

WYROK

z dnia 11 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie 6 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 10 czerwca 2021 roku przez odwołującego **W. Ł. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą W. Ł. – Firma Handlowo – Usługowa S.C. z siedzibą w Uniejowie** oraz **J. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J. Ł. – Firma – Handlowo – Usługowa S.C. z siedzibą w Uniejowie**, działających jako wspólnicy spółki cywilnej **Firmy Handlowo – Usługowej W. Ł., J. Ł. s.c. z siedzibą w Uniejowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą oraz kwotę **464 zł 67 gr** (słownie: czterysta sześćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy), stanowiącą koszty Zamawiającego z tytułu dojazdu,
 - 2.2. zasądza od odwołującego **W. Ł. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą W. Ł. – Firma Handlowo – Usługowa S.C. z siedzibą w Uniejowie** oraz **J. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J. Ł. – Firma – Handlowo – Usługowa S.C. z siedzibą w Uniejowie**, działających jako

wspólnicy spółki cywilnej Firmy Handlowo – Usługowej W. Ł., J. Ł. s.c. z siedzibą w Uniejowie na rzecz zamawiającego **Zarządu Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie** kwotę **4 064 zł 67 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złotych sześćdziesiąt siedem groszy), na którą składają się **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), tj. koszt poniesiony przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą oraz **464 zł 67 gr** (słownie: czterysta sześćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy), tj. koszt Zamawiającego z tytułu dojazdu.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zarząd Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym, na podstawie art. 275 pkt 2) ustawy Pzp (tj. w wariantcie II), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: Profilowanie nawierzchni gruntowych oraz ścinanie i uzupełnianie poboczy na terenach administrowanych przez ZDZiT w Olsztynie, nr sprawy: NZ.2510.15.2021.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 17 maja 2021 r. nr 2021/BZP 00056507/01.

Postępowanie to prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019, z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464) – dalej: „ustawa Pzp”.

W postępowaniu tym wykonawca W. Ł. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą W. Ł. – Firma Handlowo – Usługowa S.C. z siedzibą w Uniejowie oraz J. Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. Ł. – Firma – Handlowo – Usługowa S.C. z siedzibą w Uniejowie, działający jako wspólnicy spółki cywilnej Firmy Handlowo – Usługowej W. Ł., J. Ł. s.c. z siedzibą w Uniejowie (dalej: „Odwołujący”) 10 czerwca 2021 roku złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w postępowaniu:

- 1) unieważnienia przedmiotowego postępowania,
- 2) zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej, oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 oraz art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

W związku z powyższym zarzutem, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania przetargowego,
- 2) ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 3) wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu miał interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy. Jak wskazał Odwołujący jego oferta przedstawiała pierwszy w kolejności bilans punktowy wg kryteriów określonych przez Zamawiającego i ma on realne szanse na uzyskanie

przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazał również, że został narażony na szkodę w postaci poniesionych kosztów przygotowania i złożenia oferty oraz utraty możliwości uzyskania kontraktu pozwalającego na prowadzenie działalności z zyskiem.

W związku z powyższym Odwołujący wskazał, że legitymuje się interesem prawnym do wniesienia niniejszego odwołania, co czyni zadość wymaganiom art. 505 ust. 1 Ustawy.

Następnie Odwołujący wskazał, że nie zgadza się z czynnością unieważnienia postępowania podjętą przez Zamawiającego na podstawie art. 255 pkt 6) ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, Zamawiający ma obowiązek dokonać czynności unieważnienia postępowania w przypadku, gdy dane postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przytoczony przepis Ustawy określa wprost przesłanki, których łączne wystąpienie powoduje zmaturalizowanie się obowiązku unieważnienia postępowania. Należy więc stwierdzić, że Zamawiający dokonuje takiej czynności tylko wtedy gdy:

1. W prowadzonym przez siebie postępowaniu stwierdzi wystąpienie wady,
2. Wada musi mieć charakter nieusuwalny,
3. Stwierdzona wada o charakterze nieusuwalnym powoduje fakt, iż tak zawarta umowa będzie podlegała unieważnieniu.

Kwestię unieważnienia umowy należy interpretować w świetle przepisu Ustawy zawierającego przesłanki, których zaistnienie powoduje podstawę unieważnienia umowy. Zdaniem Odwołującego tylko w sytuacji spełnienia się przesłanek z art. 255 pkt 6 Ustawy, co spowodowało by, iż zawarta umowa podlegała by unieważnieniu na podstawie art. 457 ust. 1 Ustawy, Zamawiający ma prawo/obowiązek unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązany był do złożenia oferty zgodnie z wymaganiami opisanymi przez Zamawiającego w SWZ. Zgodnie z zapisami pkt. IV. 1 SWZ, szczegółowy zakres robót opisany został w przedmiarze robót tj. załącznik nr. 5. W dokumencie tym Zamawiający zawarł 8 wierszy zawierających poszczególne rodzaje robót, które wymagane będą do realizacji. Do każdego rodzaju robót, Zamawiający przyporządkował ilości metrów kwadratowych. Na dole przedmiotowego dokumentu, jak również w samej treści SWZ, Zamawiający zawarł zapis, iż podane ilości poszczególnych robót są szacunkowe. Z zamieszczonej informacji wynika, iż ilości realnie wykonanych robót mogą być inne (większe albo mniejsze). Oznacza to, zdaniem Odwołującego, iż przedmiar robót jest dokumentem, na podstawie którego wykonawcy mają wyliczyć cenę oferty.

Jak wskazał Odwołujący, zgodnie z pkt. XV. 1, XV.2 oraz XV.5 SWZ, obowiązującym rodzajem wynagrodzenia było wynagrodzenie kosztorysowe, a załączony przedmiar robót

jest podstawą do wyliczenia ceny oferty. Ponadto każdy wykonawca wpisywał proponowaną przez siebie cenę w ofercie w pkt. 1. Wskazana przez wykonawcę w tym miejscu kwota, miała być odczytywana jako kwota oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Odwołującego, dokonana przez Zamawiającego czynność unieważnienia postępowania jest czynnością naruszającą przepisy Pzp. Wbrew temu co napisał w uzasadnieniu dokonanej czynności Zamawiający, przedmiar robót, będący podstawą do obliczenia kwoty oferty, sporządzony był w sposób jasny, przejrzysty i taki sam dla wszystkich wykonawców. Świadczy o tym fakt, iż dwóch wykonawców składających ofertę w tym postępowaniu złożyło kosztorysy ofertowe zgodnie z załączonymi przedmiarami. Zamawiający twierdzi, że błąd polega na tym, iż chciał zawrzeć umowę na 3 lata a przedmiar obejmuje roczne ilości robót. Fakt ten jest bez znaczenia. Po pierwsze wskazane ilości w przedmiarach były takie same dla wszystkich wykonawców. Po drugie, w ocenie Odwołującego dopuszczalne jest rozwiązanie takie, iż Zamawiający zamierza przeznaczyć np. na trzy letni kontrakt kwotę 3 000 000,00 zł brutto i to jest maksymalna kwota umowy. Jednocześnie do przygotowania ofert wskazuje roczne ilości. Okoliczność taka może być spowodowana różnymi powodami np. rozliczaniem rocznym budżetu. Rozwiązanie takie jest prawidłowe. Ponadto wynagrodzenie jest kosztorysowe. Oznacza to, że i tak każda wykonana usługa będzie rozliczana na podstawie faktycznie wykonanej ilości robót przy zastosowaniu cen jednostkowych zawartych w załączonym przez wykonawcę do oferty kosztorysie ofertowym.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Odwołującego, przedmiotowe postępowanie przetargowe zostało przeprowadzone prawidłowo, z wyłączeniem czynności unieważnienia postępowania. Przedmiar robót został opisany w sposób jasny, a warunki były takie same dla wszystkich uczestników postępowania. Czynność unieważnienia postępowania jest czynnością „wyjątkową” czyli taką, która nie stanowi normalnego następstwa prowadzonych przez zamawiającego czynności w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. W związku z faktem, iż jest to wyjątek od reguły normalnego zakończenia postępowania, czyli udzielenia zamówienia, przesłanki unieważnienia postępowania należy interpretować zawężająco. Odwołujący powołał się również na stanowisko Izby wyrażone w wyrokach o sygn. akt KIO 99/20 oraz o sygn. akt KIO 2330/20 i o sygn. akt KIO 262/17.

Pismem z 6 sierpnia 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 nowej ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia i ma interes w jego uzyskaniu.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia w charakterze uczestnika postępowania.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 nowej ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto następujące dowody złożone przez Zamawiającego w toku rozprawy:

- 1) kosztorys inwestorski,
- 2) kosztorysy ofertowe złożone wraz z ofertami przez wykonawców w tym postępowaniu,

na okoliczność, po pierwsze, zamiaru udzielenia zamówienia na okres ponad 3 lat, sposobu oszacowania szacunkowej wartości zamówienia, rozbieżności kwot wynikających z obu kosztorysów ofertowych, na okoliczność błędu, który nieświadomie został przez Zamawiającego spowodowany na etapie sporządzania opisu zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie podstawowym, na podstawie art. 275 pkt 2) ustawy Pzp, tj. Zamawiający przewidział wybór oferty najkorzystniejszej z możliwością przeprowadzenia negocjacji.

Szczegółowy zakres robót został przez Zamawiającego określony w przedmiarze robót stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ.

Zamawiający zaznaczył, że „Powierzchnia poszczególnych pozycji podana w przedmiarze robót określona została na podstawie szacunkowych ilości przewidywanych do wykonania i nie stanowi obietnicy udzielenia w okresie obowiązywania umowy zleceń w takich proporcjach.”

Termin wykonania zamówienia został określony w następujący sposób: „od dnia zawarcia umowy do dnia 31.12.2024 r.”.

Następnie Izba ustaliła, że w rozdziale XV SWZ, Zamawiający wskazał sposób obliczenia ceny. Z regulacji tej wynika, że:

- „1. Obowiązującym rodzajem wynagrodzenia jest wynagrodzenie kosztorysowe.
2. Podstawą obliczenia ceny jest przedmiar robót – Załącznik nr 5 do SWZ.
3. Wykonawca uwzględniając wszystkie wymagania, o których mowa w niniejszej SWZ, powinien w cenie ofertowej ująć wszelkie koszty niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu zamówienia.
4. Ilość jednostek podana w załączniku nr 5 do SWZ, określającym sposób obliczenia ceny, określona została na podstawie szacunkowych ilości przewidywanych do wykonania i nie stanowi obietnicy udzielenia w okresie obowiązywania umowy zleceń w takich wysokościach.
5. Cena powinna wynikać z kosztorysu ofertowego sporządzonego na podstawie ww. przedmiaru robót, ustalona jako suma iloczynów planowanych ilości jednostek przedmiarowych i ich cen jednostkowych. Stawki i ceny jednostkowe umieszczone w poszczególnych pozycjach przedmiaru robót są cenami jednostkowymi ryczałtowymi. Dla każdej pozycji przedmiarowej należy podać ceny kosztorysowe bez podatku VAT.”

Ponadto, jak stanowi § 5 ust 3 wzoru umowy maksymalna kwota zobowiązań za przedmiot umowy ustalona została zgodnie ze złożoną ofertą, innymi słowy ceną maksymalną umowy jest cena zaoferowana w treści oferty.

W postępowaniu tym oferty zostały złożone przez dwóch wykonawców:

- 1) Odwołującego – W. Ł. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą W. Ł. – Firma Handlowo – Usługowa S.C. z siedzibą w Uniejowie oraz J. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J. Ł. – Firma – Handlowo – Usługowa S.C. z siedzibą w Uniejowie, działających jako wspólnicy spółki cywilnej Firmy Handlowo – Usługowej W. Ł., J. Ł. s.c. z siedzibą w Uniejowie cena oferty 762 600 zł brutto.
- 2) G. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ROM-GRZEŚ S. G. z siedzibą w Olsztynie, cena oferty 1 647 585 zł brutto.

Jak wynika następnie z załączonych do oferty kosztorysów, Odwołujący wypełnił kosztorys zgodnie z załączonym do SWZ przedmiarem będącym załącznikiem nr 5 do SWZ, natomiast drugi wykonawca cenę wyliczoną zgodnie z przedmiarem pomnożył następnie przez 3 lata i uzyskany wynik wpisał do formularza oferty.

Załączony do SWZ przedmiar robót zawierał pozycje z wyszczególnieniem prac, jednostek miary oraz szacowanych powierzchni. Z przedłożonego przez Zamawiającego dowodu (szacowanie wartości zamówienia) wynika, że szacując wartość przedmiotu

zamówienia, Zamawiający najpierw wyliczył wartość robót w skali jednego roku a następnie wynik ten pomnożył przez 3 lata.

Pismem z 10 czerwca 2021 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania, podając następujące uzasadnienie faktyczne i prawne:

„W wyniku badania i oceny ofert Zamawiający stwierdził, że załącznik nr 5 do SWZ – przedmiar robót, został opisany w sposób niejednoznaczny co spowodowało, że zaoferowane przez wykonawców ceny na realizację zamówienia wynikające z kosztorysów ofertowych są nieporównywalne. Załączony do postępowania przedmiar robót określa bowiem przewidywaną ilość robót do wykonania w okresie jednego roku, natomiast termin realizacji zamówienia został wskazany na 31.12.2024 r. (okres ponad trzyletni). Powyższy stan faktyczny stoi w sprzeczności z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że: *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*

Działając na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp – *Zamawiający unieważnia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwa do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.* Wada postępowania polega na nieprecyzyjnym opisanu zakresu robót – przedmiaru robót (załącznik nr 5 do SWZ), będącym podstawą obliczenia ceny oferty.”

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba przytoczy treść przepisów stanowiących podstawę rozstrzygnięcia.

art. 16 pkt 1) ustawy Pzp

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

art. 255 pkt 6) ustawy Pzp

Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:

6) postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

art. 457 ust. 1 i 5 ustawy Pzp

1. Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

- 1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;
 - 2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
 - 3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2;
 - 4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową;
 - 5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.
5. Przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 705 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny.

W ocenie Izby odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, z następujących powodów.

Jak wynika z treści art. 255 pkt 6) ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia jeśli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem zawarcie ważnej umowy. Oznacza to, że uchybienie w procedurze zamówieniowej, które rzutuje na ważność umowy o zamówienie publiczne wpisuje się w omawianą przesłankę unieważnienia postępowania. Przepis ten obejmuje zatem wszelkie sytuacje, w których występuje wada postępowania niedająca się naprawić w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Innymi słowy, podstawą unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 6) ustawy Pzp będzie wystąpienie nieusuwalnej wady postępowania, tj. takiej która nie może być przez Zamawiającego skorygowana w toku postępowania przez unieważnienie czynności lub jej powtórzenie. Do tego rodzaju wad postępowania orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej zalicza np. wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia, czy też okoliczność, że w postępowaniu złożono nieporównywalne oferty, a źródłem tej nieporównywalności są postanowienia SWZ. Na uwagę również zasługuje brzmienie art. 457 ustawy Pzp, na który to przepis Odwołujący powołał się w treści uzasadnienia odwołania. Art. 457 ust. 5 ustawy Pzp stanowi bowiem, że przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ ustawy z dnia 23

kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, na co słusznie w odpowiedzi na odwołanie zwrócił uwagę Zamawiający.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy, skład orzekający stoi na stanowisku, że w tym postępowaniu doszło do wady, uprawniającej Zamawiającego do skorzystania z dyspozycji art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Zamawiający bowiem wadliwie opisał przedmiot zamówienia w załączniku 5 do SWZ stanowiącym Przedmiar robót, na podstawie którego wykonawcy mieli obliczyć cenę oferty. W wyniku powyższego doszło do złożenia ofert nie tylko nieodpowiadających potrzebom Zamawiającego, bowiem celem postępowania było udzielenie zamówienia na okres trzech lat, a nie jednego roku, ponadto doszło do złożenia ofert nieporównywalnych, gdyż Odwołujący zaoferował cenę za 1 rok, a drugi wykonawca za 3 lata. Stało się tak, ponieważ Odwołujący zastosował się do literalnego brzmienia załącznika nr 5 do SWZ, a drugi wykonawca prawdopodobnie miał na względzie nie tylko doświadczenie zdobyte podczas realizacji poprzedniej umowy na rzecz Zamawiającego, ale również brzmienie SWZ oraz wzoru umowy. Źródłem zaistniałej sytuacji był błąd Zamawiającego, w wyniku którego wadliwie został skonstruowany Przedmiar robót, służący następnie wykonawcom do obliczenia ceny oferty. Powyższe miało istotny wpływ na wynik postępowania. Nie bez znaczenia jest tu również treść dokumentacji postępowania, w tym opisany przez Zamawiającego sposób obliczenia ceny oraz brzmienie §5 ust. 3 wzoru umowy. Z tych względów w ocenie Izby czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6) ustawy Pzp była słuszna. Gdyby przedmiar robót był skonstruowany w sposób prawidłowy być może zaoferowane ceny (w tym ceny jednostkowe) byłyby inne nie tylko dlatego, że długość trwania umowy ma dla tego aspektu niebagatelne znaczenie, ale również dlatego, że wówczas we wszystkich ofertach cena byłaby wyliczona prawidłowo, w tym z uwzględnieniem rzeczywistego okresu, na jaki umowa ma zostać zawarta. Ponadto niewykluczone, że zamówieniem zainteresowałyby się szerszy krąg wykonawców, gdyż perspektywa umowy z dłuższym terminem obowiązywania jest co do zasady atrakcyjniejsza, dodatkowo nie bez znaczenia dla niektórych wykonawców jest również wolumen zamówienia.

Izba nie mogła się przychylić do stanowiska Odwołującego zaprezentowanego w treści uzasadnienia odwołania i podtrzymanego na rozprawie. Oferta Odwołującego tylko częściowo odpowiadała SWZ, tj. w takim zakresie, w jakim Odwołujący wyliczył cenę oferty bazując na załączniku 5 do SWZ, załącznik ten nie został jednak przez Zamawiającego prawidłowo sporządzony. Ponadto nie ulega wątpliwości, że oferta Odwołującego nie jest zgodna z treścią dokumentacji postępowania w zakresie, w jakim ta odnosi się do czasu, na jaki ma zostać udzielone zamówienie, ponieważ cena oferty Odwołującego nie dotyczy okresu trzyletniego lecz rocznego. Podobnie sytuacja wygląda z ofertą drugiego wykonawcy, oferta ta również jest tylko częściowo prawidłowa, tj. w zakresie w jakim Wykonawca ten

uwzględnił czas, na jaki umowa miała zostać zawarta, natomiast aby wyliczyć cenę ofert za ten czas, Wykonawca musiał samodzielnie zmodyfikować sposób wyliczenia ceny oferty.

Mając na względzie zaistniały w sprawie stan faktyczny, treść dokumentacji postępowania oraz treść złożonych ofert, skład orzekający nie dopatrył się naruszenia ustawy Pzp w podjętej przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 6) ustawy Pzp. Zaistniałej wady postępowania nie sposób bowiem na tym etapie postępowania naprawić.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w związku § 5 pkt 1 i 2 lit a) i b) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: