

WYROK

z dnia 21 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 marca 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2023 r. przez wykonawcę **Fast Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych** z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy **TMS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych** na rzecz **Fast Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania w tym kwotę wpisu oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zakład Ubezpieczeń Społecznych (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę, montaż i uruchomienie jednostek modułowych UPS z szafami bateryjnymi oraz wykonanie systemu monitorującego parametry nowych jednostek modułowych UPS w siedzibie Centrali ZUS, numer referencyjny: 993200/271/32/2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 28 listopada 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, numer ogłoszenia: 2022/S 229-661527.

22 lutego 2023 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. Wykonawca Fast Group Spółka sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie na powyższą czynność, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 16 pkt 1, 2, 3 w zw. z art. 255 pkt 6 Pzp poprzez unieważnienie postępowania, pomimo, że postępowanie nie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia oraz art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 239 Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz dokonania badania i oceny złożonych ofert, a w konsekwencji dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał w szczególności, że wynagrodzenie w postępowaniu ma charakter ryczałtowy. Zgodnie z postanowieniami § 4 projektu umowy, wykonawca za realizację przedmiotu umowy otrzyma jednorazową płatność wynikającą z zawartej umowy oraz złożonej oferty. Żadne postanowienie SWZ nie wskazuje, iż zakres zamówienia jest „ruchomy”. Zamawiający opisał pełny zakres zamówienia w Opisie przedmiotu zamówienia i jest on stały dla każdego z wykonawców. Zamawiający wymagał wskazania w formularzu oferty ceny całkowitej (łącznie) za realizację całego zamówienia. Zawarte w pkt 5.7 SWZ jednoznaczne polecenie obligowało wszystkich wykonawców do uwzględnienia w cenie łącznej wszystkich elementów składających się na realizację całego przedmiotu zamówienia. Wyłącznie cena całkowita (łącznie) stanowiła podstawę do oceny ofert, w szczególności jedynie cena całkowita (łącznie) stanowiła podstawę do oceny w ramach kryterium oceny ofert. Wszyscy czterej wykonawcy przedstawili w swoich ofertach cenę łączną za realizację pełnego zakresu zamówienia. Oferty te mogą zostać porównane i

sklasyfikowane. W formularzu oferty Zamawiający wymagał określenia także cen częściowych za wyodrębnione i opisane zakresy zamówienia.

Odwołujący podał, że Zamawiający unieważniając postępowanie wyjaśnił, iż błąd skutkujący unieważnieniem postępowania polega na tym, iż wskazane częściowe zakresy zamówienia – łącznie nie odpowiadają pełnemu zakresowi zamówienia. Innymi słowy przedmiot zamówienia został podzielony na cztery części tj.: E1, E2, E3 oraz E4. Zamawiający w formularzu oferty wymagał określenia odrębnie ceny całkowitej (łącznie) za wykonanie zamówienia, a także cen za wykonanie części E1, E2, E3. Zdaniem Odwołującego, fakt, iż formularz ofertowy nie wymagał określenia odrębnej ceny za część E4 oraz system monitorowania UPS nie stanowi błędu, skutkującego koniecznością unieważnienia postępowania. Po pierwsze, żądanie cen za poszczególne części zamówienia nie jest konieczne do skutecznego przeprowadzenia postępowania, czy też wyłonienia oferty najkorzystniejszej. Jest to element, co najwyżej ułatwiający Zamawiającemu nadzór nad realizacją zamówienia. Nie jest on jednak konieczny do przeprowadzenia badania i oceny ofert. Wielu zamawiających poprzestaje wyłącznie na żądaniu ceny całkowitej (łącznie) za wykonanie zamówienia. Po drugie, znając cenę łączną oraz trzy ceny częściowe, bez problemu można wyliczyć cenę za pozostałą część zamówienia, co zresztą Zamawiający czyni w uzasadnieniu podjętej decyzji. Trzech z czterech wykonawców nie miało żadnego problemu z prawidłowym rozumieniem SWZ oraz prawidłowym sporządzeniem formularza ofertowego. Zachowanie jednego z wykonawców (Romi Sp. z o. o.), polegające na określeniu ceny łącznej jako suma części od E1 do E3 wynikało nie z wadliwego przygotowania SWZ, a wyłącznie z braku należytej znajomości i weryfikacji postanowień SWZ. Skoro opis przedmiotu zamówienia został w sposób wyraźny i jednoznaczny podzielony na 4 części (od E1 do E4 oraz system monitorowania UPS), to dla każdego wykonawcy oczywistym jest, że cena łączna powinna obejmować całe zamówienie, a nie, jak to prawdopodobnie uczynił jeden z wykonawców, wyłącznie ceny za części od E1 do E3. Tym bardziej, mając na uwadze wskazane wyżej postanowienie pkt 5.7 SWZ. Zachowanie jednego wykonawcy nie może determinować unieważnienia postępowania. Ewentualny brak uwzględnienia w ofercie pełnego zakresu zamówienia (co powinno zostać wyjaśnione w drodze wezwania) powinno skutkować wyłącznie odrzuceniem oferty. Zamawiający jako główny argument decyzji o unieważnieniu postępowania wskazuje na brak możliwości porównania ofert oraz ich weryfikacji, co jest twierdzeniem nieuprawnionym. To cena łączna stanowi podstawę do oceny w ramach kryterium oceny ofert. Zamawiający ma szereg narzędzi do weryfikacji złożonych ofert tj. wezwanie do złożenia wyjaśnień, czy też wezwanie w zakresie wyjaśnienia ceny rażąco niskiej. Ponadto, Zamawiający był w stanie samodzielnie wyliczyć cenę częściową za, w jego ocenie, „brakujący w formularzu oferty” zakres

zamówienia. Celem każdego postępowania jest wybór oferty najkorzystniejszej, unieważnienie postępowania powinno mieć absolutnie wyjątkowy charakter. Zamawiający posiada wszelkie niezbędne informacje do przeprowadzenia skutecznej oceny ofert. Nie ma żadnych wątpliwości jaka punktacja powinna zostać przyznana w ramach kryterium „Całkowita cena brutto oferty”. Trudno uznać także, iż formularz oferty wprowadzał w błąd, skoro aż trzech z czterech wykonawców uwzględniło w cenie całkowitej zakres wynikający z części E4 oraz systemu monitorowania UPS. W przypadku czwartego wykonawcy, sprawa nie jest jednoznaczna, bowiem Zamawiający nie przeprowadził żadnej procedury wyjaśnień w tym zakresie.

Odwołujący podkreślił, że zakres zamówienia był jasno i jednoznacznie określony. Opis przedmiotu zamówienia zawiera wyszczególnienie wszystkich wymaganych elementów składających się na prawidłową realizację zamówienia. Każdy wykonawca musiał także przedstawić w pkt 1 formularza oferty konkretne produkty, a także wskazać ich podstawowe parametry. Ponadto, należało złożyć przedmiotowy środek dowodowy w postaci dokumentacji technicznej oferowanych produktów, a zatem możliwy jest do ustalenia zakres każdej z ofert.

Następnie Odwołujący podał, że Zamawiający uzasadniając unieważnienie postępowania wskazał także istniejący jego zdaniem błąd w dokumentacji postępowania, do którego doszło na skutek modyfikacji nr 3 i 4 z 9 stycznia 2023 r. w zakresie poziomu % parametru stanowiącego element kryterium oceny ofert w zakresie pkt 11 „Sprawność systemu podczas obciążenia na poziomie 25% w tabeli w pkt 7.3.4. SWZ, która określa wymagania techniczne, jakie urządzenie UPS powinno spełniać aby uzyskać dodatkowe punkty w kryterium Dodatkowe wymagania techniczne (T). Zamawiający dokonując modyfikacji nr 4 SWZ w tabeli zawartej w pkt 2.5. Formularza oferty wskazał w zakresie pkt 11 „Sprawność systemu podczas obciążenia na błędnym poziomie 23%. Trzech wykonawców złożyło oferty na nieaktualnym Formularzu oferty, zaś Odwołujący wykorzystał zmieniony Formularz oferty.

Zdaniem Odwołującego powyższe okoliczności nie mają żadnego wpływu na przebieg postępowania, możliwość porównania złożonych ofert, czy też wynik postępowania. Zamawiający uzasadniając decyzję o unieważnieniu postępowania wskazuje na nieścisłość formularza ofertowego, jednak formularz ten ma de facto charakter wtórny w stosunku do dokumentów technicznych, które należało przedłożyć wraz z ofertą i które miały potwierdzać zaoferowane parametry w ramach kryteriów oceny ofert. Zamawiający zgodnie z postanowieniami pkt 2.1.4.1 SWZ wymagał złożenia przedmiotowych środków dowodowych, potwierdzających dodatkowe parametry techniczne. Oferta Odwołującego zawiera przedmiotowy środek dowodowy (dokumentacja techniczna) potwierdzający sprawność

systemu na poziomie 96,6% przy obciążeniu na poziomie 25%. Informacja zawarta w formularzu oferty Odwołującego jest spójna z dokumentami technicznymi. Skoro intencją Zamawiającego jest badanie w ramach kryterium oceny sprawności systemu przy obciążeniu na poziomie 25%, to Zamawiający ma wszelkie informacje, aby zbadać ofertę Odwołującego – z oferty wprost wynika sprawność na poziomie 96,6%. Bezproblemowa jest także ocena ofert pozostałych wykonawców, bowiem złożyli oni formularze, w których potwierdzili wprost, że oferowany przez nich system zapewnia sprawność na systemie przy obciążeniu na poziomie 25%, a także odpowiednie dokumenty techniczne. Omyłka czy nieścisłość Zamawiającego w projekcie formularza nie ma żadnego wymiernego przełożenia na możliwość oceny ofert. Zamawiający dysponuje przede wszystkim dokumentami technicznymi (wymaganymi w SWZ), pozwalającymi na dokonanie prawidłowej oceny ofert. Zapoznanie się z treścią wszystkich ofert pokazuje, że oczywistym jest, w jaki sposób należy dokonać oceny w ramach podkryterium nr 11 w przypadku wszystkich wykonawców. Ocena ofert ułatwia także fakt, iż wszyscy inni wykonawcy niż Odwołujący zaoferowali dokładnie to samo rozwiązanie.

Odwołujący zauważył, że w ramach wskazanego wyżej podkryterium można było uzyskać maksymalnie 5 pkt. Tymczasem przewaga Odwołującego wynikająca z zaoferowanej ceny nad kolejnym wykonawcą wynosi aż 21,5 pkt. Przedmiotowe podkryterium nie ma zatem żadnego znaczenia dla końcowej klasyfikacji ofert. Nawet ewentualne przyznanie zera punktów Odwołującemu w ramach kryterium nie miałyby żadnego wpływu na końcową klasyfikację ofert. W tej sytuacji unieważnienie postępowania godzi także w zasadę proporcjonalności. Opisywane nieścisłości formularza ofertowego w obu zakresach nie miały żadnego wpływu na potencjalny krąg wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Decyzję o udziale podejmuje się przede wszystkim w oparciu o merytoryczny zakres zamówienia (opz, projekt umowy). Doświadczenie życiowe pokazuje, że kwestie formalne związane ze złożeniem oferty (formularz) badane są przez wykonawców dopiero po podjęciu decyzji o udziale w postępowaniu.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że art. 255 pkt 6 Pzp, pozostaje w ścisłym związku z art. 457 ust. 1 Pzp, który 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 Pzp. Tylko przesłanki unieważniania umowy w sprawie zamówienia publicznego wskazane w art. 457 ust. 1 Pzp mogą stanowić podstawę oceny, czy dane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w oparciu o art. 255 pkt 6 Pzp. Analogicznie, na gruncie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

(Dz.U. z 2019 r. poz. 1843, dalej jako „Pzp2004”), w orzecznictwie KIO wskazywano konsekwentnie na ścisły związek pomiędzy art. 93 ust. 1 pkt 7 a art. 146 ww. ustawy (por. wyrok z dnia 29 kwietnia 2015, sygn. akt KIO 782/15, wyrok z dnia 17 czerwca 2013, sygn. akt KIO 1307/13, wyrok z dnia 5 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2259/12, KIO 2261/12, KIO 2274/12). Zamawiający w żadnym miejscu decyzji o unieważnieniu postępowania nawet nie wspomniał o art. 457 ust. 1 Pzp, nie wyjaśnił jaka w jego ocenie w przedmiotowym postępowaniu występuje przesłanka unieważnienia umowy. Już sam ten fakt powinien przesądzać o wadliwości czynności podjętej przez Zamawiającego. Skoro Zamawiający nie wskazał na żadną z przesłanek unieważnienia umowy z art. 457 ust. 1 Pzp, to nie może być mowy o skutecznym i prawidłowym unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp.

Odwołujący, wskazując, iż czyni to jedynie z ostrożności, wyjaśnił, że żadna z sytuacji przewidzianych w art. 457 ust. 1 Pzp nie ma miejsca w przedmiotowym postępowaniu. W art. 457 ust. 1 Pzp, analogicznie jak w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp2004, 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. 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. Zgodnie z art. 459 ust. 1 ustawy Pzp Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie wyłącznie: 1) zmiany umowy dokonanej z naruszeniem art. 454 i art. 455; 2) umowy, o której mowa w art. 457 ust. 1. Zatem, aby Prezes Urzędu Zamówień Publicznych mógł na drodze sądowej dochodzić unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, musi wykazać, że zaistniała jedna z przesłanek unieważnienia umowy przewidziana w art. 457 ust. 1 Pzp. Analogicznie Zamawiający, jeśli chce unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp, musi wykazać, że zaistniała jedna z przesłanek unieważnienia umowy przewidziana w art. 457 ust. 1 Pzp. W niniejszej sprawie Zamawiający nie tylko, że nie wykazał zaistnienia żadnej z wymienionych tam przesłanek, to jeszcze w uzasadnieniu unieważnienia postępowania nawet nie wskazał, która konkretnie z

przesłanek unieważnienia umowy, przewidzianych w art. 457 ust. 1 Pzp, rzekomo zaistniała. Zamawiający, uzasadniając unieważnienie postępowania, w żaden sposób nie odniósł się do art. 457 ust. 1 Pzp.

W podsumowaniu Odwołujący stwierdził, że aby nieścisłości formularza ofertowego mogły stanowić podstawę unieważnienia postępowania na zasadzie art. 255 pkt 6 Pzp, Zamawiający musiałby wykazać, że brak ten stanowi naruszenie określonych przepisów 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 Pzp nie przewiduje przesłanki unieważnienia umowy, opartej na naruszeniu przepisów Pzp dotyczących nieścisłości i niejednoznaczności dokumentacji postępowania. Orzecznictwo już dawno wypracowało metodę postępowania w tego typu przypadkach tzn. należy je rozpatrywać na korzyść wykonawców. Tym samym unieważnienie postępowania z powołaniem się na art. 255 pkt 6 Pzp było i jest pozbawione jakichkolwiek podstaw i zostało dokonane z rażącym naruszeniem powyższego przepisu. Pzp w art. 255 wylicza w sposób wyczerpujący wszystkie sytuacje, w których Zamawiający musi unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie może unieważnić postępowania w żadnej innej sytuacji niż wskazana wprost w przepisach Pzp. Jedną z podstawowych zasad zamówień publicznych jest bowiem zasada trwałości postępowania oraz realizacji celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest zawarcie umowy z wykonawcą. Tym samym unieważnienie postępowania zawsze należy traktować jako wyjątek od zasady, a przesłanki unieważnienia postępowania należy interpretować w sposób ścisły. Pogląd powyższy wielokrotnie potwierdziła w swoich orzeczeniach Krajowa Izba Odwoławcza. Jak wskazała KIO w wyroku z 31 marca 2010 r. (KIO/UZP 315/10): „niewątpliwie nadużycie instytucji unieważnienia postępowania przez zamawiającego stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Wszakże sam fakt ogłoszenia postępowania lub przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert i złożenie w danym postępowaniu oferty nie podlegającej odrzuceniu przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z postępowania powinno skutkować zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.” Przesłanki określone w art. 255 Pzp nie mogą być więc interpretowane rozszerzająco. Podlegają one ścisłej wykładni, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia, zarówno w zakresie okoliczności faktycznych, jak i prawnych, spoczywa na zamawiającym (por. wyroki KIO: z 11 kwietnia 2017 r., KIO 593/17; z 12 lutego 2016 r., KIO 99/16, KIO 110/16). Powyższe nie budzi także wątpliwości w orzecznictwie Sądów Okręgowych oraz Sądu Najwyższego. Przykładowo, Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 20 lipca 2010 roku, sygn. akt IV Ca 429/10, podkreślił, iż wykładnia rozszerzająca jednej z podstaw

unieważnienia postępowania powodowałaby powstanie nowej przesłanki unieważnienia postępowania, nie przewidzianej przez ustawodawcę. Z kolei Sąd Najwyższy w uchwale z 27 stycznia 2005 r., III CZP 78/04, wskazał, że katalog przesłanek wymienionych w art. 93 ustawy Pzp2004 r. (obecnie art. 255 Pzp), stanowiących przyczynę unieważnienia postępowania ma charakter zamknięty. Ustawa nie przewiduje bowiem innych przesłanek unieważnienia, poza wskazanymi w omawianym przepisie i powinny być one traktowane jako wyjątkowy sposób zakończenia postępowania.

Zgodnie z art. 16 pkt 3 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. Nieścisłości formularza ofertowego, które w żaden sposób nie uniemożliwiają przeprowadzenia procedury badania i oceny ofert, nie mogą stanowić podstawy unieważnienia postępowania. Unieważnienie prowadzonego przez kilka miesięcy postępowania z uwagi na drobne nieścisłości w formularzu oferty nie leży w interesie publicznym. Koszty przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są znaczne, a prawdopodobieństwo przygotowania perfekcyjnych dokumentów przetargowych jest znikome. Drobne nieścisłości są w ocenie Odwołującego czymś powszechnym, a w przedmiotowym przypadku nie uniemożliwiają przeprowadzenia rzetelnej oceny ofert. Drobne nieścisłości nie mają żadnego przełożenia na końcowy wynik postępowania. Oferta Odwołującego spełnia wszystkie kryteria określone w postępowaniu i w świetle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny znajduje się na pierwszym miejscu w rankingu ofert, znacznie wyprzedzając oferty pozostałych oferentów, również dzięki bardzo atrakcyjnej cenie. Zatem wybór oferty Odwołującego leży w interesie publicznym.

Z uwagi na brak podstaw do unieważnienia postępowania jako najkorzystniejszą ofertę w Zamawiający winien wybrać ofertę Odwołującego, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert przyjętych przez Zamawiającego, i jest jednocześnie ofertą niepodlegającą odrzuceniu.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał w szczególności na art. 255 pkt 6 Pzp i stwierdził, że zgodnie z tym przepisem, zamawiający ma zatem obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia ze względu na jego wadę, która spełnia dwa kryteria, a mianowicie: jest to wada niemożliwa do usunięcia po jej stwierdzeniu ze względu na stan zaawansowania postępowania o udzielenie zamówienia oraz jest to

wada rzutuująca bezpośrednio na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Celem postępowania jest zawarcie wyłącznie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wyrok z dnia 18 marca 2022 r. sygn. akt KIO 613/22, LEX nr 3361919). W Komentarzu do PZP wydanym w 2021 r., pod. red. Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych H. Nowaka wskazane zostało, że enumeratywne wyliczenie wad powodujących nieważność względną umowy (wzruszalność) w art. 457 ust. 1 oraz art. 458 PZP nie wyklucza natomiast możliwości zaistnienia wad czynności prawnej, powodujących nieważność bezwzględną, w szczególności w świetle art. 58 k.c. Powództwo przewidziane w art. 189 k.p.c. można wnosić w każdym przypadku, w którym zachodzi nieważność bezwzględna umowy w sprawie zamówienia publicznego. (...) Pojęcie aukcji albo przetargu, o którym mowa w art. 70(5) kodeksu cywilnego, należy przy tym definiować niezależnie, na podstawie ogólnych uregulowań Kodeksu cywilnego. Te ostatnie nie wskazują szczegółowych rozwiązań proceduralnych, a wynika z nich jedynie, że aukcja lub przetarg to postępowania otwarte, konkurencyjne, poprzedzone ogłoszeniem. Mając to na uwadze, należy wskazać, że dyspozycja art. 70(5) kodeksu cywilnego znajdzie zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych zawartych w wyniku jakiegokolwiek postępowania otwartego (poprzedzonego ogłoszeniem) prowadzonego w oparciu o przepisy Pzp. Pogląd ten został zaaprobowany przez Krajową Izbę Odwoławczą m.in. w wyroku z dnia 10 października 2022 r. sygn. akt KIO 2521/22, LEX nr 3487624. Przyczyną unieważnienia postępowania była wada polegająca na tym, że „zamawiający w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny określił warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do posiadania uprawnień niezbędnych do realizacji zamówienia oraz wprowadził opis sposobu przyznawania punktów w kryterium oceny ofert - Odległość siedziby Zamawiającego od instalacji komunalnej, który nie pozwala na weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach, bowiem różnicuje oferty, które w istocie gwarantują bardzo zbliżoną do siebie jakość czy poziom ochrony środowiska, a także prowadzi on do preferencji określonego wykonawcy”. Izba uznała, że zastosowanie w tej sprawie miała przesłanka, wynikająca z art. 255 pkt 6 ustawy PZP, nakazująca unieważnienie postępowania w przypadku, gdy w jego toku wystąpiła niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Spełnione zostały bowiem wszystkie przesłanki uprawniające do zastosowania tego przepisu. W postępowaniu doszło więc do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (wada postępowania). Wg. uzasadnienia ww. wyroku „Nie ulega również wątpliwości, że naruszenie to stanowi wadę niemożliwą do usunięcia, gdyż na tym etapie postępowania, kiedy została złożona oferta, nie można dokonać zmiany postanowień SWZ, w których doprecyzowany zostanie warunek udziału w postępowaniu

oraz zmieniony zostanie sposób przyznawania punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert. Należy też stwierdzić, że owa wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Nieważność taka może zostać stwierdzona zarówno w oparciu o art. 58 kodeksu cywilnego, w trybie art. 189 kodeksu postępowania cywilnego, jak i w oparciu o możliwość przewidzianą w art. 70(5) kodeksu cywilnego. Jednocześnie nie stoi na przeszkodzie stwierdzenia nieważności umowy w oparciu o ww. przepisy, brak wystąpienia przesłanek zawartych w art. 457 ust. 1 ustawy PZP w przedmiotowym przypadku”. Taki sam pogląd prezentowany jest w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2022 r. sygn. akt KIO 2113/22, LEX nr 3419853: „W ocenie Izby uchybienie w procedurze zamówieniowej, które rzutuje na ważność umowy o zamówienie publiczne wpisuje się w omawianą przesłankę unieważnienia postępowania. Przepis art. 255 pkt 6 ustawy PZP obejmuje 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. Na marginesie, zdaniem Izby dostrzeżenia wymaga, że w przepisach ustawy PZP istnieje możliwość uznania umowy za nieważną. Warto zwrócić uwagę na art. 457 ust. 5 ustawy PZP który stanowi, że przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70(5) ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny. Dyspozycja art. 70(5) k.c. znajdzie zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych zawartych w wyniku jakiegokolwiek postępowania otwartego (poprzedzonego ogłoszeniem) prowadzonego w oparciu o przepisy PZP. Możliwość żądania unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w oparciu o art. 70(5) k.c. jest niezależna od podstaw i ograniczeń unieważnienia na podstawie przepisów PZP (por. "Prawo zamówień publicznych. Komentarz. pod red. Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza; Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021 r., s. 1230 - 1231).” Podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 września 2021 r. sygn. akt KIO 2194/21 LEX nr 3243094 Izba stwierdziła, że „część z postanowień SWZ naruszała przepisy PZP. W związku jednak z okolicznością, iż Zamawiający przed rozpoznaniem odwołania przez Izbę dokonał otwarcia ofert, niemożliwym było nakazywanie Zamawiającemu zmiany części zakwestionowanych przez Odwołującego postanowień, które pomimo dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji SWZ nadal pozostają aktualne. Tym samym w niniejszej sprawie Izba stwierdziła, że ziściła się przesłanka unieważnienia postępowania na podstawie PZP”. Z kolei w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lutego 2022 r. KIO 137/22, LEX nr 3358452, stwierdzono: „Niejednoznaczność opisu odnoszącego się do przesłanek kryteriów oceny ofert w ramach prowadzonego postępowania może stanowić negatywną przesłankę udziału

w postępowaniu dla wykonawców i może być uznana za wadę takiego postępowania”. Na skutek odwołania Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy PZP. Wg uzasadnienia tego wyroku: „Ustalone kryteria oceny ofert muszą pozwolić na przeprowadzenie obiektywnego procesu oceny każdej oferty, a więc muszą pozwalać na porównanie złożonych ofert, a wynik tego porównania ma jednoznacznie wskazywać, która oferta jest lepsza i bardziej realizuje cel zamówienia. Sposób oceny w ramach przyjętej metodologii oceny nie może mieć charakteru subiektywnego, to jest nie może prowadzić do subiektywnej oceny zamawiającego, którą propozycję z ofert uznać za korzystniejszą. Nie może istnieć dowolność przy ustalaniu rankingu ofert”. W piśmiennictwie również prezentowane jest stanowisko, że art. 255 pkt 6 PZP stanowi samodzielną przesłankę do unieważnienia postępowania w sprawie zamówienia publicznego bez konieczności odwoływania się do art. 457 ust. 1 ustawy PZP. J. E. Nowicki, w artykule „Wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy” (Opublikowano: M.Zam.Pub. 2021/9/36-39) przedstawia pogląd, że „do zastosowania art. 255 pkt 6 [...] PZP konieczne jest wykazanie zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek. Należy do nich zaliczyć sam fakt wystąpienia wady postępowania oraz niemożność usunięcia takiej wady. Niemożliwa do usunięcia wada musi również powodować niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu. Wadliwe działanie narzędzia informatycznego i wiążący się z tym brak możliwości złożenia oferty z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy, lecz wynikających z nieprawidłowego działania narzędzia informatycznego, za którego pomocą prowadzone jest postępowanie, może powodować konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 [...] PZP”. Z kolei w artykule Konrad Różowicza „Unieważnienie wadliwego postępowania” (publ. „Przetargi publiczne”, luty 2023) wyrażono pogląd, że „art. 457 ust. 5 PZP odwołujący się do art. 70 (5) KC musi zostać uwzględniony przy weryfikacji zaistnienia podstaw do unieważnienia postępowania w myśl art. 255 pkt 6 PZP. Przepis ten może stać się podstawą do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, ale nie może on podlegać sztucznemu i nieuprawnionemu w szczególności hasłowemu rozszerzeniu poza zakres unormowania, który z niego wynika”. Innym, wskazanym w piśmiennictwie, przykładem prawidłowego zastosowania przesłanki z art. 255 pkt 6 Pzp jest unieważnienie postępowania z uwagi na posłużenie się w specyfikacji warunkami podmiotowymi naruszającymi zasadę równego traktowania wykonawców. W takiej sytuacji po upływie terminu składania ofert zamawiający nie może zmodyfikować specyfikacji i równocześnie nie może kontynuować procedury naruszającej podstawowe zasady prowadzenia postępowania (tak w Kardas Bartłomiej, Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia w nowym PZP, Komentarz praktyczny, opublikowano: LEX/el. 2020). Dodatkowo Zamawiający zauważył, że w art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp została przewidziana następująca przesłanka unieważnienia umowy: „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”. W orzecznictwie wskazuje się, że udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy stanowi samodzielną przesłankę unieważnienia umowy – tak. m.in. KIO w wyroku z dnia 11 czerwca 2021 r. KIO 1343/21, zgodnie z którym „Ponadto Izba uznała za własne stanowisko zamawiającego stwierdzające, że podstawą unieważnienia ewentualnej zawartej umowy mógłby być art. 457 ust. 1 pkt 1 PrZamPubl, gdyż zamówienie zostałoby udzielone z naruszeniem ustawy, tj. art. 16 pkt 1 i 2 PrZamPubl. Powyższe wynikałoby z nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, co z kolei prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także byłoby sprzeczne z zasadą przejrzystości. Przede wszystkim zaś rozwiązanie takie byłoby sprzeczne z art. 99 ust. 1 PrZamPubl, który ustanawia wymóg jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający przed otwarciem ofert nie dostrzegł, że postanowienia zawarte w dokumentach zamówienia mogą być interpretowane w ten sposób, że wykonawca dojdzie do przekonania, że może zaoferować dzierżawę dwóch osobnych analizatorów lub nawet większej ich liczby”. Por. także wyrok z dnia 2 sierpnia 2021 r. KIO 1905/21: „Wskazana w art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych przesłanka literalnie obejmuje szerszy zakres sytuacji, przykładowo nie tylko udzielenie zamówienia w niewłaściwym trybie, ale każde naruszenie „niewzruszalne”, które mogło mieć znaczenie dla wyboru najkorzystniejszej oferty. Zatem natura możliwych okoliczności w ramach tej przesłanki wskazuje na konieczność ich odniesienia do istotnych elementów postępowania o udzielenie zamówienia, wpływających na przestrzeganie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. jawności, przejrzystości, uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, związanych z wyborem najkorzystniejszej oferty.”

W przedmiotowym postępowaniu, po upływie terminu otwarcia ofert, został ujawniony błąd skutkujący brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. Zamawiający w dokumentacji postępowania, w Formularzu Oferty nie zamieścił Formularzy cenowych dla schematu E4 oraz systemu monitorowania UPS (to jest: UPS Schemat E4, system monitorowania składający się z monitora oraz stacji roboczej). W trakcie badania złożonych ofert okazało się, że zasady sporządzenia oferty określone przez Zamawiającego w dokumentacji wprowadzały w błąd Wykonawców i spowodowały złożenie przez nich nieporównywalnych ofert. Wobec faktu, że Zamawiający nie zamieścił w Formularzu cenowym wszystkich pozycji wchodzących w skład przedmiotu zamówienia

doszło do sytuacji, w której Wykonawcy odmiennie zinterpretowali zasady sporządzenia oferty określone przez Zamawiającego w dokumentacji. Niejedolite określenie sposobu obliczenia ceny oferty przez poszczególnych Wykonawców doprowadziło do sytuacji, że złożone przez Wykonawców oferty są nieporównywalne.

Oznacza to, że SWZ, w szczególności Formularz ofertowy, we wskazanym zakresie, sformułowano w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny, powodując u Wykonawców rozbieżności w jego rozumieniu i interpretacji.

Na potwierdzenie powyższego Zamawiający przedstawił analizę złożonych ofert i stwierdził, że wadliwe sformułowanie formularza oferty przez Zamawiającego doprowadziło do sytuacji, w której przy czterech złożonych ofertach wystąpiły trzy sposoby rozumienia sposobu wypełnienia formularza cenowego i obliczenia ceny ryczałtowej. W przypadku oferty ROMI Sp. z o. o., cena za całość jest równa sumie składników za elementy E1, E2 i E3. W dwóch pozostałych ofertach TMS Sp. z o. o. oraz Symetrium Sp. z o. o. suma składników za elementy E1, E2 i E3 jest niższa niż maksymalne wynagrodzenie z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia. W przypadku czwartego podmiotu tj. Fast Group Sp. z o. o. oferta została uzupełniona o element E4, a jednocześnie suma elementów E1, E2, E3 i E4 jest niższa niż cena za całość zamówienia. Wskazuje to, że doszło do sytuacji, w której zasady sporządzenia oferty określone przez Zamawiającego w dokumentacji zamówienia wprowadzały w błąd wykonawców i spowodowały złożenie przez nich nieporównywalnych ofert, niemożliwych do weryfikacji. Niejednoznaczne zasady sporządzenia oferty mogły spowodować ograniczenie kręgu Wykonawców. Mogli oni bowiem mieć wątpliwości, w jaki sposób w ofercie uwzględniać poszczególne wartości składowe zamówienia, których suma stanowi ryczałtową wartość oferty. Nie można zgodzić się z zarzutem Odwołującego, że rozbieżności mogłyby zostać wyjaśnione w drodze wezwania. W ocenie Zamawiającego sformułowanie wezwania powodowałoby kolejne wprowadzenie w błąd wykonawców, a złożone przez nich wyjaśnienia nie doprowadziłyby do stanu, w którym oferty byłyby porównywalne. Należy przy tym zauważyć, że wadliwy sposób ukształtowania Formularza oferty nie może powodować negatywnych skutków dla Wykonawcy spowodowanych brakiem właściwego rozumienia oczekiwań Zamawiającego. Nie można też zgodzić się argumentacją Odwołującego, który próbuje bagatelizować zaistniały problem wskazując, że trzech z czterech wykonawców nie miało żadnego problemu z prawidłowym rozumieniem SWZ oraz prawidłowym sporządzeniem formularza ofertowego. Po pierwsze za nieuprawnione należy uznać twierdzenie Odwołującego, że zachowanie Wykonawcy ROMI Sp. z o.o. polegające na określeniu ceny łącznej jako sumy części od E1 do E3 wynikało wyłącznie z braku należytej znajomości i weryfikacji postanowień SWZ. Po drugie sam Odwołujący sporządził ofertę w sposób odmienny niż przewidywał to Formularz oferty tj.

dodał pozycję E4 modyfikując formularz, ale jednocześnie nie wskazał wynagrodzenia za system monitorowania. Powyższe różnice w sposobie wypełnienia Formularza oferty przez poszczególnych Wykonawców wskazują, że był on sformułowany w sposób, niejednoznaczny, co spowodowało różnice w interpretacji elementów składowych maksymalnego wynagrodzenia z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia przez poszczególnych Wykonawców. Zamawiający ma obowiązek przekazania Wykonawcom wszelkich informacji niezbędnych do złożenia oferty. W niniejszym postępowaniu sposób sformułowania Formularza cenowego był dla Wykonawców mylący. Z kolei jakakolwiek zmiana zasad sporządzenia oferty już po upływie terminu składania ofert jest niedopuszczalna. Do takiej zmiany zasad sporządzenia oferty doszłoby w przypadku skierowania do wykonawców wezwań do wyjaśnienia treści oferty w zakresie objęcia ofertą poszczególnych elementów zamówienia. Taka zmiana zasad sporządzenia oferty byłaby niewątpliwie wystarczająca do formułowania wniosku o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania. Nie ulega wątpliwości, że taka sytuacja ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, albowiem zakładany przez ustawodawcę cel, czyli wybór oferty najkorzystniejszej nie zostanie osiągnięty. Jednocześnie umowa, zawarta w wyniku tak przeprowadzonego postępowania, które zostałyby udzielone z naruszeniem podstawowych zasad opisanych w ustawie PZP, podlegałyby unieważnieniu, albowiem ocena taka odbywać się musi także w kontekście wydatkowania środków publicznych i konieczności dochowania zasad związanych z dyscypliną finansów publicznych. Stwierdzona przez Zamawiającego wada postępowania ma charakter rzeczywisty i nieusuwalny, jest przy tym na tyle poważna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niejasne i niezrozumiałe zasady sporządzenia oferty uniemożliwiły wzięcie udziału w postępowaniu innym wykonawcom. Nie będzie natomiast zgodne z przepisami PZP udzielenie zamówienia wykonawcy, który wybrany zostanie w ramach procedury dotkniętej wadą polegającą na niezachowaniu zgodności z zasadami naczelnymi określonymi w art. 16 PZP tj. z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości i proporcjonalności. Powyższe oznacza, że wada w Formularzu oferty stwierdzona przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu odpowiada dyspozycji art. 255 pkt 6 Pzp.

Dodatkowo Zamawiający stwierdził błąd w dokumentacji postępowania, do którego doszło wskutek modyfikacji nr 3 i nr 4 z 09.01.2023 r. w zakresie poziomu % parametru stanowiącego element kryterium oceny ofert w zakresie pkt 11 „Sprawność systemu podczas obciążenia na poziomie 25%” w tabeli w pkt 7.3.4. SWZ, która określa wymagania techniczne, jakie urządzenie UPS powinno spełniać, aby uzyskać dodatkowe punkty w kryterium Dodatkowe wymagania techniczne (T). Zamawiający dokonując modyfikacji nr 4

SWZ w dniu 09.01.2023 r., w tabeli zawartej w pkt. 2.5. Formularza oferty wskazał w zakresie pkt 11 „Sprawność systemu podczas obciążenia” na błędnym poziomie 23%. Modyfikacja nr 4 spowodowała niespójność w dokumentach zamówienia i w konsekwencji wprowadziła w błąd Wykonawców. Zamawiający podczas badania ofert stwierdził, że trzech wykonawców złożyło oferty na, niezgodnym z modyfikacją nr 4, Formularzu oferty, lecz zgodnie z pkt 7.3.4. SWZ, tj. zakresami obciążenia w jakich badany jest dany parametr. Natomiast Wykonawca Fast Group Sp. z o. o. złożył ofertę na aktualnym w świetle modyfikacji nr 4 Formularzu oferty, potwierdzając spełnianie parametru „Sprawność systemu podczas obciążenia” na błędnym poziomie 23%. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, który stwierdził, że formularz oferty „ma de facto charakter wtórny w stosunku do dokumentów technicznych, które należało przedłożyć wraz z ofertą, i które miały potwierdzać zaoferowane parametry w ramach kryteriów oceny ofert”. Należy podkreślić, że formularz ofertowy stanowi oświadczenie wykonawcy wyznaczające zakres zobowiązania ofertowego, natomiast przedmiotowe środki dowodowe mają tylko ten charakter, że potwierdzają zadeklarowane parametry. To przedmiotowe środki dowodowe mają wtórny charakter do oświadczeń składanych przez wykonawcę w postępowaniu. W sytuacji, gdy formularz oferty odnoszący się do kryteriów oceny ofert był nieprawidłowy, wprowadzający w błąd, to nie może budzić wątpliwości fakt, że mamy do czynienia z wadą postępowania. Błąd dotyczy kryterium sprawności systemu podczas obciążenia na poziomie 25% (23%). Krzywa sprawności UPS ma charakter logarytmiczny - wyłazacza się przy obciążeniu powyżej ok. 30%, a poniżej gwałtownie spada. Obciążenie na poziomie 23% i 25% znajduje się na stromej części krzywej – w konsekwencji z technicznego, inżynierskiego punktu widzenia istnieje istotna różnica pomiędzy tymi wartościami. Sprawność odpowiadająca tym wartościom może być znacząco różna, dlatego należy przyjąć, że porównywanie sprawności 2 lub więcej urządzeń dla obciążenia 23% lub 25% może być obarczone znaczącym błędem, a różnica w obciążeniu nie może być uznana za pomijalną, w szczególności biorąc pod uwagę konieczność przeprowadzenia postępowania w sposób przejrzysty oraz zgodny z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Wiodący na rynku producenci UPS, deklarują sprawność systemu dla obciążeń na poziomie 100%, 75%, 50% i 25%. Wymaganie zadeklarowania sprawności dla obciążenia 23% oraz potwierdzenia tego parametru w dokumentacji technicznej było nieprawidłowe, wprowadzające w błąd oraz powoduje, że również w tym zakresie skoro wykonawcy wskazali w formularzach ofertowych różne wartości, oferty są nieporównywalne. Zamawiający nie może tego błędu na obecnym etapie postępowania sanować czy uznać, że nie będzie oceniać ofert w tym kryterium albo przyznać wszystkim np. 5 pkt albo wszystkim 0 pkt. Takie działanie w ocenie Zamawiającego rodziłoby zupełną dowolność oraz byłoby niezgodne z zasadą przejrzystości postępowania. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma charakter pisemny i skoro określone kryterium

zostało sformułowane, to nie może zostać pominięte lub być dowolnie interpretowane. Po upływie terminu składania ofert Zamawiający jest związany postanowieniami opublikowanej dokumentacji postępowania. Wobec powyższego, Zamawiający obowiązany był do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na fakt, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Mając na uwadze przytoczone wyżej piśmiennictwo i orzecznictwo Zamawiający stanął na stanowisku, że zmiana brzmienia zapisów w nowym Prawie zamówień publicznych w stosunku do regulacji zawartych w poprzednio obowiązującej ustawie, nie oznacza, iż możliwość unieważnienia postępowania przez Zamawiającego została zawężona do kilku ściśle określonych przypadków wymienionych w art. 459 Pzp. Trudno odnaleźć uzasadnienie faktyczne dla takiej interpretacji nowej Pzp biorąc pod uwagę wielość, różnorodność i wagę potencjalnych naruszeń do jakich może dojść w postępowaniach o zamówienia publiczne. W tej sytuacji trudne do zaakceptowania jest stanowisko, że wolą ustawodawcy było utrzymanie w mocy umów w sprawach o zamówienia publiczne obarczonych wadą, której nie dało się usunąć, a która powoduje nieważność umowy, lecz nie została wymieniona w art. 457 ust. 1 Pzp. O tym, że katalog wad stanowiących o nieważności umowy nie jest zamknięty świadczy ponadto zawarcie w art. 457 ust. 5 odwołania do art. 70(5) KC. Zgodnie z tym przepisem „organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Jeżeli umowa została zawarta na cudzy rachunek, jej unieważnienia może żądać także ten, na czyj rachunek umowa została zawarta lub dający zlecenie”.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego lakoniczności uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania Zamawiający wskazał, że jak stanowi art. 260 ust. 1 Pzp, o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Z uzasadnienia powinno zatem wynikać, jakie okoliczności faktyczne i prawne skłoniły Zamawiającego do podjęcia decyzji w przedmiocie unieważnienia postępowania. Uzasadnienie czynności unieważnienia powinno być na tyle szczegółowe, by wykonawcy mieli możliwość jej zakwestionowania w ramach środków ochrony prawnej i przedstawienia stosownej argumentacji. Zamawiający zadośćuczynił wszystkim tym obowiązkom. Szczegółowo opisał okoliczności, które jego zdaniem uzasadniały unieważnienie postępowania. Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania zawierało wskazanie konkretnych zapisów w ofertach poszczególnych Wykonawców, które powodują, że oferty są

nieporównywalne. Ponadto w uzasadnieniu wskazano konkretne punkty SWZ i Formularza oferty, w których doszło do potwierdzenia spełniania parametru „Sprawność systemu podczas obciążenia” na błędnym poziomie 23%.

Odnosząc się do zarzutu zaniechanie dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, Zamawiający stwierdził, że skoro nie dokonał czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty, to nie można mówić o możliwości przekroczenia granic przepisu art. 239 ust. 1 Pzp, który stanowi, że Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie w postaci wydruku z kalkulatora ze strony Schneider Electric obliczającego sprawność systemu oraz fragmentu złożonej przez Odwołującego oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 528 Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący podał m.in., że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W tym celu złożył ofertę, której treść odpowiada treści SWZ, i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę, bowiem unieważnienie postępowania uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W świetle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny jego oferta znajduje się na pierwszym miejscu w rankingu ofert. Nadto, cena oferty Odwołującego mieści się w budżecie Zamawiającego. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami Pzp, to nie unieważniłby postępowania, lecz dokonałby badania i oceny złożonych ofert, co skutkowałoby wyborem oferty Odwołującego.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Wypełniając wymogi ustawowe wykonawca TMS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stając się uczestnikiem postępowania.

Izba nie uwzględniła zastrzeżeń Odwołującego co do skuteczności przystąpienia po stronie Zamawiającego wykonawcy TMS Sp. z o.o. z uwagi na uchybienie – zdaniem Odwołującego - terminowi do jego zgłoszenia, jak też nie uwzględniła zgłoszonej przez Odwołującego opozycji.

Kopia odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia została przekazana przez Zamawiającego 7 marca 2023 r. Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego ze strony TMS Sp. z o.o. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca 2023 r., a więc w ustawowym terminie. Do zgłoszenia zostały dołączone dowody przekazania go Zamawiającemu i Odwołującemu drogą pocztową, z których wynika, że pismo zostało nadane 10 marca 2023 r. Tak więc termin na zgłoszenie przystąpienia został zachowany.

Izba postanowiła o oddaleniu opozycji co do przystąpienia wykonawcy TMS Sp. z o.o., stwierdzając brak uprawdopodobnienia przez Odwołującego braku interesu po stronie zgłaszającego przystąpienie w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wskazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. W ocenie Izby uzasadnienie przedstawione w tym zakresie w piśmie zgłaszającego przystąpienie jest wystarczające dla stwierdzenia istnienia interesu w przystąpieniu do postępowania odwoławczego.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

W informacji o unieważnieniu postępowania Zamawiający podał:

Na podstawie art. 260 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) – dalej: „ustawa Pzp” Zakład Ubezpieczeń Społecznych zawiadamia, że przedmiotowe postępowanie zostało unieważnione.

Uzasadnienie prawne: na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp - Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Uzasadnienie faktyczne:

I. W przedmiotowym postępowaniu, po upływie terminu otwarcia ofert, został ujawniony błąd skutkujący brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. Zamawiający w dokumentacji postępowania, w Formularzu Oferty nie zamieścił Formularzy cenowych dla schematu E4 oraz systemu monitorowania UPS (to jest: UPS Schemat E4, system monitorowania składający się z monitora oraz stacji roboczej).

Sposób przedstawienia ceny oferty określony w pkt 1.4) Formularza ofertowego przedstawia się następująco:

„Oferujemy wykonanie zamówienia za maksymalne wynagrodzenie z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia:

- w kwocie brutto (z podatkiem VAT) *
- zł (słownie: *),
- w kwocie netto * zł (słownie: *),
- wartość podatku VATzł (słownie: *) według stawki%,

zgodnie z Formularzem cenowym.”

W trakcie badania złożonych ofert okazało się, że zasady sporządzenia oferty określone przez Zamawiającego w dokumentacji wprowadzały w błąd Wykonawców i spowodowały złożenie przez nich nieporównywalnych ofert. Wobec faktu, że Zamawiający nie zamieścił w Formularzu cenowym wszystkich pozycji wchodzących w skład przedmiotu zamówienia doszło do sytuacji, w której Wykonawcy odmiennie zinterpretowali zasady sporządzenia oferty określone przez Zamawiającego w dokumentacji. Niejedolite określenie sposobu obliczenia ceny oferty przez poszczególnych Wykonawców doprowadziło do sytuacji, że złożone przez Wykonawców oferty są nieporównywalne.

Oznacza to, że SWZ, w szczególności Formularz ofertowy, we wskazanym zakresie, sformułowano w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny, powodując u Wykonawców rozbieżności w jego rozumieniu i interpretacji.

Uchybienie nie może zostać skorygowane przez Zamawiającego.

Na potwierdzenie powyższego Zamawiający przedstawia analizę złożonych ofert:

Na potwierdzenie powyższego Zamawiający przedstawia analizę złożonych ofert:

1. Oferta ROMI Sp. z o. o. zawiera następujący Formularz cenowy:

1	Schemat E1	755 612, 96 zł	2	1 511 225,92 zł	1 858 807,88 zł
2	Schemat E2	755 612,96 zł	10	7 556 129,60 zł	9 294 039,41 zł
3	Schemat E3	755 613,16 zł	1	755 613,16 zł	929 404,19 zł
Razem				9 822 968,68 zł	12 082 251,47 zł

W Formularzu oferty w pozycji maksymalne wynagrodzenie z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca wskazał kwotę (tj. 12 082 251,47 zł) tożsamą z sumą Formularzy cenowych za schematy E1-E3.

2. Oferta Wykonawcy Symetrium Sp. z o. o. zawiera następujący Formularz cenowy:

1	Schemat E1	750 000,00 zł	2	1 500 000,00 zł	1 845 000,00 zł
2	Schemat E2	830 000,00 zł	10	8 300 000,00 zł	10 209 000,00 zł
3	Schemat E3	680 000,00 zł	1	680 000,00 zł	836 400,00 zł
Razem				10 480 000,00	12 890 400,00 zł

W Formularzu oferty w pozycji maksymalne wynagrodzenie z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca wskazał kwotę (tj. 13 630 860,00 zł) wyższą o 740 460,00 zł niż suma formularzy cenowych za schematy E1-E3.

3. Oferta Wykonawcy TMS Sp. z o. o. zawiera następujący Formularz cenowy:

1	Schemat E1	736 510,35 zł	2	1 473 020,70 zł	1 811 815,46 zł
2	Schemat E2	926 881,00 zł	10	9 268 810,00 zł	11 400 636,30 zł
3	Schemat E3	734 945,95 zł	1	734 945,95 zł	903 983,52 zł
Razem				11 476 776,65 zł	14 116 435,28 zł

W Formularzu oferty w pozycji maksymalne wynagrodzenie z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca wskazał kwotę (tj. 14 944 500,00 zł) wyższą o 828 064,72 zł niż suma formularzy cenowych za schematy E1-E3.

4. Oferta Wykonawcy Fast Group Sp. z o. o. zawiera następujący Formularz cenowy:

1	Schemat E1	347 869,63 zł	2	695 739,26 zł	855 759,29 zł
2	Schemat E2	543 087,99 zł	8	4 344 703,92 zł	5 343 985,82 zł
3	Schemat E3	370 403,38 zł	1	370 403,38 zł	455 596,16 zł
oraz załączony przez Wykonawcę dodatkowy formularz cenowy (schemat E4)					
4	Schemat E4	360 715,81 zł	1	360 715,81 zł	443 680,45
Razem				5 771 562,37 zł	7 099 021,72 zł

W Formularzu oferty w pozycji maksymalne wynagrodzenie z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca wskazał kwotę (tj. 7 130 755,72 zł) wyższą o 31 734,00 zł niż suma formularzy cenowych za schematy E1-E4.

Powyższa analiza w sposób jednoznaczny wskazuje, że wobec określonego, przez Zamawiającego, Formularza cenowego zostały złożone oferty nieporównywalne, niemożliwe do weryfikacji.

II. Dodatkowo Zamawiający stwierdził błąd w dokumentacji postępowania, do którego doszło w skutek modyfikacji nr 3 i nr 4 z 09.01.2023 r. w zakresie poziomu % parametru stanowiącego element kryterium oceny ofert w zakresie pkt 11 „Sprawność systemu podczas obciążenia na poziomie 25%” w tabeli w pkt. 7.3.4. SWZ, która określa wymagania techniczne, jakie urządzenie UPS powinno spełniać aby uzyskać dodatkowe punkty w kryterium Dodatkowe wymagania techniczne (T).

Zamawiający dokonując modyfikacji nr 4 SWZ w dniu 09.01.2023 r., w tabeli zawartej w pkt. 2.5. Formularza oferty wskazał w zakresie pkt 11 „Sprawność systemu podczas obciążenia” na błędnym poziomie 23%.

Zamawiający podczas badania ofert stwierdził, że trzech wykonawców złożyło oferty na, niezgodnym z modyfikacją nr 4, Formularzu oferty lecz zgodnie z pkt 7.3.4. SWZ, tj. zakresami obciążenia w jakich badany jest dany parametr.

Natomiast Wykonawca Fast Group Sp. z o. o. złożył ofertę na aktualnym w świetle modyfikacji nr 4 Formularzu oferty, potwierdzając spełnianie parametru „Sprawność systemu podczas obciążenia” na błędnym poziomie 23%.

Wobec powyższego, Zamawiający obowiązany jest do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na fakt, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W świetle ujawnionych w trakcie badania ofert nieusuwalnych wad postępowania i braku możliwości porównania złożonych w postępowaniu ofert Zamawiający postanawia jak na wstępie.

Jednocześnie Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 262 ustawy Pzp, o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia niezwłocznie zawiadomi wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w tym postępowaniu.

Izba zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 16 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Przepis art. 239 Pzp stanowi: 1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 Pzp: Zamawiający unieważnienia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Powyższe wskazuje, że unieważnienie postępowania następuje, jeżeli wystąpią łącznie podane w nim przesłanki, tj. postępowanie obarczone jest wadą, wada ta jest niemożliwa do usunięcia, wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Dla zastosowania tego przepisu nie jest zatem wystarczające wskazanie na ewentualne nieścisłości w dokumentacji postępowania, lecz konieczne jest wykazanie, że stanowią one niemożliwą do usunięcia wadę postępowania, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wszystkie te elementy winny zostać wskazane przez Zamawiającego w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania. Uzasadnienie podane w tej informacji stanowi bowiem podstawę dla oceny przez Izbę zasadności dokonanej przez Zamawiającego czynności polegającej na unieważnieniu postępowania. Dodatkowe okoliczności, przedstawione przez Zamawiającego dopiero w toku postępowania odwoławczego, jako, że nie zostały ujawnione wykonawcom, a w konsekwencji nie stanowią podstawy do zbudowania zarzutów odwołania, w granicach których Izba orzeka, nie mogą być brane pod uwagę przy rozstrzygnięciu odwołania.

Tytułem ogólnej uwagi wskazania również wymaga, że dokumenty zamówienia winny być czytane i interpretowane w całości. Istniejące w nich niejasności nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców. Nie każda niespójność poszczególnych uregulowań zawartych w tych dokumentach stanowi wadę postępowania, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

W okolicznościach analizowanej sprawy w pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że Zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania nie przedstawił pełnego uzasadnienia dla podjętej czynności unieważnienia postępowania. W szczególności nie wykazał, dlaczego przedstawione przez niego okoliczności wskazują na to, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, nie wykazał, że podjęta przez niego czynność unieważnienia postępowania w miejsce przystąpienia do czynności pełnego badania i oceny ofert, jest uzasadniona. Tymczasem zgodnie z art. 260 ust. 1 Pzp: *O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty (...) – podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Zamawiający nie wskazał, jakie jego zdaniem zostały naruszone przez niego przepisy Pzp i dlaczego takie naruszenie powinno być zakwalifikowane jako podstawa do unieważnienia zawartej umowy. Samo wskazanie na przepis art. 225 pkt 6 Pzp bez wykazania spełnienia się występujących w nim przesłanek, nie jest wystarczające dla wykazania zasadności podjętej czynności. Już zatem z tego względu odwołanie podlega uwzględnieniu.*

Niezależnie od powyższego stwierdzenia braków uzasadnienia podjętej czynności, które to braki nie mogły być skutecznie uzupełnione w toku postępowania odwoławczego, a zatem argumentacja przedstawiona w tym zakresie w odpowiedzi na odwołanie, jako spóźniona, nie mogła być brana pod uwagę, zauważenia wymaga, że przedstawione przez Zamawiającego okoliczności, trudno uznać za podstawę do uznania nieporównywalności ofert złożonych w postępowaniu, która to nieporównywalność miałaby być skutkiem wyłącznie treści opracowanych przez Zamawiającego dokumentów zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający, na którym w tym zakresie spoczywał ciężar dowodu, bowiem to on wywodził z tego skutki prawne, nie wykazał, że postępowanie, z uwagi na treść Formularza oferty, obarczone jest wadą, która powoduje brak możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, a w konsekwencji skutkuje unieważnieniem postępowania.

Z treści zawiadomienia o unieważnieniu postępowania wynika, że zdaniem Zamawiającego za wadą postępowania przemawiają dwie wskazane przez niego okoliczności.

Po pierwsze, okoliczność, że Formularz oferty w pkt 4 - Formularz cenowy nie zawierał wszystkich pozycji wchodzących w skład przedmiotu zamówienia, tj. przewidywał jedynie tabele dotyczące schematów E1, E2 i E3, a nie określał tabeli dla schematu E4 i systemu monitorowania UPS. Zdaniem Zamawiającego to, że jeden z czterech wykonawców, jako łączną cenę jego oferty wymaganą w Formularzu oferty, podał kwotę analogiczną jak suma kwot dla schematów E1-E3, było skutkiem powyższego braku w Formularzu cenowym i w związku z tym jego zdaniem w postępowaniu zostały złożone nieporównywalne oferty, bowiem pozostali wykonawcy przedstawili w Formularzu oferty cenę przewyższającą sumę kwot z tabel dla schematów E1-E3.

W ocenie Izby w tym zakresie zauważenia wymaga, że Formularz oferty stanowiący załącznik nr 1 do SWZ został skonstruowany w ten sposób, że w pkt 1 ppkt 1 zawiera wyspecyfikowany przedmiot zamówienia, w tym schemat E 4 i system monitorowania ze wskazaniem na liczbę i moc UPS dla schematów E1, E2, E3, E4, pozostawiając do wypełnienia dla każdego z nich pozycje dotyczące: Producenta UPS, Modelu UPS, kVA systemu UPS, kVA modułu UPS, Producenta i modelu baterii LI-ION, deklarowanego czasu BOL. Dla systemu monitorowania zawiera natomiast wymóg podania w zakresie Monitora LED i Stacji roboczej PC: Producenta, Modelu, Serii oraz dla Stacji roboczej PC także Procesora. Ppkt 2 i 3 punktu 1 zawierają oświadczenia wykonawcy, że oferowany przez niego przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w Opisie przedmiotu zamówienia zawartym w pkt 2 SWZ i w Projektowanych postanowieniach umowy,

stanowiących załącznik nr 2 do SWZ, że deklaruje wykonanie zamówienia na warunkach określonych w SWZ. Ppkt 4 z kolei zawiera oświadczenie o maksymalnym wynagrodzeniu z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia. Jakkolwiek wskazuje na końcu, że ma ono być zgodne z Formularzem cenowym, to jednak nie wymaga przy tym, aby była to kwota stanowiąca sumę pozycji przedstawionych w Formularzu cenowym, który zawiera opis poszczególnych elementów schematów E1, E2, E3 ze wskazaniem cen np. w odniesieniu do schematu E1 za dostawę montaż i uruchomienie jednostek modułowych UPS z szafami baterijnymi i systemem monitorującym w rozbiciu dla: UPS 5.1. o mocy 150 kVA i UPS 5.2. dla mocy 150 kVA. Dla żadnego z opisanych w pkt 4 Formularza oferty schematów nie została przewidziana pozycja podsumowująca cenę za poszczególne jego elementy, jak też łączna suma cen za te schematy. Brak jest też w tym miejscu wskazania, że suma z tych pozycji ma być przeniesiona do pkt 1 ppkt 4 Formularza oferty.

Zwraca przy tym uwagę, że w informacji o unieważnieniu postępowania Zamawiający nawet nie wyjaśnił, czemu w okolicznościach analizowanej sprawy, w sytuacji, gdy odbiór i płatność za wykonanie przedmiotu zamówienia zostały przez niego przewidziane po jego wykonaniu, miałyby służyć rozbić cen poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia. Przy braku wskazania powyższych okoliczności i przyjętej konstrukcji Formularza oferty możliwe jest zatem poczynienie założenia, że Zamawiający niezależnie od ceny za całość zamówienia z jakiegoś powodu chciał poznać ceny tylko wskazanych elementów tj. schematów E1-E3, które w podanej wielkości powinny zostać uwzględnione w cenie za wykonanie całego przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z § 1 ust. 1 i 2 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ:

- 1. Przedmiotem Umowy jest dostawa, montaż i uruchomienie jednostek modułowych UPS w siedzibie Centrali ZUS przy ul. Szamockiej 3,5 w Warszawie wraz z szafami baterijnymi zwanych dalej „Urządzenia” oraz wykonanie systemu monitorującego parametry techniczne Urządzeń, dalej zwane łącznie „Przedmiotem Umowy”.*
- 2. Wykonawca zobowiązuje się do wykonania systemu monitorującego parametry techniczne Urządzeń zgodnie ze schematami E1:E4 dotyczącymi mocy, sposobu pracy oraz miejsc podłączeń Urządzeń, stanowiącymi Załącznik nr 1 do Umowy*

Z kolei zgodnie z § 4 wzoru umowy:

- 1. Za wykonanie Przedmiotu Umowy, określonego w § 1, Wykonawca otrzyma wynagrodzenie brutto, tj. z uwzględnieniem podatku od towarów i usług (VAT), które nie przekroczy kwoty:*

..... **zł** (słownie:złoty/100), w tym:
wynagrodzenie netto (bez podatku VAT) **zł** (słownie:

..... złotych .../100), podatek VAT: zł
(słownie: złotych .../100), stawka podatku VAT 23 %, zgodnie z Formularzem Oferty, stanowiącym załącznik nr 10 do Umowy.

2. Płatność za realizację Przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 1 ust. 1 nastąpi w terminie 30 dni od daty otrzymania przez Zamawiającego Zakład Ubezpieczeń Społecznych – Departament Administracyjny (Sekretariat), prawidłowo wystawionej faktury, wraz z podpisanym bez zastrzeżeń przez przedstawicieli Stron Protokołem odbioru końcowego, stanowiącym Załącznik nr 4 oraz Protokołem odbioru dokumentacji powykonawczej, stanowiącym Załącznik nr 4A.

Zgodnie z pkt 5.7. SWZ: *Cena podana w ofercie powinna zawierać wszystkie koszty Wykonawcy oraz uwzględnić inne opłaty i podatki wynikające z realizacji umowy a także ewentualne upusty i rabaty, oraz nie może ulec zwiększeniu w czasie obowiązywania umowy z zastrzeżeniem Projektowanych postanowień umowy.*

Powyższe wskazuje, że zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego cena oferty winna obejmować wynagrodzenie za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, które ma być płatne na podstawie faktury wystawionej po jego wykonaniu. Okoliczność, iż Zamawiający wymagał w pkt 4 rozbicia cen jedynie dla części zamówienia tego nie zmienia.

Oznacza to, że to cena ofert określona w pkt 1 ppkt 4 Formularza oferty składanego przez każdego z wykonawców jest ceną, która podlega porównaniu w trakcie oceny ofert. Trudno zatem zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, który twierdzi, że oferty w tym zakresie nie są porównywalne.

Konstrukcja Formularza oferty była znana wykonawcom. Okoliczność, że jeden z czterech wykonawców w pkt 1 ppkt 4 Formularza oferty zaoferował cenę, która jest równa sumie kwot wynagrodzenia określonego dla schematów E1-E3, w sytuacji, gdy pozostali wykonawcy zaoferowali w tym punkcie Formularza oferty cenę przewyższającą sumę kwot przewidzianą dla schematów E1-E3, sama w sobie nie wskazuje zatem na wadę postępowania, tym bardziej taką, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

W związku z tym trudno zgodzić się z Zamawiającym, który z faktu złożenia przez jednego z czterech wykonawców oferty, której cena stanowi sumę cen dla schematów E1-E3, wywodzi tak daleko idące skutki dla całego postępowania i w konsekwencji dla pozostałych wykonawców. Należy natomiast zgodzić się z Odwołującym, który stwierdził, że żądanie cen za poszczególne części zamówienia nie jest konieczne do skutecznego przeprowadzenia postępowania i wyboru najkorzystniejszej oferty. Należy bowiem – przy braku wykazania przez Zamawiającego w informacji o unieważnieniu postępowania innych

związanych z tym potrzeb – uznać, że jest to element, co najwyżej ułatwiający Zamawiającemu nadzór nad realizacją zamówienia. Nadto należy zgodzić się z Odwołującym, że znając cenę łączną oraz trzy ceny częściowe, można wyliczyć cenę za pozostałą część zamówienia, co dostrzegł także Zamawiający i dał temu wyraz w uzasadnieniu podjętej czynności unieważnienia postępowania.

Ubocznie wskazania wymaga, że za wadą postępowania w tym zakresie nie przemawia także przedstawiona przez Zamawiającego na rozprawie okoliczność, iż upublicznione zostały przez niego robocze wersje dokumentów. Gospodarzem postępowania jest Zamawiający i to on decyduje nie tylko o tym co stanowi przedmiot zamówienia, ale też o tym jak szczegółowe informacje chce uzyskać co do poszczególnych elementów oferowanego mu przez wykonawców przedmiotu zamówienia. Swoje intencje w tym zakresie jest obowiązany przekazać na równych zasadach wykonawcom. Ewentualna zmiana intencji w tym zakresie po jego stronie może być dokonana przed terminem składania ofert i winna zostać na równych zasadach ujawniona wykonawcom. Po tym terminie zarówno Zamawiający jak i wykonawcy są związani postanowieniami SWZ.

Drugą podnoszoną przez Zamawiającego okolicznością wskazującą jego zdaniem na wadę postępowania jest to, że na skutek modyfikacji nr 3 i 4 z 9 stycznia 2023 r. w zakresie poziomu % parametru stanowiącego element kryterium oceny ofert w zakresie pkt 11 „Sprawność systemu podczas obciążenia na poziomie 25%” w tabeli w pkt. 7.3.4. SWZ, która określa wymagania techniczne, jakie urządzenie UPS powinno spełniać, aby uzyskać dodatkowe punkty w kryterium Dodatkowe wymagania techniczne (T) wprowadził w tabeli zawartej w pkt. 2.5. Formularza oferty wskazał w zakresie pkt 11 „Sprawność systemu podczas obciążenia” na błędnym poziomie 23%.

Tymczasem, jak sam przyznał Zamawiający trzech wykonawców złożyło oferty na, niezgodnym z modyfikacją nr 4, Formularzu oferty, lecz zgodnie z pkt 7.3.4. SWZ, tj. zakresami obciążenia w jakich badany jest dany parametr (25%). Natomiast Wykonawca Fast Group Sp. z o. o. złożył ofertę na aktualnym w świetle modyfikacji nr 4 Formularzu oferty, potwierdzając spełnianie parametru „Sprawność systemu podczas obciążenia” na błędnym poziomie 23%.

Jak zauważył na rozprawie Odwołujący czemu Zamawiający nie zaprzeczył, Zamawiający pominął przy tym, że w ww. modyfikacji nie zmienił kryterium oceny ofert. Tym samym został utrzymany pkt 11 kryterium *Dodatkowe wymagania techniczne (T)* „Sprawność systemu podczas obciążenia na poziomie 25%/ 96%/5 pkt.

Jakkolwiek nie sposób nie dostrzec, że w wyniku modyfikacji SWZ powstała niespójność dokumentów zamówienia, to jednak, w sytuacji, gdy sam Zamawiający przyznał,

że standardowo sprawność systemu badana jest przy obciążeniu na poziomie 25%, 50%, 75% i 100%, nie ma też sporu co do tego, że wszyscy wykonawcy, w tym Odwołujący, złożyli dokumenty techniczne wskazujące na badanie sprawności systemu podczas obciążenia na poziomie 25%, trudno uznać za wykazane, że powyższa niespójność stanowi wadę niepozwalającą na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Fakt złożenia przez wszystkich wykonawców dokumentów technicznych potwierdzających sprawność przy obciążeniu na poziomie 25%, wskazuje, że analogicznie jak Zamawiający, także wykonawcy uznali, że podana w wyniku modyfikacji wielkość 23% została wskazana omyłkowo. Zauważenia przy tym wymaga, że chodzi o kryterium oceny ofert, za które ewentualnie przysługuje dodatkowych 5 punktów, a nie element niezbędny dla stwierdzenia ważności oferty.

Podsumowując należy stwierdzić, że w sprawie nie zostało wykazane, aby wystąpiła wada postępowania w rozumieniu art. 255 pkt 6 Pzp. Tym samym unieważnienie postępowania przez Zamawiającego należy uznać za nieuzasadnione. Potwierdziły się zatem zarzuty odwołania. W miejsce przeprowadzenia pełnej czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, które to czynności co do zasady prowadzą do wyboru najkorzystniejszej oferty, została podjęta czynność unieważnienia postępowania, przy czym nastąpiło to bez wykazania istnienia ku temu przesłanek. Powyższe ma wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Izba uwzględniła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Zamawiający, który został obciążony kosztami postępowania, na które składał się uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: