego, na które składa się wynagrodzenie pełnomocnika, w wysokości zgodnej z przedłożonym rachunkiem, to jest 3 600 zł [§ 3 pkt 2 ppkt b) rozporządzenia] a także uiszczony wpis w kwocie 15 000 zł.

Skład orzekający: