

Sygn. akt: KIO 3384/23

WYROK

z dnia 30 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Małgorzata Matecka

Aneta Mlącka

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 listopada 2023r. przez odwołującego: **Budimex S.A. z/s w Warszawie** (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z/s w Warszawie** (ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa),

przy udziale:

A. wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z/s w Pruszkowie (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków)

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Konsorcjum: Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno – Torowe sp. z o.o., TRAKCJA S. A. z/s w Gdańsku (ul. Sandomierska 19, 80-051 Gdańsk);

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum: PORR S.A., Trakcja System Sp. z o.o. z/s w Warszawie (ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa)

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: **Budimex S.A. z/s w Warszawie** (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą kwotę wpisu uiszczanego od odwołania przez odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 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**.

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 listopada. przez wykonawcę Budimex S.A. z/s w Warszawie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z/s w Warszawie na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Realizację zadania pn. Odcinek A - Roboty budowlane na liniach kolejowych nr 201 odc. Kościerzyna – Somonino oraz nr 214 Somonino – Kartuzy”. Numer referencyjny: 9090/IRZR1/12568/03512/22/P. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 lipca 2022 r. nr 2022/S 133-380942.

Wykonawca podał, że odwołanie dotyczy czynności niezgodnych z przepisami ustawy Pzp, polegających na unieważnieniu przez Zamawiającego przedmiotowego Postępowania, pomimo braku spełnienia ustawowych przesłanek, o których mowa w art. 255 pkt 6) ustawy Pzp. Zdaniem wykonawcy Zamawiający naruszył:

1) art. 255 pkt 6) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na okoliczność, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji, gdy tego rodzaju okoliczności w przedmiotowym Postępowaniu nie wystąpiły, a Zamawiający nie wykazał ich zaistnienia, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym wniosł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania i powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

W zakresie interesu do wniesieniu odwołania podał: *„W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp. Oferta złożona przez Odwołującego w przedmiotowym Postępowaniu stanowiła ofertę z najniższą ceną, co wobec braku przewidzenia w ramach Specyfikacji Warunków Zamówienia innych kryteriów oceny*

ofert, wskazywało na duże prawdopodobieństwo uznania jej za ofertę najkorzystniejszą. Skutkiem zaskarżonej czynności Zamawiającego (unieważnienia Postępowania) Odwołujący został więc pozbawiony realnej możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy, która stanowiłaby dla Zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą”. Odstąpienie przez Zamawiającego od wyboru oferty najkorzystniejszej i w konsekwencji od podpisania umowy z Odwołującym, wprost godzi więc w interes Odwołującego polegający na możliwości uzyskania zamówienia oraz powoduje możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody w postaci utraty zysku, jaki Odwołujący zamierzał uzyskać w związku z wykonaniem umowy. Dowodzi to wypełnieniu wymagań do wniesienia odwołania określonych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.”

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów podał:

I. Stan faktyczny sprawy

(...)

2. W dniu 28 listopada 2022 r. nastąpiło otwarcie ofert w ramach przedmiotowego Postępowania, przed którym Zamawiający, stosownie do art. 222 ust. 4 ustawy Pzp, wskazał kwotę brutto jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, określając ją na poziomie 1 813 094 958,57 PLN brutto (w zakresie zamówienia podstawowego). Następnie, stosownie do art. 222 ust. 5 ustawy Pzp, Zamawiający poinformował o wykonawcach, którzy złożyli oferty w ramach Postępowania i zaofferowanych przez nich cenach brutto. Zestawienie ofert złożonych w ramach Postępowania przedstawiało się w sposób następujący (łącznie oferty złożyło aż 10 wykonawców):

(....)

3.(...) **aż dziewięciu na dziesięciu wykonawców zmieściło się w kwocie przewidzianej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia (dla zakresu podstawowego).**

Jednocześnie, różnice procentowe w wartościach między złożonymi ofertami wynosiły jak następuje zgodnie z poniższą tabelą.

1.	1.	Investor:		PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.				
2.		Adres Inwestora:		ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa				
3.		Nazwa Inwestycji:		Realizacja zadania pn. Odcinek A - Roboty budowlane na liniach kolejowych nr 201 odc. Kościerzyna - Sominio oraz nr 214 Sominio - Kartuzy realizowane w ramach projektu "Prace na alternatywnym ciągu transportowym Bydgoszcz - Trójmiasto, etap I". Nr postępowania: 90901RZR1/12568/03512/22/P				
4.		Segment rynku budowlanego:		budownictwo kolejowe				
5.		Data złożenia oferty:		28.11.2022	Budżet netto Zamawiającego	1 474 060 941,93	Waluta Oferty:	PLN
6.		Termin ważności oferty (dni):		120	Budżet brutto Zamawiającego	1 813 094 958,57	Kurs z Raportu:	
7.		Termin ważności oferty (data):		27.03.2023			Kurs dnia:	
8.		Nr oferty:			Wadium: PLN	7 400 000,00	% na Kursie:	---
L.p.	Nazwa Oferenta	Składowa ceny		Cena	Cena	%	%	%
				PLN netto	PLN brutto	do najniższej	do wadium	do budżetu
1	BUDIMEX S.A. ul. Siedmiogrodzka 9 01-204 Warszawa	Cena łącznie		1 284 235 699,12	1 579 609 909,92	100,00%		
		Zakres Zamówienia podstawowego część A		1 158 734 402,53	1 425 243 915,11	90,23%		
		Zakres Zamówienia podstawowego część B		117 121 919,95	144 059 961,54	9,12%	0,47%	87,12%
		Zakres wynikający z Prawa Opcji 1		5 555 037,24	6 832 695,81	0,43%		
		Zakres wynikający z Prawa Opcji 2		2 824 339,40	3 473 937,46	0,22%		
2	Konsorcjum w składzie: PPMTsp. z o.o. – lider Konsorcjum TRAKCJA S.A. – partner konsorcjum	Cena łącznie		1 287 274 121,99	1 583 347 170,05	100,24%		
		Zakres Zamówienia podstawowego część A		1 139 988 007,97	1 402 185 249,80	88,77%		
		Zakres Zamówienia podstawowego część B		139 581 221,53	171 684 902,48	10,87%	0,47%	87,33%
		Zakres wynikający z Prawa Opcji 1		5 107 893,48	6 282 708,98	0,40%		
		Zakres wynikający z Prawa Opcji 2		2 596 999,01	3 194 308,78	0,20%		
3	Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o.	Cena łącznie		1 362 750 091,43	1 676 182 612,46	106,11%		
		Zakres Zamówienia podstawowego część A		1 224 015 790,97	1 505 539 422,89	95,31%		
		Zakres Zamówienia podstawowego część B		131 611 830,37	161 882 551,36	10,25%	0,44%	92,45%
		Zakres wynikający z Prawa Opcji 1		4 721 781,60	5 807 791,37	0,37%		
		Zakres wynikający z Prawa Opcji 2		2 400 688,49	2 952 846,84	0,19%		
4	Konsorcjum w składzie: ZUE S.A. w NDI Spółka Akcyjna	Cena łącznie		1 368 267 543,60	1 682 969 078,63	106,54%		
		Zakres Zamówienia podstawowego część A		1 215 985 919,49	1 495 662 680,97	94,69%		
		Zakres Zamówienia podstawowego część B		144 405 010,95	177 618 163,47	11,24%	0,44%	92,82%
		Zakres wynikający z Prawa Opcji 1		5 221 734,12	6 422 732,97	0,41%		
		Zakres wynikający z Prawa Opcji 2		2 654 879,04	3 265 501,22	0,21%		
5	TORPOL S.A. ul. św. Michała 43 61-119 Poznań	Cena łącznie		1 378 267 470,04	1 695 268 988,15	107,32%		
		Zakres Zamówienia podstawowego część A		1 227 495 951,41	1 509 820 020,23	95,58%		
		Zakres Zamówienia podstawowego część B		142 392 141,99	175 142 334,65	11,09%	0,44%	93,50%
		Zakres wynikający z Prawa Opcji 1		5 555 037,24	6 832 695,81	0,43%		
		Zakres wynikający z Prawa Opcji 2		2 824 339,40	3 473 937,46	0,22%		
6	STRABAG Sp. z o.o. ul. Parzewska 10 05-800 Pruszków	Cena łącznie		1 448 148 684,68	1 781 222 882,16	112,76%		
		Zakres Zamówienia podstawowego część A		1 291 685 963,66	1 588 773 735,55	100,58%		
		Zakres Zamówienia podstawowego część B		148 070 790,79	182 127 072,67	11,53%	0,42%	98,24%
		Zakres wynikający z Prawa Opcji 1		5 563 358,64	6 842 931,13	0,43%		
		Zakres wynikający z Prawa Opcji 2		2 828 571,39	3 479 142,81	0,22%		
7	Konsorcjum w składzie: PORR S.A. – lider Konsorcjum Trakcja System Sp. z o.o. - partner konsorcjum	Cena łącznie		1 449 499 000,00	1 782 883 770,00	112,87%		
		Zakres Zamówienia podstawowego część A		1 286 478 916,31	1 582 369 067,06	100,17%		
		Zakres Zamówienia podstawowego część B		154 367 438,34	189 871 949,16	12,02%	0,42%	98,33%
		Zakres wynikający z Prawa Opcji 1		5 736 198,60	7 055 524,28	0,45%		
		Zakres wynikający z Prawa Opcji 2		2 916 446,75	3 587 229,50	0,23%		
8	Track Tec Construction Sp. z o.o. Ul. Wyścigowa 3 53-011 Wrocław.	Cena łącznie		1 474 349 343,65	1 813 449 692,69	114,80%		
		Zakres Zamówienia podstawowego część A		1 321 957 924,12	1 626 008 246,67	102,94%		
		Zakres Zamówienia podstawowego część B		144 389 159,53	177 598 666,22	11,24%	0,41%	100,02%
		Zakres wynikający z Prawa Opcji 1		5 304 960,00	6 525 100,80	0,41%		
		Zakres wynikający z Prawa Opcji 2		2 697 300,00	3 317 679,00	0,21%		
9	Konsorcjum w składzie: Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu Sp. z o.o. – lider Konsorcjum Colas Rail Polska sp. z o.o. – partner	Cena łącznie		1 479 542 270,52	1 819 836 992,74	115,21%		
		Zakres Zamówienia podstawowego część A		1 322 024 482,50	1 626 090 113,48	102,94%		
		Zakres Zamówienia podstawowego część B		149 595 301,65	184 002 221,03	11,65%	0,41%	100,37%
		Zakres wynikający z Prawa Opcji 1		5 252 145,84	6 460 139,38	0,41%		
		Zakres wynikający z Prawa Opcji 2		2 670 340,53	3 284 518,85	0,21%		
10	Konsorcjum w składzie: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. – lider Konsorcjum Aldesa Construcciones S.A. - partner konsorcjum	Cena łącznie		1 720 257 916,86	2 115 917 237,74	133,95%		
		Zakres Zamówienia podstawowego część A		1 504 529 880,95	1 850 571 753,57	117,15%		
		Zakres Zamówienia podstawowego część B		204 643 147,08	251 711 070,92	15,94%	0,35%	116,70%
		Zakres wynikający z Prawa Opcji 1		7 349 079,24	9 039 367,47	0,57%		
		Zakres wynikający z Prawa Opcji 2		3 735 809,58	4 595 045,78	0,28%		

4. W dniu 31 października 2023 r., po blisko roku (sic!) od upływu terminu otwarcia ofert, Zamawiający przekazał wykonawcom zawiadomienie o unieważnieniu postępowania. Jako podstawę prawną swojej decyzji Zamawiający wskazał art. 255 pkt 6) ustawy Pzp, a w ramach uzasadnienia zaprezentował siedemnastostronicowy wywód, w którym wskazał na okoliczności rzekomo uzasadniające prawidłowość dokonanej czynności unieważnienia Postępowania, a więc występowanie rzekomych błędów i nieścisłości, które miały wpływ na wycenę ofert, a w konsekwencji na ich nieporównywalność tj.:

- a. dopuszczenie wariantowości rozwiązań technologicznych w zakresie materaca geosyntetycznego oraz możliwości uznaniowej, częściowej rezygnacji z zastosowania materaca geosyntetycznego,
 - b. stwierdzenie istotnych różnic pomiędzy przedmiarem a projektem, skutkujące brakiem adekwatności przedmiarów do projektu – pozycje przedmiarowe są w sposób znaczny zawyżone lub niedoszacowane,
 - c. inne błędy projektowe, których konsekwencją jest brak adekwatności kalkulacji ofert, do przedmiotu zamówienia.
5. W tym miejscu Odwołujący nadmienia, że przedmiot zamówienia ma być zrealizowany w formule „buduj”, co oznacza, że to Zamawiający zobowiązany jest do przedstawienia kompletu dokumentacji projektowej, na podstawie której następnie wykonawcy mają zrealizować roboty. Opis przedmiotu zamówienia określony jest w ramach dokumentacji projektowej oraz STWiORB. Elementami dokumentacji projektowej są również przedmiary, przy czym standardowo przedmiary mają charakter orientacyjny, są dokumentami pomocniczymi, a nie wiążącymi. Kluczowe znaczenie, na co wskazuje również Zamawiający w treści informacji o unieważnieniu postępowania (akapit 25, strona 10) ma dokumentacja projektowa.
6. Co więcej, zgodnie z Klauzulą 12 Warunków Umowy (część A) – „Obmiary i wycena”, Subklauzula 12.1 – „Obowiązkowe obmiary robót” Zamawiający wskazał, że „Roboty mają być mierzone i wyceniane zgodnie z niniejszą Klauzulą.” Dodatkowo, zgodnie z Subklauzulą 12.2 – „Metody obmiaru” Zamawiający określił, że „Niezależnie od miejscowych zwyczajów, z wyjątkiem przypadków, ustalonych w inny sposób w Kontrakcie: a) obmiary mają być dokonane w ilościach netto każdego z elementów Robót Stałych, oraz b) metody obmiaru mają być zgodne z Przedmiarem Robót lub innymi odpowiednimi Wykazami. Przedmiar Robót należy odczytywać w powiązaniu z Warunkami Ogólnymi oraz Warunkami Szczególnymi, Specyfikacją oraz Dokumentacją Projektową. **Wszelkie ilości ustalone w Przedmiarze Robót są ilościami szacunkowymi podanymi w ofercie, w celu zapewnienia wspólnej podstawy do składania ofert. Krótkie opisy pozycji w Przedmiarze Robót przedstawione są tylko dla celów identyfikacyjnych i nie powinny w żaden sposób modyfikować bądź anulować szczegółowego opisu zawartego w Kontrakcie, w tym w Warunkach Ogólnych oraz Warunkach Szczególnych, Specyfikacjach oraz Dokumentacji Projektowej.** Wykonawca, wyceniając poszczególne pozycje, powinien odnosić się do wyżej wymienionych dokumentów w celu uzyskania pełnych wskazówek, informacji, instrukcji i opisów Robót oraz zastosowanych Materiałów. Ponadto Wykonawca zobowiązany jest do prowadzenia dokumentacji z obmiarów według wzoru zatwierzonego przez Zamawiającego.”

7. Ponadto, zgodnie z Subklauzulą 13.5 „Kwoty Warunkowe” w ramach ust. 2 i ust. 3 Zamawiający wskazał, że: „Kwota Warunkowa może służyć do pokrycia płatności za prace lub Roboty (w ramach Części A i Części B zakresu podstawowego), które mają być wykonane przez Wykonawcę (włączając Urządzenia, Materiały lub usługi do dostarczenia) i wycenione według Subklauzuli 12.3 Warunków Szczególnych dla Części A zakresu podstawowego/Subklauzuli 13.3 Warunków Szczególnych dla Części B zakresu podstawowego, w tym w szczególności:

a) **kosztów prac i Robót które nie zostały wyszczególnione w Przedmiarze Robót dla części A zakresu podstawowego, a które są konieczne do realizacji przedmiotu Umowy zgodnie z Projektem Budowlanym i Projektem Wykonawczym;**

b) nadwyżek kosztów Robót zamiennych (dla części A i B zakresu podstawowego), gdy wartość Robót zastępujących przewyższa wartość Robót zastępowanych;

c) wzrostu kosztów wynikających ze zmiany Umowy dokonanej zgodnie z jej postanowieniami lub na podstawie przepisów u.p.z.p.,

d) pokrycia kosztów komunikacji zastępczej, w przypadku wyczerpania kwoty wskazanej w Przedmiarze Robót dla części A zakresu podstawowego na pokrycie kosztów komunikacji zastępczej.

e) pokrycia kosztów komunikacji zastępczej, w przypadku wyczerpania kwoty wskazanej w Rozbiciu Ceny Ofertowej na pokrycie kosztów komunikacji zastępczej dla części B zakresu podstawowego.

f) pokrycia kosztów zmiany w części B wynikających ze zmiany w zakresie części A; W takim przypadku zastosowanie znajdzie Subklauzula 12.3 Warunków Szczególnych dla części A zakresu podstawowego lub Subklauzula 13.3. Warunków Szczególnych dla części B zakresu podstawowego.

3. Kwota Warunkowa może służyć również do pokrycia różnic pomiędzy ilością Robót określoną w obmiarze, a ilością Robót określoną w Przedmiarze Robót. W takim przypadku zastosowanie znajdują Subklauzula 12.1 i 12.2 Warunków Szczególnych, a Kwota Warunkowa użyta będzie zgodnie z poleceniami Inżyniera i odpowiednio do tego będzie skorygowana Cena Kontraktowa.”

8. W treści dokumentacji Postępowania, konkretnie w ramach załącznika Warunki Umowy, Zamawiający przewidział więc wprost, że roboty będą mierzone i wyceniane obmiarowo, że przedmiary należy odczytywać w powiązaniu z pozostałą kluczową dokumentacją postępowania, a ilości ustalone w przedmiarze są **szacunkowe, przekazane wyłącznie w celu zapewnienia wspólnej podstawy do składania ofert.** Dokumentacja postępowania w całości służy wycenie oferty, natomiast ostateczne rozliczenie zostanie dokonane na

podstawie faktycznie wykonanych prac, przy czym w przypadku braku wyszczególnienia w przedmiarze jakichś prac, gdyby były konieczne do realizacji przedmiotu umowy, pokrycie zostanie dokonane z Kwoty Warunkowej. Jednocześnie, **Kwota Warunkowa może służyć do pokrycia różnic pomiędzy ilością Robót określoną w obmiarze, a ilością Robót określoną w Przedmiarze Robót.** Taki jest też cel i sens tej kwoty, bowiem co do zasady to **właśnie z kwoty warunkowej można sfinansować korekty przedmiaru robót, polegające na zwiększeniu ilości robót przewidzianych w poszczególnych pozycjach.** Dokonanie takich wydatków nie wymaga zmiany umowy.

II. Uzasadnienie zarzutu odwołania

Uwagi ogólne

1. W treści Informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 31 października 2023 r. Zamawiający w akapicie 26 (strona 11) wskazuje, że: „W przypadku istotnych rozbieżności między projektem budowlanym, a przedmiarem, wycena dokonana przez Wykonawców jest nieadekwatna, a tym samym po pierwsze nie odpowiada temu, co będzie realizowane i potrzebom Zamawiającego, po drugie zaś oferty w tym zakresie są nieporównywalne – inna bowiem będzie wartość oferty złożonej w oparciu o wycenę przedmiaru, a inna w oparciu o dokumentację projektową, która ma być realizowana.” Należy jednak w tym miejscu przypomnieć, że przedmiar ma charakter orientacyjny, ponieważ jest dokumentem jedynie pomocniczym, a nie wiążącym i nie stanowi elementu dokumentacji projektowej, która musi zostać przez wykonawcę uwzględniona w całości, w przeciwnym wypadku będzie można rozważać niezgodność oferty z treścią SWZ. Przedmiar przekazywany jest wykonawcom w celu umożliwienia dokonania prawidłowej wyceny przedmiotu zamówienia i uwzględnienia w ramach swojej oferty rozwiązań wymaganych przez zamawiającego.

2. Na tej podstawie Zamawiający próbuje argumentować, że niemożliwe jest porównanie ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu, ponieważ rzekomo każdy mógł przyjąć inne parametry do wyceny, opierając się na przedstawionej przez Zamawiającego dokumentacji. W rzeczywistości jednak nic bardziej mylnego.

3. Odwołujący wskazuje, że w niniejszym Postępowaniu mamy do czynienia z formułą „buduj”, co oznacza, że wykonawcy muszą zaoferować w ramach swojej wyceny rozwiązania zgodnie z dokumentacją, którą otrzymują od Zamawiającego. Przyjęta formuła postępowania wraz z okolicznością, że mamy do czynienia z kontraktem obmiarowym determinuje, że rozliczenie z wykonawcami odbywać się będzie na podstawie rzeczywiście zrealizowanych prac. Co więcej, biorąc pod uwagę, że przygotowane przez Zamawiającego przedmiary mają ze swej natury charakter orientacyjny oczywistym jest, że nie wszystkie przewidziane w tym dokumencie wartości muszą w całości odpowiadać temu, co zostało przewidziane do realizacji przez projektanta w ramach projektu budowlanego. Tak naprawdę to oba te dokumenty będą ze sobą całkowicie zbieżne raczej rzadko, bo ze swej natury przedmiar

dotyczy podania wstępnych wartości, które mają ułatwić wykonawcom pracę nad wyceną. Na ten aspekt przedmiaru wskazywał zresztą Zamawiający w treści cytowanych wcześniej Warunków Umowy. Na marginesie warto zresztą przypomnieć, że w związku z tym, że przedmiar ma charakter wstępny i orientacyjny, Zamawiający przewidział w ramach Warunków Kontraktu Kwotę Warunkową, która ze swej natury ma sfinansować niezbędne korekty przedmiaru.

4. Rozbieżności pomiędzy przedmiarami i projektem budowlanym, na których opiera się Zamawiający w celu uzasadnienia dokonania unieważnienia postępowania, nie można kwalifikować jako błędów w opisie przedmiotu zamówienia, a tym bardziej jako wad uniemożliwiających zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Praktyka działania w przypadku konfrontacji przedmiarów i projektu budowlanego jest taka, że to projektant projektuje konkretny element w ramach projektu, a następnie do tego projektu robione są przedmiary, które czytane łącznie umożliwiają wykonawcom przygotowanie i wycenienie oferty.

Podstawa unieważnienia Postępowania

5. W doktrynie i orzecznictwie generalnie podnosi się, że aby móc skorzystać z podstawy unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jaką jest art. 255 ust. 6) ustawy Pzp, konieczne jest przede wszystkim ustalenie, że „w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (Wada postępowania), przy czym błędy w postępowaniu o marginalnym znaczeniu, pozostające bez wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, nie są wystarczającą podstawą do unieważnienia postępowania (por. wyr. KIO z 12.4.2022 r., KIO 881/22, Legalis; wyr. KIO z 7.4.2022 r., KIO 867/22, Legalis oraz wyr. KIO z 22.9.2017 r., KIO 1893/17, Legalis)” (tak: Komentarz do art. 255 ustawy Pzp, red. Jaworska 2023, wyd. 5). Drugim elementem kluczowym do określenia możliwości unieważnienia postępowania na tej podstawie jest zaistnienie wady rzeczywiście niemożliwej do usunięcia (chodzi o nieusuwalność bezwzględną, czyli brak możliwości wyeliminowania przez zamawiającego lub wykonawcę na etapie postępowania w żadnej z dopuszczalnych w ustawie procedur sanacyjnych). Trzecim elementem koniecznym do uwzględnienia jest osiągnięcie skutku w postaci braku możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, przy czym należy podkreślić, że między wskazanymi przesłankami należy ustalić związek przyczynowo - skutkowy, bowiem wszystkie elementy podstawy unieważnienia muszą zaistnieć łącznie, kumulatywnie skoro przepis ma charakter skutkowy (wynikowy). Należy przy tym pamiętać, że „przesłanki unieważnienia postępowania podlegają wykładni ścisłej, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych spoczywa na zamawiającym (zob. wyroki KIO: z 23.09.2011 r., KIO 1948/11, LEX nr 964389; z 3.06.2014 r., KIO 991/14; KIO 1001/14, LEX nr 1480088).”²

6. Wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy musi mieć charakter wady kluczowej, istotnej, o dużym znaczeniu, wady znaczącej, fundamentalnej. Należy pamiętać, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest tak naprawdę krokiem ostatecznym, który powinien być stosowany przez zamawiających w sytuacjach niewątpliwych, a także gdy w inny sposób nie da się naprawić sytuacji, w której zamawiający się znalazł. W efekcie unieważnienia, postępowanie „upada” i nie może być wznowione ani konwalidowane. Tymczasem celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 7 pkt 18) ustawy Pzp jest co do zasady wybór najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowanie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przez ten pryzmat działania i oceny dokonywane przez Zamawiającego winny być weryfikowane.

7. Artykułu 255 pkt 6) ustawy Pzp nie można stosować w przypadku, gdy nieważność mogłaby dotyczyć tylko części umowy, i to części stanowiącej marginalny zakres świadczenia. Nieważnością musi być bowiem dotknięta cała umowa w rozumieniu art. 457 ustawy Pzp. Z całą pewnością podstawą unieważnienia postępowania nie mogą być okoliczności błahe, a także stanowiące jedynie pretekst do tego, by w sposób autorytarny zdecydować o zakończeniu konkretnego osobnego bytu w ramach zamówień publicznych.

8. Warto podkreślić, że w przypadku postępowań, w których składane są liczne oferty, a tak jest w przypadku niniejszego postępowania, gdzie aż dziesięciu wykonawców takie oferty złożyło (to łącznie aż osiemnaście firm jeśli zliczyć osobno wszystkich partnerów konsorcjum, przy czym aż dziewięć ofert zmieściło się w szacunku Zamawiającego dla zakresu podstawowego), bardzo wiele zespołów pracowało nad przygotowaniem ofert i ich szczegółową wyceną, co niesie za sobą określone koszty liczone w setkach tysięcy złotych. Również i z tego powodu z niezwykłą rozważą i roztropnością należy podchodzić do kwestii unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na ten aspekt omawianej kwestii zwrócił też uwagę jeden z komentatorów (Józef Edmund Nowicki, Wiśniewski Piotr, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, WKP 2023) wskazując, że „Rozszerzająca wykładnia przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia jest zatem niedopuszczalna, ponieważ mogłaby prowadzić do manipulowania wynikiem postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności gdy unieważnienie następuje po otwarciu ofert, kiedy to zamawiający zna krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz zaoferowane przez nich warunki realizacji zamówienia”.

9. W ocenie Odwołującego z uwagi na sygnalizowane powyżej okoliczności trudno oprzeć się wrażeniu, że unieważniając przedmiotowe Postępowanie, Zamawiający ma na celu wyłącznie doprowadzenie wykonawców do zaoferowania niższej ceny, co w tym przypadku oznaczałoby próbę wymuszania działań niezgodnych z zasadami uczciwej konkurencji, i sugerowało oczekiwanie zaoferowania cen o rażąco niskim charakterze. W tym kontekście

Odwołujący wskazuje bowiem, że złożone w postępowaniu oferty wzajemnie potwierdzają ich konkurencyjny charakter i rynkowość zaoferowanych cen, niemożliwych do dalszej optymalizacji. Wyceny wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym Postępowaniu są bowiem bardzo do siebie zbliżone, oraz, co Odwołujący kolejny raz podkreśla, aż dziewięć ofert mieści się w szacunku Zamawiającego.

10. Należy przypomnieć, że podstawą unieważnienia mogą być tylko wady stanowiące konsekwencję znaczących uchybień w stosowaniu przepisów odnoszących się do prowadzenia postępowania spowodowane przez zamawiającego. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny (tak: art. 255 PZP red. Sieradzka 2022/Sieradzka) „Mając na względzie charakter normy prawnej wyrażonej w art. 255 ust. 1 pkt 6 PrZamPubl, decyzji o unieważnieniu postępowania zamawiający nie może podjąć na podstawie domniemań i przypuszczeń, tym bardziej jeżeli istnieje realne prawdopodobieństwo, że zamówienie będzie wykonane zgodnie z wymaganiami zamawiającego (por. wyr. KIO z 22.3.2010 r., KIO/UZP 210/10, Legalis).” Z kolei według A. Gawrońskiej - Baran („Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany” red. A. Gawrońska-Baran) „działanie zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiegokolwiek uznaniowości, a interpretacji przesłanek unieważnienia postępowania należy dokonywać w sposób ścisły przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej oraz celowościowej.”

11. Takie podejście do instytucji unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie dziwi również dlatego, że jak pisze J. E. Nowicki (w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, WKP 2023) „Udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia 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 (zob. art. 17 ust. 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych).” Co więcej, w ocenie cytowanego komentatora, „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 Prawa zamówień publicznych może rzutować na wynik postępowania i zmusza zamawiającego do unieważnienia postępowania.”

12. Na podstawie powyższej charakterystyki unieważnienia postępowania z powodu wady postępowania, którą zastosował Zamawiający, łatwo wysnuć wniosek, że jest to instytucja z całą pewnością szczególna, która niweczy cel postępowania o udzielenie zamówienia, a zatem nie powinna być nigdy nadużywana. Bez wątplenia, a na takim stanowisku stanęła

również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 sierpnia 2021 r. (sygn. akt KIO 2309/21), instytucja ta nie służy konwalidowaniu wszelkich błędów i niedopatrzeń zamawiającego.

13. Przedstawiciele doktryny są wobec powyższego zgodni, że:

- błędy w postępowaniu o marginalnym znaczeniu, które pozostają bez wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, nie są wystarczającą podstawą do unieważnienia postępowania,
- rozszerzająca wykładnia przesłanek unieważnienia postępowania mogłaby prowadzić do manipulowania wynikiem postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności gdy unieważnienie następuje po otwarciu ofert, kiedy zamawiający zna krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz zaoferowane przez nich warunki realizacji zamówienia,
- zamawiający nie może podjąć decyzji o unieważnieniu postępowania jeśli istnieje realne prawdopodobieństwo, że zamówienie będzie wykonane zgodnie z wymaganiami zamawiającego,
- zamawiający nie może podejmować decyzji o unieważnieniu postępowania na zasadzie uznaniowości,
- zamawiający ponosi odpowiedzialność za bezpodstawną rezygnację z zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego,
- instytucja unieważnienia nie służy konwalidowaniu wszelkich błędów i niedopatrzeń zamawiającego.

14. Po dokonaniu analizy najnowszego orzecznictwa odnoszącego się do podstawy unieważnienia, która znalazła się w art. 255 pkt 6) ustawy Pzp Odwołujący stwierdza, że jako powody unieważnienia na tej podstawie wskazuje się:

- 1) niezgodność formularza cenowego i opisu przedmiotu zamówienia, które pozostawały ze sobą w kolizji i były ze sobą sprzeczne, przy czym sprzeczności znalazły odzwierciedlenie w treści złożonych przez wykonawców ofert (wyrok KIO z dnia 12 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 847/23),
- 2) brak zamieszczenia w formularzu oferty formularzy cenowych, w związku z czym zasady sporządzenia oferty określone przez Zamawiającego w dokumentacji wprowadzały w błąd Wykonawców i spowodowały złożenie przez nich nieporównywalnych ofert (wyrok KIO z dnia 21 marca 2023 r., sygn. akt KIO 637/23),
- 3) brak jednoznacznego opisanie zasad dokonywania oceny, co powoduje, że w zależności od tego w jakim dniu i o jakiej godzinie zamawiający dokona oceny - uzyskane wyniki oceny ofert w ramach tego kryterium mogą się różnić i w konsekwencji dojdzie do sytuacji, w której uzyskana punktacja w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert

- będzie różna, co czyni ocenę niejednoznaczną, a przez to nieobiektywną i przekłada się na ranking złożonych ofert (wyrok KIO z 26 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 2113/22),
- 4) brak informacji na temat konieczności samodzielnego i odpłatnego uzyskania protokołów komunikacyjnych od producentów sterowników; ostatecznie została złożona tylko jedna oferta wykonawcy, który miał wiedzę na temat tego dodatkowego obowiązku, mimo że o wyjaśnienie tej kwestii wnioskowało trzech innych wykonawców w postępowaniu (ich pytania zostały pozostawione bez odpowiedzi) (wyrok KIO z dnia 18 lipca 2022 r., sygn. akt KIO 1623/22).

15. Wspomniana analiza orzecznictwa doprowadziła Odwołującego do konkluzji, że efektem działania zamawiającego prowadzącym do podjęcia próby unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6) ustawy Pzp jest najczęściej brak możliwości porównania złożonych ofert, brak ofert lub tylko jedna prawidłowo złożona, bądź też duże rozbieżności w wycenach przedmiotu zamówienia. Ewentualne braki w dokumentacji postępowania, jeśli jakiegokolwiek występują i powodują rozbieżności w dokumentacji, które mogą sprawiać, że wykonawcy w inny sposób interpretują jej postanowienia, muszą dotyczyć dokumentów wiążących i ostatecznych. Tylko w takim przypadku można mówić o stwierdzeniu niezgodności nieusuwalnej. Z żadną taką sytuacją w niniejszym Postępowaniu nie mamy do czynienia.

16. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie podjął nawet próby wywiedzenia, iż unieważnienie Postępowania w okolicznościach przedmiotowej sprawy było zasadne i konieczne, podczas gdy – zgodnie ze stanowiskami wyrażanymi przez Krajową Izbę Odwoławczą – ciąży na nim wręcz obowiązek wykazania przeszkody w dalszym prowadzeniu postępowania. Tak np.:

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (...) sygn. akt KIO 667/22: Niewątpliwie instytucja unieważnienia postępowania ma charakter wyjątkowy, a tym samym przesłanki unieważnienia postępowania, w tym określone art. 255 pkt 6 PrZamPubl nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Wskazany w art. 255 PrZamPubl katalog okoliczności obligujących do unieważnienia postępowania ma charakter zamknięty. Zamawiający zatem podejmując czynność unieważnienia postępowania powinien wykazać, że w okolicznościach faktycznych z których wywodzi podstawę do unieważnienia postępowania brak było możliwości podjęcia innych alternatywnych czynności, umożliwiających kontynuowanie postępowania, a tym stanie faktycznym zawarcie umowy.

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (...) sygn. akt KIO 911/16: Zdaniem Izby powyższa czynność Zamawiającego jest prawnie dopuszczalna jedynie w warunkach wystąpienia przesłanek określonych w tym przepisie. Pierwsza z nich to sytuacja, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, która w rozpoznawanej sprawie

zaistniała. Druga zaś to okoliczność uniemożliwiająca Zamawiającemu zwiększenie kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty.

Obowiązek wykazania powyższej przeszkody spoczywa na Zamawiającym. (...)

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (...) sygn. akt KIO 1878/1: Izba podkreśla, że ustawa w żadnym miejscu nie zwalnia Zamawiającego z podejmowania czynności i nie zwalnia Zamawiającego z wykazywania dokonanych ustaleń. Ustawa nakłada na uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wiele różnych obowiązków niezależnie od tego czy są wykonawcami czy Zamawiającymi, a ich obowiązkiem jest ich realizowanie. Zgodnie z art. 93 ustawy Zamawiający jest zobligowany do unieważnienia prowadzonego postępowania w przypadku wystąpienia któregokolwiek ze zdarzeń enumeratywnie wymienionych w powołanym przepisie ustawy. Oznacza to, że działanie Zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiegokolwiek uznaniowości. Interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania powinna być dokonywana w sposób ścisły przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej i celowościowej, a udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało swoje normatywne i faktyczne podstawy, spoczywa zawsze na Zamawiającym. Izba podkreśla, że czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia musi mieć uzasadnienie faktyczne i fakt obowiązku wskazania tego uzasadnienia nie jest uzależniony od podstawy prawnej, która stanowi uzasadnienie prawne unieważnienia postępowania. Unieważnienie postępowania jest prawem Zamawiającego, ale nie jest jego decyzją arbitralną lecz mającą uzasadnienie w obowiązujących przepisach prawa i musi być wynikiem przeprowadzonych czynności.

17. Odwołujący przypomina, że celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy (udzielenie zamówienia). W jego ocenie, po wnikliwej analizie uzasadnienia dokonanego unieważnienia, Zamawiający nie wykazał zaistnienia realnych wad postępowania, zwłaszcza takich, które byłyby niemożliwe do usunięcia i jednocześnie uniemożliwiały zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Choć przepis art. 255 pkt 6) ustawy Pzp zawiera w gruncie rzeczy klauzulę generalną, nie oznacza to, że zakres jego zastosowania można rozciągać na wszystkie stany faktyczne obejmujące wszelkie nieprawidłowości zamawiających w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Zasadą jest, że wszczęte postępowanie ma doprowadzić do wyłonienia najkorzystniejszej oferty, a nie zakończyć się unieważnieniem. Stąd niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej omawianego przepisu, która pozwalałaby zamawiającym na unieważnienie postępowania z powołaniem się na jakiegokolwiek wady prowadzonych przez nich postępowań. Mogłoby to wprost prowadzić do zagrożenia przestrzegania zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, szczególnie w sytuacji, gdy stwierdzenie

wad postępowania miało miejsce już po ujawnieniu listy wykonawców, którzy mogą uzyskać dane zamówienie.

Odniesienie się do rzekomych błędów i nieścisłości wskazanych przez Zamawiającego

18. Zamawiający w ramach uzasadnienia unieważnienia postępowania wskazał na trzy grupy rzekomych nieprawidłowości, które doprowadziły go do konstatacji o konieczności unieważnienia Postępowania. Dla przypomnienia, chodzi o:

- 1) dopuszczenie wariantowości rozwiązań technologicznych w zakresie materaca geosyntetycznego oraz możliwości uznaniowej, częściowej rezygnacji z zastosowania materaca geosyntetycznego,
- 2) stwierdzenie istotnych różnic pomiędzy przedmiarem a projektem wykonawczym, skutkujące brakiem adekwatności przedmiarów do projektu wykonawczego – pozycje przedmiarowe są w sposób znaczny zawyżone lub niedoszacowane,
- 3) inne błędy projektowe, których konsekwencją jest brak adekwatności kalkulacji ofert, do przedmiotu zamówienia.

19. Konkluzje i wyliczenia przedstawiane przez Zamawiającego, a także wyrażana przez niego obawa o prawdopodobnej zmianie rankingu ofert czy zwiększonym wydatkowaniu środków publicznych (w sytuacji, w której rzekome nieprawidłowości w dokumentacji postępowania nie zostałyby zidentyfikowane), oparte są jednak na z gruntu nieprawidłowych założeniach, które nie mogą być zaaprobowane w świetle okoliczności faktycznych przedmiotowej sprawy.

Ad „Wariantowość” rozwiązań technologicznych

20. Zamawiający w ramach uzasadnienia faktycznego decyzji o unieważnieniu Postępowania w pkt 14 pisma z dnia 31 października 2023 r. wskazał na postanowienia dokumentacji projektowej, które w jego ocenie (wyrażonej w pkt 17 pisma) powodują możliwość przyjęcia różnych założeń dla kalkulacji oferty, czyniąc je tym samym nieporównywalnymi. Wnioski wyprowadzane przez Zamawiającego są jednak wprost sprzeczne z treścią cytowanych postanowień, praktyką realizacji i oświadczeniami, które zostały złożone przez wykonawców w ramach Postępowania.

21. Zgodnie z postanowieniami dokumentacji postępowania, na które powołuje się sam Zamawiający:

- Dopuszcza się inne rozwiązania projektowe na etapie sporządzenia projektu technologicznego, o ile nie stanowią zmian istotnych. Każdorazowa zmiana musi być uzgodniona z Projektantem wzmocnienia i Projektantem konstrukcji (pkt 8 Tomu V SWZ – PW Część 16.1 – Projekt wzmocnień TOR);
- Materac geosyntetyczny może zostać zmodyfikowany na etapie Projektu technologicznego, po wykonaniu odpowiednich obliczeń. Konstrukcja materaca podlega

akceptacji Projektanta oraz Inżyniera (Tom III SWZ – STWIORB pkt 2.8 – ST 02.15 – str 129 oraz pkt 2.7 – ST 02.19 – str. 164).

Co za tym idzie, z przytoczonych postanowień dokumentacji wprost wynika, że ewentualne zmiany w technologii wzmocnienia podłoża mogą być procedowane dopiero na etapie realizacji umowy i uzależnione są od ziszczenia się konkretnych warunków (przyszłych i niepewnych). W żadnym razie postanowienia te nie uprawniały do przyjęcia do oferty odgórniego założenia co do przyjęcia innej technologii wykonania wzmocnienia podłoża i jej wyceny. W ramach oferty wszyscy wykonawcy obowiązani byli do przyjęcia tego samego rozwiązania opisanego w dokumentacji postępowania jakim było wykonanie materaca geosyntetycznego.

22. W konsekwencji, dokumentacja postępowania w żadnym razie nie kreowała w tym zakresie jakiegokolwiek nieprecyzyjności czy niespójności co do tego, jakie elementy każdy z wykonawców zobowiązany był przyjąć do oferty. Tego rodzaju postanowienia, które wskazują na ewentualność wdrażania jakichkolwiek zamiennych rozwiązań na etapie realizacji zamówienia są zresztą postanowieniami typowymi, powszechnie występującymi w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w tym prowadzonych przez Zamawiającego. Oczywistym bowiem pozostaje, zwłaszcza w zakresie wzmocnień podłoża, że po wykonaniu szczegółowych badań gruntowych, zasadnym może okazać się wdrożenie innego rozwiązania co do technologii wzmocnienia. Nie zmienia to jednak faktu, że oferta każdego z wykonawców bazuje na tym samym rozwiązaniu opisanym w dokumentacji. Jakichkolwiek wątpliwości w tym zakresie nie było również w przedmiotowym przypadku.

23. Zamawiający całą swoją argumentację w tym zakresie opiera na domniemaniach i przypuszczeniach co do rzekomego zakresu złożonych ofert, sugerując, że część wykonawców przyjęła do oferty realizację umowy w technologii zamiennej. Takie domniemanie jest jednak niczym nieuprawnionym dywagowaniem, które w żaden sposób nie opiera się na oświadczeniach składanych przez wykonawców, wskazujących w ramach złożonych ofert, że deklarują wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją postępowania, akceptując jej postanowienia. Tego rodzaju argumentacja już z samego założenia nie może być podstawą do podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania, która to musi być przecież oparta na jednoznacznych i weryfikowalnych podstawach.

24. W sposób jaskrawy nieuprawniony charakter domniemań Zamawiającego zobrazowany jest w ramach pkt 21 - 22 uzasadnienia unieważnienia, w których Zamawiający – powołując się na ofertę Odwołującego i zastosowaną przez niego wycenę – podnosi, że wskazuje ona „iż wykonawca nie zakłada wykonania materaca geosyntetycznego ale przyjmuje zastosowanie innej technologii wzmocnienia, np. technologii stabilizacji”. Abstrahując od tego, że w tym zdaniu już literalnie wyrażone jest jedynie jakieś przypuszczenie Zamawiającego, to dodatkowo twierdzenia Zamawiającego są wprost sprzeczne z

oświadczeniami składanymi przez Odwołującego. Zamawiający zupełnie pomija, że w ramach prowadzonego Postępowania, wzywał Odwołującego do wyjaśnień, w tym co do założeń dotyczących pozycji 2.8, dotyczącej wypełnienia materaca kruszywem, do której Odwołujący w sposób kompleksowy się odniósł, potwierdzając przyjęcie materiału wynikającego z dokumentacji, respektującego wszystkie wymagania Zamawiającego.

25. Zamawiający dąży do wykazania rzekomych różnic w przyjętych technologiach wzmocnienia przez poszczególnych oferentów bazując na zaoferowanych przez nich cenach poszczególnych pozycji kosztorysowych. Powołując się na ofertę Odwołującego i zaoferowane przez niego ceny za „wypełnienie materaca kruszywem” oraz „stabilizację podłoża spoiwem przy użyciu zespołu do stabilizacji – grunt rodzimy do $R_m=1,5$ MPa, grubość warstwy po zagęszczeniu 20-30 cm” próbuje w konsekwencji wykazać przyjęcie przez Odwołującego innej technologii wzmocnienia. Tego rodzaju dywagacje są jednak niczym nie poparte, o tyle, że:

- cenę (zdaniem Zamawiającego zaniżoną) za wypełnienie materaca kruszywem, Odwołujący wyjaśniał w ramach cytowanej powyżej odpowiedzi na pytanie nr 16, wykazując jej realność za pośrednictwem ofert podwykonawcy. Zamawiający nie formułował względem złożonych przez Odwołującego jakichkolwiek uwag, nie dokonał też odrzucenia oferty Odwołującego jako dotkniętej rzekomo rażąco niską ceną. Działania Zamawiającego i wyjaśnienia złożone w toku Postępowania przez Odwołującego potwierdzały więc, że zaoferowaną cenę należało uznać za realną, a z faktu zaoferowania jej na takim poziomie nie sposób w konsekwencji wyprowadzać wniosku o zaoferowaniu innego zakresu przedmiotu zamówienia niż wynikał z dokumentacji postępowania,
- cenę (zdaniem Zamawiającego zawyżoną) za stabilizację podłoża spoiwem, Odwołujący wyjaśniał chociażby w ramach odpowiedzi na pytanie nr 23. Względem wyjaśnień Odwołującego, Zamawiający nie formułował dalszych uwag i wątpliwości. Ponownie, z faktu określenia ceny na danym poziomie nie sposób więc wyciągać wniosków o chęci zaoferowania odmiennej technologii wykonania zamówienia.

26. Zamawiający celem „usprawiedliwienia” swoich działań dokonuje wyliczeń (str. 8 uzasadnienia odrzucenia) opartych na przyjętych przez siebie hipotezach co do możliwych technologii wzmocnienia podłoża przez każdego z wykonawców przy uwzględnieniu zaoferowanych przez nich cen. Abstrahując od absolutnie hipotetycznych założeń co do zastosowanych technologii, równie hipotetyczne są też założenia Zamawiającego co do przyjętych ilości za poszczególne zakresy, koniecznych do realizacji przy zastosowaniu rzekomej technologii zamiennej. Względem tej „technologii zamiennej”, której zastosowanie próbuje zasugerować Zamawiający, nie ma żadnych wiążących wytycznych, wskazujących na konieczne wówczas do przyjęcia ilości i parametry każdego z elementów składających się na jej zastosowanie. Symulacje przeprowadzone przez Zamawiającego mają więc na celu

wyłącznie wywarcie jakiegoś wrażenia „kwotowego”, które jednak nie ma nic wspólnego z rzeczywistością i w całości oparte jest na niczym niepopartych hipotezach i spekulacjach Zamawiającego.

27. Reasumując:

- w dokumentacji postępowania nie występowała żadna niespójność co do koniecznej do przyjęcia w ramach oferty technologii wzmocnienia podłoża. Wszyscy oferenci zobowiązani byli za sprawą dokumentacji postępowania do przyjęcia w ramach oferty tożsamego rozwiązania. Ewentualna zmiana zastosowanej technologii może mieć miejsce dopiero na etapie realizacji zamówienia, przy spełnieniu określonych warunków, w żaden sposób nie wpływając na ocenę poprawności złożonych ofert;
- założenie Zamawiającego co do rzekomego przyjęcia przez różnych oferentów różnych technologii wzmocnienia oparte jest na hipotezach i przypuszczeniach Zamawiającego, abstrahujących od oświadczeń złożonych przez Wykonawców, w tym abstrahujących os złożonych wyjaśnień co do zaoferowanego poziomu wyceny za poszczególne pozycje.

Ad Różnice w ilościach pomiędzy przedmiarem a projektem wykonawczym

28. Generalną zasadą jest, że po to wprowadza się do postępowania przedmiary robót, aby zapewnić porównywalność składanych ofert i za ich pomocą sprawić, by wszyscy wykonawcy kierowali się tymi samymi wytycznymi co do niezbędnych do skalkulowania pozycji. Ostatecznie ten konkretny przetarg rozliczany będzie obmiarowo, za ilości faktycznie wykonane, więc ilości wskazane w przedmiarach nie są (i nigdy nie były) ostateczne czy wiążące. Zamawiający sam w ramach cytowanych na wstępie Warunków Umownych wskazał, że: „Wszelkie ilości ustalone w Przedmiarze Robót są ilościami szacunkowymi podanymi w ofercie, w celu zapewnienia wspólnej podstawy do składania ofert”.

29. W konsekwencji, występowanie pewnych różnic pomiędzy przedmiarem a ilościami ostatecznie koniecznymi do wykonania jest sytuacją typową, charakterystyczną dla przetargów obmiarowych, przewidzianą przez samego Zamawiającego w ramach dokumentacji Postępowania (o czym również w dalej części pisma). Stąd też, z sytuacji dla branży zupełnie typowej nie sposób czynić pretekstu do unieważnienia postępowania, jako charakteryzującego się niemożliwą do usunięcia wadą. Różnic pomiędzy przedmiarem a ilościami faktycznie wykonanymi po pierwsze nie sposób kwalifikować jako „wady”, po drugie ta sytuacja nie jest niemożliwa do usunięcia – Zamawiający wszak w ramach dokumentacji postępowania założył Kwotę Warunkową, która tego typu sytuacje (niedoszacowania przedmiarów i konieczności ich korekty) miałaby pokrywać.

30. Zamawiający sam w pkt 28 uzasadnienia odrzucenia wskazał, że „w toku każdej realizowanej inwestycji następuje rozbieżność, między przedmiarem, a projektem”, w przedmiotowym przypadku uznał jednak, że różnice te są zbyt daleko idące. Abstrahując od tego, że Zamawiający sam, nie bazując na żadnych wiążących podstawach, ustalił granicę

„typowych” różnic oraz granicę różnic „nieakceptowalnych”, to przede wszystkim podkreślenia wymaga, że Zamawiający kreując rzekomą różnicę pomiędzy przedmiarami a projektem na poziomie 15%, ustalił ją poprzez porównanie ilości z wybranych przez siebie kilku pozycji (z kilku tysięcy pozycji przedmiarowych), wymienionych w pkt 27 uzasadnienia odrzucenia. Zamawiający wybrał dosłownie dziesięć pozycji, na podstawie których dokonał obliczenia procentu rozbieżności, chociaż musi zdawać sobie sprawę, że posługiwanie się danymi w sposób tak bardzo wybiórczy, pod znakiem zapytania stawia jego wiarygodność i rzeczywiste intencje przyświecające takiemu wyborowi.

31. Wątpliwości co do wiarygodności danych budzi również metodologia. Zamawiający uwzględnił bowiem jedynie różnice „na minus”, tak aby wykreować wrażenie konieczności zwiększenia wartości wynagrodzenia oferty najkorzystniejszej i rzekomej hipotetycznej zmiany oferty w rankingu. Zamawiający nie uwzględnił natomiast jakichkolwiek pozycji charakteryzujących się różnicą „na plus” pomiędzy przedmiarem a dokumentacją, chociażby powoływanych przez siebie w innych częściach uzasadnienia unieważnienia pozycji dotyczących kolumn betonowych (pkt 16 uzasadnienia odrzucenia), czy ilości prefabrykatów typu L (pkt 30 lit. f) uzasadnienia odrzucenia). Wskazuje to na wybiórczość w przywoływaniu przez Zamawiającego stanu faktycznego sprawy, mającego na celu wywołanie określonego wrażenia i uwzględnienia jedynie tych informacji, które miałyby świadczyć o jakiegokolwiek istotności rzekomych nieprawidłowości.

32. Zamawiający sugeruje przy tym, że zidentyfikowane przez niego różnice w ilościach pomiędzy przedmiarem a projektem wykonawczym miałyby rzekomo wpływ na wynik postępowania i winny skutkować zmianą w rankingu wszystkich złożonych ofert. Zamawiający sugeruje więc, że na skutek zidentyfikowanych przez niego „wad” postępowania musiałby wydatkować zwiększone, niż wynikające z pierwotnych ofert, środki publiczne. Nic jednak bardziej mylnego. Tak jak wskazywał Odwołujący na wstępie niniejszego odwołania, Zamawiający w ramach Postępowania przewidział Kwotę Warunkową, która wynosiła dokładnie 191.610.122,90 zł (dla całości oferty) i wliczona była do całkowitej ceny zaoferowanej przez każdego z wykonawców. Zgodnie zaś z założeniami umowy, „Kwota Warunkowa może służyć do pokrycia różnic pomiędzy ilością Robót określoną w obmiarze, a ilością Robót określoną w Przedmiarze Robót (...)”.

33. Co za tym idzie, Zamawiający z tytułu wskazanych w uzasadnieniu unieważnienia zaniżonych ilości przedmiarowych (oszacowanych w przypadku oferty Odwołującego na poziomie 39.381.187,27 zł) nie poniósłby jakichkolwiek dodatkowych kosztów. Kwota Warunkowa w pełni pokrywałaby więc ewentualne błędy w ilościach przedmiarowych, które byłyby mniejsze niż wykonane w ilościach rzeczywistych, na które wskazuje Zamawiający. Ewentualne rozbieżności między przedmiarem a projektem byłyby więc w całości pokryte z Kwoty Warunkowej, i jeszcze Zamawiający miałby „poduszkę bezpieczeństwa” w wysokości

ponad 150 milionów złotych! Zidentyfikowane przez Zamawiającego różnice w ilościach pomiędzy przedmiarem a projektem objęte są w całości ofertą wykonawców poprzez Kwotę Warunkową, nie generując po stronie Zamawiającego żadnego ryzyka ponoszenia jakichkolwiek dodatkowych kosztów, wykraczających poza ceny ofertowe.

34. Abstrahując od tego, że w przedmiotowym przypadku nie mamy do czynienia z jakąkolwiek wadą postępowania, to nawet jeśli uznać, że różnice pomiędzy przedmiarem, a dokumentacją projektową, miałyby zostać w ten sposób zakwalifikowane, to nie sposób przyznać im waloru istotności, niezbędnego do wdrożenia dyspozycji art. 255 pkt 6) ustawy Pzp. Zamawiający przełożył bowiem niedoszacowania w ilościach przedmiarowych na konkretne kwoty w każdej z ofert. W przypadku oferty Odwołującego koszt rzekomego niedoszacowania wynosić miałyby 39.381.187,27 zł, co w przypadku zaoferowanej ceny całkowitej (1.284.235.699,12 zł) stanowiłoby ok. 3% wartości oferty.

35. Reasumując:

- różnica w ilościach pomiędzy przedmiarem robót a faktycznym rozliczanym zakresem jest sytuacją typową, przewidzianą przez Zamawiającego w dokumentacji Postępowania. Wszelkie niedoszacowania w ilościach przedmiarowych pokrywane są poprzez mechanizm Kwoty Warunkowej, która w przedmiotowym przypadku wynosi 191.610.122,90 zł, pokrywając wszelkie ewentualne niedoszacowania ilości przedmiarowych, na które powołuje się Zamawiający i zostawiając istotny nadatek powyżej 150 mln zł;
- skala rzekomych błędów w ilościach przedmiarowych i przełożenie jej na konkretną wartość finansową, oparta jest na wybiórczym przywoływaniu wybranych przez Zamawiającego pozycji przedmiarowych, nie oddającego realnego stanu faktycznego sprawy;
- błędne ilości przedmiarowe nie stanowią jakiejkolwiek wady postępowania, która uniemożliwiłaby zawarcie ważnej umowy. Jeśli nawet tak kwalifikować ten zakres, to niewątpliwie nie miałyby on charakteru istotnego, który uzasadniałby unieważnienie Postępowania. „Wartość” rzekomych niedoszacowań wynosiłaby w odniesieniu do wartości całej oferty ok. 3%.

Ad Inne Wady dokumentacji

36. Poza wskazanymi wyżej argumentami odnoszącymi się do „wariantowości” rozwiązań technologicznych i różnic w ilościach między przedmiarem a projektem wykonawczym, jako trzecią grupę błędów i nieścisłości, które w ocenie Zamawiającego miały wpływ na wycenę ofert, a w konsekwencji na ich rzekomą nieporównywalność, jest grupa dwunastu elementów, wśród których znalazły się:

- a. brak szczegółowych wytycznych, co do prowadzenia koryt kablowych oraz zastosowanych materiałów,

- b. brak parametrów dla gwoździ gruntowych w STWiORB,
- c. brak określonej długości przewodów urządzeń infrastruktury umieszczonej metodami bez wykopowymi w rurach osłonowych (tj. na łuku) jaka należy przyjąć do rozliczeń wykonanych prac (błąd w Obmiarach),
- d. braki zasypki na geowłókninie drenażu,
- e. brak zapisów o istniejących zegarach na stacjach do odtworzenia (tj. wskazania, że może być konieczność ich wymiany lub naprawy),
- f. niedoszacowane ilości prefabrykatów typu L,
- g. braki w rozwiązaniach odwodnienia ścianek oporowych,
- h. występują kolizje drenaży z odciągami sieci trakcyjnej,
- i. brak przedmiaru do montażu wskaźników torowych
- j. koszty robót związane z wykopaniem gruntów pod platformy robocze są liczone podwójnie,
- k. brak projektów zabezpieczeń pod wiaduktami drogowymi,
- l. niedoszacowane wykopy pod platformę roboczą.

37. Odwołujący pragnie zwrócić uwagę, że w wymienionej przez Zamawiającego grupie elementów znalazły się takie pozycje, jak brak szczegółowych wytycznych co do prowadzenia koryt kablowych, brak zasypki w geowłókninie, bliżej nieokreślone braki w rozwiązaniach odwodnienia ścianek oporowych, niedoszacowanie wykopy pod platformę roboczą, a nawet brak zapisów o istniejących zegarach! Zdumienie Odwołującego budzi tak szczegółowa lista, która jednak zamiast wzmacniać argumentację Zamawiającego dodatkowo dowodzi marginalnego znaczenia ewentualnych nieścisłości i ich absolutnej pomijalności w kontekście wartości przedmiotu zamówienia szacowanej przez samego Zamawiającego – dla przypomnienia chodzi o kwotę (w zakresie zamówienia podstawowego) 1.813.094.958,57 PLN brutto, tj. jednego miliarda osiemset trzynaście milionów dziewięćdziesiąt cztery tysiące dziewięćset pięćdziesiąt osiem złotych 57/100.

38. Dodatkowo Odwołujący wskazuje, co wydawało mu się dotychczas raczej oczywiste, że w przypadku inwestycji tej skali, jaką bez wątplenia jest przedmiotowe Postępowanie, pewne elementy nigdy nie są szczegółowo opisywane przez Zamawiającego. Profesjonalnie działający na rynku wykonawcy regularnie składający swoje oferty (a za takich z pewnością można uznać wykonawców, którzy złożyli swoje oferty w tym Postępowaniu), wyceniają te zakresy bazując w głównej mierze na swoim doświadczeniu i w ten sposób szacują niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia elementy – również te wymienione przez Zamawiającego. Trudno uznać, by racjonalnie działający zamawiający powyższe elementy traktowali jako kluczowe dla wykonania przedmiotu zamówienia albo chociaż przedstawiające jakąkolwiek istotną wartość. W rzeczywistości jest bowiem dokładnie odwrotnie: każda z dwunastu pozycji wskazanych przez Zamawiającego jako ta, która ma

wpływ na kalkulację ofert, a także wszystkie te pozycje łącznie, mają marginalne znaczenie w kontekście ewentualnych błędów postępowania i pozostają bez wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Nie mogą tym samym stanowić wystarczającej podstawy do unieważnienia postępowania. Wskazany przez siebie dwunasty element Zamawiający przydaje istotną moc sprawczą, której w sposób oczywisty i niebudzący wątpliwości nie mają, a która miałaby polegać, jak pisze sam Zamawiający (akapit 13 pkt 3) strona 6) na konsekwencji w postaci „braku adekwatności kalkulacji ofert do przedmiotu zamówienia”, chociaż jak zostało podniesione już przez Odwołującego w początkowej części odwołania:

- w postępowaniu złożono dziesięć ofert, z których dziewięć zmieściło się w szacunku Zamawiającego,
- wszystkie złożone oferty były do siebie zbliżone cenowo,
- żadna oferta nie została z postępowaniu odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę.

III. Podsumowanie

1. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał na wady dotyczące rzekomej wariantowości rozwiązań technologicznych, rzekomo istotnych różnic pomiędzy przedmiarem a projektem wykonawczym oraz innymi błędami projektowymi, których konsekwencją jest rzekomy brak adekwatności kalkulacji ofert do przedmiotu zamówienia. W tych trzech elementach Zamawiający upatruje niezgodności, niedokładności i braku możliwości złożenia przez wykonawców porównywalnych ofert w konsekwencji rzekomego braku możliwości prawidłowego wyliczenia ceny, co przekłada się na niemożliwość dokonania badania ofert. Tymczasem, co należy ponownie przypomnieć, wynagrodzenie wykonawcy płatne będzie za rzeczywiście wykonane roboty, a cena obejmuje wszystkie koszty związane z ich realizacją zgodnie z umową. W ramach tego Postępowania wykonawcy składając swoje oferty oświadczyli, że zapoznali się z całą dokumentacją Postępowania, wszystkimi materiałami mającą wpływ na złożenie oferty i realizację zamówienia i zamierzają wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z treścią dokumentacji.

2. Biorąc pod uwagę całokształt okoliczności opisanych w ramach niniejszego odwołania fakt unieważnienia postępowania nie znajduje uzasadnienia, a wyliczenie ceny za oferowane roboty było możliwe, co potwierdza fakt złożenia w postępowaniu aż dziesięciu ofert na porównywalnym poziomie cenowym. Wymagania ukształtowane przez Zamawiającego w treści SWZ co do sposobu realizacji robót, obowiązki wykonawcy oraz sposób obliczenia ceny wskazują, że zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego przedmiot zamówienia można zrealizować na podstawie opisu przewidzianego przez Zamawiającego. Fakt, że przedmiot ten został opisany w sposób, o jakim pisze Zamawiający w treści informacji o unieważnieniu nie przesądza o tym, że przedmiot ten jest opisany w sposób niewłaściwy. Co więcej, najbardziej obiektywnym weryfikatorem opisu przedmiotu zamówienia i w konsekwencji jego

wpływu na wyliczenie wartości robót, jaka została zaoferowana są sami wykonawcy w postępowaniu (10 złożonych ofert), którzy działając w konkurencji w stosunku do siebie, a zarazem będąc profesjonalistami w swojej branży dokonali wyliczenia wartości zamawianych robót. Kryteria unieważnienia postępowania mają wynikać z ustawy, a nie z uznania Zamawiającego (por. wyrok SO w Warszawie z dnia 14 sierpnia 2012 r., sygn. akt V Ca 788/12).

3. Przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy Pzp należy zawsze brać pod uwagę jej cel. Zamawiający jest bowiem zobowiązany do takiego działania oraz takiego korzystania z praw, jakie ustawa mu przypisuje i jego działanie ma doprowadzić do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania. Działanie Zamawiającego ma jednocześnie zapewnić poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

4. Odwołujący podkreśla, że nie neguje pewnej swobody Zamawiającego co do podejmowania decyzji w sprawie prowadzonego przez siebie postępowania w kontekście możliwości jego unieważnienia, jednakże należy podkreślić, że decyzje w tym przedmiocie, które dotyczą gospodarności w dysponowaniu środkami publicznymi, powinny być podejmowane z najwyższą rozwagą i w sposób należyty uzasadnione. Biorąc pod uwagę charakter argumentów powoływanych przez Zamawiającego i jak zostało wykazane w treści odwołania – ich absolutną bezzasadność, należy wskazać, że to wykonawcom w ramach tego Postępowania przysługuje ochrona w ramach ustawy Pzp. Skoro Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, musi liczyć się z konsekwencjami prawnymi wziętego na siebie zobowiązania, działając lojalnie względem wykonawców, którzy ponieśli koszty uczestnictwa w postępowaniu w zaufaniu do realnej możliwości jego pozyskania. Zamawiający ma obowiązek zorganizowania i przeprowadzenia procedury w taki sposób, aby zagwarantować prawidłowe wykonywanie zadań publicznych na odpowiednim poziomie, a przy tym stoi na straży zachowania reguł zdefiniowanych w ustawie Pzp, w tym zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości, które w przedmiotowym przypadku wyrażają się w konieczności realnej oceny okoliczności sprawy, a w następstwie jej przeprowadzenia.

5. Okoliczności przedmiotowej sprawy świadczą o tym, że Zamawiający podejmując najdalej idącą decyzję, unicestwiająca postępowanie (i niweczącą koszty poniesione tak przez Zamawiającego jak i przez wykonawców w ramach jego zorganizowania i uczestnictwa), zadziałał w sposób bezrefleksyjny i bezpodstawny i takie działanie z całą pewnością nie zasługuje na ochronę.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 23/11/2023) wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz o przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w piśmie, na wskazane w nim okoliczności. W uzasadnieniu stanowiska wskazując na zarzuty odwołania i żądania w szczególności podał:

(...)

I. Stan faktyczny

2. (...) W toku prowadzonych czynności w Postępowaniu, tj. na etapie badania ofert Wykonawców pod kątem ceny rażąco niskiej, Zamawiający zwrócił uwagę na znaczne rozbieżności pomiędzy poszczególnymi pozycjami cenowymi zarówno w odniesieniu do poszczególnych ofert, jak również w stosunku do cen rynkowych.

3. Na skutek powziętych wątpliwości, Zamawiający dokonał pełnej analizy dokumentacji Postępowania, w tym w szczególności dokonał analizy technicznej zapisów STWIORB oraz Projektu Budowlanego i projektu wykonawczego, która to analiza wykazała, że dokumentacja Postępowania zawiera błędy i nieścisłości, które miały wpływ na wycenę ofert, a w konsekwencji na ich nieporównywalność tj.:

1) Dopuszczała wariantowość rozwiązań technologicznych w zakresie materaca geosyntetycznego oraz możliwość uznaniowej, częściowej rezygnacji z zastosowania materaca geosyntetycznego,

2) Stwierdzono istotne różnice pomiędzy przedmiarem a projektem wykonawczym, skutkujące brakiem adekwatności przedmiarów do projektu wykonawczego – pozycje przedmiarowe są w sposób znaczny zawyżone lub niedoszacowane.

3) Stwierdzono inne błędy projektowe, których konsekwencją jest brak adekwatności kalkulacji ofert, do przedmiotu zamówienia.

4. Z uwagi na stwierdzone błędy, które miały wpływ na wynik postępowania, w dniu 31 października 2023 r., Zamawiający dokonał czynności unieważnienia postępowania. Jako podstawę prawną swojej decyzji Zamawiający wskazał art. 255 pkt 6) ustawy Pzp.

II. Zarzuty Odwołania

1. Odnosząc się do zarzutu podniesionego przez Odwołującego, Zamawiający wskazuje, że jest on bezpodstawny, a tym samym Odwołanie winno zostać oddalone.

2. Odnosząc się do „Uwag ogólnych” zarzutów odwołania, w pierwszej kolejności należy wskazać, iż Odwołujący przywołuje zapisy i regulacje umowne, jednocześnie wywodząc z nich wnioski dokładnie odwrotne od ich faktycznego znaczenia, próbując na tej podstawie wywieść, że rozbieżność między przedmiarem, a dokumentacją projektową, nie prowadzi w konsekwencji do nieporównywalności ofert.

3. Odwołujący cytuje między innymi Klauzulę 12 Warunków Umowy (część A) – „Niezależnie od miejscowych zwyczajów, z wyjątkiem przypadków, ustalonych w inny sposób w Kontrakcie: a) obmiary mają być dokonane w ilościach netto każdego z elementów Robót

Stałych, oraz b) metody obmiaru mają być zgodne z Przedmiarem Robót lub innymi odpowiednimi Wykazami. Przedmiar Robót należy odczytywać w powiązaniu z Warunkami Ogólnymi oraz Warunkami Szczególnymi, Specyfikacją oraz Dokumentacją Projektową. Wszelkie ilości ustalone w Przedmiarze Robót są ilościami szacunkowymi podanymi w ofercie, w celu zapewnienia wspólnej podstawy do składania ofert. Krótkie opisy pozycji w Przedmiarze Robót przedstawione są tylko dla celów identyfikacyjnych i nie powinny w żaden sposób modyfikować bądź anulować szczegółowego opisu zawartego w Kontrakcie, w tym w Warunkach Ogólnych oraz Warunkach Szczególnych, Specyfikacjach oraz Dokumentacji Projektowej. Wykonawca, wyceniając poszczególne pozycje, powinien odnosić się do wyżej wymienionych dokumentów w celu uzyskania pełnych wskazówek, informacji, instrukcji i opisów Robót oraz zastosowanych Materiałów.”

4. O ile zatem można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że Przedmiar ma charakter pomocniczy względem Dokumentacji Projektowej, w kontekście samego wykonywania robót, to jednocześnie Przedmiar jest kluczowym dokumentem dla ich wyceny. Innymi słowy, o tym, co będzie wykonane decyduje Dokumentacja Projektowa, a o tym co jest wycenione w ofercie decyduje Przedmiar. Jeśli zatem Przedmiar nie jest spójny z Dokumentacją Projektową, to de facto oferta wykonawców nie jest adekwatna do robót, które mają być wykonane. Zważywszy jednocześnie na fakt, iż wykonawcy mają świadomość, że zakres prac będzie tożsamy z Projektem mogą przyjąć różne punkty odniesienia do wyceny poszczególnych pozycji które są rozbieżne z Dokumentacją Projektową – tj. dostosowywać ceny jednostkowe pozycji przedmiarowych, urealnając cenę całkowitą za daną pozycję, do faktycznych potrzeb wynikających z projektu – zawyżając lub zaniżając ceny jednostkowe. Nie jest to przy tym zwykła i dopuszczalna na etapie wyceny ofert inżyniera finansowa, ale manipulacja cenowa wynikająca z niewłaściwego opisu przedmiotu zamówienia.

5. Zamawiający nie kwestionuje również, że Przedmiar ma charakter szacunkowy – ponownie jednak Odwołujący nieprawidłowo odnosi cytowane zapisy Umowy, do kwestii wyceny ofert – kwestia szacunkowego charakteru Przedmiaru należy odnosić bowiem do kwestii rozliczenia (na co zresztą wskazuje Klauzula Umowy przywoływana w Odwołaniu tj. „Obmiary i Wycena”), nie zaś do wyceny ofert. Oczywistym jest bowiem, na co wskazuje już charakter rozliczenia Obmiarowego, że finalnie wynagrodzenie Wykonawcy wyliczone będzie w oparciu o obmiar. Nie oznacza to jednocześnie, że Przedmiar, może przyjąć dowolną formę, choćby zupełnie oderwaną od zakresu robót – w skrajnym bowiem przypadku, wystarczyłoby, aby Zamawiający wskazał po jednej pozycji Przedmiarowej do wykonania.

6. Zupełnie zatem chybione jest twierdzenie Odwołującego, że „Rozbieżności pomiędzy przedmiarami i projektem budowlanym, na których opiera się Zamawiający w celu uzasadnienia dokonania unieważnienia postępowania, nie można kwalifikować jako błędów

w opisie przedmiotu zamówienia, a tym bardziej jako wad uniemożliwiających zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

7. Cała argumentacja Odwołującego sprowadza się de facto bowiem do wykazania, że istnieje możliwość wykonania Umowy, nawet przy skrajnie błędnych Przedmiarach, z uwagi na charakter wynagrodzenia kosztorysowego i mechanizmy umowne takie jak np. Kwota Warunkowa, co jednak nie stanowi podstawy unieważnienia – Zamawiający nie wykazuje bowiem, że Umowy nie dałoby się rozliczyć, ale wykazuje, że tak skalkulowane oferty, oparte o błędne Przedmiary, nie są adekwatne do przedmiotu zamówienia i przez to są również nieporównywalne.

8. Potwierdzeniem kluczowego charakteru przedmiaru dla wyceny ofert, przy jednoczesnej konieczności uwzględnienia Dokumentacji Projektowej dla określenia zakresu zamówienia, wskazuje ugruntowane stanowisko orzecznicze:

9. KIO 2650/15: Przedmiar robót, zgodnie z art. 31 ust. 1 p.z.p., jako element wchodzący w skład dokumentacji projektowej, stanowi opis przedmiotu zamówienia publicznego. W sytuacji zatem, gdy oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia, mamy do czynienia z oczywistą i nieusuwalną niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ, powodującą jej odrzucenie w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

10. KIO 175/15: Kosztorys ofertowy, niezależnie od tego, czy jest sporządzany w formie uproszczonej, czy też szczegółowej, nie może stanowić wystarczającej podstawy służącej ustaleniu zakresu prac, do których wykonania zobowiązuje się wykonawca składając ofertę. Skoro przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, to - zgodnie z art. 31 ust. 1 p.z.p. - opisuje się je za pomocą dokumentacji projektowej i STWiORB. Przedmiar robót jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu budowlanego, czy STWiORB i pełniącym odmienną rolę niż wspomniane dokumenty. Istotą przedmiaru jest przedstawienie zakresu niezbędnych do wykonania prac (ze wskazaniem jednostek przedmiarowych), co ma pomóc wykonawcom w oszacowaniu pracochłonności, a przede wszystkim kosztów wykonania ujętych w nim robót budowlanych. Przedmiar robót, a w konsekwencji także kosztorys sporządzony na jego podstawie, mają jedynie pomocnicze znaczenie w ustaleniu treści zobowiązania wykonawcy, bowiem ich głównym celem jest skalkulowanie ceny oferty, nie zaś zobrazowanie jej zakresu.

11. KIO 1502/13: Dopiero w przypadku, gdy przedmiar robót stanowi element opisu przedmiotu zamówienia istnieje prawna i faktyczna możliwość obarczenia wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia na wykonawstwo robót budowlanych obowiązkiem sporządzenia kosztorysu, który miałby być podstawą do wyliczenia ceny oferty. Przy tym w razie kosztorysowego charakteru wynagrodzenia umownego sporządzenie takiego kosztorysu (uproszczonego lub szczegółowego) jako elementu treści składanej oferty staje się obiektywną koniecznością, skoro rozliczenie wykonanych robót ma nastąpić na

podstawie obmiaru i cen jednostkowych poszczególnych pozycji robót podstawowych. Natomiast przy ryczałtowym wynagrodzeniu – co do zasady – sporządzenie kosztorysu ma być jedynie pomocą dla wykonawcy przy kalkulacji ceny oferty. Jednak na mocy decyzji zamawiającego uzewnętrznionej w treści SIWZ, może zyskać rangę elementu treści oferty, który podlega merytorycznej weryfikacji w zakresie zgodności z przedmiarem robót stanowiącym element opisu przedmiotu zamówienia SIWZ.

12. KIO 958/13: Na opis przedmiotu zamówienia i SIWZ składa się nie tylko sam przedmiar, ale przede wszystkim dokumentacja projektowa, do której odnosić się muszą i przedmiary, i oferty (kosztorysy ofertowe). Same zaś kosztorysy ofertowe – będące oświadczeniami woli, tak jak i inne oświadczenia woli podlegają interpretacji.

13. W kontekście wyżej wskazanych orzeczeń, szczególnie niezrozumiałe są wywody Odwołującego, że unieważnienie postępowania może dotyczyć jedynie rozbieżności w dokumentach „wiążących i ostatecznych” (teza 15 Odwołania), jakby Odwołujący kwestionował, że Przedmiar czy Projekt Budowlany, takimi dokumentami w niniejszym Postępowaniu były (!).

14. Tym samym, o ile z samego charakteru rozliczenia wynagrodzenia kosztorysowego wynika dopuszczalność rozbieżności między Przedmiarem a Obmiarem, to nie oznacza to, że Przedmiar może mieć charakter dowolny i być nieadekwatny do Projektu Budowlanego - opis przedmiotu zamówienia powinien tworzyć spójną całość. W szczególności błąd w przedmiarze będzie stanowił istotną wadę OPZ, w sytuacji, w której ten błąd ma wpływ na kolejność w rankingu ofert, złożonych przez Wykonawców, jak ma to miejsce w analizowanym przypadku, a który to fakt, Odwołujący konsekwentnie pomija.

15. Marginalny i nieistotny charakter wad w Opisie Przedmiotu Zamówienia, powołuje się również odwołujący w dalszej części wywodu, przywołując tezy z orzecznictwa, w którym wskazuje się, że unieważnienie postępowania nie może być spowodowane wadami nieistotnymi, marginalnymi, a nie każde naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych może rzutować na wynik postępowania i zmuszać zamawiającego do unieważnienia postępowania.

16. Nie kwestionując powyższych twierdzeń, należy jednak wskazać, iż „nieistotność” i „marginalność”, należy odnosić do realiów konkretnego postępowania, a w szczególności na konsekwencje danego rodzaju błędu na wynik postępowania. Jak wskazał sam Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania, w tym konkretnym przypadku o ile sama wyliczona wartość zmian nie jest znacząca w porównaniu do szacunkowej wartości zamówienia, to opisane rozbieżności w przyjętym sposobie wyceny ofert i kalkulacji ceny przekładają się nie tylko na wysokość ofert ale również na ich ranking w przedmiotowym postępowaniu, a tym samym błędy w dokumentacji Zamawiającego, miały wpływ na wynik Postępowania. Zgodnie z przeprowadzoną kalkulacją przez Wydział analiz technicznych,

różnica w wycenie ofert, przy przyjęciu prawidłowych wartości kosztorysowych, tj. odpowiadających projektowi wykonawczemu, biorąc pod uwagę ceny jednostkowe zaoferowane przez poszczególnych Wykonawców, wpłynęły na wynik postępowania w taki sposób, że jako oferta najkorzystniejsza powinna zostać uznana oferta, która w Postępowaniu oceniona została na miejscu drugim. Szczegółowa kalkulacja i symulacja wyniku Postępowania, po poprawieniu dokumentacji została ujawniona w treści uzasadnienia unieważnienia.

17. W tym wypadku zatem, nie sama przeliczona wartość błędów stanowi, o ich istotnym charakterze, ale to, że z uwagi na małe różnice w wartości skalkulowanych ofert, błędy te wpłynęły na wynik postępowania, w tym w szczególności na kolejność dwóch najtańszych ofert. Błędy te można byłoby uznać za marginalne, gdyby nie miały wpływu na wynik postępowania, a przeliczenie wartości ofert nie zmieniłoby kolejności w rankingu Wykonawców.

18. W dalszej kolejności Odwołujący odniósł się do błędów i nieścisłości wskazanych przez Zamawiającego.

19. Odnosząc się do kwestii nieprawidłowości opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do materaca geosyntetycznego, Zamawiający zwraca w pierwszej kolejności uwagę na fakt, iż sam Odwołujący potwierdził, że w tym zakresie postanowienia zawarte w Umowie z góry dopuszczają możliwość wykonania przedmiotu zamówienia, w sposób odmienny niż wskazany w Dokumentacji Projektowej.

20. Jednocześnie Odwołujący próbuje wykazać, że fakt ten pozostawał irrelevantny na wycenę – podczas gdy w swoich wywodach odwołujący całkowicie pomija kwestię, iż Przedmiar robót w tym zakresie również jest nieprawidłowy w zakresie kolumn betonowych.

21. Odwołujący kwestionuje dane i wyliczenia Zamawiającego, wskazując, iż mają one charakter hipotetyczny, podczas gdy przyjęte dane nie mają charakteru hipotetycznego, ale wynikają z porównań wyliczeń cen jednostkowych zaoferowanych w ofercie i dopuszczalnych rozwiązań wykonania, które to rozwiązania nie zostały zdeterminowane treścią OPZ.

22. Powyższa analiza potwierdza, iż tak sformułowany przedmiot świadczenia, w zakresie wykonania materaca geosyntetycznego nad kolumnami betonowo - żwirowymi i kolumnami betonowymi, który de facto nie determinuje sposobu wykonania przedmiotowego zakresu w sposób jednoznaczny, ale pozostawia swobodę wyboru technologii Wykonawcy, w konsekwencji, powoduje nieporównywalność wyceny tego zakresu zamówienia, co mimo stosunkowo niskiej wartości, względem szacunkowej wartości zamówienia, miało wpływ na wynik postępowania – skala możliwej rozbieżności cenowej między pierwszym a drugim oferentem wynosi bowiem 13 990 236 zł, podczas gdy różnica ofert tych wykonawców wyniosła 5 119 421,04 zł.

23. Oświadczenia Odwołującego, dotyczące sposobu kalkulacji oferty, mogą być skuteczne wyłącznie wobec oferty samego Odwołującego i nie mogą dotyczyć ofert pozostałych wykonawców, na ich podstawie nie można zatem przyjąć, że „oferta każdego z wykonawców bazuje na tym samym rozwiązaniu opisanym w dokumentacji.” Jednocześnie, choć Zamawiający nie ma możliwości obalić żadnym dowodem oświadczeń Wykonawcy w tym zakresie, to wskazane wyliczenia w ocenie Zamawiającego w wysokim stopniu uprawdopodobniają twierdzenie, że Wykonawca skorzystał z niejednoznacznego zapisu OPZ w tym zakresie i skalkulował wykonanie przedmiotu Umowy w sposób odmienny, niż wskazany w Dokumentacji Projektowej, co wiązałoby się z jednoznaczną korzyścią finansową – por. tabela w pkt 19 uzasadnienia Informacji o unieważnieniu postępowania. Tym niemniej, nie taka jest w istocie podstawa samego unieważnienia, jak chciałby to wywodzić Odwołujący.

24. Przeprowadzona analiza nie miała na celu wykazania, że poszczególni oferenci przyjęli konkretne założenia, taki bowiem dowód nie jest możliwy do przeprowadzenia, ale wykazuje, iż dopuszczone zostało wykonanie zamówienia w różnych technologiach, a przyjęcie różnych założeń, co do sposobu wykonania mogło powodować różny sposób wyceny poszczególnych ofert. Zamawiający nie miał na celu dowiedzenia, że któryś z oferentów skalkulował ofertę w sposób niedozwolony, ale że miał możliwość przyjęcia różnych założeń i skala rozbieżności cenowych w takim przypadku miała wpływ na wynik postępowania.

25. Jeśli bowiem, co do zasady wyceniane mają być konkretne rozwiązania projektowe w oparciu o ceny Przedmiarowe, a jednocześnie z góry zakładane jest, że Projekt w tym zakresie nie będzie obowiązujący i może zostać w sposób arbitralnie zmieniony, to po pierwsze odnoszący się do niego Przedmiar nie jest adekwatny, po drugie zaś, każdy z wykonawców może założyć inny zakres prac i technologię.

26. Należy przy tym wskazać, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego, sytuacja arbitralnej zmiany technologii nie jest sytuacją powszechną i normalną. Zważywszy, że zmiana technologii zwykle wiąże się ze zmianą kosztu, to taka zmiana obwarowana jest obowiązkiem udzielenia zgody Zamawiającego na taką zmianę oraz zawarcia aneksu do Umowy, celem zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy. W tym wypadku taka sytuacja nie miałaby miejsca – zmiana technologii wynikająca z samego OPZ, i nie obwarowana koniecznością uzyskania zgody Zamawiającego, z jednoczesnym rozliczeniem obmiarowym, prowadziłaby do utraty przez Zamawiającego kontroli nad kosztem przedmiotowej zmiany – innymi słowy, Zamawiający byłby zobowiązany do płatności za wykonanie tego zakresu w zmienionej technologii, bez możliwości zakwestionowania i samej zmiany i kosztu z niej wynikającego. Z całą pewnością taka sytuacja nie jest ani powszechna, ani akceptowalna na gruncie postępowań o zamówienie publiczne, a sprzyja wyłącznie nadużyciom na etapie realizacji.

27. Odnosząc się do kwestii błędów w Przedmiarach, Zamawiający w pierwszej kolejności wskazuje, iż jak zostało to wskazane we wcześniejszej części pisma nie sama ilość i wartość błędnych pozycji przedmiarowych decyduje o zaistnieniu podstawy unieważnienia, ale ich wpływ na wynik konkretnego postępowania. Zważywszy, że w istocie nie ma miernika skali błędów, które powinny determinować możliwość unieważnienia postępowania (nie sposób się zgodzić z Odwołującym, że błędne przedmiary nigdy nie mogą stanowić takiego błędu), to miernikiem takiej wadliwości powinien z całą pewnością stanowić wpływ na ranking ofert, jak ma to miejsce w tym przypadku. Nie sam zatem fakt, iż przywołane wadliwe pozycje Przedmiarowe odbiegają zatem od rynkowych standardów, ale fakt, iż łącznie powodują, że przeliczenie ofert w oparciu o poprawne pozycje powoduje zmianę cen i rankingu ofert.

28. Tym samym, nie ma znaczenia, czy Zamawiający wskazałby jedną czy 300 wadliwych pozycji Przedmiarowych – istotne jest, jak one wpłynęły na kalkulację oferty.

29. Nieprawdziwe jest przy tym twierdzenie Odwołującego, iż Zamawiający „nie uwzględnił natomiast jakichkolwiek pozycji charakteryzujących się różnicą „na plus” pomiędzy przedmiarem a dokumentacją, chociażby powoływanych przez siebie w innych częściach uzasadnienia unieważnienia pozycji dotyczących kolumn betonowych (pkt 16 uzasadnienia odrzucenia), czy ilości prefabrykatów typu L (pkt 30 lit. f) uzasadnienia odrzucenia). Wskazuje to na wybiórczość w przywoływaniu przez Zamawiającego stanu faktycznego sprawy, mającego na celu wywołanie określonego wrażenia i uwzględnienia jedynie tych informacji, które miałyby świadczyć o jakiegokolwiek istotności rzekomych nieprawidłowości.” (teza 31 Odwołania). Zamawiający wziął pod uwagę również takie elementy: (tabela z pkt 27 uzasadnienia Informacji o unieważnieniu postępowania).

Odcinek A – Roboty budowlane na liniach kolejowych nr 201 odc. Kościerzyna - Somonino oraz nr 214 Somonino – Kartuzy realizowane w ramach projektu "Prace na alternatywnym ciągu transportowym Bydgoszcz - Trójmiasto, etap I"				PIERWOTNA		PO KOREKCIE	
Lp.	Nr pozycji część STWiORB	Kod ind.	Nazwa elementu rozliczeniowego	J.m.	Ilość jednostek	J.m.	Ilość jednostek
1	2	3	4	5	6	7	8
BRANŻA SANITARNA - KANALIZACJA SANITARNA							
1 d.1.1	ST.06.04		Wykopy oraz przekopy wykonywane koparkami przedsiębiorstwy 0.40 m3 na odkład w gruncie kat.IV	m3	11 500,00	m3	5 500,00
BRANŻA SANITARNA - KANALIZACJA DESZCZOWA							
1 d.1.1	ST.06.01		Wykopy oraz przekopy wykonywane koparkami przedsiębiorstwy 0.40 m3 na odkład w gruncie kat.IV	m3	24 300,00	m3	16 300,00

30. Całkowicie błędne są również twierdzenia Odwołującego, iż istnienie Kwoty Warunkowej, powoduje brak wpływu na wynik postępowania. Dla przypomnienia Zamawiający przypomina, iż Kwota Warunkowa elementem wynagrodzenia Wykonawcy, w wysokości tożsamej dla wszystkich. Zgodnie z § 3 Aktu Umowy:

Zamawiający niniejszym uzgadnia z Wykonawcą, że zapłaci mu za wykonanie Robót oraz usunięcie wszelkich wad i usterek:

Zaakceptowaną Kwotą Kontraktową (kwota) PLN (słownie: (kwota słownie) PLN), na którą składają się:

1. Zakres podstawowy Zamówienia – Część A:

- wartość Robót netto w zakresie Części A (kwota) PLN (słownie: (kwota słownie) złotych .../100),
- Kwota Warunkowa w zakresie Części A – 167 767 263,33 PLN (słownie: sto sześćdziesiąt siedem milionów siedemset sześćdziesiąt siedem tysięcy dwieście sześćdziesiąt trzy złote 33/100),
- koszty komunikacji zastępczej w zakresie Części A wskazane w Przedmiarze Robót – 5 050 000,00 PLN (słownie: pięć milionów pięćdziesiąt tysięcy złotych 00/100),
- podatek od towarów i usług (VAT) (kwota) PLN (słownie: (kwota słownie) PLN),

2. Zakres podstawowy Zamówienia – Część B:

- wartość Robót netto w zakresie Części B (kwota) PLN (słownie: (kwota słownie) PLN),
- Kwota Warunkowa w zakresie Części B – 23 842 859,53 PLN (słownie: dwadzieścia trzy miliony osiemset czterdzieści dwa tysiące osiemset pięćdziesiąt dziewięć złotych 53/100),
- podatek od towarów i usług (VAT) (kwota) PLN (słownie: (kwota słownie) PLN),

31. Tym samym, jeśli zaoferowane ceny ofertowe, powiększymy o wartość Kwoty Warunkowej, uzyskując Zaakceptowaną Kwotą Kontraktową, to Kwota Warunkowa nie będzie miała na ranking ofert. Jej istnienie w kontrakcie, nie ma zatem żadnego wpływu na wynik postępowania(!). Kwota Warunkowa ma znaczenie wyłącznie na etapie realizacji postępowania, jednak również w tym wypadku, wywody, co do znaczenia, przeznaczenia i wysokości Kwoty Warunkowej prowadzone przez Odwołującego, są w oderwaniu od treści samej Umowy.

32. Odwołujący wskazuje, że:

33. Zamawiający sugeruje więc, że na skutek zidentyfikowanych przez niego „wad” postępowania musiałby wydatkować zwiększone, niż wynikające z pierwotnych ofert, środki publiczne. Nic jednak bardziej mylnego. Tak jak wskazywał Odwołujący na wstępie niniejszego odwołania, Zamawiający w ramach Postępowania przewidział Kwotę Warunkową, która wynosiła dokładnie 191.610.122,90 zł (dla całości oferty) i wliczona była do całkowitej ceny zaoferowanej przez każdego z wykonawców. Zgodnie zaś z założeniami

umowy, „Kwota Warunkowa może służyć do pokrycia różnic pomiędzy ilością Robót określoną w obmiarze, a ilością Robót określoną w Przedmiarze Robót (...)”.

34. Co za tym idzie, Zamawiający z tytułu wskazanych w uzasadnieniu unieważnienia zaniżonych ilości przedmiarowych (oszacowanych w przypadku oferty Odwołującego na poziomie 39.381.187,27 zł) nie poniosłby jakichkolwiek dodatkowych kosztów. Kwota Warunkowa w pełni pokrywałaby więc ewentualne błędy w ilościach przedmiarowych, które byłyby mniejsze niż wykonane w ilościach rzeczywistych, na które wskazuje Zamawiający. Ewentualne rozbieżności między przedmiarem a projektem byłyby więc w całości pokryte z Kwoty Warunkowej, i jeszcze Zamawiający miałby „poduszkę bezpieczeństwa” w wysokości ponad 150 milionów złotych! Zidentyfikowane przez Zamawiającego różnice w ilościach pomiędzy przedmiarem a projektem objęte są w całości ofertą wykonawców poprzez Kwotę Warunkową, nie generując po stronie Zamawiającego żadnego ryzyka ponoszenia jakichkolwiek dodatkowych kosztów, wykraczających poza ceny ofertowe.

35. Tymczasem, zgodnie z Subklauzuli 13.5 WK Kwoty warunkowe – wskazuje się:

Kwota Warunkowa może służyć również do pokrycia korekt wynikających ze zmian kosztu, o których mowa w SubKLAUZULI 13.8 Warunków Szczególnych. Korekty wynikające ze zmian kosztu, o których mowa w SubKLAUZULI 13.8 Warunków Szczególnych nie wymagają polecenia Inżyniera.

36. Zgodnie zaś z Subklauzulą: SUBKLAUZULA 13.8 WK:

37. Kwoty płatne Wykonawcy będą waloryzowane miesięcznie począwszy od miesiąca, za który zostało wystawione pierwsze Przejściowe Świadczenie Płatności za wykonane roboty budowlane oraz w którym dochodzi do zmiany cen lub kosztów wyliczonej zgodnie ze wzorem poniżej do wystawienia Przejściowego Świadczenia Płatności, w którym łączna wartość korekt dla oddania wzrostu lub spadku cen, wynikających z niniejszej SubKLAUZULI, osiągnie limit +/- 10% wartości Robót netto wskazanej w Kontrakcie w dniu jego zawarcia.

38. Powyższe oznacza konieczność zabezpieczenia przez Zamawiającego Kwoty Warunkowej na wypłatę kwoty waloryzacji jak poniżej:

Podział Kwoty warunkowej w rozbiściu na Części A i Części B:			
	KW	KW A	KW B
Waloryzacja 10%	127 740 081,91	111 844 842,22	15 895 239,68
Pozostałe 5%	63 870 040,95	55 922 421,11	7 947 619,84
Razem 15%	191 610 122,86	167 767 263,33	23 842 859,53

39. Abstrahując zatem od tej oczywistej manipulacji danymi przez Odwołującego, który wykazuje, że kwota możliwa do wykorzystania przez Zamawiającego, na pokrycie wykrytych rozbieżności, to 191 610, 86 zł, to należy wskazać, iż Zamawiający na inne dodatkowe koszty, poza waloryzacją, ma możliwość przeznaczyć na zadaniu A kwotę 55 922 421,11 zł, a na zadaniu B 7 947 619,84 zł, przy czym:

40. Kwota Warunkowa może służyć do pokrycia płatności za pracę lub Roboty (w ramach Części A i Części B zakresu podstawowego), które mają być wykonane przez Wykonawcę (włączając Urządzenia, Materiały lub usługi do dostarczenia) i wycenione według SubKLAUZULI 12.3 Warunków Szczególnych dla Części A zakresu podstawowego/Subklauzuli 13.3 Warunków Szczególnych dla Części B zakresu podstawowego, w tym w szczególności:

a) kosztów prac i Robót które nie zostały wyszczególnione w Przedmiarze Robót dla części A zakresu podstawowego, a które są konieczne do realizacji przedmiotu Umowy zgodnie z Projektem Budowlanym i Projektem Wykonawczym;

b) nadwyżek kosztów Robót zamiennych (dla części A i B zakresu podstawowego), gdy wartość Robót zastępujących przewyższa wartość Robót zastępowanych;

c) wzrostu kosztów wynikających ze zmiany Umowy dokonanej zgodnie z jej postanowieniami lub na podstawie przepisów u.p.z.p.,

d) pokrycia kosztów komunikacji zastępczej, w przypadku wyczerpania kwoty wskazanej w Przedmiarze Robót dla części A zakresu podstawowego na pokrycie kosztów komunikacji zastępczej.

e) pokrycia kosztów komunikacji zastępczej, w przypadku wyczerpania kwoty wskazanej w Rozbiciu Ceny Ofertowej na pokrycie kosztów komunikacji zastępczej dla części B zakresu podstawowego.

f) pokrycia kosztów zmiany w części B wynikających ze zmiany w zakresie części A;

41. Tym samym, pokrycie wykrytych błędów w zakresie Przedmiarów, pokrycie dodatkowego kosztu przy zmianie technologii oraz konieczność wprowadzenia zmian do Umowy, celem poprawy dokumentacji w zakresie opisanym w tezie 30 uzasadnienia do informacji o unieważnieniu, to Zamawiający nie tylko wyczerpie dostępną Kwotę Warunkową, ale znacznie ją przekroczy, nie pozostawiając żadnych środków na poniesienie innych dodatkowych kosztów, wymienionych wyżej, a płatnych z Kwoty Warunkowej.

42. Całkowicie nieprawdziwe jest przy tym twierdzenie Odwołującego, iż skoro Zamawiający może skorzystać z Kwoty Warunkowej, to znaczy, że nie poniesie żadnego dodatkowego kosztu, wykraczającego poza cenę ofertową (teza 33 Odwołania) – Kwota Warunkowa nie jest bowiem ceną ofertową, ale jest dodatkową kwotą, zabezpieczoną przez Zamawiającego w celu właśnie pokrycia dodatkowych kosztów (!). Ze swojej definicji, Kwota Warunkowa

służy wyłącznie do pokrywania nieprzewidzianych kosztów dodatkowych, nieuwzględnionych w cenie oferty Wykonawcy.

43. Odnosząc się do zaś do kwestii innych stwierdzonych wad dokumentacji projektowej, należy wskazać, iż o ile Zamawiający zgadza się z twierdzeniem, że wystąpienie ich pojedynczo nie miałyby znaczenia dla projektu, jednakże ich zestawienie, również wobec wad wykazanych wcześniej, daje obraz dokumentacji Projektowej, zawierającej liczne błędy, nieścisłości i wady, które powodują, że wykonawcy mogli przyjąć przy wycenie ofert odmienne założenia dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zidentyfikowane uchybienia prowadzą do nieporównywalności ofert. Należy przy tym podkreślić, iż wady te powodują, iż jeszcze przed rozpoczęciem wykonywania robót budowlanych, ich wyeliminowanie stanowi dla Zamawiającego koszt stanowiący ekwiwalent całości Kwoty Warunkowej, możliwej do wykorzystania na ten cel.

44. Podsumowując, konieczność unieważnienia postępowania w analizowanym przypadku wynika z faktu, że błędy i wady OPZ, wypaczyły wynik postępowania – wbrew zatem twierdzeniom odwołującego, nie są to wady marginalne, nieistotne i dotyczące każdego postępowania. O ich wadze decyduje właśnie fakt, że gdyby OPZ sformułowany był w sposób niewadliwy, to wynik postępowania, jak zostało to wykazane byłby inny, co prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania Wykonawców. Jednocześnie, oferta, która pozornie w przedmiotowym postępowaniu powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, finalnie taka nie jest, biorąc pod uwagę faktyczny zakres realizacji inwestycji. Wybór takiego wykonawcy stanowiłby w konsekwencji naruszenie również art. 239 Pzp.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie odwołującego zgłosili:
Przystępujący Strabag który w piśmie z dnia 23/11/2023 r. podał: (...) *popiera zarzuty Odwołującego. Zdaniem Przystępującego w postępowaniu przetargowym nie zaszły okoliczności pozwalające na jego unieważnienie. Przystępujący wskazuje, że jest podmiotem biorącym aktywnie udział w przetargach organizowanych przez zamawiających publicznych. Dlatego też Przystępujący stoi na stanowisku, że nie można akceptować unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na okoliczność, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji, gdy tego rodzaju okoliczności nie wystąpiły, Zamawiający nie wykazał ich zaistnienia, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przystępujący popiera w pełni stanowisko i argumentację Odwołującego w tym zakresie.*

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosili dwaj wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego. Pierwszy z nich Konsorcjum: Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno – Torowe sp. z o.o., TRAKCJA S. A. z/s w Gdańsku; (Konsorcjum lub Przystępujący: PMPM-T oraz Trakcja S.A.) wnosząc o oddalenie odwołania. Drugi, Konsorcjum: PORR S.A., Trakcja System Sp. z o.o. z/s w Warszawie, który wnosząc również o oddalenie odwołania (Konsorcjum lub Przystępujący POOR) w piśmie procesowym z dnia 23/11/.2023 podał w szczególności:

(...)

II. Stanowisko przystępującego względem zarzutów odwołującego

1. Zarzut sformułowany przez Budimex w Odwołaniu odnosi się do nieprawidłowego zastosowania przez Zamawiającego art. 255 pkt 6) p.z.p. Zdaniem Odwołującego w Unieważnieniu nie zostało wykazane, że w przedmiotowym Postępowaniu wystąpiły okoliczności stanowiące o niemożliwej do usunięcia wadzie Postępowania, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z takim stanowiskiem nie sposób się jednak zgodzić, treść Odwołania buduje przekonanie, że oparte jest ono wyłącznie na arbitralnej interpretacji omawianego przepisu przez Budimex. Jednocześnie Odwołujący próbuje zdeprecjonować opisane przez Zamawiającego w Unieważnieniu wady Postępowania ignorując przy tym ich realny wpływ na proces składania ofert oraz ich porównywalność, a przez to na całe Postępowanie i jego wynik.

2. Celem kompleksowego odniesienia się do twierdzeń Odwołującego oraz wykazania, że podjęta przez Zamawiającego czynność unieważnienia niniejszego Postępowania była w pełni zasadna i uprawniona, Przystępujący w pierwszej kolejności ustosunkuje się do podstawy prawnej unieważnienia Postępowania, a następnie do wagi samych błędów SWZ.

II.1 Podstawa prawna unieważnienia Postępowania

3. Zamawiający unieważnił Postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6) p.z.p.:

Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:

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

4. Pierwszym elementem wymaganym przez przywołany przepis jest wystąpienie nieusuwalnej wady postępowania w sprawie zamówienia publicznego. Należy przez to rozumieć wady proceduralne, które nie podlegają konwalidacji oraz obciążają postępowanie w sposób nieodwracalny. Mogą to być zarówno nieprawidłowe działania, jak i zaniechania zamawiającego. Z pewnością wadami nieusuwalnymi będą więc błędy SWZ, których nie można modyfikować na etapie postępowania toczącym się po terminie składania ofert. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wprost wskazuje się bowiem, że zamawiający jest związany zapisami SWZ zatem nie może ich dowolnie zmieniać na etapie po złożeniu ofert,

ani od nich odstępować gdyż stanowiłoby to naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania zgodnie z regułami ustawy, przy poszanowaniu zasad uczciwej konkurencji.

5. W dalszej kolejności konstrukcja przepisu art. 255 pkt 6) przewiduje, że nieusuwalna wada ma uniemożliwiać zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, co z kolei powoduje, iż jego stosowanie następuje z uwzględnieniem przesłanek do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, te natomiast zostały uregulowane w art. 457 ust. 1 oraz ust. 5 p.z.p. Przesłanka ta ponadto oznacza, że Zamawiający musi antycypować, czy w przypadku wystąpienia wad postępowania, dalsze jego prowadzenie pozwoli na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

6. Zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 p.z.p. jedną z podstaw do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego jest udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy p.z.p. Potwierdza to trafnie powołany przez Zamawiającego w Unieważnieniu wyrok (...) sygn. akt KIO 610/23, w którym wskazano, że: *W ocenie składu orzekającego, z brzmienia art. 457 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, biorąc pod uwagę wykładnię systemową, ze względu na podstawowe zasady udzielania zamówień, należy wyinterpretować normę, prowadzącą do unieważnienia umowy o udzielenie zamówienia publicznego w następujących sytuacjach:*

1) udzielenie zamówienia, zawarcie umowy ramowej lub ustanowienie dynamicznego systemu zakupów nastąpiło z naruszeniem ustawy (przy czym trzeba przyjąć, że chodzi o nie jakiegokolwiek naruszenie, a naruszenie kwalifikowane - takie, które miało wpływ na przygotowanie ofert/wynik postępowania) [...]

7. Uwzględniając przywołany pogląd Krajowej Izby Odwoławczej, Przystępujący wskazuje, że w niniejszej sprawie błędy w SWZ z pewnością miały wpływ na proces przygotowania ofert, a jak wynika z symulacji przygotowanej przez Zamawiającego w Unieważnieniu, również na wynik Postępowania. Tym samym błędy te należy klasyfikować jako naruszenia kwalifikowane, stanowiące podstawę do zastosowania art. 457 ust. 1 pkt 1 p.z.p. i unieważnienia umowy.

8. Powszechnie przyjętym jest, że wadliwy opis przedmiotu zamówienia, sprzeczny z art. 99 ust. 1 p.z.p., stanowi wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Wyraźnym potwierdzeniem w powyższym zakresie jest pogląd wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku (...) sygn. akt KIO 1343/21 powołanym przez Zamawiającego w Unieważnieniu. Zgodnie z tym orzeczeniem udzielenie zamówienia w przypadku niejasności i nieprecyzyjności postanowień SWZ powodowałoby, że zostaje ono udzielone z naruszeniem ustawy, tj. art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. co mogłoby prowadzić do unieważnienia ewentualnej umowy na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Unieważnienie 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 Pzp, który ustanawia wymóg jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia.

9. Przystępujący wskazuje przy tym, że kwestia unieważnienia postępowania z uwagi na błędy w opisie przedmiotu zamówienia zostanie szerzej omówiona w dalszej części niniejszego pisma.

10. Należy również wskazać, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowane jest stanowisko, zgodnie z którym do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego może dojść także na podstawie art. 70 (5) ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (dalej: „k.c.”). Taka możliwość wynika także wprost z art. 457 ust. 5 p.z.p. Przystępujący podkreśla przy tym, że do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego może dojść na podstawie art. 705 k.c. w zw. z art. 457 ust. 5 p.z.p. również w sytuacji przygotowania nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego. Wniosek ten potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (...) sygn. akt KIO 2939/21, w którym skład orzekający stwierdził, że: *Zauważenia wymaga jednak, że w sytuacji, kiedy oferty w postępowaniu zostały otwarte, a Izba stwierdza niezgodność treści dokumentów zamówienia z przepisami ustawy, jedynym narzędziem pozwalającym na to, aby wyrok Izby usunął stan niezgodności z prawem, jest nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania, nie jest już bowiem możliwe nakazanie zmian w treści dokumentów zamówienia. Kontynuowanie postępowania prowadziłoby natomiast do tego, że naruszenie ustawy na jego wcześniejszym etapie miałoby wpływ na wynik tego postępowania. W tej sytuacji Izba uznała za zasadne wskazanie na przepis art. 457 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym przepis ust. 1 (określający w sposób enumeratywny przyczyny unieważnienia umowy) nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 705 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny. Art. 70 (5) § 1 k.c. stanowi, że 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. W ocenie Izby przepis ten mógłby być podstawą unieważnienia umowy również w sytuacji, gdy zamawiający (strona umowy) poprzez niezgodne z ustawą Pzp opisanie przedmiotu zamówienia, prowadzące do ograniczenia konkurencji w postępowaniu, wpływa na wynik tego postępowania. Tym samym potwierdzenie się przedmiotowego zarzutu w sytuacji, gdy w postępowaniu nastąpiło otwarcie ofert, skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania, jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. [...]*

11. Mając powyższe na uwadze, nie budzi wątpliwości, że w przypadku nieprawidłowo sporządzonego opisu przedmiotu zamówienia do unieważnienia umowy może dojść zarówno na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 p.z.p., jak i art. 70 (5) k.c. w zw. z art. 457 ust. 5 p.z.p. Już sam ten fakt powoduje, że ewentualna umowa zawarta w niniejszym Postępowaniu pomimo jego wad, mogłaby zostać unieważniona. Natomiast analiza poglądów doktryny oraz orzecznictwa w zakresie zastosowania art. 255 pkt 6) p.z.p. w przypadku wystąpienia błędów w opisie przedmiotu zamówienia buduje uzasadnione przekonanie, że unieważnienie umowy było scenariuszem jak najbardziej realnym i wysoce prawdopodobnym.

12. Przystępujący wyjaśnia, że błędy opisane przez Zamawiającego w Unieważnieniu polegają na niewłaściwym opisie przedmiotu zamówienia, a konkretnie opisie pozwalającym na: (1) przyjęcie wariantowych rozwiązań wykonania przedmiotu zamówienia, (2) przyjęcie nieadekwatnych do projektu ilości jednostek kluczowych pozycji obmiarowych, (3) przyjęcie własnych parametrów dla szeregu niewystarczająco opisanych założeń projektowych oraz innych założeń, które po analizie SWZ okazały się błędne.

13. Wszystkie powyższe naruszenia oznaczają, że opis przedmiotu zamówienia w niniejszym Postępowaniu nie odpowiadał wymaganiom art. 99 ust. 1 p.z.p., a więc przedmiot zamówienia nie był opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Błędy dotyczące braku jednoznaczności w sposób oczywisty wpływały na proces przygotowania ofert, gdyż wykonawcy mogli przyjmować różne założenia dotyczące przedmiotu zamówienia, przez to ich oferty stały się nieporównywalne. Taka sytuacja prowadzi natomiast do wystąpienia wady przewidzianej w art. 255 pkt 6) p.z.p. i musi skutkować unieważnieniem postępowania. Stanowisko to znajduje uzasadnienie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej:

• Pewne niejasności w opisie przedmiotu zamówienia wskazywał również sam Odwołujący w toku rozprawy w sprawie sygn. akt KIO 2176/19, podnosząc, że opis funkcjonalny jest niejednoznaczny - może wskazywać na tablicę zarówno z wyposażeniem, jak i bez. Zdaniem Odwołującego, o rodzaju tablicy przesądza jej numer katalogowy. Jednak potwierdza to co najmniej niejasność pomiędzy mogącym być dwojako rozumianym opisem funkcjonalnym, a numerem katalogowym, podanym w innym miejscu SIWZ. W ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy, numer katalogowy nie mógł być przesądzający - ponieważ wynikał z omyłki pisarskiej czy innego błędu (Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, nie oparł się bezpośrednio na katalogach producenta, ale na danych podanych przez dotychczasowego dostawcę wagonów). Podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że w innych postępowaniach Zamawiający podawał nr katalogowy tablicy hamulcowej prawidłowo, jest irrelevantna dla rozstrzygnięcia - prawidłowość opisu przedmiotu zamówienia w innych postępowaniach nie wyklucza, że w tym postępowaniu mógł się pojawić błąd.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że Zamawiający, biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, i rozstrzygnięcie w sprawie KIO 1747/19 prawidłowo uznał, że ziszcza się przesłanka do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych.

W ocenie składu orzekającego, niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, który nie pozwala na złożenie porównywalnych ofert, stanowi wystarczającą podstawę do unieważnienia postępowania. Na tym etapie postępowania (po złożeniu ofert) wadliwości tej nie można usunąć.

• *Zasadniczo, okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia był niepełny i nieprecyzyjny okazał się niesporny. Odwołujący już w odwołaniu przyznawał, że opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny, cytował pytania zadawane do specyfikacji i lakoniczne odpowiedzi Zamawiającego, kwitując, że "Jednak mimo zadawanych pytań wprost, Zamawiający nie uznał za potrzebne doprecyzowanie SWZ. Dlatego tym bardziej dziwi fakt, że Zamawiający usiłuje traktować ograniczony zakres świadczenia za wadę uniemożliwiającą zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu." Odwołujący stanął na stanowisku, że skoro z pytań do specyfikacji jednoznacznie wynikało, że wykonawcy dostrzegli braki w opisie przedmiotu zamówienia, a Zamawiający celowo (zdaniem Odwołującego) ich nie doprecyzował - to widocznie taki był zamiar Zamawiającego i zachowanie Zamawiającego niejako sanowało braki w OPZ. Z takim stanowiskiem Izba nie mogła się zgodzić. Pomijając ocenę prawidłowości odpowiedzi na pytania zadawane do SWZ, Zamawiający mógł dopiero na etapie oceny ofert zdać sobie sprawę z konsekwencji braków w opisie przedmiotu zamówienia, i nieporównywalności ofert. Trudność w ocenie oferty mogła się uwidocznić przy ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Rację też ma Zamawiający, że brak określenia zakresu świadczenia dla II etapu realizacji przedmiotu zamówienia to brak istotnych przedmiotowych elementów (essentialia negotii) przyszłej umowy. W ocenie składu orzekającego, opis przedmiotu zamówienia, który obarczony jest takimi brakami, które prowadzą do nieporównywalności ofert, stanowiłby przesłankę unieważnienia umowy na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, ponieważ jest takim naruszeniem przepisów, które ma znaczenie dla sporządzenia ofert. [...]*

Biorąc pod uwagę powyższe wady SWZ, nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia i nieprecyzyjność opisu jednego z kryterium oceny ofert z wagą 30%, Izba stwierdziła, że Zamawiający słusznie unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 255 ust. 6 w zw. z art. 457 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono, jak w sentencji .

14. Odwołujący w swojej argumentacji szeroko omawia kwestię istotności wad dokumentacji przetargowej w świetle zastosowania art. 255 pkt 6) p.z.p. co wraz z twierdzeniami dotyczącymi konkretnych błędów SWZ zdaje się sugerować, że zdaniem Budimex w niniejszym Postępowaniu naruszenia nie były wystarczająco doniosłe. Z tego powodu

Przystępujący podkreśla, że w rzeczywistości całkowicie odmiennie niż sugeruje Odwołujący, błędy Zamawiającego były istotne, a ich wpływ na proces przygotowania ofert oraz wynik Postępowania nie może być deprecjonowany.

15. Przystępujący omówi charakter poszczególnych grup błędów Zamawiającego w kolejnym punkcie niniejszego pisma, niemniej jednak, już teraz warto wskazać, że przy niewielkiej różnicy dzielącej ceny ofert poszczególnych wykonawców (różnica między ceną Odwołującego i Przystępującego wyniosła 5. 119 421,04 zł) wady SWZ powodujące możliwe rozbieżności cenowe ofert wynikające z błędów Zamawiającego, na poziomie 39 381 187,27 zł (obliczona przez Zamawiającego różnica w ofercie Odwołującego po dokonaniu poprawek) muszą być uznane za istotne. Wpływają bowiem bezpośrednio na ranking ofert w niniejszym Postępowaniu, a przez to wynik Postępowania, co dobitnie obrazuje symulacja przeprowadzona w Unieważnieniu przez Zamawiającego. Ze względu na nieporównywalność ofert spowodowaną błędami SWZ, Zamawiający nie może aktualnie jednoznacznie określić jaka byłaby wycena ofert przy prawidłowej i precyzyjnej formie opisu przedmiotu zamówienia. Zakres potencjalnych zmian jest niebagatelny gdyż już sama różnica wynikająca z możliwości wariantowego wycenienia materaca geosyntetycznego opiewa na 13 990 236,00 zł złotych podczas gdy różnice w cenach ofert wnoszą po kilka milionów złotych. Jednocześnie stwierdzony przez Zamawiającego wpływ błędów w SWZ na wynik postępowania (kolejność ofert) przesądza, że wada jaką obarczone jest Postępowanie jest istotna.

16. Odwołujący twierdząc, że błędy Zamawiającego są marginalne pomija również, że w ich efekcie wycena niektórych pozycji kosztorysowych różniła się w ofertach poszczególnych wykonawców o nawet kilkaset procent – w pozycji Stabilizacja podłoża spoiwem przy użyciu zespołu do stabilizacji - grunt rodzimy do $R_m=1,5$ MPa, grubość warstwy po zagęszczeniu 20-30 cm [m²] oferta Budimex jest aż 900% wyższa niż wartość referencyjna, natomiast w ofercie Konsorcjum PORR S.A., Trakcja System Sp. z o.o. wycena jest wyższa o zaledwie 27%. Nie sposób więc przyjąć, że zgodnie z argumentacją Odwołującego, każdy z wykonawców opierał się na tych samych założeniach. Irracjonalnym byłoby uznać, że wykonawcy, którzy są wiodącymi podmiotami profesjonalnymi działającymi na rynku od wielu lat tak skrajnie różnie wyceniają te same pozycje kosztorysu jeżeli przyjmują tożsame założenia.

17. Idąc dalej, w Odwołaniu Budimex powołuje się na cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazując, że jest nim co do zasady wybór najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowanie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Argumentacja ta jest w istocie przykładem wybiórczej i podporządkowanej wyłącznie własnym interesom wykładni przepisów dokonanej przez Odwołującego. Jasnym jest bowiem, że celem postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego nie jest sam w sobie wybór oferty, a wybór oferty w sposób zgodny z przepisami ustawy p.z.p. prowadzący do zawarcia ważnej umowy. Wynika to z art. 17 ust. 2 p.z.p., który wymaga udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy p.z.p. Potwierdza to też doktryna prawa: Ustęp 2 komentowanego artykułu [art. 17 p.z.p. – dop. Przystępującego] zobowiązuje zamawiającego do udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, co w konsekwencji nakłada na zamawiającego obowiązek prowadzenia postępowania w sposób zapewniający prawidłowe stosowanie przepisów ustawy. Z tego powodu działanie Zamawiającego w niniejszej sprawie nie stoi w sprzeczności z celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

18. Błędne jest również powoływanie się przez Odwołującego na wprowadzony w projekcie Warunków Umowy mechanizm Kwoty Warunkowej. Kwota Warunkowa zgodnie z SubKluzulą 13.5 Warunków Umowy dla części A ma służyć m.in. pokryciu nadwyżek kosztów Robót zamiennych wzrostu kosztów wynikających ze zmiany umowy dokonanej zgodnie z jej postanowieniami lub na podstawie przepisów p.z.p. czy pokrycia kosztów komunikacji zastępczej, w przypadku wyczerpania kwoty wskazanej w Przedmiarze Robót. Są to istotne koszty, które muszą zostać zabezpieczone przez Zamawiającego w celu prawidłowego zrealizowania umowy. Nie sposób przyjąć, zgodnie z interpretacją Odwołującego, że prawidłowe byłoby zachowanie Zamawiającego polegające na pokryciu zidentyfikowanych już na etapie postępowania przetargowego błędów SWZ z Kwoty Warunkowej. Należy podkreślić, że w ten sposób zostałaby ona pomniejszona o ponad 20%, co powoduje, że w przyszłości Zamawiający mógłby nie dysponować odpowiednimi środkami na pokrycie kosztów wymienionych w SubKaluzuli 13.5 Warunków Umowy dla części A. Mając na uwadze doświadczenie Zamawiającego w realizacji dużych inwestycji infrastrukturalnych, należy przyjąć, że Kwota Warunkowa została przewidziana na odpowiednim poziomie w sposób uzasadniony i wynikający z analizy Zamawiającego. Niezasadnym byłoby więc uznać, że błędy dokonane przez Zamawiającego w SWZ mogą być z łatwością pokryte w przyszłości z Kwoty Warunkowej przez co nie dają podstawy do zastosowania art. 255 pkt 6) p.z.p. Takie podejście powodowałoby realne pomniejszenie Kwoty Warunkowej o ponad 20% ze względu na błędy rozpoznane jeszcze przed podpisaniem umowy, to z kolei może prowadzić do licznych problemów w realizacji zamówienia, w tym poniesienia przez Zamawiającego dodatkowych kosztów. Tym samym taka argumentacja Odwołującego jest całkowicie bezzasadna i nie może się ostać w świetle zasady racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Przystępujący wskazuje, że jej przyjęcie przez Zamawiającego mogłoby również stanowić naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

19. Przystępujący wskazuje również, że Odwołujący w swoich twierdzeniach próbuje zbudować przekonanie, że Zamawiający nie wykazał, że istnieje przeszkoda w dalszym prowadzeniu Postępowania. Argumentacja w tym zakresie jest zaskakująca, gdyż Zamawiający dokonując unieważnienia przedstawił uzasadnienie, które liczy 17 stron. Jednocześnie dotyka zarówno warstwy prawnej, jak i faktycznej omawianej sprawy. Zamawiający powołał bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, a także przepisy normujące unieważnienie postępowania, na których się oparł. Co więcej, w niniejszej sprawie Zamawiający przeprowadził rozbudowaną symulację wpływu wad SWZ zarówno na oferty Odwołującego i Przystępującego (sklasyfikowane na pierwszych dwóch miejscach rankingu ofert) ale również na wynik całego Postępowania. Zdaniem Przystępującego Unieważnienie przedstawione przez Zamawiającego jest przygotowane rzetelnie i wykazuje wszystkie podstawy do zastosowania art. 255 pkt 6 p.z.p. Jakiegokolwiek próba twierdzenia, że jest ono niewystarczające stanowi jedynie nadmiarowe żądanie Odwołującego. Warto zauważyć, że Odwołujący nie precyzuje czego dokładnie oczekuje od Zamawiającego i ogranicza się jedynie do hasłowych twierdzeń o niewykazaniu zasadności unieważnienia Postępowania. Jednocześnie Przystępujący wskazuje, że sam fakt możliwości tak kompleksowego odniesienia się przez uczestników postępowania odwoławczego do podstawy faktycznej i prawnej unieważnienia przemawia za tym, że Zamawiający wyczerpująco uzasadnił swoją decyzję.

20. Reasumując powyższą część, Przystępujący podkreśla, że Zamawiający prawidłowo zastosował w niniejszej sprawie art. 255 pkt 6) p.z.p. Zamawiający antycypował, że dalsze prowadzenie Postępowania mogło z dużym prawdopodobieństwem doprowadzić do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu, co byłoby sprzeczne z ekonomiką postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz jego celowością. Jednocześnie udzielenie w niniejszej sprawie zamówienia na podstawie błędnych zapisów SWZ naruszałoby podstawowe zasady prawa zamówień publicznych z art. 16 oraz art. 17 p.z.p. i doprowadziło do podlegającej unieważnieniu umowy.

21. Brak możliwości sporządzenia porównywalnych ofert wyraźnie bowiem godzi w zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jednocześnie niejednoznaczne i nieprecyzyjne sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia przeczy zasadzie przejrzystości postępowania. Natomiast udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu w procedurze, podczas której Zamawiający był świadom jej sprzeczności z ustawą p.z.p., prowadziłoby do naruszenia zasady legalizmu. Nie ma więc wątpliwości, że Zamawiający unieważniając Postępowanie działał zgodnie z podstawowymi zasadami p.z.p.

22. Biorąc pod uwagę powyższe, zarzut Budimex opierający się na naruszeniu art. 255 pkt 6) p.z.p. jest całkowicie chybiony, a przez to Odwołanie powinno podlegać oddaleniu w całości jako bezzasadne.

II.2 Poszczególne grupy błędów stwierdzone w SWZ

23. Pierwszym istotnym błędem jaki stwierdzono w SWZ niniejszego Postępowania jest dopuszczalna wariantowość rozwiązań technologicznych w zakresie wykonania materaca geosyntetycznego oraz możliwość uznaniowej, częściowej rezygnacji z zastosowania materaca geosyntetycznego. Zapisy dokumentacji przetargowej pozwalały na zmianę rozwiązania na etapie wykonawczym bez zgody Zamawiającego, co mogło przełożyć się na proces wyceny tych rozwiązań w ofercie. Mając na uwadze, że zamówienie ma być realizowane w formule „Buduj” a nie „Projektuj i buduj” to taka sytuacja jest niedopuszczalna. Zamawiający powinien jasno określić jaka technologia będzie wykorzystywana w realizacji zamówienia, a wykonawcy powinni tą konkretną technologię wycenić. Wprowadzenie zapisów, które pozwalają na wariantowe zrealizowanie tej części prac oznacza, że oferty stają się nieporównywalne.

24. Przystępujący wskazuje, że całkowicie niezrozumiała jest argumentacja Odwołującego, wskazująca na obowiązywanie wyłącznie jednej technologii w zakresie wykonania materaca geosyntetycznego. Zapisy powoływane przez Budimex przecież wprost pozwalają na poczynienie takiego założenia:

- Materac geosyntetyczny może zostać zmodyfikowany na etapie Projektu technologicznego, po wykonaniu odpowiednich obliczeń. Konstrukcja materaca podlega akceptacji Projektanta oraz Inżyniera (Tom III SWZ – STWIORB pkt 2.8 – ST 02.15 – str 129 oraz pkt 2.7 – ST 02.19 – str. 164).
- Przy zastosowaniu kombinacji betonowo – żwirowej nie występuje problem przeszywnienia podłoża nad głowicą kolumny, gdyż sztywny trzon betonowy występuje względnie dość głęboko od warstwy materacy geosyntetycznych, co w wielu przypadkach umożliwia rezygnację bądź ich ograniczenie (pkt. 6.3 Tomu V – PW Część 16.1 – Projekt wzmocnień TOR).
- Dopuszcza się inne rozwiązania projektowe na etapie sporządzenia projektu technologicznego, o ile nie stanowią zmian istotnych. Każdorazowa zmiana musi być uzgodniona z Projektantem wzmocnienia i Projektantem konstrukcji (pkt 8 Tomu V SWZ – PW Część 16.1 – Projekt wzmocnień TOR);

25. Przystępujący wskazuje, że powyższy zapis pkt 2.8. STWIORB wyraźnie wskazuje na możliwość modyfikacji materaca geosyntetycznego i stawia w tym zakresie warunek wykonania odpowiednich obliczeń, co z pewnością nie jest przeszkodą dla profesjonalnych wykonawców realizujących zamówienia o tej skali jak niniejsze. Jednocześnie pkt 8 Tomu V SWZ wyraźnie dopuszcza inne rozwiązania projektowe. Co istotne w tym zakresie konieczne jest wyłącznie uzgodnienie z Projektantem, który przecież we wcześniej powołanych zapisach wprost pozwala na modyfikację materaca geosyntetycznego, jego ograniczenie bądź rezygnację.

26. Uwzględniając powyższe, nie sposób wykluczyć, że różni wykonawcy mogli wyceniać pozycje kosztorysowe związane z wykonaniem materaca geosyntetycznego oraz stabilizacją podłoża w oparciu o całkowicie różne założenia co do etapu wykonywania zamówienia, co przekładało się na etap wyceny. Natomiast w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podnosi się, że sytuacja, w której wykonawcy przyjmowali różne podejście do błędnie sformułowanych wymagań zamawiającego powoduje, że zachodzi nieporównywalność ofert, która musi skutkować unieważnieniem postępowania .

27. Zamawiający w Unieważnieniu skupił się na przedstawieniu różnic w wycenie Odwołującego i Przystępującego względem cen referencyjnych, ale warto również spojrzeć na porównanie z innymi ofertami.

28. Potwierdzeniem znaczących różnic w wycenie pozycji związanych z wykonaniem materaca geosyntetycznego jest porównanie wyceny wykonawcy Budimex z wyceną pozostałych oferentów. Celem zobrazowania skali różnic Przystępujący przedstawia tabelę, która wskazuje między innymi różnicę cen jednostkowych dot. zarówno materaca geosyntetycznego oraz stabilizacji podłoża spoiwem. Tabela jasno prezentuje, że względem pozostałych oferentów Budimex zaoferował wyraźnie wyższą cenę w przypadku stabilizacji podłoża oraz wyraźnie niższą w przypadku materaca geosyntetycznego. Buduje to przekonanie, że Odwołujący zdawał sobie sprawę z możliwości wariantowego wykonania tej części prac. Dowód: Tabela zestawiająca wyceny w zakresie materaca geosyntetycznego oraz stabilizacji podłoża spoiwem – załącznik nr 1.

29. Drugą grupą błędów jakie zaistniały w SWZ są nieprawidłowe ilości przedmiarowe w kluczowych dla wykonania zamówienia pozycjach. Zamawiający przedstawił kompleksowe porównanie błędnych ilości z poprawnymi w Unieważnieniu. Co ważne, Zamawiający poprawił ilości zgodnie z projektem, a więc nie ulega wątpliwości, że to zmienione ilości jednostkowe odpowiadają w rzeczywistości przyszłemu świadczeniu wybranego wykonawcy. Korekty te są niebagatelne, gdyż dochodzą do nawet 200% pierwotnej ilości – tak w pozycji „Podłoża pod kanały i obiekty z materiałów sypkich grub. 20 cm”. Jednocześnie należy zauważyć, że błąd dotknął również pozycje o dużym znaczeniu kwotowym, jak np. „Wykopanie Gruntu”, w której wzrost ilości jednostek do ok. 140% ilości pierwotnej powoduje, że już w wyniku tej poprawki oferta Budimex staje się droższa o kilka milionów złotych.

30. Warto również zauważyć ogromne różnice pomiędzy cenami dla nieprawidłowo wyliczonych pozycji kosztorysu, co również buduje przekonanie, że nieprawidłowa ilość jednostek wpłynęła na sposób dokonania ich wyceny. Przystępujący w celu przedstawienia skali dysproporcji w różnicach cen jednostkowych pomiędzy ofertami poszczególnych wykonawców przedstawia tabelę, która prezentuje stosunek cen oferty Budimex do średniej arytmetycznej złożonych ofert dla robót ziemnych związanych z wykopami gruntu w zakresie różnych branż. Przystępujący wskazuje także, że w kosztorysie ostatecznie pominięto aż

199 570,41 m³ jednostek, co również przedstawia załączone zestawienie. Tabela wyraźnie pokazuje możliwą inżynierię cenową przy sporządzaniu oferty oraz obrazuje jak duże różnice faktycznie wystąpiły w wycenie założonej przez Budimex. Najbardziej jaskrawym przykładem może być pozycja „Wykopanie Gruntu”, w której wycena Budimex jest kilkukrotnie wyższa niż pozostałych wykonawców. Budzi to podejrzenie, że Budimex zdawał sobie sprawę z niedoszacowania tej i innych pozycji. Dowód: Tabela przedstawiająca stosunek cen oferty Budimex do średniej arytmetycznej złożonych ofert dla robót ziemnych związanych z wykopami gruntu w zakresie różnych branż – załącznik nr 2.

31. Przystępujący pragnie również raz jeszcze podkreślić jak istotny wpływ mają te błędy na wycenę oferty wykonawcy Budimex oraz na cały wynik Postępowania. Oferta Przystępującego była droższa od oferty Budimex o zaledwie 5 119 421, 04 PLN brutto, przez co wielomilionowe błędy kosztorysowe przekładają się bezpośrednio na ranking ofert w Postępowaniu. Istotność błędnych pozycji przedmiarowych nie powinna być więc odnoszona do globalnej wartości oferty, ale do wpływu na wynik Postępowania, który w tej sytuacji jest fundamentalny, gdyż zmienia pozycję najkorzystniejszej oferty.

32. Ostatnią grupą błędów jakie wystąpiły w SWZ przedmiotowego Postępowania są błędy projektowe wylistowane przez Zamawiającego na stronie 13 Unieważnienia:

- a) Brak szczegółowych wytycznych, co do prowadzenia koryt kablowych oraz zastosowanych materiałów,
- b) Brak parametrów dla gwoździ gruntowych w STWiORB,
- c) Brak określonej długości przewodów urządzeń infrastruktury umieszczonej metodami bez wykopowymi w rurach osłonowych (tj. na łuku) jaka należy przyjąć do rozliczeń wykonanych prac (błąd w Obmiarach),
- d) Braki zasypki na geowłókninie drenażu,
- e) Brak zapisów o istniejących zegarach na stacjach do odtworzenia (tj. wskazania, że może być konieczność ich wymiany lub naprawy.)
- f) Niedoszacowane ilości prefabrykatów typu L,
- g) Braki w rozwiązaniach odwodnienia ścianek oporowych,
- h) Występują kolizje drenaży z odciągami sieci trakcyjnej,
- i) Brak przedmiaru do montażu wskaźników torowych,
- j) Koszty robót związane z wykopaniem gruntów pod platformy robocze są liczone podwójnie,
- k) Brak projektów zabezpieczeń pod wiaduktami drogowymi,
- l) Niedoszacowane wykopy pod platformę roboczą.

33. Przystępujący zwraca uwagę na ilość omyłek w dokumentacji Postępowania, na tym etapie Odwołujący neguje ich istotność, jednakże w rzeczywistości bez dalszej analizy Zamawiającego nieznanym jest wpływ tych błędów na proces przygotowania oferty, a także realizacji zamówienia. Przy tak niskich różnicach w rankingu ofert, każdy potencjalny błąd wpływający na wycenę oferty może okazać się istotny dla wyniku całego Postępowania.

34. Sumarycznie więc skala błędów Zamawiającego w przygotowaniu SWZ nie pozwala dziś stwierdzić, jaki realnie byłby ranking ofert, gdyby dokumentacja została przygotowana poprawnie. Z tego powodu w sposób oczywisty Postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą, która jak zostało opisane wyżej, uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Tym samym z pewnością w niniejszej sprawie zachodzą podstawy do zastosowania art. 255 pkt 6) p.z.p., co z kolei potwierdza, że decyzja Zamawiającego o unieważnieniu Postępowania była prawidłowa, a Odwołanie powinno podlegać oddaleniu w całości. Ostatecznie prawidłowo Zamawiający doszedł do wniosku, że wspomniane naruszenia spełniają przesłanki z art. 255 pkt 6 p.z.p.

Izba ustaliła, co następuje:

W odwołaniu wykonawca Budimex zarzut naruszenia art. 255 pkt 6) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp oparł na twierdzeniu, że Zamawiający unieważniając przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie wykazał zaistnienia okoliczności, że postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, podnosząc, że tego rodzaju okoliczności w przedmiotowym Postępowaniu nie wystąpiły. Co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający w uzasadnieniu prawnym decyzji z dnia 31/10/2023 o unieważnieniu postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Realizację zadania pn. Odcinek A - Roboty budowlane na liniach kolejowych nr 201 odc. Kościerzyna – Somonino oraz nr 214 Somonino – Kartuzy podał:

(...)

1. Zamawiający unieważnia Postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6) ustawy Pzp, zgodnie z którym: Zamawiający unieważnia Postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: (...)

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

2. W pierwszej kolejności należy wskazać, że stosowanie tej przesłanki jest ściśle powiązane z regulacjami ustawowymi dotyczącymi unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zasadniczo bowiem, zastosowanie omawianego przepisu wymaga,

żeby w danym stanie faktycznym ziściły się przesłanki, które prowadziłyby do rozstrzygnięcia Postępowania w ten sposób, że została zawarta umowa podlegająca unieważnieniu. Postępowanie musi być więc obciążone wadą, która na danym jego etapie jest już nieusuwalna. Taki wniosek znajduje potwierdzenie w poglądach doktryny prawa oraz orzecznictwa:

➤ Wada postępowania, która może być przyczyną jego unieważnienia, musi mieć charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, że umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady podlegała unieważnieniu. Taka konstrukcja przepisu odsyła wyraźnie do art. 457 p.z.p. ust. 1 i 5, w których wymienione są wszystkie przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważnienia umowy. Wystąpienie innych wad w postępowaniu nie może być powodem jego unieważnienia na podstawie art. 255 pkt 6 p.z.p. (...).

➤ Dla zastosowania tego przepisu koniecznym jest więc stwierdzenie, że doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących przeprowadzenie postępowania. Nie może to być przy tym błąd o charakterze marginalnym. Wada musi mieć nieusuwalny charakter i skutkować brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. (Wyrok (...) sygn. akt KIO 582/23).

3. Zastosowanie art. 255 pkt 6) Ustawy Pzp wymaga więc odniesienia danej sytuacji faktycznej do przesłanek unieważnienia umowy z art. 457 ust. 1 i 5 Ustawy Pzp:

1. Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu

albo ofert;

2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;

3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2;

4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową;

5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów. [...]

5. Przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 705 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny.

4. W najnowszym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazano dwie odrębne przesłanki unieważnienia umowy:

➤ W ocenie składu orzekającego, z brzmienia art. 457 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, biorąc pod uwagę wykładnię systemową, ze względu na podstawowe zasady udzielania zamówień, należy wyinterpretować normę, prowadzącą do unieważnienia umowy o udzielenie zamówienia publicznego w następujących sytuacjach:

1) udzielenie zamówienia, zawarcie umowy ramowej lub ustanowienie dynamicznego systemu zakupów nastąpiło z naruszeniem ustawy (przy czym trzeba przyjąć, że chodzi o nie jakiegokolwiek naruszenie, a naruszenie kwalifikowane - takie, które miało wpływ na przygotowanie ofert/wynik postępowania);

2) udzielenie zamówienia, zawarcie umowy ramowej lub ustanowienie dynamicznego systemu zakupów nastąpiło 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. (Wyrok (...) sygn. akt KIO 610/23).

Przywołany pogląd orzecznictwa wskazuje więc, że art. 457 ust. 1 pkt 1 Ustawy Pzp może stanowić podstawę do unieważnienia umowy w przypadku, gdy została ona zawarta na skutek udzielenia zamówienia publicznego z naruszeniem Ustawy Pzp, które miało wpływ na przygotowanie ofert lub wynik postępowania.

5. Przywołane orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 610/23 nie jest jednostkowe, stanowisko o możliwości stosowania art. 457 ust. 1 pkt 1 Ustawy Pzp do naruszeń innych przepisów Ustawy Pzp zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku (...) sygn. akt KIO 1343/21, w którym Izba analizowała zbliżony stan faktyczny, jak w analizowanej sprawie:

➤ Skład orzekający doszedł do przekonania, że bezsporną pomiędzy stronami była okoliczność niejasności i nieprecyzyjności postanowień SWZ w związku z wymaganą przez zamawiającego liczbą analizatorów do wykonywania testów (odwołujący przyznał przedmiotową okoliczność na rozprawie, a zamawiający podnosił ją już uzasadnieniu unieważnienia postępowania). Zgodnie z dość ugruntowanym orzecznictwem zbudowanym na gruncie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) niejasność lub nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia może stanowić podstawę unieważnienia postępowania (zob. np. orzeczenia (...) sygn. akt KIO 1869/17 lub (...) sygn. akt KIO 1507/17). Orzecznictwo w tym

zakresie pozostaje aktualne także w obecnym stanie prawnym. Ponadto Izba uznała za własne stanowisko zamawiającego stwierdzające, że podstawą unieważnienia ewentualnej zawartej umowy mógłby być art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż zamówienie zostałoby udzielone z naruszeniem ustawy, tj. art. 16 pkt 1 i 2 Pzp. 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 Pzp, 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.

6. W przywołanym orzeczeniu skład orzekający stwierdził, że podstawą do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Ustawy Pzp może być sytuacja, w której Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny, gdyż stanowi to naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 Ustawy Pzp oraz art. 99 ust. 1 Ustawy Pzp wpisujące się w treść przesłanki unieważnienia umowy z art. 457 ust. 1 pkt 1 Ustawy Pzp.

7. Jednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia oddziałuje na zachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu. Zgodnie z poglądem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej odnoszącym się do zasad opisywania przedmiotu zamówienia za pomocą specyfikacji technicznej:

➤ Specyfikacje techniczne powinny umożliwiać oferentom jednakowy dostęp do zamówienia i nie mogą powodować tworzenia nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień na konkurencję, muszą być dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić oferentom ustalenie przedmiotu zamówienia, a instytucjom zamawiającym udzielenie zamówienia, oraz powinny być jasno wskazane, aby wszyscy oferenci wiedzieli, jakie wymagania określone przez instytucje zamawiające należy spełnić (TSUE w wyroku z 10 maja 2012 r., C-368/10, Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów, EU:C:2012:284).

8. Tym samym, opisanie przedmiotu zamówienia w sposób pozwalający wykonawcom przyjmować różne założenia, co do wyceny świadczenia nie może być uznane za precyzyjne.

Uzasadnienie faktyczne

9. Przedmiotowe Postępowanie zostało wszczęte w dniu 08.07.2022 r., a otwarcia ofert dokonano w dniu 28.11.2022 r. Kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podstawowego wynosi 1 813 094 958,57 zł brutto. Kwota została skalkulowana na podstawie kosztorysów inwestorskich wg cenników z I kw. 2022 r.

10. W dniu 28.11.2022 r. zostały otwarte oferty zestawione poniżej:

L.p.	Wykonawca	Cena (PLN)
1.	BUDIMEX S.A.	Cena netto: 1 284 235 699,12 PLN Cena brutto: 1 579 609 909,92 PLN
2.	STRABAG Sp. z o.o.	Cena netto: 1 448 148 684,68 PLN Cena brutto: 1 781 222 882,16 PLN
3.	Konsorcjum w składzie: Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu Sp. z o.o. – lider Konsorcjum Colas Rail Polska sp. z o.o. – partner konsorcjum „Intop Warszawa” sp. z o.o. partner konsorcjum	Cena netto: 1 479 542 270,52 PLN Cena brutto: 1 819 836 992,74 PLN
4.	Konsorcjum w składzie: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. – lider Konsorcjum Aldesa Construcciones S.A. - partner konsorcjum COALVI S.A - partner konsorcjum CHINA CIVIL ENGINEERING CONSTRUCTION CORPORATION- partner konsorcjum	Cena netto: 1 720 257 916,86 PLN Cena brutto: 2 115 917 237,74 PLN
5.	Konsorcjum w składzie: PORR S.A. – lider Konsorcjum Trakcja System Sp. z o.o. - partner konsorcjum	Cena netto: 1 449 499 000,00 PLN Cena brutto: 1 782 883 770,00 PLN
6.	Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o. o.	Cena netto: 1 362 750 089,16 PLN Cena brutto: 1 676 182 609,67 PLN
7.	TORPOL S.A.	Cena netto: 1 378 267 470,04 PLN Cena brutto: 1 695 268 988,15 PLN
8.	Track Tec Construction Sp. z o.o.	Cena netto: 1 474 349 343,65 PLN Cena brutto: 1 813 449 692,69 PLN
9.	Konsorcjum w składzie: Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe sp. z o.o. – lider	Cena netto: 1 289 355 120,16 PLN Cena brutto: 1 585 906 797,79 PLN

	Konsorcjum TRAKCJA S.A. – partner konsorcjum	
10.	Konsorcjum w składzie: ZUE S.A. NDI Spółka Akcyjna	Cena netto: 1 368 267 443,60 PLN Cena brutto: 1 682 968 955,63 PLN

11. Należy zauważyć, iż różnica pomiędzy najtańszą ofertą (BUDIMEX S.A.), a drugą w kolejności (konsorcjum PPM-T Sp. z o.o. / TRAKCJA S.A) wyniosła 5 119 421,04 zł netto, co stanowi niespełna 0,4% kwoty, którą Zamawiający przyjął na realizację całego Zadania.

12. W toku prowadzonych czynności w Postępowaniu, tj. na etapie badania ofert Wykonawców pod kątem ceny rażąco niskiej, Zamawiający zwrócił uwagę na znaczne rozbieżności pomiędzy poszczególnymi pozycjami cenowymi zarówno w odniesieniu do poszczególnych ofert, jak również w stosunku do cen rynkowych.

13. Na skutek powziętych wątpliwości, Zamawiający dokonał pełnej analizy dokumentacji Postępowania, w tym w szczególności dokonał analizy technicznej zapisów STWIORB oraz Projektu Budowlanego i projektu wykonawczego, która to analiza wykazała, że dokumentacja Postępowania zawiera błędy i nieścisłości, które miały wpływ na wycenę ofert, a w konsekwencji na ich nieporównywalność tj.:

1) Dopuszczała wariantowość rozwiązań technologicznych w zakresie materaca geosyntetycznego oraz możliwość uznaniowej, częściowej rezygnacji z zastosowania materaca geosyntetycznego,

2) Stwierdzono istotne różnice pomiędzy przedmiarem a projektem wykonawczym, skutkujące brakiem adekwatności przedmiarów do projektu wykonawczego – pozycje przedmiarowe są w sposób znaczny zawyżone lub niedoszacowane.

3) Inne błędy projektowe, których konsekwencją jest brak adekwatności kalkulacji ofert, do przedmiotu zamówienia.

14. Odnosząc się do pkt 1, należy wskazać, iż w ramach opisu przedmiotu zamówienia projektant dopuścił zmianę zakresu wykonania materaca geosyntetycznego nad kolumnami betonowo - żwirowymi i kolumnami betonowymi, poprzez wprowadzenie zapisu: „Przy zastosowaniu kombinacji betonowo – żwirowej nie występuje problem przeszywnienia podłoża nad głowicą kolumny, gdyż sztywny trzon betonowy występuje względnie dość głęboko od warstwy materacy geosyntetycznych, co w wielu przypadkach umożliwia rezygnację bądź ich ograniczenie” (pkt. 6.3 Tomu V – PW Część 16.1 – Projekt wzmocnień TOR). W przypadku kolumn betonowych wskazano że: „Dopuszcza się inne rozwiązania projektowe na etapie sporządzania projektu technologicznego, o ile nie stanowią zmian istotnych. Każdorazowa zmiana musi być uzgodniona z Projektantem wzmocnienia i

Projektantem konstrukcji” (pkt. 8 Tomu V SWZ – PW Część 16.1 – Projekt wzmocnień TOR). W Specyfikacji technicznej wskazano, że „Materac geosyntetyczny może zostać zmodyfikowany na etapie Projektu technologicznego, po wykonaniu odpowiednich obliczeń. Konstrukcja materaca podlega akceptacji Projektanta oraz Inżyniera” (Tom III SWZ – STWiORB pkt. 2.8 - ST 02.15 - str. 129 oraz pkt. 2.7 - ST 02.19 - str. 164).

Powyższe zapisy wskazują, że Wykonawca dokumentacji projektowej dopuścił możliwość zmiany technologii wykonania warstwy transmisyjnej nad kolumnami betonowymi lub rezygnacji z tej warstwy w przypadku kolumn betonowo żwirowych.

15. Przedmiar zaprojektowanego materaca geosyntetycznego nad kolumnami betonowo – żwirowymi wynosi 43 754 m³, co stanowi 43% przewidzianego przedmiaru według projektu wzmocnień. Natomiast przedmiar zaprojektowanego materaca geosyntetycznego nad kolumnami betonowymi wynosi 34 204 m³, co stanowi 33% przewidzianego przedmiaru według projektu wzmocnień. Tym samym potencjalna możliwość zmiany zakresu wykonania materaca geosyntetycznego może być wykorzystana dla 76% przewidzianego przedmiaru robót według projektu wzmocnień.

16. Dodatkowo stwierdzono różnicę pomiędzy przedmiarem robót a dokumentacją projektową w zakresie wzmocnienia podłoża za pomocą kolumn betonowych. W przedmiarze sumaryczna długość kolumn wynosi 323 171 mb, zaś zgodnie z dokumentacją projektową wielkość ta wynosi 335 904 mb, co daje sumaryczną różnicę 12 733 mb. (niedoszacowanie przedmiaru robót).

17. Powyższe rozbieżności w OPZ powodują, możliwość przyjęcia różnych założeń dla kalkulacji oferty, czyniąc je tym samym nieporównywalnymi – inaczej będzie bowiem wyglądała kalkulacja oferty, w oparciu o założenia projektowe, inaczej w oparciu o ilości kosztorysowe, a inaczej w sytuacji, w której Wykonawca z góry założy, że wykona materace geosyntetyczne w innej technologii lub w pewnym zakresie zrezygnuje z ich wykonania.

18. Wskazując na możliwe różne założenia w przyjętej kalkulacji, Zamawiający dokonał symulacji cenowej pierwszego i drugiego Wykonawcy, przy przyjęciu różnych, opisanych wyżej założeń realizacyjnych.

19. Biorąc pod uwagę propozycję cenowe Wykonawcy Budimex S.A., przyjmując realizację Umowy w technologii zamiennej, np. w postaci stabilizacji podłoża, to różnica w cenie oferty wynosi + 7 688 410,14 mln zł:

Technologia wykonania:		Cena	Ilość	Koszt jednostkowa
Wykonanie	materaca	37,48 zł/m ³	97 432 m ³	3 651 751,36 zł
geosyntetycznego				

Technologia zamienna:	Wykonanie materaca	37,48 zł/m ³	23 384 m ³	876 432,32 zł
	Stabilizacja podłoża	162,72 zł/m ²	64 305,12 m ²	10 463 729,13 zł
Różnica w cenie oferty przy zastosowaniu technologii zamiennej: + 7 688 410,14 zł				

20. Biorąc pod uwagę propozycję cenową Wykonawcy konsorcjum PPMT/ TRAKCJA, przyjmując realizację Umowy w technologii zamiennej, np. w postaci stabilizacji podłoża, to różnica w cenie oferty wynosi - 6 301 826,8 zł mln zł:

Technologia wykonania:		Cena jednostkowa	Ilość	Koszt
Wykonanie geosyntetycznego	materaca	118,73 zł/m ³	97 432 m ³	11 568 101,36zł
Technologia zamienna:	Wykonanie materaca	118,73 zł/m ³	23 384 m ³	2 776 382,32zł
	Stabilizacja podłoża	38,72 zł/m ²	64305,12 m ²	2 489 892,24zł
Różnica w cenie oferty przy zastosowaniu technologii zamiennej: - 6 301 826,8 zł				

Oferent	Element rozliczeniowy i wartość jednostkowa	Procentowa różnica względem wartości referencyjnej
Wypełnienie materaca kruszywem [m ³]		
BUDIMEX	37,48 PLN	↓ 85%
STRABAG	117,54 PLN	↓ 53%
Konsorcjum ZRK DOM w Poznaniu / Colas Rail Polska / Intop Warszawa	150,96 PLN	↓ 40%

Konsorcjum ALDESA	167,01 PLN	↓ 33%
Construcciones Polska Sp. z o.o. / Aldesa Construcciones S.A./ COALVI/ CHINA CIVIL ENGINEERING CONSTRUCTION CORPORATION		
Konsorcjum PORR / Trakcja System	77,91 PLN	↓ 69%
INTERCOR	180,00 PLN	↓ 28%
TORPOL	94,34 PLN	↓ 62%
TRACK TEC	157,58 PLN	↓ 37%
Konsorcjum PPM-T/ TRAKCJA	118,73 PLN	↓ 53%
Konsorcjum ZUE/ NDI	56,40 PLN	↓ 78%
WARTOŚĆ REFERENCYJNA BISTYP KAT. CEN ROBÓT KOL. I TRAM II kw. 2023	251,08 PLN	

22. Zaniżenie wyceny pozycji kosztorysowej o 85% wyraźnie wskazuje, iż wykonawca nie zakłada wykonania materaca geosyntetycznego ale przyjmuje zastosowanie innej technologii wzmocnienia, np. technologii stabilizacji, która z kolei została wyceniona wyżej niż wartość referencyjna BISTYP z II kw 2023 r.i wynosi 16,28 PLN.

Oferent	Element rozliczeniowy i jednostkowa wartość referencyjna	Procentowa różnica względem wartości referencyjnej
	Stabilizacja podłoża spoiwem przy użyciu zespołu do stabilizacji - grunt rodzimy do Rm=1,5 MPa, grubość warstwy po zagęszczeniu 20-30 cm [m ²]	
BUDIMEX	162,72 PLN	↑ 900 %
STRABAG	64,68 PLN	↑ 297 %
Konsorcjum ZRK DOM w Poznaniu / Colas Rail Polska / Intop Warszawa	28,08 PLN	↑ 72 %

Konsorcjum ALDESA Construcciones Polska Sp. z o.o. / Aldesa Construcciones S.A./ COALVI/ CHINA CIVIL ENGINEERING CONSTRUCTION CORPORATION	26,16 PLN	↑ 61 %
Konsorcjum PORR / Trakcja System	20,70 PLN	↑ 27 %
INTERCOR	36,00 PLN	↑ 121 %

TORPOL	30,00 PLN	↑ 84 %
TRACK TEC	33,43 PLN	↑ 105 %
Konsorcjum PPM-T/ TRAKCJA	38,72 PLN	↑ 138 %
Konsorcjum ZUE/ NDI	26,95 PLN	↑ 66 %
WARTOŚĆ REFERENCYJNA BISTYP KAT. CEN ROBÓT KOL. I TRAM II kw. 2023	16,28 PLN	

23. Powyższa analiza potwierdza, iż tak sformułowany przedmiot świadczenia, w zakresie wykonania materaca geosyntetycznego nad kolumnami betonowo - żwirowymi i kolumnami betonowymi, który de facto nie determinuje sposobu wykonania przedmiotowego zakresu w sposób jednoznaczny, ale pozostawia swobodę wyboru technologii Wykonawcy, w konsekwencji, powoduje nieporównywalność wyceny tego zakresu zamówienia, co mimo stosunkowo niskiej wartości, względem szacunkowej wartości zamówienia, mogło mieć wpływ na wynik Postępowania – skala możliwej rozbieżności cenowej między pierwszym a drugim oferentem wynosi bowiem 13 990 236 zł, podczas gdy różnica ofert tych wykonawców wyniosła 5 119 421,04 zł.

24. Ponadto zidentyfikowano nieścisłości polegające na niewłaściwie przygotowanym przedmiarze robót w stosunku do faktycznych ilości wynikających z opracowanego projektu wykonawczego (pkt 2).

25. Zgodnie z art. 103 ust. 1 Ustawy Pzp , w przypadku zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, opis przedmiotu zamówienia stanowi dokumentacja projektowa oraz

STWiORB. Zarówno przedmiar jak i sam projekt budowlany stanowią elementy dokumentacji projektowej, przy czym przedmiar jest dokumentem pomocniczym w wycenie świadczenia, natomiast projekt budowlany ma kluczowe i nadrzędne znaczenie przy realizacji inwestycji. Potwierdza to orzecznictwo Sądów powszechnych:

➤ W świetle orzecznictwa administracyjnego w wypadku ustalenia przez strony umowy wynagrodzenia ryczałtowego, mimo że stanowi podstawę sporządzenia kosztorysu, ma znaczenie pomocnicze i jest opracowaniem wtórnym do projektu budowlanego i specyfikacji technicznych wykonania (wyrok KIO z dnia 20 października 2008 r., KIO/UZP 1077/08, wyrok z dnia 30 lipca 2009 r. KIO/UZP 921/09, z dnia 9 marca 2011 r., KIO 407/11). Z nadrzędnej pozycji projektu budowlanego jako części dokumentacji projektowej wynika, że w razie nie objęcia przedmiarem wszystkich robót określonych w projekcie budowlanym, przedmiot zamówienia wyznacza projekt. W doktrynie podkreśla się, że przedmiar nie opisuje przedmiotu zamówienia a służy do jego wyceny, stąd nie można przyjąć, że roboty w nim nie ujęte są robotami zamiennymi lub dodatkowymi. Wykonawca może być chroniony odpowiednimi zapisami umownym w przypadku konieczności ich wykonania. (Wyrok Sądu Najwyższego z 3 czerwca 2015 r., V CSK 551/14).

➤ Zawarte w przedmiarze robót zestawienia mają zobrazować skalę roboty budowlanej i pomóc wykonawcom w oszacowaniu kosztów inwestycji, wobec czego przedmiarowi robót należy przypisać charakter dokumentu pomocniczego. (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 5.10.2017 r., V ACa 380/16).

26. W przypadku istotnych rozbieżności między projektem budowlanym, a przedmiarem, wycena dokonana przez Wykonawców jest nieadekwatna, a tym samym po pierwsze nie odpowiada temu, co będzie realizowane i potrzebom Zamawiającego, po drugie zaś oferty w tym zakresie są nieporównywalne – inna bowiem będzie wartość oferty złożonej w oparciu o wycenę przedmiaru, a inna w oparciu o dokumentację projektową, która ma być realizowana.

27. Kluczowe pozycje obmiaru, w których ilości przedmiarowe są nieadekwatne do projektu to:

Odcinek A – Roboty budowlane na liniach kolejowych nr 201 odc. Kościerzyna - Somonino oraz nr 214 Somonino – Kartuzy realizowane w ramach projektu "Prace na alternatywnym ciągu transportowym Bydgoszcz - Trójmiasto, etap I"				PIERWOTNA		PO KOREKCIE	
				J.m.	Ilość jednostek	J.m.	Ilość jednostek
Lp.	Nr pozycji część STWiORB	Kod ind.	Nazwa elementu rozliczeniowego	5	6	7	8
1	2	3	4	5	6	7	8
PROJEKT WZMOCNIEN							

1			Wzmocnienie podtorza				
1,7	ST.02.02	2.01.01.KBb/4	Wykopanie Gruntu	m3	220 095	m3	310 254,16
BRANŻA TOROWA							
10 d.1.2	ST.02.02	ST.02.02-05	Roboty ziemne- wykopy wykonywane mechanicznie z załadunkiem i transportem urobku samochodami (na odkład) - roboty wykonywane przy czynnych torach na stacjach.	m3	55 000,00	m3	63 250,00
12 d.1.2	ST.02.02	ST.02.02-05	Roboty ziemne- wykopy wykonywane mechanicznie z załadunkiem i transportem urobku samochodami (na odkład)	m3	392 883,00	m3	451 815,45
11 d.1.2	ST.02.02	ST.02.02-05	Roboty ziemne- wykopy wykonywane mechanicznie z załadunkiem i transportem urobku samochodami (do wbudowania)	m3	261 922,00	m3	301 210,30
124 d.2.2	ST.02.02	ST.02.02-05	Roboty ziemne- wykopy wykonywane mechanicznie z załadunkiem i transportem urobku samochodami (do wbudowania)	m3	13 481,00	m3	15 503,15
125 d.2.2	ST.02.02	ST.02.02-05	Roboty ziemne- wykopy wykonywane mechanicznie z załadunkiem i transportem urobku samochodami (na odkład)	m3	38 369,00	m3	44 124,35
BRANŻA SANITARNA - KANALIZACJA SANITARNA							
1 d.1.1	ST.06.04		Wykopy oraz przekopy wykonywane koparkami przedsiębiernymi 0.40 m3 na odkład w gruncie kat.IV	m3	11 500,00	m3	5 500,00
7 d.1.1	ST.06.04		Podłoża pod kanały i obiekty z materiałów sypkich grub. 20 cm	m3	2 100,00	m3	4 263,00
BRANŻA SANITARNA - KANALIZACJA DESZCZOWA							
1 d.1.1	ST.06.01		Wykopy oraz przekopy wykonywane koparkami przedsiębiernymi 0.40 m3 na odkład w gruncie kat.IV	m3	24 300,00	m3	16 300,00
7 d.1.1	ST.06.01		Podłoża pod kanały i obiekty z materiałów sypkich grub. 20 cm	m3	7 000	m3	14 000

28. Powyższe rozbieżności prowadzą do nieporównywalności ofert ze względu na dokonywanie wyceny przez oferentów zakresu albo na podstawie przedmiaru albo na podstawie projektów, przy czym wycena na podstawie przedmiaru jest nieadekwatna do zakresu prac, który ma być faktycznie realizowany. Należy przy tym wskazać, iż o ile w toku każdej realizowanej inwestycji następuje rozbieżność, między przedmiarem, a projektem, to w analizowanej sytuacji, przedmiotowa rozbieżność wykracza skalą, poza akceptowalny poziom przedmiotowego zjawiska. O ile bowiem zwykle, te rozbieżności występują w

granicach 2-5%, to w analizowanym przypadku, sięgają one ponad 15%, co w sposób istotny przekłada się na kalkulacje ofert, jak również późniejszą realizację zamówienia.

29. Opisane rozbieżności w przyjętym sposobie wyceny ofert i kalkulacji ceny przekładają się nie tylko na wysokość ofert ale również na ich ranking w przedmiotowym Postępowaniu, a tym samym błędy w dokumentacji Zamawiającego, miały wpływ na wynik Postępowania. Zgodnie z przeprowadzoną kalkulacją przez Wydział analiz technicznych, różnica w wycenie ofert, przy przyjęciu prawidłowych wartości kosztorysowych, tj. odpowiadających projektowi wykonawczemu, biorąc pod uwagę ceny jednostkowe zaoferowane przez poszczególnych Wykonawców, wpłynęły na wynik Postępowania, w sposób następujący:

Wykonawca	Ceny z przetargu	ranking z przetargu	Ceny po korekcie	Ranking po korekcie
BUDIMEX	1 284 235 699,12 zł	1	1 323 616 886,39 zł	2
Konsorcjum PPM-T/ TRAKCJA	1 289 355 120,16 zł	2	1 292 819 267,52 zł	1
Intercor	1 362 750 089,16 zł	3	1 362 102 059,28 zł	3
Konsorcjum ZUE/ NDI	1 368 267 443,60 zł	4	1 372 354 089,52 zł	4
Torpol	1 378 267 470,04 zł	5	1 382 569 503,48 zł	5
STRABAG	1 448 148 684,68 zł	6	1 456 853 415,11 zł	7
Konsorcjum PORR / Trakcja System	1 449 499 000,00 zł	7	1 451 951 735,12 zł	6
TrackTec	1 474 349 343,65 zł	8	1 477 460 737,80 zł	8
Konsorcjum ZRK DOM w Poznaniu / Colas Rail Polska / Intop Warszawa	1 479 542 270,52 zł	9	1 479 869 792,52 zł	9
Konsorcjum ALDESA Construcciones Polska Sp. z o.o. / Aldesa Construcciones S.A./ COALVI/ CHINA CIVIL ENGINEERING CONSTRUCTION CORPORATION	1 720 257 916,86 zł	10	1 717 823 835,80 zł	10

30. Dodatkowo, Zamawiający stwierdził szereg innych wad dokumentacji projektowej (pkt 3), powodujących, że OPZ nie odzwierciedla potrzeb Zamawiającego oraz powoduje, że kalkulacja dokonana przez Wykonawców jest nieadekwatna do przedmiotu zamówienia, który faktycznie będzie realizowany. Powyższe błędy mogą powodować również nieporównywalność ofert, zważywszy, że mogły zostać wykryte przez Wykonawców na etapie kalkulacji oferty. Zasadnicze zidentyfikowane błędy projektowe, które mają wpływ na kalkulację ofert, to:

- a) *Brak szczegółowych wytycznych, co do prowadzenia koryt kablowych oraz zastosowanych materiałów,*
- b) *Brak parametrów dla gwoździ gruntowych w STWiORB,*
- c) *Brak określonej długości przewodów urządzeń infrastruktury umieszczonej metodami bez wykopowymi w rurach osłonowych (tj. na łuku) jaka należy przyjąć do rozliczeń wykonanych prac (błąd w Obmiarach),*
- d) *Braki zasyпки na geowłókninie drenażu,*
- e) *Brak zapisów o istniejących zegarach na stacjach do odtworzenia (tj. 1. wskazania, że może być konieczność ich wymiany lub naprawy.)*
- f) *Niedoszacowane ilości prefabrykatów typu L,*
- g) *Braki w rozwiązaniach odwodnienia ścianek oporowych,*
- h) *Występują kolizje drenaży z odciągami sieci trakcyjnej,*
- i) *Brak przedmiaru do montażu wskaźników torowych,*
- j) *Koszty robót związane z wykopaniem gruntów pod platformy robocze są liczone podwójnie,*
- k) *Brak projektów zabezpieczeń pod wiaduktami drogowymi,*
- l) *Niedoszacowane wykopy pod platformę roboczą.*

31. W związku z powyższym należy uznać, że dokumentacja Postępowania zawiera liczne błędy, nieścisłości i wady, które powodują, że Wykonawcy mogli przyjąć przy wycenie ofert odmienne założenia dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zidentyfikowane uchybienia prowadzą do nieporównywalności ofert. Kontynuowanie Postępowania opisującego przedmiot zamówienia w obecnym kształcie doprowadziłoby do sytuacji, że zostałaby wybrana oferta Wykonawcy, która ostatecznie nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą ze względu na nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności dopuszczenie zmiany technologii wykonania przez Wykonawcę części robót, jak również rozbieżności przyjętych ilości przedmiarowych względem dokumentacji projektowej.

32. Należy przy tym wskazać, iż powyższe wady dokumentacji Postępowania nie są możliwe do konwalidowania na obecnym etapie.

33. Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu z 28 czerwca 2019 r. sygn. akt KIO 1068/19, wskazała, że niemożliwa do usunięcia nieporównywalność ofert powoduje, że zachodzi podstawa do unieważnienia postępowania:

➤ Reasumując, skład orzekający stwierdził, że oferty są nieporównywalne, nie można doprowadzić do ich porównywalności z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a nieporównywalność ofert wynika z postanowień SIWZ.

➤ Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że postępowanie w zakresie części 2 obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a więc doszło do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

34. Ponadto jeżeli przedmiary wyceniane przez wykonawców zakładały wartości nieodpowiadające faktycznym ilościom prac do wykonania, a sama dokumentacja zawiera liczne błędy to obecny opis przedmiotu zamówienia nie odpowiada rzeczywistym potrzebom Zamawiającego. Tymczasem zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej:

➤ Podkreślenia wymaga, że sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia należy do wyłącznych uprawnień oraz obowiązków zamawiającego i jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia zostały określone w art. 29-31 ustawy P.z.p. Opis przedmiotu zamówienia odzwierciedla rzeczywiste potrzeby zamawiającego, umożliwia wykonawcy obliczenie ceny oferty oraz, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, zapewnia, że wszyscy wykonawcy rozumieją opis przedmiotu zamówienia tak samo. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 165/16).

35. Opierając się na powołanym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, naruszenia dotyczące niejasności i niedokładności opisu przedmiotu zamówienia powodujące nieporównywalność ofert sprawiają, że występuje wada Postępowania uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, a przez to zastosowanie może znaleźć art. 255 pkt 6 Ustawy Pzp. Taki wniosek wynika również wprost z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 27 kwietnia 2022 r. sygn. akt KIO 909/22:

➤ Mając na uwadze powołane wyżej postanowienia SWZ, a także uzasadnione potrzeby Zamawiającego Izba przyjęła, że doszło do wadliwego opisu przedmiotu zamówienia, który – co przyznał sam Zamawiający - stanowił naruszenie dyspozycji przepisu art. 16 pkt 1 i art. 99 ustawy Pzp.

➤ Wymaga wskazania, że w myśl przepisu art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

➤ Taka sytuacja - co zresztą przyznał sam Zamawiający stanowiła o naruszeniu art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także w sposób przejrzysty.

➤ Powyższe naruszenia przepisów ustawy Pzp mogłyby uruchomić przepis art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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.

➤ W przekonaniu Izby - dokonanie opisu zamówienia w sposób sprzeczny z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp stanowi niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że zachodzą przesłanki określone w art. 255 ust. 6 ustawy Pzp i Zamawiający w tych okolicznościach sprawy powinien przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego unieważnić.

36. W powołanym orzeczeniu Krajowa Izba Odwoławcza wyraźnie stwierdziła, że naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 Ustawy Pzp, a więc dotyczące nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia i naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, mogą być podstawą do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6 Ustawy Pzp.

37. Podobnie w wyroku z dnia 21 marca 2023 r., KIO 610/23, skład orzekający uznał, że niejasny, nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia i opis jednego z kryteriów oceny ofert stanowi takie naruszenie przepisów Ustawy Pzp, które ma oczywiste i zasadnicze znaczenie dla oceny ofert, a więc umowa zawarta w wyniku takiego postępowania podlegałaby unieważnieniu na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 Ustawy Pzp. Skoro tak, to nie można po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawrzeć umowy niepodlegającej unieważnieniu, a zatem zachodzi przesłanka do unieważnienia postępowania, na podstawie art. 255 pkt 6 Ustawy Pzp.

38. Zdaniem składu orzekającego nie można przyjąć, że z art. 457 ust. 1 pkt 1 Ustawy Pzp wynika wyłącznie przesłanka unieważnienia umowy, związana z nieprawidłowościami w obowiązkowych ogłoszeniach w publikatorach. Każde naruszenie związane z ogłoszeniami jest równocześnie „naruszeniem ustawy”.

39. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że trzeba przyjąć, że intencją ustawodawcy było wprowadzenie przesłanki nieważności umowy zawartej z naruszeniem przepisów Ustawy Pzp, jednak nie każdym, tylko kwalifikowanym - takim, które miało znaczenie dla przygotowania ofert, a więc wpłynęło na wynik postępowania. Generalnie rzecz biorąc

przesłanki unieważnienia postępowania mają charakter wysoce sankcyjny i powinny być interpretowane możliwie wąsko, jednak jakakolwiek interpretacja musi uwzględniać sens i cel przepisu. Dlatego ostatecznie, biorąc pod uwagę powyższe rozważania, Krajowa Izba Odwoławcza doszła do wniosku, że udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów Ustawy Pzp, tego rodzaju, że miało wpływ na sporządzenie ofert i wynik postępowania, mieści się w normie opisanej w art. 457 ust. 1 pkt 1 Ustawy Pzp.

40. Za słusznie podniesione przez Zamawiającego podstawy faktyczne unieważnienia postępowania Krajowa Izba Odwoławcza uznała nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia oraz wadliwe kryterium oceny ofert, oparte na niezdefiniowanym pojęciu „godzin ewaluacyjnych”. W ocenie składu orzekającego, opis przedmiotu zamówienia, który obarczony jest takimi brakami, które prowadzą do nieporównywalności ofert, stanowi przesłankę unieważnienia umowy na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 Ustawy Pzp, ponieważ jest takim naruszeniem przepisów, które ma znaczenie dla sporządzenia ofert. W tej samej kategorii mieści się wadliwe kryterium oceny ofert, prowadzące do tego, że ofert nie da się porównać.

41. Mając na uwadze powyższe, wskazane wady opisu przedmiotu zamówienia, w postaci braku precyzyjnego określenia technologii wykonania części zakresu zamówienia, oraz rozbieżności przedmiarów względem dokumentacji projektowej, co doprowadziło do nieporównywalności ofert i mogło mieć wpływ na wynik Postępowania, stanowią niemożliwą do usunięcia wadę Postępowania, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy ze względu na normę art. 457 ust. 1 pkt 1 Ustawy Pzp, a przez to uzasadniają unieważnienie Postępowania zgodnie z art. 255 pkt 6) Ustawy Pzp. (...)

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie podlega uwzględnieniu, albowiem w ocenie Izby w cytowanej decyzji z dnia 31/10/23 wskazane zostały – wbrew twierdzeniu wykonawcy Budimex – okoliczności istotne – stanowiące o niemożliwej do usunięcia wadzie Postępowania, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym Zamawiający w tym stanie faktycznym unieważniając przedmiotowe postępowanie nie naruszył powołanego w decyzji art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

W myśl wskazanego art. 255 pkt 6) ustawy Pzp: „*Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: (...) 6) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego; (...)*”

Pierwszy zatem wymagany przepisem element - tak jak wskazywały w pismach strony (Odwołujący i Zamawiający) oraz uczestnik - dotyczy (1) wystąpienia nieusuwalnej wady postępowania w sprawie zamówienia publicznego, a zatem takiej, która nie podlega konwalidacji a zatem obciąża postępowanie w sposób nieodwracalny. Tak jak wskazywali mogą to być zarówno nieprawidłowe działania, jak i zaniechania zamawiającego. Takie wady nieusuwalne – cytowane w pismach za orzecznictwem KIO – dotyczyć mogą błędów w SWZ, których nie można modyfikować na etapie postępowania toczącym się po terminie składania ofert. Pogląd bezsporny podkreślany w orzecznictwie co do braku możliwości zmiany postanowień SWZ lub odstąpienia od nich po złożeniu ofert. Stanowiłoby to bowiem naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania zgodnie z regułami ustawy, przy poszanowaniu zasad uczciwej konkurencji.

Drugi element wymieniony przepisem związany z nieusuwalną wadą dotyczy (2) braku możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, co z kolei powoduje, - tak jak wskazywano w odwołaniu i innych pismach procesowych - że jego zastosowanie następuje z uwzględnieniem przesłanek do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Te przesłanki wynikają z art. 457 ust. 1 i jego ust. 5 ustawy Pzp. Zatem z oceną wady postępowania, musi wiązać się co najmniej uzasadnione przypuszczenie, że dalsze jego prowadzenie nie pozwoli na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Izba przede wszystkim wskazuje na art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp i pierwszą z przesłanek [„1. *Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający: z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia (...)*”] wymienianą w tym przepisie. Zatem jedna z pierwszych wskazanych w nim podstaw do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego dotyczy udzielenia zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Wiąże się to – uwzględniając m.in. odpowiednio pogląd SN w wyroku z dnia 13.01.2012 r. Sygn. akt I CNP 22/11 - z naruszeniem kwalifikowanym (rażącym), a mianowicie wpływającym na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego. W niniejszej sprawie błędy w SWZ na które wskazał w decyzji o unieważnieniu Zamawiający – uwzględniając łącznie wymienione kategorie okoliczności - z pewnością miały wpływ na proces przygotowania ofert, a w symulacji przedstawionej w decyzji o unieważnieniu, również na wynik Postępowania. Tym samym te błędy nie miały marginalnego charakteru i należało je zaklasyfikować jako naruszenia

kwalifikowane, skutkujące możliwością zastosowania art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp w przypadku zawarcia w przedmiotowym postępowaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zdaniem Izby niewątpliwie wadliwy opis przedmiotu zamówienia, (przykładowo, niejednoznaczny nieprecyzyjny, nieprzejrzysty niespójny z udostępnionymi dokumentami zamówienia) stanowi wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Izba zwraca uwagę na art. 99 ust. 1 ustawy Pzp z którego wynika wymóg jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający na podstawie - jak podał w decyzji – *„analizy technicznej zapisów STWIORB oraz Projektu Budowlanego i projektu wykonawczego, która to analiza wykazała, że dokumentacja Postępowania zawiera błędy i nieścisłości, które miały wpływ na wycenę ofert, a w konsekwencji na ich nieporównywalność tj.:*

- 1) Dopuszczała wariantowość rozwiązań technologicznych w zakresie materaca geosyntetycznego oraz możliwość uznaniowej, częściowej rezygnacji z zastosowania materaca geosyntetycznego,*
- 2) Stwierdzono istotne różnice pomiędzy przedmiarem a projektem wykonawczym, skutkujące brakiem adekwatności przedmiarów do projektu wykonawczego – pozycje przedmiarowe są w sposób znaczny zawyżone lub niedoszacowane.*
- 3) Inne błędy projektowe, których konsekwencją jest brak adekwatności kalkulacji ofert, do przedmiotu zamówienia. (...)*

Izba nie znalazła podstaw do kwestionowania ustaleń Zamawiającego odnośnie pierwszej kategorii wad istotnych (kwalifikowanych), co do niewłaściwego opisu przedmiotu zamówienia, pozwalającego na: (1) przyjęcie wariantowych rozwiązań wykonania przedmiotu zamówienia. Tak jak wskazywał Zamawiający i Przystępujący wykonawca (Konsorcjum PMPM-T oraz Trakcja S.A.) istotnym błędem stwierdzonym w SWZ jest dopuszczalna wariantowość rozwiązań technologicznych w zakresie wykonania materaca geosyntetycznego oraz możliwość uznaniowej, częściowej rezygnacji z zastosowania materaca geosyntetycznego. Postanowienia dokumentacji przetargowej pozwalają bowiem na zmianę rozwiązania na etapie wykonawczym bez zgody Zamawiającego, co z kolei mogło przełożyć się na proces wyceny tych rozwiązań w ofercie. Zamówienie ma być realizowane – jak podkreślali - w formule „Buduj” a nie „Projektuj i buduj” a zatem Zamawiający powinien jasno określić jaka technologia będzie wykorzystywana w realizacji zamówienia, a wykonawcy powinni tą konkretną technologię wycenić. Wprowadzenie postanowień, które pozwalają na wariantowe zrealizowanie tej części prac oznacza w konsekwencji nieporównywalność ofert.

Zdaniem Izby postanowienia STWIORB także cytowane w odwołaniu przez Odwołującego, potwierdzają ustalenia Zamawiającego, na możliwość wg pkt 2.8 Tomu III wprost modyfikacji materaca geosyntetycznego (jego ograniczenie bądź rezygnację) a wg pkt 8 Tomu V co do innych rozwiązań projektowych, z kolei w uzgodnieniu z Projektantem. Dotyczy to następujący postanowień:

- ✓ *Materac geosyntetyczny może zostać zmodyfikowany na etapie Projektu technologicznego, po wykonaniu odpowiednich obliczeń. Konstrukcja materaca podlega akceptacji Projektanta oraz Inżyniera (Tom III SWZ – STWIORB pkt 2.8 – ST 02.15 – str 129 oraz pkt 2.7 – ST 02.19 – str. 164).*
- ✓ *Przy zastosowaniu kombinacji betonowo – żwirowej nie występuje problem przeszywnienia podłoża nad głowicą kolumny, gdyż sztywny trzon betonowy występuje względnie dość głęboko od warstwy materacy geosyntetycznych, co w wielu przypadkach umożliwia rezygnację bądź ich ograniczenie (pkt. 6.3 Tomu V – PW Część 16.1 – Projekt wzmocnień TOR).*
- ✓ *Dopuszcza się inne rozwiązania projektowe na etapie sporządzenia projektu technologicznego, o ile nie stanowią zmian istotnych. Każdorazowa zmiana musi być uzgodniona z Projektantem wzmocnienia i Projektantem konstrukcji (pkt 8 Tomu V SWZ – PW Część 16.1 – Projekt wzmocnień TOR);*

Mając na uwadze takie opisy nie można wykluczyć, że wykonawcy mogli wyceniać pozycje kosztorysowe związane z wykonaniem materaca geosyntetycznego oraz stabilizacją podłoża w oparciu o całkowicie różne założenia, co przekładało się na etap wyceny. Z kolei różne podejście do tak sformułowanych wadliwie wymagań *a priori* może powodować nieporównywalność ofert, co z kolei musi skutkować unieważnieniem postępowania. Zamawiający w decyzji z 31/10/23 przedstawił różnice w wycenie Odwołującego i Przystępującego Konsorcjum względem cen referencyjnych, ale warto również spojrzeć na porównanie z innymi ofertami. Z kolei Przystępujący znaczące różnice w wycenie pozycji związanych z wykonaniem materaca geosyntetycznego odniósł (pismo procesowe z dnia 23/11/23 z zał. 1 i 2) do porównania wyceny wykonawcy Budimex z wyceną pozostałych oferentów, potwierdzając, że względem pozostałych oferentów Budimex zaoferował wyraźnie wyższą cenę w przypadku stabilizacji podłoża oraz wyraźnie niższą w przypadku materaca geosyntetycznego (zał. 1 do pisma).

Izba nie znalazła również podstaw do kwestionowania ustaleń Zamawiającego odnośnie drugiej kategorii wad istotnych (kwalifikowanych), co do niewłaściwego opisu przedmiotu zamówienia, związanych z przyjęciem w przedmiarach nieprawidłowych ilości dla wykonania zamówienia we wskazanych pozycjach Przedmiaru. Tak jak Zamawiający wskazał w decyzji, w przypadku zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, opis przedmiotu zamówienia, zgodnie z art. 103 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi dokumentacja projektowa oraz STWiORB. Zarówno przedmiar jak i sam projekt budowlany stanowią elementy dokumentacji projektowej, przy czym przedmiar jest dokumentem pomocniczym w wycenie świadczenia, natomiast projekt budowlany ma kluczowe i nadrzędne znaczenie przy realizacji inwestycji. Takie stanowisko potwierdza orzecznictwo sądów powszechnych, na które wskazano w tej decyzji podkreślając – za orzecznictwem nadrzędną pozycję projektu budowlanego jako części dokumentacji projektowej oraz, że w razie nie objęcia przedmiarem wszystkich robót określonych w projekcie budowlanym, przedmiot zamówienia wyznacza projekt, a także, że przedmiar nie opisuje przedmiotu zamówienia a służy do jego wyceny, stąd nie można przyjąć, że roboty w nim nie ujęte są robotami zamiennymi lub dodatkowymi. Tym samym w przypadku istotnych rozbieżności między projektem budowlanym, a przedmiarem, wycena dokonana przez wykonawców nie jest adekwatna, a tym samym oferty w tym zakresie są nieporównywalne – inna bowiem będzie wartość oferty złożonej w oparciu o wycenę przedmiaru, a inna w oparciu o dokumentację projektową, która ma być realizowana. W stanie faktycznym tej sprawy Zamawiający w decyzji wskazał na kluczowe pozycje obmiaru, w których ilości przedmiarowe są nieadekwatne do projektu wykazując także wartościowy wymiar tej wady. Z tej analizy wynika, że korekty – jak podnosił Zamawiający i Przystępujący są niebagatelne, dochodzą do nawet 200% pierwotnej ilości – tak w pozycji „Podłoża pod kanały i obiekty z materiałów sypkich grub. 20 cm”. Jednocześnie należy zauważyć, że błąd dotknął również pozycje o dużym znaczeniu kwotowym, jak np. „Wykopanie Gruntu”, w której wzrost ilości jednostek do ok. 140% ilości pierwotnej powoduje, że już w wyniku tej poprawki oferta Budimex staje się droższa o kilka milionów złotych. Znaczące różnice pomiędzy cenami dla nieprawidłowo wyliczonych pozycji kosztorysu, może wywoływać przekonanie, że nieprawidłowa ilość jednostek wpłynęła na sposób dokonania ich wyceny. W tej sprawie istotność błędów w tej kategorii przedkłada się na ranking ofert, na co wskazał w decyzji zamawiający, w szczególności odnosząc powyższe do wyceny w ofercie Budimex i Przystępującego Konsorcjum PMPM-T oraz Trakcja S.A., a w konsekwencji na wynik tego Postępowania, który w tej sytuacji jest fundamentalny, gdyż zmienia pozycję oferty kwalifikowaną jako najkorzystniejszą.

W tym przypadku Izba nie zgodziła się z twierdzeniami Odwołującego, że postanowienia, co do Kwoty Warunkowej, powodują brak wpływu takich błędów na wynik postępowania. Kwota Warunkowa, w wysokości tożsamej dla wszystkich, ma znaczenie na etapie realizacji zamówienia.

Jak podkreślał Zamawiający i co wynika z dokumentacji postępowania:

Kwota Warunkowa może służyć do pokrycia płatności za pracę lub Roboty (w ramach Części A i Części B zakresu podstawowego), które mają być wykonane przez Wykonawcę (włączając Urządzenia, Materiały lub usługi do dostarczenia) i wycenione według SubKLAUZULI 12.3 Warunków Szczególnych dla Części A zakresu podstawowego/Subklauzuli 13.3 Warunków Szczególnych dla Części B zakresu podstawowego, w tym w szczególności:

a) kosztów prac i Robót które nie zostały wyszczególnione w Przedmiarze Robót dla części A zakresu podstawowego, a które są konieczne do realizacji przedmiotu Umowy zgodnie z Projektem Budowlanym i Projektem Wykonawczym;

b) nadwyżek kosztów Robót zamiennych (dla części A i B zakresu podstawowego), gdy wartość Robót zastępujących przewyższa wartość Robót zastępowanych;

c) wzrostu kosztów wynikających ze zmiany Umowy dokonanej zgodnie z jej postanowieniami lub na podstawie przepisów u.p.z.p.,

d) pokrycia kosztów komunikacji zastępczej, w przypadku wyczerpania kwoty wskazanej w Przedmiarze Robót dla części A zakresu podstawowego na pokrycie kosztów komunikacji zastępczej.

e) pokrycia kosztów komunikacji zastępczej, w przypadku wyczerpania kwoty wskazanej w Rozbiciu Ceny Ofertowej na pokrycie kosztów komunikacji zastępczej dla części B zakresu podstawowego.

f) pokrycia kosztów zmiany w części B wynikających ze zmiany w zakresie części A;

Zatem, gdyby zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, pokrycie błędów w zakresie Przedmiarów, pokrycie dodatkowego kosztu przy zmianie technologii oraz konieczność wprowadzenia zmian do Umowy, celem poprawy dokumentacji w zakresie opisanym w tezie 30 uzasadnienia do informacji o unieważnieniu, to Zamawiający nie tylko wyczerpie dostępną Kwotę Warunkową, ale znacznie ją przekroczy, nie pozostawiając żadnych środków na poniesienie innych dodatkowych kosztów, wymienionych wyżej, a płatnych z Kwoty Warunkowej. (...)

Kwota Warunkowa nie jest zatem ceną ofertową, ale dodatkową kwotą, zabezpieczoną przez Zamawiającego w celu właśnie pokrycia dodatkowych kosztów w szczególności tych, które w pierwszej kolejności zostały wskazane w cyt. Subklauzuli.

Podkreślenia zatem wymaga, że ta Kwota ma służyć pokryciu nieprzewidzianych kosztów dodatkowych, nieuwzględnionych w cenie oferty Wykonawcy, a nie pokryciu błędów istotnych w dokumentacji - ujawnionych jeszcze przed wyborem najkorzystniejszej oferty - mających potencjalny wpływ – czego nie można wykluczyć - na sporządzenie ofert a tym samym na wynik postępowania. Zamawiający ponadto przedstawił stosowne wyliczenia z których wynika, że wskazywane wady powodują, że jeszcze przed rozpoczęciem wykonywania robót budowlanych, ich wyeliminowanie stanowi dla Zamawiającego koszt stanowiący ekwiwalent całości Kwoty Warunkowej, możliwej do wykorzystania na ten cel.

Odnosząc się do trzeciej (ostatniej) grupy wad zdefiniowanych w decyzji i wymienionych na str 13 decyzji jako błędy projektowe nie można z uwagi tylko na ich ilość kwalifikować jako wady istotne. Nieznany jest bowiem wpływ tych błędów na wynik postępowania. W tym przypadku brak jest w decyzji analizy ich rzeczywistego wpływu na wycenę w ofercie. Niewątpliwie przy niskich różnicach w rankingu ofert, każdy potencjalny błąd wpływający na wycenę oferty może okazać się istotny dla wyniku całego Postępowania, jednakże powinno to wynikać z rzeczywistej analizy. Tym samym Izba nie zgodziła się z konkluzjami Zamawiającego, że również ta kategoria błędów mogłaby stanowić samodzielną przesłankę unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Jednakże w tym stanie faktycznym w decyzji o unieważnieniu postępowania nieprawidłowości zostały wskazane łącznie a zatem nie ma to wpływu na poprawność kwestionowanej w odwołaniu decyzji.

Izba w reasumpcji stwierdza, że wskazane w decyzji z dnia 31/10/23 wady w opisie przedmiotu zamówienia, a dotyczące braku precyzyjnego określenia technologii wykonania części zakresu zamówienia, oraz rozbieżności przedmiarów względem dokumentacji projektowej, prowadziły do nieporównywalności ofert i co mogło mieć wpływ na wynik Postępowania. Zatem stanowią niemożliwą do usunięcia wadę Postępowania, uniemożliwiającą – jak podkreślał Zamawiający w decyzji - zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy ze względu na normę art. 457 ust. 1 pkt 1 Ustawy Pzp, a przez to uzasadniają unieważnienie Postępowania zgodnie z art. 255 pkt 6) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....

.....

.....