

Sygn. akt: KIO 1438/22

WYROK

z dnia 15 czerwca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 czerwca 2022 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **30 maja 2022 roku** przez wykonawcę **A. I. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą FIRMA TRANSPORTOWA „OMEGA” A. I. z siedzibą w Częstochowie** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Szpitali Miejskich z siedzibą w Chorzowie**

przy udziale wykonawcy **Paktor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Zamawiającego**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w pakietach nr 4 i 6 na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, a także nakazuje Zamawiającemu ponowienie czynności badania i oceny oferty z uwzględnieniem opisanych w SWZ kryteriów oceny ofert odnoszących się do cen jednostkowych
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Szpitali Miejskich z siedzibą w Chorzowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego – A. I. prowadzącej**

działalność gospodarczą pod firmą FIRMA TRANSPORTOWA „OMEGA” A. I. z siedzibą w Częstochowie tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **Zamawiającego – Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Zespołu Szpitali Miejskich z siedzibą w Chorzowie** na rzecz Odwołującego - wykonawcy **A. I. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą FIRMA TRANSPORTOWA „OMEGA” A. I. z siedzibą w Częstochowie** kwotę **18 769 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy siedmiuset sześćdziesięciu dziewięciu złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) 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

Odwołujący: A. I. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą FIRMA TRANSPORTOWA „OMEGA” A. I. z siedzibą w Częstochowie, działając na podstawie art. 513 pkt 1) i 2) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), (dalej „ustawa Pzp”), złożyła w dniu 30 maja 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego. Odwołanie dotyczy pakietu nr 4 – transport sanitarny karetką typu „T” lub „Ts” oraz pakietu nr 6 – transport sanitarny materiału biologicznego.

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Szpitali Miejskich z siedzibą w Chorzowie prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego o wartości większej niż progi unijne na realizację zadania pod nazwą: Realizacja usług i transportu sanitarnego. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem Dz.U./S S032 z dnia 15 lutego 2022 r., 82277-2022-PL.

Odwołanie złożono od czynności Zamawiającego niezgodnych z przepisami ustawy Pzp polegających na:

- 1) unieważnieniu postępowania w ramach Pakietu nr 4 i 6 w dniu 19 maja 2022 r., pomimo iż nie wystąpiły niemożliwe do usunięcia wady istotne, które uniemożliwiłyby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w pakietach;
- 2) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w ramach Pakietu nr 4 i 6, pomimo że jest to oferta z najniższą ceną, tj. zaoferowana cena jednostkowa przez Odwołującego jest ceną najtańszą spośród złożonych ofert w pakietach i gdyby nie unieważnienie postępowania w ramach pakietów, to oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza ekonomicznie.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 6) w zw. z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. W postępowaniu nie wystąpiła niemożliwa do usunięcia wada istotna, uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia, co powoduje naruszenie interesu Odwołującego, ponieważ opisane działania i zaniechania Zamawiającego uniemożliwiły wybranie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Tym samym Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, jak również w uzyskaniu zamówienia.

Odwołujący wnosil o:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w ramach Pakietu nr 4 i 6;

2. ponowne dokonanie oceny złożonych w ramach Pakietu nr 4 i 6 ofert wszystkich Wykonawców, w tym Odwołującego, zgodnie z kryterium oceny ofert określonym w SWZ;
3. dokonanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w ramach Pakietu nr 4 i 6.

Informację o unieważnieniu postępowania w ramach Pakietu nr 4 i 6 Zamawiający przesłał wykonawcom w dniu 19 maja 2022 r. za pośrednictwem platformy zakupowej Zamawiającego i zamieścił na stronie internetowej postępowania. Odwołanie złożone zostało w określonym w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) PZP 10-dniowym terminie (wartość zamówienia jest równa albo przekracza progi unijne). Kopia odwołania została Zamawiającemu prawidłowo przekazana. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący zaznaczył, że w postępowaniu prowadzone było już postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 982/22. Zamawiający powinien zastosować wykładnię kryteriów oceny ofert, którą Izba przedstawiła w wyroku, tymczasem podjęto decyzję o unieważnieniu postępowania w pakietach. Odwołujący podnosił, że wybór oferty najkorzystniejszej jest możliwy i w postępowaniu nie zachodzi wada na tyle istotna aby niemożliwe było zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Zamawiający podał przed otwarciem ofert na platformie zakupowej, iż zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w ramach pakietu nr 4 kwotę w wysokości 2 212 434,00 zł a oferta Odwołującego dla tego pakietu sumarycznie przedstawia wartość 2 036 340 00 zł brutto; zaś dla pakietu nr 6 Zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 213 143 00 zł brutto a oferta Odwołującego dla tego pakietu sumarycznie przedstawia wartość 197 440,50 zł brutto. W rezultacie cena oferty Odwołującego w ramach pakietu nr 4 i 6 nie jest wyższa niż kwota Zamawiającego.

Oczywiste jest w ocenie Odwołującego wystąpienie szkody po jego stronie w postaci braku pozyskania zamówienia w ramach Pakietu nr 4 i 6, a co za tym idzie - braku uzyskania określonego przychodu i zysku w wyniku realizacji zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 w zw. art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp

Postępowanie zostało ogłoszone przez Zamawiającego w dniu 15 lutego 2022 r. Termin składania ofert upływał w dniu 18 marca 2022 r., o godz. 9:00. W ramach Pakietu nr 4 i 6 pięciu wykonawców złożyło w terminie składania ofert swoje oferty. Zamawiający w dniu 18 marca 2022 r. zamieścił na platformie zakupowej, informację z otwarcia ofert, którą następnie zmodyfikował i opublikował w dniu 21 marca 2022 r., a w której treści wskazał, iż kryterium oceny ofert jest cena jednostkowa - mimo iż w kolumnie obok podano kwoty całościowe, tj. iloczyn zaoferowanych kwot jednostkowych oraz szacunków Zamawiającego, zaoferowane przez wykonawców na dany Pakiet bez podania zaoferowanych cen jednostkowych.

Zamawiający w dniu 31 marca 2022 r. opublikował informację o wyborze oferty najkorzystniejszej wraz z przyznanymi punktami wykonawcom i Odwołującemu. Zamawiający, pomimo że taki sposób obliczenia punktów ofert był niezgodny z treścią SWZ, przyznał 100 pkt w ramach Pakietu nr 4 Wykonawcy nr 1 - Paktor sp. z o.o., który zaoferował najniższą (szacunkową) wartość sumaryczną realizacji zamówienia w tym Pakiecie, ale był trzeci w kolejności pod względem zaoferowanej ceny jednostkowej, a w ramach Pakietu nr 6 Zamawiający wybrał ofertę Wykonawcy nr 2 Henryka Smolarczyka RAPTIM, który zaoferował najniższą (szacunkową) wartość sumaryczną realizacji zamówienia w tym Pakiecie, mimo, iż faktycznie był drugi w kolejności pod względem zaoferowanej ceny jednostkowej.

Odwołujący wniósł odwołanie od tych czynności i zaniechań Zamawiającego. Zamawiający nie uwzględnił odwołania, dlatego Krajowa Izba Odwoławcza przeprowadziła rozprawę i wydała w dniu 21 kwietnia 2022 r. wyrok w sprawie pod sygnaturą akt KIO 982/22. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie Odwołującego w całości i nakazała Zamawiającemu w pkt 1 wyroku w pakiecie nr 4 i 6 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownej oceny ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SWZ, to jest przyznanie ofertom punktów według cen jednostkowych zaoferowanych przez wykonawców.

Zamawiający, jak podał w treści unieważnienia postępowania w ramach Pakietu nr 4 i 6 z dnia 19 maja 2022 r., unieważnił czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 31 marca 2022 r. w Pakietach i przeprowadził ponowną ocenę ofert, przyznając punktację według cen jednostkowych ale poinformował, że następnie podjął decyzję o unieważnieniu postępowania w zakresie Pakietu nr 4 i 6 na podstawie art. 255 pkt 6) PZP, ponieważ - w ocenie Zamawiającego postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zauważył, że nie są prawdziwe twierdzenia Zamawiającego, że „Izba zwróciła uwagę na mogącą występować wadę Postępowania polegającą na sprzeczności treści pkt 13.2 SWZ z załącznikiem nr 2 do SWZ, która w ocenie Izby hipotetycznie prowadzić może do unieważnienia postępowania”. Odwołujący podniósł, że zdanie, na które powołuje się Zamawiający jest całkowicie wyrwane z kontekstu uzasadnienia wyroku i nie może w żadnym zakresie stanowić podstawy podjętego przez Zamawiającego działania.

KIO w wyroku na str. 10 wyjaśniła szczegółowo, że: „dodatkowo należy zauważyć, że gdyby hipotetycznie uznać argumentację zamawiającego, jakoby z tabeli w załączniku nr 2 wynikało, że ocenie w kryterium podlega cena całkowita oferty stanowiąca wynik mnożenia cen jednostkowych i szacunków zamawiającego, to taki sposób oceny pozostawałby

w jawnej sprzeczności z treścią pkt 13.2 swz, gdzie jednoznacznie wskazano, że A i B to ceny za kilometr, roboczogodzinę, wyjazd czyli ceny jednostkowe. Tym samym taka sprzeczność między postanowieniami załącznika nr 2 i pkt 13.2 swz musiałaby prowadzić do wniosku że opis kryterium oceny ofert uniemożliwia w istocie dokonanie oceny i wybór oferty najkorzystniejszej, a to z kolei skutkowałoby koniecznością zastosowania art. 255 pkt 6 ustawy Pzp czyli koniecznością unieważnienia postępowania z powodu niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Tym samym argumentacja Zamawiającego, gdyby miała być hipotetycznie uznana za prawidłową, musiałaby - w konfrontacji z jednoznacznym brzmieniem definicji A i B zawartej w pkt 13.2 swz prowadzić do unieważnienia postępowania. Należy jednak podkreślić, że wskazane rozważania o skutku przyjęcia argumentacji zamawiającego mają wyłącznie charakter hipotetyczny i w praktyce nie znajdują zastosowania w niniejszej sprawie. Izba, bowiem stwierdziła w niniejszej sprawie, że odniesienie w pkt 13.2 swz do załącznika nr 2 nie jest precyzyjne, nie wskazuje dokładnie które wartości z tabeli w załączniku nr 2 mają być podstawione jako A i B do wzoru zatem za jedyne obowiązujące należy uznać definicje zawarte w pkt 13.2 swz zgodnie, z którymi A i B to ceny jednostkowe za kilometr, roboczogodzinę i wyjazd. W konsekwencji właśnie ceny jednostkowe powinny być podstawione do wzoru: cena oferty (PC) = A+B, co wynika jednoznacznie z pkt 13.2 swz”.

Z powyższego uzasadnienia wprost wynika, że KIO jednoznacznie wskazała, iż argumentacja Zamawiającego, gdyby hipotetycznie miała zostać uznana za właściwą, mimo iż właściwą nie jest, to powinna zmierzać do unieważnienia postępowania i podkreśliła, że przyjmuje wyłącznie hipotetycznie takie założenie, co zostało w uzasadnieniu podkreślone dwukrotnie. KIO wyraźnie wskazała, że odniesienie w pkt 13.2 SWZ do załącznika nr 2 do SWZ nie jest precyzyjne, nie wskazuje dokładnie które wartości z tabeli w załączniku nr 2 do SWZ mają być podstawione jako A i B do wzoru, co stanowi w efekcie rozbieżność w ramach dokumentacji, a nawet gdyby uznać tę rozbieżność za wadę postępowania, to nie jest to wada na tyle istotna by uznać, że uniemożliwia ona w istocie dokonanie oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty. KIO, rozważając hipotetyczne unieważnienie postępowania miała na myśli sytuację, gdyby możliwe było uznanie argumentacji Zamawiającego za prawidłową i w efekcie możliwe mogłoby być przyznawanie punktów w ramach oceny ofert według szacowanej całkowitej wartości zamówienia, co w ramach postępowania odwoławczego próbował przeforsować Zamawiający. KIO nie uwzględniła jednak w żadnym zakresie stanowiska Zamawiającego. Izba w całości przyznała rację Odwołującemu poprzez uwzględnienie odwołania w całości. Zamawiający pomimo jednoznacznej wykładni postanowień SWZ przez KIO, z którą się zgodził, gdyż od wyroku nie została złożona skarga do Sądu Okręgowego, w uzasadnieniu unieważnienia postępowania w ramach Pakietu nr 4

i 6 w dalszym ciągu powołuje się na własną wykładnię rozumienia SWZ, określoną również przez KIO jako jego „intencję”, która jednak nie wynika z treści dokumentacji postępowania. W ocenie Odwołującego zachodzą wątpliwości, czy Zamawiający faktycznie prawidłowo wykonał zapadłe orzeczenie KIO, gdyż pomimo tego, że Izba nie nakazała wyboru konkretnego wykonawcy na podstawie oceny ofert zgodnie z kryterium cen jednostkowych, to nakazała Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem tak rozumianego kryterium, co prowadzić powinno do wyboru oferty najkorzystniejszej, a w efekcie - do zawarcia ważnych umów w ramach Pakietu 4 i 6. W wyroku KIO 982/22 Izba wskazała, w jaki sposób Zamawiający powinien się zachować, KIO przesądziła o możliwości dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z treścią dokumentacji postępowania, a nie zgodnie z intencją Zamawiającego, jak również o możliwości zawarcia ważnej umowy, niepodlegającej unieważnieniu. KIO w sprawie 982/22 nie nakazała Zamawiającemu unieważnienia postępowania, co mogła uczynić, gdyż pozostaje związana jedynie granicami zarzutów, a te dotyczyły właśnie zasad wyboru oferty najkorzystniejszej, czyli Izba widziała możliwość wyboru oferty najkorzystniejszej, pomimo zaistnienia pewnej wady, rozumianej jako nieprecyzyjność postanowień w ramach dokumentacji postępowania. KIO w wyroku 982/22 jednoznacznie wskazała, że „Izba, bowiem stwierdziła w niniejszej sprawie, że odniesienie w pkt 13.2 swz do załącznika nr 2 nie wskazuje dokładnie, które wartości z tabeli w załączniku nr 2 mają być podstawione jako A i B do wzoru zatem za jedyne i obowiązujące należy uznać definicje zawarte w pkt 13.2 swz, zgodnie, z którymi A i B to ceny jednostkowe za kilometr, roboczogodzinę, wyjazd. Zamawiający zbyt pochopnie i bez żadnych podstaw faktycznych ani prawnych, stwierdził, że skoro KIO wskazała na nieprecyzyjność to automatycznie ma zastosowanie art. 255 pkt 6 PZP.

Jeżeli Zamawiający nie zgadzał się z argumentacją KIO przedstawioną w wyroku i przesądzoną jednoznacznie tam wykładnią treści SWZ, to powinien wnieść skargę na to orzeczenie do Sądu Okręgowego, a nie doszukiwać się na obecnym etapie w jego treści podstaw do unieważnienia postępowania, wrywając z kontekstu poszczególne zdania uzasadnienia wyroku, które samodzielnie wydają się być korzystne wyłącznie dla Zamawiającego.

Zgodnie z art. 255 pkt 6) PZP, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania ma swoje normatywne i faktyczne podstawy, spoczywa zawsze na Zamawiającym. Ponosi on odpowiedzialność za unieważnienie postępowania, a tym samym za bezpodstawną

rezygnację z zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w szczególności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie udowodnił, że w postępowaniu zachodzą przesłanki uprawniające do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6) PZP tj. w żaden sposób nie wykazał, że nie jest możliwe zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Interpretacji przesłanek unieważnienia postępowania należy dokonywać w sposób ścisły, przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej oraz celowościowej. Rozszerzająca wykładnia przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia jest zatem niedopuszczalna, ponieważ mogłaby prowadzić do manipulowania wynikiem postępowania, w szczególności gdy unieważnienie następuje po otwarciu ofert kiedy to zamawiający zna już wykonawców oraz zaoferowane przez nich warunki realizacji zamówienia.

Zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania ze względu na jego wadę, o ile spełnione są łącznie przesłanki wskazane w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Musi to być wada niemożliwa do usunięcia po jej stwierdzeniu ze względu na stan zaawansowania postępowania. Ponadto chodzi o nieprawidłowości rzutujące bezpośrednio na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia. Jeżeli wada jest wprawdzie nieusuwalna, lecz umożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu, zamawiający powinien doprowadzić do udzielenia zamówienia. Skoro wada postępowania skutkująca unieważnieniem postępowania nie może być wadą o charakterze nieistotnym, ponieważ co do zasady mogłaby zostać usunięta przez zamawiającego, nie każde naruszenie przepisów Pzp może rzutować na wynik postępowania i zmusza zamawiającego do unieważnienia postępowania (tak Andrzeła Gawrońska-Baran, komentarz do art. 255 PZP, lex 2021).

Unieważnienie postępowania z powołaniem się na art. 255 pkt 6) PZP w zakresie potencjalnego wpływu nieprawidłowości (nieusuwalnej wady postępowania) na umowę w sprawie zamówienia publicznego jest znacząco ograniczone. Na tym tle trzeba zwrócić uwagę na przyczyny unieważnienia umowy o zamówienie. Podstawowy katalog okoliczności wywołujących taki skutek zawiera art. 457 ust. 1 PZP. Wyjątkowy charakter unieważnienia umowy wyklucza wykładnię rozszerzającą tego unormowania, a zwłaszcza obejmowanie nim sytuacji niewymienionych w ustawie. Poza przypadkami wzruszalności umowy określonymi w art. 457 ust. 1 i art. 459 ust. 1 pkt 2 Pzp, mogą zachodzić także przypadki bezwzględnej nieważności umowy, wynikające z przepisów Kodeksu cywilnego (np. art. 58, 73, 76 k.c.). Chodzi tu o naruszenia dotyczące elementów konstrukcyjnych umowy (np., co do istotnych składników umowy, jej formy albo pominięcia obowiązkowej procedury przetargu w celu zawarcia umowy finalnej (tak Andrzeła Gawrońska Baran. komentarz do art. 255 lex 2021).

Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania nie wykazał, jaki ewentualnie wpływ opisane przez niego uchybienie miałyby mieć na ważność umowy w ramach pakietów. Zamawiający ograniczył się w zakresie drugiej z przesłanek wyłącznie do przytoczenia stanowiska doktryny i orzeczeń KIO, ale nie wykazał jak w okolicznościach faktycznych sprawy ma to zastosowanie w postępowaniu. Wada musi dotyczyć postępowania a nie hipotetycznej interpretacji postanowień SWZ, której nie musieli przyjąć wykonawcy.

Zamawiający w treści informacji o unieważnieniu podał, że *„zachodzi sprzeczność pomiędzy postanowieniami załącznika nr 2, a treścią pkt 13.2 SW”*, oraz powołał się na orzeczenie KIO 982/22. Jednakże z powyższego nie wynika, że sprzeczności tej nie da się usunąć poprzez zastosowanie prawidłowej wykładni postanowień SWZ, na co uwagę zwróciła KIO w wyroku.

Zamawiający wskazał także, że *„dokonując ponownej oceny ofert dostrzegł występujące istotne możliwe różnice w sposobie konstruowania oferty pomiędzy poszczególnymi wykonawcami wobec różnej interpretacji sprzeczności pkt 13.2 swz i załącznika nr 2. (...) wynik punktacji różni się tak istotnie, że w zależności od przyjętego sposobu obliczenia punktacji prowadzi do wyboru innego wykonawcy, taka sytuacja występuje tylko w zakresie pakietu nr 4 i 6. W świetle przedstawionych okoliczności Zamawiający stwierdził, że wykonawcy mogli złożyć ofertę przyjmując, że ocenie w kryterium cena podlega albo sumaryczna szacowana wartość całkowita zamówienia albo ceny jednostkowe, co w ocenie Zamawiającego prowadzi do wniosku, że w tym stanie faktycznym nie jest możliwy wybór oferty najkorzystniejszej w warunkach przejrzystości równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji”*.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie wykazał, że hipotetycznie, wykonawcy składając ofertę rzeczywiście przyjmowali odmienne sposoby wyliczenia ceny poza jednym wykonawcą, Paktor sp. z o.o. Oferta tego wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza w Pakiecie nr 4, dlatego też logicznym jest, iż wykonawca ten bronił przyjętego sposobu wykładni postanowień SWZ przez Zamawiającego, która została już uznana za błędną i bezpodstawną przez KIO. Zamawiający nie wykazał, że hipotetycznie zakładane odmienne rozumienie postanowień SWZ miało wpływ na treść składanych ofert przez innych wykonawców. Hipotetyczne różne rozumienie postanowień SWZ przez wykonawców nie jest działaniem Zamawiającego czy też wadą postępowania, o której mowa w art. 255 pkt 6 PZP oraz nie dowodzi, że zaistniała wada na tyle istotna, że uniemożliwiła wybór najkorzystniejszej oferty i zawarcie ważnej umowy. Bez względu na ilość szacowanych przez Zamawiającego kilometrów/wyjazdów/godzin wykonawcy powinni rzetelnie i zgodnie

z realiami rynkowymi obliczać właściwą do zaoferowania cenę jednostkową. Ceny jednostkowe w pakietach 2 i 3 oferowane przez innych Wykonawców są zbliżone do cen jednostkowych oferowanych przez Odwołującego w pakietach 4 i 6. Zamawiający podał w odpowiedzi na pytania do SWZ w dniu 10 marca 2022 r. ceny jednostkowe, po jakich świadczone są obecnie usługi na jego rzecz. Zamawiający podał w wyjaśnieniach do SWZ w odpowiedzi na pytanie nr 13, iż dla Pakietu nr 4 w zakresie transportu sanitarnego karetką typu „T” lub „Ts” stawka obecna za 1 km karetką „T” wynosi 0,50 zł brutto, a za 1 h stawka wynosi 65,00 zł brutto, zaś za transport karetką „Ts” za 1 km wynosi kwotę 0,50 zł brutto, a za 1 h pracy zespołu 110,00 zł brutto. Natomiast w Pakiecie nr 6 za wyjazd przysługuje kwota w wysokości 46,00 zł brutto, a cena za 1 km ponad 5 km za wyjazd to 3,90 zł brutto. Tylko ceny jednostkowe Odwołującego są zbliżone w każdym z Pakietów. Pozostali wykonawcy oferowali różne stawki w różnych Pakietach, co w ocenie Odwołującego nie jest zasadne nie uzasadnia faktycznych kosztów świadczenia usług, lecz może stanowić zabieg tzw. „inżynierii cenowej”, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Ponadto potwierdza, że wykonawcy prawidłowo rozumieli postanowienia SWZ i kalkulowali cenę jednostkową. Każdy z wykonawców oferował cenę jednostkową dla świadczonych usług, nie jest zatem zrozumiałe w jaki inny, hipotetyczny sposób wykonawcy mogliby kalkulować cenę usługi, niż przez wskazanie cen jednostkowych. Ceny te bynajmniej nie powinny być zależne od sposobu obliczania punktów w kryterium „cena”, a od faktycznych kosztów, ponoszonych przez wykonawców w związku ze świadczeniem tego rodzaju usług. Odwołujący nie znajduje uzasadnienia dla możliwości innego skonstruowania ofert w ramach podania oferowanych cen jednostkowych.

Nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że rzekomo: *„w tym stanie faktycznym nie jest możliwy wybór oferty najkorzystniejszej w warunkach przejrzystości, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji”*. Zamawiający ograniczył się tylko do przytoczenia art. 16 PZP, bez wykazania, w jaki sposób przedmiotowa sprzeczność w dokumentacji postępowania miałyby wpłynąć na naruszenie przepisu. Ponadto powołany przez Zamawiającego w treści unieważnienia wyrok KIO z dnia 25 września 2017 r., sygn. akt KIO 1 869/17 dotyczy całkowicie odmiennego stanu faktycznego i wad postępowania dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, czego nie można przełożyć na tę sprawę, która dotyczy zupełnie innych okoliczności faktycznych.

W ocenie Odwołującego możliwa jest weryfikacja ofert przez porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawionych w ofertach. Wszyscy wykonawcy liczyli swoje koszty i marże oraz byli świadomi, że wynagrodzenie jest wypłacane na podstawie faktycznie realizowanych zleceń cząstkowych (ilość kilometrów i roboczogodzin w ramach Pakietu nr 4 i liczba wyjazdów oraz

ilość km za wyjazd ponad 5 km w ramach Pakietu nr 6) pomnożonych przez ceny jednostkowe podane w ofercie przez wszystkich wykonawców. Zamawiający wprost określił w dokumentacji, że „*należność za wykonane usługi przewozowe ustala się na podstawie ceny jednostkowej brutto podanej w specyfikacji cenowej stanowiącej załącznik nr 2 do umowy*”. W rezultacie nie sposób przyjąć twierdzeń Zamawiającego za słuszne, jakoby wybór najkorzystniejszej oferty prowadził do nierównego traktowania wykonawców poprzez przyjęcie opisu kryterium oceny ofert jako ceny jednostkowej, skoro wszyscy wykonawcy zaoferowali swoje ceny jednostkowe.

W postanowieniu § 2 ust. 1 wzoru umowy dla Pakietu nr 4 określono, iż cena całkowita stanowi wyłącznie podstawę do podania maksymalnej wartości Umowy, jaka jest możliwa do wykorzystania przez Strony umowy, gdyż wysokość wynagrodzenia będzie ustalana na podstawie ceny jednostkowej brutto podanej w specyfikacji cenowej stanowiącej załącznik nr 2 do umowy (podobnie dla Pakietu nr 6). W treści postanowienia umownego pozostawiono miejsce na wskazanie zaoferowanych cen jednostkowych, w oparciu o które ma następować rozliczenie należnego wykonawcy wynagrodzenia, Dodatkowo, Zamawiający zastosował prawo opcji i zastrzegł sobie możliwość rezygnacji z 50% wartości umowy, co również potwierdza, iż szacunkowa wartość całościowa oferty służyła jedynie do oszacowania maksymalnej wartości realizacji przedmiotu umowy, gdyż wynagrodzenie będzie wypłacane na podstawie faktycznej ilości świadczonych usług oraz zaoferowanych przez wykonawców cen jednostkowych. Zastrzeżenie prawa opcji tym bardziej wskazuje, że istotne są ceny jednostkowe, gdyż porównanie ofert na podstawie szacunkowych cen całościowych przy zastosowaniu prawa opcji prowadziłoby do nierównego traktowania wykonawców i niemożności porównania ich ofert.

Kryteria oceny ofert wprost wskazywały jak liczona będzie cena. Żaden z wykonawców nie zadał pytań do SWZ, co również wskazuje, że nie było wątpliwości, co do rozumienia treści SWZ w spornym zakresie. KIO w wyroku KIO 982/22 podkreśliła, że oceny ofert należy dokonać zgodnie z kryteriami, które zostały opisane w dokumentach zamówienia i wprost wskazała, że po upływie terminu składania ofert Zamawiający nie może dokonać oceny ofert wg innych reguł niż wynikające z opisu zawartego w dokumentach zamówienia. Kryteria nie mogą być stosowane zgodnie z intencjami Zamawiającego, jeżeli nie zostały one wyrażone w dokumentacji zamówienia. A jeżeli taka była intencja Zamawiającego, co do sposobu rozumienia kryterium ceny, to KIO wskazała, iż Zamawiający nie dochował należytej staranności w sporządzeniu SWZ i załączników. Jednakże taka niespójność nie jest wadą postępowania w rozumieniu art. 255 pkt 6) PZP, a bezsprzecznie nie jest wadą prowadzącą do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu. Całościowa sumaryczna kwota była potrzebna tylko do zamieszczenia jej w treści umowy, aby wyznaczyć maksymalny limit

szacowanej wartości zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest transport rozliczany za przejechany kilometr, wyjazd i roboczogodzinę i to jest faktyczny sposób realizacji zamówienia.

Odwołujący podniósł, że jego oferta jest też ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie z najniższą ceną jednostkową, pomimo że zsumowana szacowana wartość całkowita zamówienia jest wyższa w przypadku Odwołującego od oferty Wykonawcy nr 1 w ramach Pakietu nr 4 i Wykonawcy nr 2 w ramach Pakietu nr 6. Szacunki podane w załączniku nr 2 do SWZ mogą nie zostać wykorzystane w całości, gdyż usługi będą zamawiane w odniesieniu do faktycznych potrzeb Zamawiającego. Dlatego oferta Odwołującego może się okazać najniższa cenowo także sumarycznie. Oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza ekonomicznie mając na uwadze na ceny jednostkowe, jak również w zależności od ilości faktycznie zamawianych usług - również całościowo.

Opisana przez Zamawiającego w uzasadnieniu unieważnienia postępowania „sprzeczność” wadą istotną postępowania w rozumieniu art. 255 pkt 6 PZP nie była. Zamawiający nie udowodnił także zaistnienia drugiej przesłanki unieważnienia postępowania, czyli tego jak uchybienie gdyby było wadą istotną wpłynęłoby na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W okolicznościach sprawy mogło dojść do błędu przy tworzeniu dokumentacji postępowania, polegającego na nieścisłości postanowień, ale w takim zakresie, który nie ma wpływu na wynik postępowania i ważność samej umowy.

Nawet, jeżeli liczenie na nowo punktacji w pozostałych Pakietach nie zmienia wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach Pakietu nr 1, 2, 3, 5, 7 i 8, to mimo tego powstaje wątpliwość czy umowy w tamtych Pakietach zostały ważne zawarte, skoro - według oceny Zamawiającego - istotny był hipotetyczny sposób rozumienia SWZ przez wykonawców przy składaniu oferty i oferowanej cenie. Taki sposób rozumowania nakazywałby konsekwentne przyjęcie, że również w pozostałych Pakietach „wykonawcy mogli różnie rozumieć kryterium oceny ofert”, które było opisane w sposób odpowiadający sposobowi w ramach Pakietu nr 4 i 6. Mimo tego postępowania w innych pakietach Zamawiający nie unieważnił, a wybrał oferty i podpisał umowy.

Zamawiający całkowicie pomija, że oceniać powinien oferty, a nie sposób kalkulowania zaoferowanych cen przez wykonawców. Zamawiający powołuje się wyłącznie na hipotetyczne założenia wykonawców przyjęte dla zaoferowania ceny, których nie znał i nie przedstawił, a mimo tego założył, że zaoferowane ceny jednostkowe byłyby inne, gdyby przyjął sposób rozumienia SWZ odmienny od początkowo przyjętego przez Zamawiającego. Zamawiający nie udowodnił w jaki sposób wpłynęłoby to na ograniczenie konkurencji, skoro każdy z wykonawców kalkulował ceny samodzielnie w sposób obiektywny, na podstawie

opisu przedmiotu zamówienia i podawał ceny jednostkowe w swoich ofertach. Złożone oferty są bezsprzecznie porównywalne i można wybrać ofertę najkorzystniejszą na podstawie opisu kryterium oceny ofert.

W prowadzonym postępowaniu wada nie polega na sprzeczności SWZ, które uzależniają przyznanie punktów w zależności od treści oferty ale na nieścisłości postanowień SWZ, która jednak nie stanowi przeszkody do dokonania prawidłowej oceny ofert i wybrania oferty najkorzystniejszej zgodnie z opisanym kryterium.

Zamawiający w treści uzasadnienia unieważnienia stwierdził że w sprawie zastosowanie znajdzie art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP bowiem zawarcie umowy z wykonawcą stanowiłoby udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy . Jednak zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP „umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający 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. Zamawiający powołał w treści uzasadnienia tylko część przepisu, całkowicie pomijając dalszą jego treść, która powinna być odczytywana łącznie. Przepis ten opisuje de facto kilka samodzielnych okoliczności, które mogą potencjalnie stanowić podstawę unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pomimo dość nieprzejrzystego sformułowania przepisu wszystkie one związane są z zaniechaniem przez zamawiającego zasadniczego obowiązku jakim jest obowiązek opublikowania ogłoszenia lub przekazania ogłoszenia do publikacji UPUE• ogłoszenia wszczynającego postępowanie. Przepis wyraźnie stanowi, że o możliwości unieważnienia umowy przesądza jedynie niedopełnienie obowiązków publikacyjnych, związanych z zamieszczeniem lub opublikowaniem ogłoszenia w urzędowych publikatorach (Biuletyn Zamówień Publicznych, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej). Przesłanki unieważnienia umowy powinny być wykładane ściśle z pominięciem wykładni rozszerzającej, a przepis odnosi się do szerszego opisu, a nie tylko wyrwanej części zdania. W rezultacie zdaniem Odwołującego art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP nie znajdzie zastosowania w tej sprawie.

Podsumowując Odwołujący podał, jeżeli wada postępowania jest wprawdzie nieusuwalna, lecz umożliwi zawarcie ważnej umowy. Zamawiający powinien doprowadzić do udzielenia zamówienia. Wada postępowania skutkująca unieważnieniem postępowania nie może być wadą o charakterze nieistotnym, bo nie każde naruszenie przepisów Pzp może rzutować na wynik postępowania i zmusza zamawiającego do go unieważnienia. Przesłanka unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 PZP stanowi instytucję szczególną,

niweczącą cel postępowania, jakim jest zawarcie ważnej umowy na realizację zamówienia, dlatego też nie powinna być nadużywana. Nie służy ona więc konwalidowaniu wszelkich błędów i niedopatrzeń Zamawiającego w postępowaniu. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie udowodnił, że wada jest na tyle istotna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, dlatego też odwołanie winno być uwzględnione w całości. Zamawiający ani słowem nie wyjaśnił z jakich powodów i w jakim dokładnie zakresie umowa zawarta w ramach Pakietu nr 4 i 6 po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej miałyby być nieważna. Zamawiający jest zobowiązany do wyczerpującego wykazania wszystkich określonych w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp przesłanek w treści uzasadnienia unieważnienia. Uzasadnienie faktyczne wymaga wskazania okoliczności (faktów, zdarzeń, stanu), które nakazują zamawiającemu zastosowanie określonej normy prawnej. Jest ono niezbędne dla oceny przez wykonawcę, czy dana czynność zamawiającego mieści się w granicach przytoczonej podstawy prawnej, a więc czy dokonana została w sposób właściwy. Z kolei uzasadnienie prawne nie może ograniczać się tylko do podania i zacytowania przepisu Prawa zamówień publicznych. Wiąże się bowiem z obowiązkiem ukazania rzeczywistego wypełnienia przez zaistniałe okoliczności hipotezy danej normy prawnej. Zamawiający nie podał w ocenie Odwołującego wyczerpujących podstaw prawnych i faktycznych dla wykazania że zachodzi taka wada, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zamawiający jednocześnie nie odniósł się w ogóle do drugiej przesłanki unieważnienia, czyli jak opisana nieściśłość SWZ - gdyby była wadą postępowania, przekłada się na możliwą nieważność umowy. Uzasadnienie Zamawiającego jest lakoniczne i niepełne.

W przedstawionym stanie rzeczy Odwołujący uważa, że złożone odwołania jest konieczne i zasadne, a samo odwołanie zasługuje na uwzględnienie, działania i zaniechania Zamawiającego miały istotny wpływ na wynik postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem zainteresowanym udziałem

w postępowaniu i uzyskaniem zamówienia, złożył ofertę w postępowaniu. Proces badania i oceny ofert przeprowadzony przez Zamawiającego a w ostateczności unieważnienie postępowania, uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie zamówienia i może również skutkować poniesieniem szkody przez Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłoszenie przystąpienia złożył wykonawca Paktor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła Wykonawcę jako Przystępującego.

Na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez Zamawiającego, Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia w pakiecie 4 był transport sanitarny karetką typu „T” lub „Ts”, w tym:

- a) Przewóz chorych z dysfunkcją uniemożliwiającą korzystanie ze środków transportu publicznego po zakończonym leczeniu do miejsca zamieszkania, innego zakładu opieki zdrowotnej w celu dalszego leczenia lub wykonania badań diagnostycznych karetką transportową typu „Ts” z pomocą sanitariusza;
- b) Przewóz chorych z dysfunkcją uniemożliwiającą korzystanie ze środków transportu publicznego po zakończonym leczeniu do miejsca zamieszkania karetką transportową typu „T”.

W pakiecie 6 opis przedmiotu zamówienia obejmował transport materiałów biologicznych na terenie kraju.

W OPZ określono szacunkową ilość wyjazdów/km/godzin pracy zespołu na 12/36 miesięcy w zależności od pakietu.

Wraz z ofertą należało złożyć wypełnioną Specyfikację Cenową zgodnie z załącznikiem nr 2 do SWZ – Zamawiający zaznaczył, że zał. nr 2 do SWZ nie podlega uzupełnieniu na zasadach regulowanych przepisami art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

W rozdziale 12 *Opis sposobu obliczenia ceny* Zamawiający wskazał, że Wykonawca w przedstawionej ofercie winien zaoferować cenę ryczałtową, kompletną, jednoznaczną, która będzie ceną ostateczną.

- a) Realizowane w pakiecie nr 1, 2, 3, 5, 6 usługi transportu sanitarnego rozliczane będą w oparciu o kilometry i czas pracy zespołu.
- b) Realizowane w pakiecie nr 4 usługi transportu sanitarnego rozliczane będą na zasadzie ryczału - „za wyjazd”.
- c) Realizowane w pakiecie nr 7, 8 usługi transportu materiału biologicznego rozliczane będą na podstawie stawki za kilometr oraz w oparciu o ryczał, czyli „za wyjazd”.

Zamawiający nie będzie ponosić żadnych kosztów związanych z eksploatacją pojazdów przez Wykonawcę.

Usługi transportu sanitarnego nie obejmują dojazdu do siedziby Zamawiającego lub miejsca wskazanego przez Zamawiającego jako punkt rozpoczęcia świadczenia usługi oraz nie obejmują powrotu do siedziby Wykonawcy lub miejsca wyczekiwania pojazdów po realizacji usługi zleconej przez Zamawiającego – jednakże, Wykonawca winien w oferowanej cenie uwzględnić koszty dojazdów do Zamawiającego i powrotów do miejsca docelowego postoju.

Cena oferty powinna zawierać wszystkie koszty związane z wykonaniem usługi łącznie z podatkiem od towarów i usług VAT oraz kosztami wynagrodzenia personelu, materiałów i sprzętu medycznego, dezynfekcją, kosztami paliwa i eksploatacji pojazdów, ubezpieczeń OC i NW itp. Wykonawca winien uwzględnić w cenie oferty również wszystkie inne koszty jakie poniesie w związku z realizacją przedmiotu przetargu, także niewymienione w zdaniu poprzedzającym, a które mają wpływ na cenę oferty.

Cena powinna być podana w złotych polskich. Rozliczenia między Zamawiającym a Wykonawcą prowadzone będą w złotych polskich.

Jeżeli Wykonawca stosuje w swojej praktyce kupieckiej upusty cenowe, to proponując je Zamawiającemu w ofercie, musi już uwzględnić je w ostatecznej cenie oferty.

Przyjęte przez Wykonawcę w ofercie ceny i stawki w złotych polskich nie będą podlegać waloryzacji w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia z zastrzeżeniem przypadków, o których mowa w umowie i UPZP.

Z zapisów Rozdziału 13 *Opis kryteriów, którymi będzie się kierował Zamawiający przy wyborze oferty* wynikało, że Zamawiający określił w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 3 do SWZ) standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia. Zamówienia, co do których możliwe będzie określenie standardów, o których mowa w art. 246 ust. 2 ustawy Pzp mają charakter zamówień nieskomplikowanych, typowych oraz o małym stopniu złożoności. W przypadku takich zamówień nieracjonalne byłoby ustanawianie pozacenowych kryteriów oceny ofert dotyczących aspektów, które można określić w opisie przedmiotu zamówienia - jak w zamówieniu na usługę transportu sanitarnego. To powoduje, że w postępowaniu publicznym na usługę ubezpieczenia można zastosować tylko kryterium - cena lub kryterium ceny o wadze przekraczającej 60%. Usługi, których dotyczą takie zamówienia, będą mieć powtarzalne cechy jakościowe oraz odpowiadać będą standardom powszechnie oferowanym, nie zaś zindywidualizowanym i specyficznym wymaganiom Zamawiającego.

Przy wyborze i ocenie oferty Zamawiający wskazał, że będzie się kierować wyłącznie następującymi kryteriami:

PAKIET 4 – Transport sanitarny karetką typu „T” lub „Ts”

Cena oferty - 100 %

Cena oferty (Pc) = A + B

gdzie:

A = Cena za kilometr

B = Cena za godzinę pracy zespołu

Kryterium podlegać będzie ocenie dokonanej zgodnie z wypełnionym przez Wykonawcę zał. nr 2 do SWZ – specyfikacją cenową.

W kryterium „Cena oferty” można uzyskać max. 100 pkt

PAKIET 6 – Transport sanitarny materiału biologicznego

Cena oferty - 100 %

Cena oferty (Pc) = A + B

gdzie:

A = Cena za wyjazd w przypadku zleceń do 5 km

B = Cena za kilometr w przypadku zleceń powyżej 5 km

Kryterium podlegać będzie ocenie dokonanej zgodnie z wypełnionym przez Wykonawcę zał. nr 2 do SWZ – specyfikacją cenową.

W kryterium Cena można uzyskać max. 100 pkt.

W tabeli załącznika nr 2 dla zadania nr 4 należało podać następujące informacje w poszczególnych kolumnach: Zamawiający wskazał szacunkową liczbę kilometrów, Wykonawca miał podać: cenę jednostkową brutto za 1km; wartość netto, podatek VAT, wartość brutto. Zamawiający wskazał szacunkową liczbę roboczogodzin pracy, Wykonawcy mieli podać: cenę jednostkową brutto za 1 roboczogodzinę, wartość netto, podatek VAT, wartość brutto. Należało również wpisać łączną wartość wykonania zamówienia netto i brutto, jako sumę A i B. W pakiecie 6 Zamawiający podał szacunkową liczbę kilometrów powyżej 5 km oraz szacunkową liczbę wyjazdów do 5km, wykonawcy mieli podać cenę jednostkową brutto za 1km oraz cenę jednostkową brutto za jeden wyjazd. Należało również podać łączną wartość zamówienia netto i brutto.

W toku postępowania, odpowiadając na pytania Wykonawców Zamawiający podał jakie obecnie stawki płaci za wykonywanie usługi (odpowiedź nr 13) oraz podał średnią miesięczną ilość godzin pracy zespołów oraz ilość kilometrów/ilość wyjazdów wykonanych pojazdami sanitarnymi w ciągu ostatnich 3 m-cy w zakresie każdego pakietu.

W terminie składania oferty w pakiecie nr 4 złożono 5 ofert, w pakiecie nr 6 złożono 5 ofert, przy czym w tabeli Zamawiający zamieścił informacje o wartościach całościowych ofert, a wskazał, że kryterium jest cena jednostkowa.

Z oferty Odwołującego wynika, że za transport kartką typu T i typu Ts zaoferował on cenę jednostkową po 10,00 zł, cenę jednostkową za 1 rbh dla karetki typu T określił na 30 zł,

a dla karetki typu Ts na 60 zł/1rbh – ceny dotyczą pakietu nr 4. W pakiecie 6 Odwołujący zaoferował cenę jednostkową za 1 km w wysokości 6,5 zł i cenę jednostkową za wyjazd 30 zł.

Wykonawca Paktor zaoferował w pakiecie nr 4 odpowiednio po 1 zł ceny jednostkowej za 1 km oraz 70 zł i 104 zł za 1 rbh. W pakiecie 6 Wybrany wykonawca zaoferował 3 zł za 1 km oraz kwotę 39 zł za wyjazd.

Pierwotnie Zamawiający dokonał w pakiecie nr 4 wyboru oferty Paktor Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej za cenę brutto: 1 477 800,00 zł (100%), Odwołujący otrzymał 72,57 pkt (zaoferowano wartość brutto 2 036 340,00 zł). W pakiecie nr 6 Zamawiający wybrał ofertę Transport Sanitarny „RAPTIM” Henryk Smolarczyk z siedzibą w Zabrze, za cenę brutto: 113 463,00 zł. Odwołujący otrzymał 57,47 pkt, oferując wartość brutto 197 440,50 zł.

Na czynność wyboru złożono odwołanie, które Izba rozpoznała pod sygn. akt KIO 982/22, uwzględniając odwołanie i nakazując Zamawiającemu w pakiecie nr 4 i 6 unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny ofert zgodnie z kryterium oceny określonym w SWZ, tj. przyznanie ofertom punktów według cen jednostkowych zaoferowanych przez wykonawców.

Po otrzymaniu wyroku Zamawiający unieważnił pierwotny wybór ofert najkorzystniejszych w pakietach 4 i 6, następnie poinformował, że w toku ponownej oceny ofert podjął decyzję o unieważnieniu postępowania w zakresie pakietu nr 4, 6 – na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, ponieważ postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu unieważnienia podniesiono, że w dniu 31 marca 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty. W pakiecie nr 4 przyznano 100 pkt wykonawcy Paktor sp. z o.o., w pakiecie nr 6 przyznano 100 pkt wykonawcy Transport Sanitarny „RAPTIM” H. S. W dniu 11.04.2022 r. jeden z wykonawców złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie pakietu 4 i 6, jako niezgodnej przepisami ustawy Pzp oraz kryteriami oceny ofert wskazanymi w SWZ. Odwołujący podniósł, że w jego ocenie z treści SWZ wynika, że zgodnie z wzorem matematycznym wskazanym pkt 13.2. SWZ punkty w kryterium oceny ofert powinny być przyznawane wyłącznie za ceny jednostkowe. Odwołujący wskazał, że błędnie Zamawiający przy przyznawaniu punktów w kryterium ceny przyjął do wzoru matematycznego wskazanego w pkt 13.2 SWZ iloczyn zaoferowanych w załączniku nr 2 do SWZ kwot jednostkowych oraz szacunków Zamawiającego na dany pakiet.

Wyrokiem z dnia 21 kwietnia 2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza, KIO 982/22 uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu w pakiecie nr 4 i 6 postępowania unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownej oceny ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, tj. przyznanie ofertom punktów według cen jednostkowych zaoferowanych przez wykonawców. Jednocześnie Izba zwróciła uwagę na mogącą występować wadę postępowania polegającą na sprzeczności treści 13.2. SWZ z załącznikiem nr 2, która w ocenie Izby hipotetycznie prowadzić może do unieważnienia postępowania.

Zamawiający stwierdził, że zachodzi sprzeczność pomiędzy postanowieniami Załącznika nr 2, a treścią pkt 13.2 SWZ.

W pkt 13.2 SWZ opisano kryteria oceny ofert w sposób następujący:

w pakiecie nr 4 – Transport sanitarny karetka typu „T” lub „Ts”

Cena oferty - 100 %

Cena oferty (Pc) = A + B

gdzie:

A = Cena za kilometr

B = Cena za godzinę pracy zespołu

Kryterium podlegać będzie ocenie dokonanej zgodnie z wypełnionym przez Wykonawcę zał. Nr 2 do SWZ – specyfikacją cenową.

W kryterium „Cena oferty” można uzyskać max. 100 pkt

w pakiecie nr 6 – Transport sanitarny materiału biologicznego:

Cena oferty - 100 %

Cena oferty (Pc) = A + B

gdzie:

A = Cena za wyjazd w przypadku zleceń do 5 km

B = Cena za kilometr w przypadku zleceń powyżej 5 km

Kryterium podlegać będzie ocenie dokonanej zgodnie z wypełnionym przez Wykonawcę zał. Nr 2 do SWZ – specyfikacją cenową.

W kryterium „Cena oferty” można uzyskać max. 100 pkt

Wykonawcy w pkt 1 Formularza ofertowym składali następujące oświadczenie: „Oferujemy realizację przedmiotu zamówienia w zakresie objętym specyfikacją warunków zamówienia zgodnie z ceną określoną w załączniku nr 2 do SWZ”.

W załączniku nr 2 do SWZ – Specyfikacja cenowa zawiera:

w pakiecie nr 4:

tabelę, w której Zamawiający podał szacunkową liczbę kilometrów dla karetki „T” (A1) i karetki „Ts” (A2) oraz szacunkową liczbę roboczogodzin pracy dla karetki „T” (B1) i karetki „Ts” (B2). Wykonawcy w wierszach A1, B1, A2 i B2 mieli podać cenę jednostkową brutto za 1 kilometr i cenę jednostkową brutto za 1 roboczogodzinę dla każdego rodzaju karetki wraz z wartością netto, procentem podatku VAT i wartością brutto, a także podać łączną wartość wykonania zamówienia, jako sumę wartości netto i brutto wartości z A i B

w pakiecie nr 6:

tabelę, w której Zamawiający podał szacunkową liczbę kilometrów powyżej 5 km (A) oraz szacunkową liczbę wyjazdów do 5 km (B). Wykonawcy w wierszach A i B mieli podać cenę jednostkową brutto za 1 kilometr i cenę jednostkową brutto za 1 wyjazd z wartością netto, procentem podatku VAT i wartością brutto, a także podać łączną wartość wykonania zamówienia, jako sumę wartości netto i brutto wartości z A i B.

Tabela zawarta w Załączniku nr 2 podzielona została na dwie części oznaczone literami „A” i „B”, które to oznaczenia odpowiadają oznaczeniom ze wzoru matematycznego wskazanego w pkt 13.2 SWZ. W kolumnie drugiej tabeli Zamawiający wskazał szacunkową liczbę kilometrów oraz szacunkową liczbę roboczogodzin pracy. Taki sposób konstrukcji tabeli wraz z postanowieniem w pkt 13. 2. SWZ o treści „Kryterium podlegać będzie ocenie dokonanej zgodnie z wypełnionym przez Wykonawcę zał. Nr 2 do SWZ” pozwala przyjąć, że ocenie w kryterium podlega cena całkowita oferty stanowiąca wynik mnożenia cen jednostkowych i szacunków zamawiającego. Jednocześnie należy zgodzić się ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 982/22, że powyższe stoi w sprzeczności z treścią 13.2. SWZ, gdzie wskazano, że A i B to ceny za kilometr, roboczogodzinę, wyjazd.

Zamawiający po unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonując ponownej oceny ofert dostrzegł występujące istotne możliwe różnice w sposobie konstruowania oferty pomiędzy poszczególnymi wykonawcami wobec różnej interpretacji sprzeczności pkt 13.2 SWZ i załącznika nr 2. W niniejszym postępowaniu wykonawcy w oparciu o opis kryterium oceny ofert zawarty w pkt 13.2. SWZ, a w szczególności odwołanie się w tym miejscu także do specyfikacji cenowej stanowiącej załącznik nr 2, mogli przyjąć dwa odmienne sposoby przyznania punktacji przez Zamawiającego.

Pierwszy sposób: poprzez pomnożenie zaoferowanych cen jednostkowych przez szacunkowe liczby wskazane przez Zamawiającego w załączniku nr 2. Ten sposób obliczenia punktacji w ramach kryterium oceny ofert przyjął pierwotnie Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Paktor sp. z o.o. w pakiecie nr 4 oraz wykonawcy Transport Sanitarny „RAPTIM” H. S. w pakiecie nr 6.

Drugi sposób: poprzez przyznanie punktów według cen jednostkowych zaoferowanych przez wykonawców z pominięciem szacunków wskazanych przez Zamawiającego w załączniku nr 2. Ten sposób obliczenia punktacji przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając wniesione odwołanie od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający wobec unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonał ponownej oceny złożonych ofert. Przeprowadzona została również analiza porównawcza ofert wykonawców złożonych w tym postępowaniu. Dokonano zestawienia punktacji w ramach kryterium oceny ofert przyjmując punktację z pomnożenia zaoferowanych cen jednostkowych przez szacunkowe liczby wskazane w załączniku nr 2 (sposób nr I) oraz stosując drugi sposób punktacji poprzez ocenę cen jednostkowych (sposób nr II). W zależności od przyjętej interpretacji pkt 13.2. SWZ oraz Załącznika nr 2 wynik punktacji poszczególnych ofert różni się tak istotnie, że w zależności od przyjętego sposobu obliczenia punktacji prowadzi do wyboru innej oferty wykonawcy, taka sytuacja występuje tylko w zakresie pakietu nr 4 i 6.

Zamawiający stwierdził, że wykonawcy mogli złożyć ofertę przyjmując, że ocenie w kryterium podlega cena całkowita oferty stanowiąca wynik mnożenia cen jednostkowych i szacunków wskazanych w załączniku nr 2. Potwierdzeniem powyższego stanowi treść pisma jednego z wykonawców złożonego w dniu 19 kwietnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 982/22. Zamawiający stwierdza, że występująca możliwość odczytania kryterium oceny ofert według dwóch wyżej opisanych sposobów prowadzi w pakiecie nr 4 i 6 do odmiennego wyniku punktacji złożonych ofert.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. W tym stanie faktycznym nie jest możliwy wybór oferty najkorzystniejszej w warunkach przejrzystości, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Jednocześnie występująca wada nie jest możliwa do poprawy po upływie terminu składania ofert. W konsekwencji postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli postępowanie obciążone jest wadą, która, po pierwsze – jest niemożliwa do usunięcia, po drugie – uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. Inne podejście i doprecyzowanie tego aspektu po otwarciu ofert byłoby niedopuszczalne. Zamawiający nie jest więc w stanie naprawić owego błędu. Nie ma możliwości bowiem usunąć błędów dotyczących treści SWZ. W niniejszym postępowaniu

zastosowanie znajdzie art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zawarcie umowy z wykonawcą stanowiłoby udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która m.in. w wyroku z dnia 25 września 2017 r., KIO 1869/17 uznała, że możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji jest podstawą unieważnienia postępowania. „Izba na wstępie wskazuje, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (obecnie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp) jest obligatoryjne. (...) Ww. przesłanka unieważnienia postępowania składa się z koniunkcji trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje obowiązkiem zastosowania tego przepisu. Po pierwsze - musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania). Po drugie - wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Po trzecie - wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Wada postępowania musi mieć charakter trwały, musi rzeczywiście wystąpić i musi powodować niemożliwość zawarcia ważnej umowy. Umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w sytuacji wypełnienia się choćby jednej z katalogu bezwzględnych przesłanek nieważności umowy, określonych w art. 146 ust. 1 ustawy (obecnie art. 457 ust. 1 ustawy Pzp). (...). W ocenie Izby, Zamawiający prawidłowo rozważył okoliczności jakie zaistniały w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tym samym nie naruszył zasad Prawa zamówień publicznych, bowiem konkurencyjność i równe traktowanie wykonawców zostałyby naruszone, gdyby Zamawiający nie dokonał kwestionowanej przez Odwołującego czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia w obliczu stwierdzonych nieprawidłowości. Zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 r. sygn. akt X Ga 25/08).”.

Również w wyroku z dnia 27 kwietnia 2021 r., KIO 913/21 Izba zwróciła uwagę, że występująca sprzeczność w sposobie określenia kryterium oceny ofert jest podstawą do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. „Nieusuwalna wada tkwiąca w badanym postępowaniu uwidoczniła się również przy badaniu czynności oceny ofert w kryteriach pozacenowych. W postanowieniach SWZ zamawiający przewidział możliwość wyboru długości okresu gwarancji na system w przypadku kalibracji posiadanych już czujników, wskazał bowiem okres 24 i 36 miesięcy, do wyboru wykonawcy. W odniesieniu do długości okresu gwarancji, którego zaoferowanie umożliwiło uzyskania dodatkowych 20 punktów zamawiający w SWZ przewidział prawidłowo jedynie maksymalny

okres 36 miesięcy. Tymczasem w Formularzu oferty w pkt 5.2. zamawiający wskazał wyłącznie okres 24 miesięcy na gwarancję na system ze skalibrowanymi czujnikami i wybór tego okresu w pkt 5.3. Spowodowało to nie tylko wewnętrzną sprzeczność w dokumentacji postępowania, ale również sytuację, w której wykonawcy albo nie mogą uzyskać dodatkowych 20 punktów, albo składają ofertę z wzajemnie wykluczającymi się oświadczeniami dotyczącymi długości okresu gwarancji.". W przytoczonym orzeczeniu Izba wyraziła również stanowisko, zgodnie z którym „Dostrzeżono, że według poglądu wypracowanego w orzecznictwie wydanym na podstawie poprzedniego stanu prawnego prawidłowe unieważnienie postępowania z powodu obarczenia go nieusuwalną wadą na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp musiało pozostawać w związku z przesłankami unieważnienia umowy stanowił art. 146 dawnej ustawy Pzp. De lege lata w sprawie zastosowanie znajdzie art. 457 ust. 1 pkt 1 in initio Pzp, zawarcie umowy z przystępującym stanowiłoby bowiem udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy.” Powyższe stanowisko wyrażone zostało również w doktrynie prawa m.in. A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 255 „Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia z powołaniem się na komentowany pkt 6 w zakresie potencjalnego wpływu nieprawidłowości (nieusuwalnej wady postępowania) na umowę w sprawie zamówienia publicznego jest znacząco ograniczone. Na tym tle trzeba zwrócić uwagę na przyczyny unieważnienia umowy o zamówienie. Podstawowy katalog okoliczności wywołujących taki skutek zawiera art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. Wyjątkowy charakter unieważnienia umowy wyklucza wykładnię rozszerzającą powyższego unormowania, a zwłaszcza obejmowanie nim sytuacji niewymienionych w ustawie. Natura okoliczności wyróżnionych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje na ich odniesienie do istotnych elementów postępowania o udzielenie zamówienia, wpływających na przestrzeganie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych (jawności, przejrzystości, uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców).”

Mając na względzie powyżej przytoczone okoliczności faktyczne i prawne, Zamawiający unieważnił postępowania w zakresie pakietu nr 4 oraz 6.

Na powyższą czynność złożono odwołanie.

Biorąc poczynione ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie w całości zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do

usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Obecne brzmienie przepisu tożsame jest z regulacją zawartą w ustawie Pzp2004, tym samym aktualne pozostają tak stanowisko doktryny oraz orzecznictwo wypracowane na kanwie poprzednio obowiązujących przepisów ustawy.

Zgodnie z dorobkiem orzecznictwem i stanowiskiem wypracowanym przez doktrynę unieważnienia postępowania stanowi wyjątek od ogólnej reguły prowadzenia postępowania w celu zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Zamknięty katalog podstaw unieważnienia postępowania nie podlega regułom wykładni rozszerzającej.

Przywołana przesłanka dająca możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego występuje wówczas, gdy postępowanie obarczone taką wadą, która na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia jest niemożliwa do usunięcia, a wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przesłanka unieważnienia postępowania określona tym przepisem składa się więc z koniunkcji dwóch okoliczności, których łączne wystąpienie warunkuje zastosowanie przepisu. Po pierwsze musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania) – w odróżnieniu od wady, którą można przypisać umowie. Po drugie, dopiero ta wada postępowania, ma skutkować niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia. Wada zaistniała w postępowaniu musi być na tyle istotna, iż niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy. Nie może być to jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie. Konieczne jest wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. W dodatku wada ta musi być niemożliwa do usunięcia.

Dla Izby nie ulega wątpliwości, że jednym z podstawowych obowiązków Zamawiającego jest prawidłowe sporządzenie SWZ, w tym opis kryteriów oceny ofert, którymi kierował będzie się zamawiający jako elementu znaczącego i warunkującego wybór oferty najkorzystniejszej. To między innymi ten element decyduje, czy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego można uznać czyniące zadość podstawowym zasadom ustawy Pzp, w tym zasadzie przejrzystości postępowania oraz zasadzie odnoszącej się do obowiązku udzielenie zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą względem opisanych kryteriów i wybrany został zgodnie z regułami określonymi w ustawie Pzp. Warunkiem zachowania zasady przejrzystości postępowania jest między innymi jednoznaczne określenie właśnie kryteriów oceny ofert. Stosowanie przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, które zostały określone w dany sposób

w dokumentach zamówienia stanowi wyraz równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu. Warunkiem zachowania zasady przejrzystości postępowania jest nie tylko jednoznaczne określenie kryteriów oceny ofert, ale również jednoznaczne określenie, co w ramach danego kryterium będzie oceniane i w jaki sposób ta ocena będzie następować. Chodzi o to, by wykonawcy, byli zorientowani i mogli wziąć pod uwagę przy przygotowywaniu ofert, jakie są oczekiwania zamawiającego względem ofert składanych w postępowaniu, w szczególności, w jaki sposób oferty będą oceniane, jakie kwestie związane z przedmiotem zamówienia są dla zamawiającego istotne.

W ocenie składu Izby 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. 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.

Należało więc odpowiedzieć na pytanie, czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego będącym podstawą wydania niniejszego orzeczenia Zamawiający we właściwy sposób określił kryteria oceny ofert.

Analiza treści Rozdziału 13 SWZ, zdaniem Izby, skutkuje pozytywną odpowiedzią na tak postawione pytanie. Co więcej, taką opinię wyraziła już Izba w wydanym w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia wyroku o sygn. akt KIO 982/22. Izba kilkakrotnie w orzeczeniu podkreśliła, że opis kryteriów oceny ofert, choć może budzić pewne niejasności, jest na tyle przejrzysty i wystarczający w swym opisie, iż pozwala dokonać oceny ofert według ustalonego kryterium – ceny jednostkowej za poszczególne czynności, które wycenić mieli wykonawcy. Izba podziela powyższe zapatrywania i przyjmuje tę argumentację za własną. Wszelkie dywagacje Zamawiającego, które czynił on w informacji o unieważnieniu postępowania, odnoszące się do hipotetycznego wpływu na wynik postępowania opisu kryteriów, zostały wyrwane z kontekstu i przedstawione przez Zamawiającego w oderwaniu od stanu faktycznego, który ma miejsce w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Kryteria oceny ofert opisane jako

czynności A i B zostały w wystarczający sposób, w ocenie Izby, odniesione do cen jednostkowych, które w formularzu cenowym załącznika nr 2 mieli wskazać Wykonawcy. W ocenie Izby nie zachodzi okoliczność, że wykonawcy mogli ulec złudzeniu, że Zamawiający oceniał będzie wartość zamówienia jako całość.

W ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający nie wykazał również, a może przede wszystkim, przedstawiając informację o unieważnieniu postępowania, że mamy do czynienia z wadą postępowania, która jest niemożliwa do usunięcia i uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. W tym aspekcie uzasadnienie Zamawiającego nie zawiera argumentacji merytorycznej, Zamawiający nawet nie uprawdopodobnił, że zachodzi jedna z przesłanek, które spowodować mogą nieważność przyszłej umowy, ponieważ stwierdzona wada postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest niemożliwa do usunięcia na danym etapie.

Zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP (który Zamawiający przywołał w uzasadnieniu unieważnienia) umowa w sprawie zamówienia podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający 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. Oznacza to, że warunkiem koniecznym dla ziszczenia się przewidzianej w przepisie przesłanki unieważnienia umowy jest zaniechanie zamawiającego dotyczące publikacji odpowiedniego ogłoszenia. W stanie faktycznym taka okoliczność miejsca nie miała (Zamawiający opublikował wymagane ogłoszenie wszczynające postępowanie, jak i ogłoszenie o zmianie ogłoszenia). Ani Zamawiający ani Wykonawcy, w tym Odwołujący okoliczności tej nie kwestionowali. Samo upatrywanie wady postępowania w naruszeniu zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest w ocenie Izby niewystarczające. Tym bardziej, że Zamawiający nie umiał dokładnie określić, na czym owo naruszenie miałyby polegać. Okoliczność, że ustalenie kolejności wykonawców w rankingu jest różne, w zależności od podstawienia do wzoru cen jednostkowych lub cen całościowych nie musi oznaczać, że mamy do czynienia z wadą postępowania. Równie dobrze może to być wynik konstrukcji ceny ofertowej przez jednego z wykonawców z nienależytą starannością. Tego zaś Zamawiający nie wyjaśnił.

Zamawiający w decyzji o uzasadnieniu unieważnienia nie odniósł się do drugiej z przesłanek wymienionych w przywołanym przepisie ustawy Pzp. Jak słusznie zauważył w odwołaniu Odwołujący, że wykładnia przepisów ustawy Pzp umożliwiających unieważnienie postępowania winna mieć charakter ścisły, nie jest możliwe stosowanie wykładni rozszerzającej, a Zamawiający winien opisać w jaki sposób stwierdzone wady postępowania przełożyć mogę się na nieważność przyszłej umowy, tak w aspekcie przepisów ustawy Pzp, czy też przepisów kodeksu cywilnego. Zamawiający ciągle odwoływał się do hipotetycznej wykładni zapisów SWZ odnoszących się do interpretacji kryteriów oceny ofert. Nie wykazał jednak, że ta hipotetyczna sytuacja miała miejsce. Celnie podkreślił w odwołaniu Odwołujący, że podstawą kalkulacji cen ofertowych nie może być sposób ustalenia kryteriów oceny ofert. Takie działanie nosi bowiem charakter niedopuszczalnej inżynierii cenowej. Obowiązkiem wykonawców jest wycena przedmiotu zamówienia, tu w ujęciu wskazania cen jednostkowych za poszczególne usługi, tak by wartości te obejmowały wszystkie niezbędne elementy do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Dodatkowo Wykonawcy wiedzieli jakie obecnie stawki obowiązują u Zamawiającego. Nie zasługują na przyjęcie za prawidłowe twierdzenia Zamawiającego i Przystępującego, że zapisy SWZ mogły wprowadzać w błąd, co obecnie powodować może istotną wadę postępowania i umowy, a samą wadą postępowania może być przyjęcie innego sposobu rozumienia kryteriów oceny ofert przez jednego z wykonawców.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, za wadę opisu kryterium oceny ofert nie można uznać braku odniesienia się we wzorze do szacunkowych wartości podanych w załączniku nr 2. Inny jest cel podania przez Zamawiającego tych wartości i inny cel przypisać należy ustaleniu kryteriów oceny ofert. Wykonawcy winni skalkulować cenę jednostkową przy uwzględnieniu informacji o wielkości wartości szacunkowych podanych przez Zamawiającego. Jednak nie ma obowiązku, by wartości obliczone jako całość kwoty za świadczenie usług były składową oceny ofert i stanowiły część wzoru matematycznego, zgodnie z którym ustalany jest ranking ofert w postępowaniu. Podane wartości szacunkowe godzin i kilometrów stanowią górną granicę zobowiązania Zamawiającego, nie służą jednak wyłonieniu oferty najkorzystniejszej, za istotne bowiem Zamawiający uznał ceny jednostkowe, co także potwierdza treść wzoru umowy i przyjęty sposób rozliczenia usługi.

Zamawiający nie miał podstaw, by dokonywać oceny ofert przy uwzględnieniu podanych wartości szacunkowych. Przyjęcie przez Przystępującego do wyliczenia ceny jednostkowej założenia, że wartości te będą oceniane jest jego własnym błędem, ponieważ Zamawiający, wbrew swoim twierdzeniom, przy opisie kryteriów oceny ofert w SWZ (który to

opis ma charakter najważniejszy wobec konieczności wyłonienia oferty najkorzystniejszej) w żadnym miejscu nie odwołuje się do wartości szacunkowych, a kilkakrotnie powtarza, że rozliczenie będzie miało miejsce przy uwzględnieniu cen jednostkowych. Tym samym nie zasługiwały na uwzględnienie twierdzenia Zamawiającego, że w postępowaniu doszło do zaistnienia nieusuwalnej wady postępowania, która rzutuje na ważność przyszłej umowy.

Konkludując, zdaniem Izby odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, co odzwierciedla punkt 1 sentencji niniejszego orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego

Przewodniczący: