

WYROK

z dnia 11 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MISZ-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Ruszków Pierwszy, ul. Bogumiła 109, 62-604 Kościelec i J.M. prowadzący działalność gospodarcza pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „MISZBUD” J.M. z siedzibą w miejscowości Przybyłów 4, 62-600 Koło** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Dąbie, Plac Mickiewicza 1, 62-660 Dąbie**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i dokonanie badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego **Gminę Dąbie, Plac Mickiewicza 1, 62-660 Dąbie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MISZ-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Ruszków Pierwszy, ul. Bogumiła 109, 62-604 Kościelec i J.M. prowadzący działalność gospodarcza pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „MISZBUD” J.M. z siedzibą w miejscowości Przybyłów 4, 62-600 Koło** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od zamawiającego **Gminy Dąbie, Plac Mickiewicza 1, 62-660 Dąbie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MISZBUD Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Ruszków Pierwszy, ul. Bogumiła 109, 62-604 Kościelec** i **J.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „MISZBUD” J.M. z siedzibą w miejscowości Przybyłów 4, 62-600 Koło** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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

Gmina Dąbie, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Modernizację infrastruktury edukacyjnej Szkoły Podstawowej w Dąbiu oraz Adaptacja pomieszczeń i przestrzeni dla Przedszkola Miejskiego w Dąbiu – etap II”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 17 listopada 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00445096.

W dniu 27 grudnia 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia MISZ-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Ruszków Pierwszy i J.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „MISZBUD” J.M. z siedzibą w miejscowości Przybyłów, zwani dalej „Odwołującym”, wnieśli odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp odpowiednio w Części 1 – Modernizacja infrastruktury edukacyjnej Szkoły Podstawowej w Dąbiu oraz Części 2 – Adaptacja pomieszczeń i przestrzeni dla Przedszkola Miejskiego w Dąbiu – etap II, tj. od:

- 1) czynności unieważnienia postępowania,
- 2) zaniechania dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, odpowiednio w części 1 i części 2 postępowania, naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1), 2), 3) ustawy Pzp w zw. z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania, pomimo, że postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,
- 2) art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu odpowiednio w części 1 i części 2 postępowania:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 2) dokonania badania i oceny złożonych ofert, a w konsekwencji dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in.:

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1), 2), 3) ustawy Pzp w zw. z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp Odwołujący podniósł m.in., iż brak jest podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, który to przepis stanowi o niemożliwej do usunięcia wadzie uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i pozostaje w ścisłym związku z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, który z kolei zawiera zamknięty i ściśle określony katalog sytuacji, w których umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu. Pojęcie unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego jest pojęciem ustawowym a przesłanki unieważnienia umowy zostały wyczerpująco wskazane w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. Tylko i wyłącznie przesłanki unieważniania umowy w sprawie zamówienia publicznego wskazane w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp mogą stanowić podstawę oceny, czy dane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w oparciu o art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

W tym stanie faktycznym żadna z sytuacji przewidzianych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp nie obejmuje takiej podstawy faktycznej, jaka została wskazana przez Zamawiającego. W art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, analogicznie jak w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp z 2004, zawarto zamkniętą listę ściśle określonych i zarazem bardzo poważnych naruszeń przepisów, których popełnienie przez zamawiającego skutkuje unieważnieniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie ma wśród nich generalnego wskazania na dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechanie dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Ustawa Pzp, jakkolwiek wśród przesłanek unieważnienia postępowania wskazanych w art. 255 wymienia również przesłankę dotyczącą niemożliwej do usunięcia wady postępowania, uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, to jednak nie zawiera regulacji analogicznej do tej z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp2004 r. Innymi słowy ustawa Pzp nie uprawnia 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.

W niniejszej sprawie Zamawiający nie tylko, że nie wykazał zaistnienia żadnej z wymienionych tam przesłanek, to jeszcze w uzasadnieniu unieważnienie postępowania nawet nie wskazał, która konkretnie z przesłanek unieważnienia umowy, przewidzianych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, rzekomo zaistniała. Co więcej, Zamawiający, oprócz podstawy prawnej unieważnienia postępowania, nie wskazał żadnego przepisu ustawy Pzp, który miałby być rzekomo naruszony poprzez brak ujęcia w przedmiarach ww. zakresów prac dla części I i II zamówienia.

Odwołujący nadto wskazał, że brak ujęcia w przedmiarach wskazanych zakresów prac dla części I i II zamówienia mógł stanowić podstawę unieważnienia postępowania na

zasadzie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, Zamawiający musiałby wykazać, że brak ten stanowi naruszenie określonych przepisów ustawy Pzp (brak wskazania przez Zamawiającego na takie naruszenie), a naruszenie to pociąga za sobą (przynajmniej potencjalnie) możliwość unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający tymczasem niczego takiego nie wykazał i nie jest w stanie wykazać, gdyż ustawa Pzp nie przewiduje przesłanki unieważnienia umowy, opartej na naruszeniu przepisów ustawy Pzp dotyczących przygotowania opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym unieważnienie postępowania z powołaniem się na art. 255 pkt 6 ustawy Pzp było i jest pozbawione jakichkolwiek podstaw i zostało dokonane z rażącym naruszeniem powyższego przepisu. Zamawiający nie może unieważnić postępowania w żadnej innej sytuacji niż wskazana wprost w przepisach ustawy Pzp.

Nadto podniósł, że w swoim postępowaniu Zamawiający nie dopuścił się jakiegokolwiek naruszenia ustawy Pzp w związku z rzekomym brakiem ujęcia w przedmiarach ww. zakresów prac dla części I i II zamówienia. W ocenie Odwołującego tłumaczenie Zamawiającego o rzekomym braku uwzględnienia w przedmiarach prac dotyczących remontu windy przy budynku szkoły czy wykonania instalacji fotowoltaicznej jest wykreowane wyłącznie na potrzeby unieważnienia postępowania. Jak wynika z Rozdziału IV pkt 1 SWZ, przedmiotem niniejszego postępowania jest wykonanie robót budowlanych – zadanie: Modernizacja infrastruktury edukacyjnej Szkoły Podstawowej w Dąbiu oraz Adaptacja pomieszczeń i przestrzeni dla Przedszkola Miejskiego w Dąbiu – etap II, w zakresie zgodnym z dokumentacją projektową, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych i przedmiarami robót w ramach następujących części: Część I – Modernizacja infrastruktury edukacyjnej Szkoły Podstawowej w Dąbiu, Część II – Adaptacja pomieszczeń i przestrzeni dla Przedszkola Miejskiego w Dąbiu – etap II. W pkt 3 ww. Rozdziału SWZ wskazano, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, a w tym technologia robót i zakres ich wykonania określone zostały w dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz w przedmiarach robót stanowiących odpowiednie załączniki do SWZ. Jednocześnie, w pkt 2, Zamawiający wskazał, że przedmiary załączone do postępowania należy traktować pomocniczo. Odwołujący, po otrzymaniu zawiadomienia o unieważnieniu postępowania, zweryfikował ponownie SWZ z załącznikami i wskazuje, że ani dokumentacja projektowa (istnieje dla części II zamówienia; brak dla części I zamówienia, co potwierdził Zamawiający w wyjaśnieniach treści specyfikacji), ani specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych nie mówią nic o pracach dotyczących remontu windy przy budynku szkoły oraz wykonania instalacji fotowoltaicznej. Dokumentacja Zamawiającego jest zatem spójna, a brak ujęcia w niej remontu windy przy budynku szkoły oraz wykonania instalacji fotowoltaicznej był z pewnością działaniem przemyślanym przez Zamawiającego. Nie jest

zatem tak, jak sugeruje Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania, tj. że to jedynie udostępnione przedmiary robót dotyczące odpowiednio I i II części zamówienia nie zawierały ww. zakresu prac – zakres ten w ogóle nie został wskazany w SWZ i w załącznikach do SWZ jako stanowiący element zamówienia. Po drugie, zdziwienie budzi okoliczność, że Zamawiający dopiero po upływie ponad miesiąca od wszczęcia postępowania – co więcej w momencie, gdy posiada już pełną wiedzę co do tego, jaki wykonawca, z jaką ceną oraz z jakimi deklaracjami co do pozacenowych kryteriów oceny ofert złożył ofertę w niniejszym postępowaniu – przypomniał sobie o rzekomej wadzie postępowania i braku ujęcia dwóch ww. zakresów prac w przedmiarach, które, jak sam wskazał, miały charakter wyłącznie pomocniczy. Zdaniem Odwołującego, argumenty Zamawiającego zostały stworzone wyłącznie po to, aby unieważnić postępowanie i nie doprowadzać do wyboru najkorzystniejszej oferty. Po trzecie, gdyby nawet zachodziła konieczność wykonania prac obejmujących remont windy przy budynku szkoły oraz wykonanie instalacji fotowoltaicznej, to Zamawiający przedmiotowy zakres prac może objąć innym postępowaniem (lub postępowaniami) o udzielenie zamówienia. Co więcej, takie działanie byłoby wręcz uzasadnione, gdyż zarówno prace polegające na remoncie windy, jak i prace polegające na wykonaniu instalacji fotowoltaicznej, są wykonywane przez specjalistyczne firmy, posiadające odpowiednią wiedzę, doświadczenie, certyfikaty oraz wykwalifikowanych pracowników / monterów. Odwołujący podniósł również, że gdyby ww. zakresy prac były objęte przedmiotem niniejszego zamówienia, to ich wykonanie Odwołujący powierzyłby podwykonawcom. Biorąc pod uwagę profil działalności wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, zapewne w taki sam sposób postąpiliby inni, konkurencyjni wykonawcy uczestniczący w postępowaniu. Dodatkowo wskazał, że winda przy budynku szkoły została wykonana przez Zamawiającego w 2009 roku, a jej wykonawcę wyłoniono w drodze postępowania o udzielenie zamówienia. W tym samym roku wykonano również podjazd dla osób niepełnosprawnych, który obecnie ma zostać rozebrany i na którego powiązanie z windą powołuje się Zamawiający w decyzji o unieważnieniu postępowania. Odwołujący podkreśla, że wówczas, tj. w 2009 roku, pomimo, iż wykonanie podjazdu dla osób niepełnosprawnych, jak i winda, objęte były tym samym opracowaniem projektowym, Zamawiający przeprowadził dwa odrębne postępowania przetargowe, jedno – na roboty budowlane, polegające na budowie podjazdu oraz wykonaniu fundamentów dla windy, drugie – na wykonanie szybu windy wraz z montażem windy. W procedurach tych wyłoniono dwóch różnych wykonawców (vide: <http://dabie.nowoczesnagmina.pl/?a=1056> oraz <http://dabie.nowoczesnagmina.pl/?a=1055>) Podkreślenia wymaga również, że zarówno przedmiot niniejszego zamówienia, jak i prace obejmujące remont windy przy budynku szkoły oraz wykonanie instalacji fotowoltaicznej, mogą być realizowane jednocześnie oraz przez kilku różnych wykonawców. Sposób i harmonogram wykonania ww. prac jest

absolutnie do pogodzenia na etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia. Na marginesie wskazał, że Zamawiający w niniejszym stanie faktycznym oraz po zawarciu umowy w sprawie zamówienia dla części I i II postępowania mógłby nawet rozważyć możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki, w przypadku zaistnienia jednej z okoliczności określonych w art. 214 ust. 1 ustawy Pzp. Po czwarte wskazał, że wartość prac polegających na remoncie windy (co więcej, przy założeniu wymiany windy na nową) opiewałaby na kwotę około 150 000 zł, zaś wartość prac w zakresie wykonania instalacji fotowoltaicznej o mocy 6,5 KW na kwotę około 30 000 zł. Tymczasem jak wynika z komunikatu Zamawiającego z dnia 6 grudnia 2022 r. kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 4 970 000,00 zł brutto, w tym: w ramach części I – Modernizacja infrastruktury edukacyjnej Szkoły Podstawowej w Dąbiu: 3 036 000,00 zł; w ramach części II - Adaptacja pomieszczeń i przestrzeni dla Przedszkola Miejskiego w Dąbiu – etap II: 1 934 000,00 zł. Ww. rzekomo brakujące zakresy prac stanowią zatem odpowiednio jedynie 5% oraz 1,5% budżetu Zamawiającego przeznaczonego na sfinansowanie zamówienia. Tymczasem zgodnie z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób proporcjonalny. Tymczasem w przedstawionych powyżej okolicznościach unieważnienie postępowania jest niezgodne z tą zasadą, przez której pryzmat należy oceniać każdą czynność podejmowaną przez instytucję zamawiającą. Nie ujęte w dokumentacji Zamawiającego prace mają marginalną wartość, a nadto mogą (a wręcz powinny) być przedmiotem innych części zamówienia bądź innego postępowania, dlatego unieważnienie postępowania na podstawie wykreowanych po otwarciu ofert nieprzewidzianych w opisie przedmiotu zamówienia zakresów prac jest działaniem bezpodstawnym, przed którym chroni zasada proporcjonalności jako jedna z nadrzędnych w stosunku do dalszych szczegółowych uregulowań ustawy Pzp.

Podsumowując podniósł, że unieważnienie postępowania w obu częściach zamówienia jest działaniem naruszającym powołane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że przedmiotowy zarzut jest konsekwencją zarzutu podniesionego i opisanego w zarzucie 1. A ponieważ brak jest jakichkolwiek podstaw do unieważnienia postępowania, jako najkorzystniejszą ofertę w części I zamówienia Zamawiający winien wybrać ofertę Odwołującego, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert przyjętych przez Zamawiającego, i jest jednocześnie ofertą niepodlegającą odrzuceniu. W zakresie części II zamówienia oferta Odwołującego uplasowałaby się na drugiej pozycji, co stworzyłoby Odwołującemu szansę na kwestionowanie zwycięskiej oferty (o ile nie zostałaby ona wcześniej odrzucona przez Zamawiającego). Odwołujący ma więc realne szanse na uzyskanie zamówienia w zakresie obu części zamówienia.

Zamawiający kopię odwołania przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 29 grudnia 2022 r. poprzez epuap oraz poprzez email.

Termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 2 stycznia 2023 r.

Do przedmiotowego postępowania nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Na rozprawie w dniu 10 stycznia 2022 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie kosztami postępowania Odwołującego i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa przed Izbą.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1), 2), 3) ustawy Pzp w zw. z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania, pomimo, że postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn.: „Modernizacja infrastruktury edukacyjnej Szkoły Podstawowej w Dąbiu oraz Adaptacja pomieszczeń i przestrzeni dla Przedszkola Miejskiego w Dąbiu – etap II” z podziałem na dwie części:

Część I – „Modernizacja infrastruktury edukacyjnej Szkoły Podstawowej w Dąbiu”

oraz

Część II – „Adaptacja pomieszczeń i przestrzeni dla Przedszkola Miejskiego w Dąbiu – etap II”.

W postępowaniu dla Części I złożono 3 oferty a dla Części II złożono 4 oferty.

Zamawiający, pismem z dnia 20 grudnia 2022 r., poinformował wykonawców o unieważnieniu przedmiotowego postępowania dla obydwu Części, podnosząc iż „po upływie terminu składania ofert Zamawiający dokonał analizy dokumentów wytworzonych w postępowaniu i doszedł do wniosku, że przedmiotowe postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Udostępniony przedmiar robót dotyczący I części zamówienia nie zawierał zakresu prac związanego z wykonaniem remontu windy zlokalizowanej przy budynku szkoły w związku z ujętą w zakresie prac rozbiórką podjazdu dla osób niepełnosprawnych. Udostępnione przedmiary robót dotyczące II części zamówienia nie zawierały zakresu prac związanych z wykonaniem instalacji fotowoltaicznej o mocy 6,5 KW. Sytuacja ta prowadzi do uznania, iż zaistniała przesłanka z art. 255 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którą Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 255 pkt 6) ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wada postępowania, która może być przyczyną jego unieważnienia, musi mieć charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, że umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia takiej wady podlegała unieważnieniu. Przepis ten

odsyła do art. 457 ustawy Pzp, w którym wymieniono wszystkie przypadki naruszenia ustawy Pzp skutkujące koniecznością unieważnienia umowy. Chodzi więc o takie uchybienia albo też o takie wady, które uniemożliwiłyby dalsze prowadzenie postępowania. Wystąpienie innych wad postępowania nie może być przyczyną unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

W tym stanie faktycznym brak jest więc podstaw do uznania, że zachodzi podstawa do unieważnienia postępowania określona w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Zamawiający opisał bowiem w SWZ przedmiot zamówienia, w tym technologię robót i zakres ich wykonania, który określił w dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz w przedmiarach robót stanowiących odpowiednie załączniki do SWZ. W oparciu o tak skonstruowany opis przedmiotu zamówienia wykonawcy przygotowali i złożyli swoje oferty. Zamawiający nie badał i nie oceniał ofert. Stwierdził jedynie, że zachodzą podstawy do unieważnienia przedmiotowego postępowania, gdyż przedmiar robót dotyczący I części zamówienia nie zawiera zakresu prac związanego z wykonaniem remontu windy zlokalizowanej przy budynku szkoły w związku z ujętą w zakresie prac rozbiórką podjazdu dla osób niepełnosprawnych. Nadto udostępnione przedmiary robót dotyczące II części zamówienia nie zawierają zakresu prac związanych z wykonaniem instalacji fotowoltaicznej o mocy 6,5 KW. W żaden sposób nie wykazał jednak, że brak tego zakresu spowoduje nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie tylko, że nie wykazał zaistnienia żadnej z przesłanek unieważnienia postępowania wymienionych w art. 457 ustawy Pzp, ale i nie wskazał – jak słusznie podniósł Odwołujący – która z tych przesłanek uzasadnia unieważnienie przedmiotowego postępowania. Nie odniósł się bowiem do treści powołanego wyżej przepisu. Uzasadnienie unieważnienia postępowania jest wręcz lakoniczne. To dopiero na etapie postępowania odwoławczego Zamawiający odwołał się do nowych okoliczności, nigdzie wcześniej nie wyartykułowanych, które miały uzasadniać dokonanie kwestionowanej przez Odwołującego czynności. Pojawiły się więc argumenty dotyczące dofinansowania tej inwestycji z rządowego Funduszu Polski Ład a co za tym idzie braku możliwości uzyskania dofinansowania na nieprzewidziane zakresy prac. Niemniej jednak nie przedłożył w tym zakresie żadnych dokumentów dotyczących realizowanej przez niego inwestycji, w tym np. wniosku o dofinansowanie z treści, którego wynikałoby chociażby, że zakres prac objęty dofinansowaniem zawiera także zakres prac, o których mowa w unieważnieniu postępowania. Nie przedstawił także umowy bądź wyciągu z tej umowy, z treści której wynikałoby jakie są wymogi dotyczące dofinansowania tej właśnie inwestycji. A tym samym nie wykazał, że istnieją okoliczności uzasadniające unieważnienie postępowania. Podkreślić przy tym należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest postępowaniem sformalizowanym i podjęcie tak daleko idącej decyzji jak unieważnienie postępowania musi być oparte na obowiązujących przepisach ustawy Pzp.

Istotne znaczenie z punktu widzenia oceny zasadności unieważnienia postępowania ma także potrzeba poszanowania praw wykonawców, którzy uznali za wiążące postanowienia SWZ, a potem złożyli zgodne z nimi oferty. Zamawiający nie może w sposób całkowicie dowolny pozbawiać wykonawców możliwości uzyskania zamówienia ze względu na ryzyko unieważnienia umowy. Unieważnienie postępowania jest wyjątkiem i nie może w jego ramach dochodzić do nadinterpretacji a w tym stanie faktycznym doszło do takiej właśnie sytuacji. Możliwym jest bowiem dalsze prowadzenie postępowania, dokonanie badania i oceny ofert a w konsekwencji wybór oferty najkorzystniejszej i realizacja zamówienia w sposób zgodny z przekazanym wykonawcom Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia, a w tym technologią robót i zakresem ich wykonania określonym w dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz w przedmiarach robót stanowiących odpowiednie załączniki do SWZ.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się.

Tym samym zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (zarzut 2 odwołania), wobec potwierdzenia się zarzutu 1 odwołania, potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2) lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437), ograniczając wysokość wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego do kwoty 3 600,00 zł.

Przewodniczący: