

**WYROK**  
**z dnia 22 sierpnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący:            Emil Kawa**

**Protokolant:                Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę **Centrum Informatyki ZETO S.A., ul. Skorupska 9, 15-048 Białystok** w postępowaniu prowadzonym przez **Białostockie Centrum Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie w Białymstoku, ul. Ogrodowa 12, 15-027 Białystok**

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnienie czynności zatrzymania wadium odwołującemu - Centrum Informatyki ZETO S.A., ul. Skorupska 9, 15-048 Białystok,**

**2. kosztami postępowania obciąża Białostockie Centrum Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie w Białymstoku, ul. Ogrodowa 12, 15-027 Białystok i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Centrum Informatyki ZETO S.A., ul. Skorupska 9, 15-048 Białystok tytułem wpisu od odwołania,**

**2.2. zasądza od Białostockiego Centrum Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie w Białymstoku, ul. Ogrodowa 12, 15-027 Białystok na rzecz Centrum Informatyki ZETO S.A., ul. Skorupska 9, 15-048 Białystok kwotę 23 997 zł 02 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące dziewięćset dziewięćdziesiąt siedem złotych, dwa grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Białymstoku.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Białostockie Centrum Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie w Białymstoku, ul. Ogrodowa 12, 15-027 Białystok, zwany dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *„Dokończenie realizacji robót budowlanych wielobranżowych związanych z adaptacją zespołu budynków położonych w Białymstoku przy ul. Ogrodowej 12 i Warszawskiej 15 na potrzeby Białostockiego Centrum Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie - Etap I”*.

Pismem z dnia 15.07.2014 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wyniku postępowania i wyborze oferty najkorzystniejszej w zadaniu 3, za którą uznana została oferta Centrum Informatyki ZETO S.A., ul. Skorupska 9, 15-048 Białystok, zwany dalej „Odwołującym”. Jednakże w dniu 31 lipca Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu postępowania w tym zadaniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ust. Pzp, tj. z uwagi na wystąpienie okoliczności powodującej, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, nie unieważniając przy tym czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wobec powyższej czynności, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 93 ust. 1 pkt 6 ust. Pzp poprzez błędne zastosowanie i bezpodstawne unieważnienie ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w Zadaniu 3,
- art. 46 ust. 5 pkt 3 ust. Pzp poprzez bezzasadne oświadczenie o zatrzymaniu wadium wniesionego przez Odwołującego,
- art. 7 ust. 1 i 3 ust. Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie dokonanej przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania w Zadaniu 3,
- 2) unieważnienie czynności Zamawiającego w zakresie zatrzymania wadium,
- 3) nakazanie Zamawiającemu kontynuowania postępowania zgodnie z przepisami ust. Pzp i celem postępowania, w tym w szczególności w celu zawarcia umowy na wykonanie zamówienia publicznego z wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów podał, że Zamawiający w toku postępowania, na etapie badania ofert, w trybie art. 90 ust. 1 ust. Pzp, wyjaśniał, czy złożona przez Odwołującego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Pismem z dnia 4.07.2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odpowiedź na ww. wezwanie udzielona została pismem z dnia 4.07.2014 r. Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia Zamawiający uznał za wiarygodne i wystarczające.

Zamawiający w piśmie o unieważnieniu postępowania zgłosił szereg zastrzeżeń do kosztorysów szczegółowych otrzymanych w dniu 18.07.2014 r., w tym przede wszystkim wskazał na niekompletność kosztorysu szczegółowego, tj. braki w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia - przedmiarów, nie ujęcie w tych kosztorysach wyceny sporządzenia dokumentacji wykonawczej, rezerwy finansowej, brak cen jednostkowych wskazanych elementów. Na str. 1 ww. pisma Zamawiający przedstawił tabelę, w której w kolumnie 3 ujęte zostały wartości poszczególnych elementów zamówienia określonego w Zadaniu 3, które Odwołujący określił w piśmie wyjaśniającym z dnia 4.07.2014 r. W kolumnie 4 ww. tabeli wpisano natomiast wartości określone przez Zamawiającego, jednakże nie wiadomo na podstawie jakich danych i wartości, tj. nie wiadomo na podstawie których z elementów wycenionych w kosztorysach szczegółowych sporządzonych przez Odwołującego (brak wskazania poz., str. kosztorysu). Zamawiający w ww. piśmie z dnia 31.07.2014 r. stwierdził, że wady kosztorysu szczegółowego oznaczają, że nie ma gwarancji „*nie tylko należytego wykonania zadania, ale wykonania w oferowanej cenie w ogóle*”.

Odnosząc się do unieważnienia postępowania stwierdził, że Zamawiający nie mógł unieważnić postępowania. tym bardziej na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6, tj. poprzez wskazanie, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Unieważnienie postępowania nie jest uprawnieniem, lecz obowiązkiem Zamawiającego, jeżeli udowodni, że spełnione zostały przesłanki ustawowe warunkujące taką decyzję. Przedmiotowy przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 ust. Pzp dotyczy sytuacji, gdy po wszczęciu postępowania zaistnieją pewne nadzwyczajne wydarzenia lub okoliczności, które mają wpływ na prowadzone postępowanie lub przedmiot zamówienia. Takimi okolicznościami nie mogą być sytuacje, które są następstwem błędnych decyzji podjętych przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania lub w postępowaniu, a także niedbalstwa lub niezachowania wymaganej staranności w przygotowaniu lub prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Podał także iż w dniu 5 sierpnia 2014 r. Zamawiający ogłosił ponowne postępowanie na wykonanie ww. Zadania 3. Fakt ten dowodzi, że oświadczenie o wystąpieniu okoliczności powodującej, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, nie odpowiada stanowi faktycznemu. Wskazał także, że sam Zamawiający przyznał, że w jego ocenie należy liczyć się z ewentualnym zagrożeniem „*nie tylko należytego wykonania zadania, ale wykonania w oferowanej cenie w ogóle*”. Tym samym w tym przypadku nie wystąpiła przesłanka zmiany okoliczności, a co najwyżej Zamawiający przewiduje jedynie możliwość jej wystąpienia. A skoro tak, to Zamawiający w ogóle nie był uprawniony do

unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ust. Pzp. W ten sposób można by było unieważnić każde postępowanie, bo wątpliwości mogą wystąpić zawsze, niemniej jednak mieszczą się one w granicach ryzyka, które Zamawiający powinien mieć na względzie udzielając zamówienia.

Odnosząc się do kwestii niezasadnego zatrzymania wadium stwierdził, że jest decyzja zupełnie niezrozumiała, albowiem to z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego nie została jeszcze zawarta umowa. Zamawiający nie jest zatem uprawniony do zatrzymania wadium w trybie art. 46 ust 5 pkt 3 ust. Pzp, albowiem Odwołujący jest gotowy do zawarcia umowy na realizację zamówienia w zakresie Zadania 3 za cenę określoną w ofercie i na warunkach określonych w SIWZ. Konsekwentnie, po stronie Odwołującego nie wystąpiły okoliczności uniemożliwiające zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą a Odwołujący nadal oczekuje na wezwanie do podpisania umowy. Rzekome błędy w kosztorysach szczegółowych nie mogą być podstawą decyzji o unieważnieniu postępowania, ani tym bardziej zatrzymania wadium. Rozliczenie za wykonanie zamówienia jest ryczałtowe. Co więcej, na etapie złożenia i oceny ofert Zamawiający nie żądał kosztorysów szczegółowych, a dopiero na etapie formalności związanych z podpisaniem umowy.

Odnosząc się do kwestii związanych z ze złożeniem kosztorysów szczegółowych podał, że zgodnie z postanowieniami SIWZ wykonawcy składający ofertę w Zadaniu 3 zobowiązani zostali do podania ceny ryczałtowej (str. 29 SIWZ pkt. 3). W zakresie obowiązku przedstawienia przez wybranego wykonawcę kosztorysu szczegółowego, wykonawca zobowiązany został przy jego sporządzaniu do posłużenia się przedmiarami robót dołączonymi do SIWZ jako załącznik nr 8, traktując te przedmiary jedynie jako materiał pomocniczy. Żadnych dalszych warunków sporządzenia kosztorysu szczegółowego Zamawiający w SIWZ nie określił, zatem nie mógł wymagać od wykonawcy na dalszym etapie postępowania spełnienia warunków nieujętych w SIWZ.

Podsumowując stanowisko w zakresie prawidłowości złożonej oferty stwierdził, że w unieważnionym postępowaniu, obowiązuje cena ryczałtowa. Istota wynagrodzenia ryczałtowego wynikająca z art. 632 § 1 kc przesądza o zobowiązaniu wykonawcy i jego ryzyku wykonania całego zadania za tak ustalone wynagrodzenie, bez możliwości żądania jego zmiany. Wykonanie przedmiotu zamówienia zabezpieczone zostaje również poprzez obowiązek złożenia przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Interes Zamawiającego jest zatem w pełni zabezpieczony. Tym samym oświadczenie Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 31.07.2014 r. o ewentualnym zagrożeniu „*nie tylko należytego wykonania zadania, ale wykonania w oferowanej cenie w ogóle*”, jest oczywiście bezpodstawne.

Zamawiający nie złożył na piśmie odpowiedzi na odwołanie. W prezentowanym na rozprawie stanowisku stwierdził, że podniesione zarzuty są niezasadne i wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego. Podał, że cena oferty Odwołującego była w sposób znaczący niższa, od ceny ofert innych wykonawców (około 38%), dlatego też Zamawiający wezwał wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1, pismem z dnia 4 lipca 2014 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Złożone wyjaśnienia Zamawiający ocenił i uznał za uzasadniające zaoferowanie takiej ceny w ofercie. Po wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta Odwołującego, Zamawiający, opierając się na postanowieniu SIWZ ze str. 29, wezwał wybranego wykonawcę do złożenia kosztorysów szczegółowych, które następnie poddał analizie. Z dokonanej analizy wyjaśnień wykonawcy, co do podstaw zaoferowania w ofercie wskazanej ceny z danymi zawartymi w kosztorysach szczegółowych stwierdził, iż zawierają one cały szereg nieprawidłowości, nieścisłości, a wręcz często braków, które uniemożliwiałyby Odwołującemu jego wykonanie.

Podał iż Zamawiający po otrzymaniu kosztorysów szczegółowych od Odwołującego nie mógł ponownie wyjaśniać wątpliwości co do prawidłowości ceny ofertowej, gdyż po pierwsze, wykonawca był już wzywany do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, a po drugie miało to już miejsce po wyborze najkorzystniejszej oferty i tym samym, jedynym rozwiązaniem, które mógł zastosować Zamawiający, było unieważnienie postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 6. Wskazał, że jego zdaniem ten przepis należy czytać w zakresie interesu publicznego przez pryzmat złożonej oferty. Tutaj istniało zagrożenie wykonania tego zamówienia, a tym samym nieracjonalnego wydatkowania środków publicznych, a nawet ich utraty z powodu nie wykonania zamówienia.

Odnosząc się do kwestii ponownego ogłoszenia o wszczęciu postępowania na przedmiot objęty przedmiotowym odwołaniem stwierdził, że oceniając całość sytuacji w postępowaniu, uznał iż szybciej dokona wyboru wykonawcy dla realizacji tego zamówienia poprzez ogłoszenie nowego przetargu, niż prowadzenie z Odwołującym wyjaśnień w zakresie przedłożonych kosztorysów szczegółowych. Opierając się na takim stanowisku w dniu 5 sierpnia br. dokonał wszczęcia nowego postępowania na ten przedmiot zamówienia.

Uzasadniając zasadność unieważnienia postępowania z ww. przepisu podał, że Zamawiający nie mógł przewidzieć sytuacji iż wykonawca, składając ofertę, zaoferuje finalnie jej wykonanie za cenę, za którą wykonanie przedmiotu zamówienia jest niemożliwe.

Odnosząc się do zatrzymania wadium podał, że unieważnienie postępowania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, gdyż to on wprowadził w błąd Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną kwotę, a więc

spowodował sytuację, że Zamawiający nie mógł podpisać umowy na realizację takiego zamówienia i tym samym był zobowiązany do zatrzymania wadium wykonawcy.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie na rozprawie, uwzględniając dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania, ustaliła i zważyła co następuje.**

**Odwołanie jest zasadne i zostaje uwzględnione.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Przedmiotem sporu pomiędzy stronami jest kwestia, czy Zamawiający miał podstawy prawne do unieważnienia postępowania w trybie przepisu art. 93 ust.1 pkt 6 oraz czy w sprawie wystąpiły przesłanki do zatrzymania wadium Odwołującemu.

Odnosząc się do instytucji unieważnienia postępowania stwierdzić należy, że powoduje ona zakończenie postępowania, bez zawarcia umowy o wykonanie zamówienia. Tym samym zostaje zniweczony sens i cel prowadzonego postępowania, gdyż celem każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy na wykonanie przedmiotu zamówienia. Teza ta znajduje potwierdzenie w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 624/08 w którego uzasadnieniu Izba wskazała, że: *„Celem organizowania przetargu jest udzielenie zamówienia publicznego. Nie jest możliwe unieważnienie postępowania bez wskazania wystąpienia istotnej przyczyny, zwłaszcza w sytuacji, gdy cel ten jest możliwy do osiągnięcia, a jedynie nie ma woli do zawarcia umowy”*.

Dlatego też przyczyny uzasadniające unieważnienie postępowania wskazane w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp jako wyjątki od zasady, że wszczęte postępowanie przetargowe kończy się zawarciem umowy z wybranym wykonawcą, winny być interpretowane w sposób ścisły. Za wyrokiem KIO z dnia 5 października 2011 r. sygn. KIO 2047/11 stwierdzić należy, że *Polski system prawa przewiduje ochronę prawną zobowiązań, zarówno na gruncie kodeksu cywilnego, jak i ustawy Prawo zamówień publicznych, której wyrazem jest m.in. niemożność bezpodstawnego i autorytarnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jedynie po zaistnieniu podstaw enumeratywnie wskazanych przez ustawodawcę. Wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający de facto zobowiązuje się do zawarcia z wykonawcą, którego oferta, zgodnie z przewidzianą procedurą udzielania zamówień, będzie ofertą najkorzystniejszą umowy, a wykonawcy przysługuje w stosunku do zamawiającego takie roszczenie wyrażające się*

*m.in. możliwością żądania wydania przez sąd orzeczenia, o którym mowa w art. 64 kodeksu cywilnego. Nie bez przyczyny ogłoszenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest często porównywane ze złożeniem przyrzeczenia publicznego, o którym mowa w art. 919 § 1 kodeksu cywilnego ze wskazaniem, że przyrzeczenia tego należy dotrzymać.*

Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania powołując się na przepis art. 93 ust.1 pkt 6. Dla unieważnienia postępowania z tej przyczyny niezbędne jest zaistnienie następujących przesłanek, gdy: 1) wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, lub 2) wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Sytuacja pierwsza odnosi się do zdarzeń zaistniałych pomiędzy wszczęciem postępowania a wyborem oferty. Druga - dotyczy natomiast zdarzeń zaistniałych pomiędzy wyborem oferty a podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Tym samym zgodnie z tym przepisem postępowanie należy unieważnić w sytuacji kiedy po wszczęciu postępowania zaistnieją pewne nadzwyczajne okoliczności, które mają zasadniczy wpływ na prowadzone postępowanie w całości, bądź na sam przedmiot zamówienia. Istotą obu ww. sytuacji jest zaistnienie jako przesłanki ochrony interesu publicznego. Unieważnienie postępowania może nastąpić ze względu na interes publiczny, którego potrzeba ochrony sprawia, że dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia byłoby wbrew temu interesowi. Trybunał Konstytucyjny w uchwale z dnia 12 marca 1997 r., W 8/96, OTK 1997, nr 1, poz. 15, wskazał, że *za interes publiczny należy bez wątpienia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego.* Jednakże interes publiczny nie może bezpodstawnie ograniczać uzasadnionych praw jednostki. Wynika to z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 1993 r., III ARN 49/93,, który stwierdził, że: *"W państwie prawnym nie ma miejsca dla mechanicznie i sztywno pojmowanej zasady nadrzędności interesu ogólnego nad interesem indywidualnym. Oznacza to, że w każdym indywidualnym przypadku działający organ ma obowiązek wskazać, o jaki interes ogólny (publiczny) chodzi, i udowodnić, iż jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczeń uprawnień indywidualnych obywateli".* Również za wyrokiem KIO z dnia 20 lutego 2013 roku sygn. akt KIO 256/13 stwierdzić należy, że *przesłanka unieważnienia postępowania, zawarta w art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p., stanowi wyraz ochrony interesu publicznego (...). Jednak może to odnosić się tylko do sytuacji, gdy na skutek zaistnienia*



*nadzwyczajnych okoliczności realizacja danego zamówienia byłaby niecelowa lub wiązałaby się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym.*

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, że zamawiający uznał iż dokończenie realizacji robót budowlanych wielobranżowych związanych z adaptacją zespołu budynków położonych w Białymstoku przy ul. Ogrodowej 12 i Warszawskiej 15 na potrzeby Białostockiego Centrum Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie, nie leży w interesie publicznym. Zdaniem Izby sytuacja taka nie wystąpiła, za zbędne należy uznać prowadzenia postępowania dowodowego w tej sprawie, gdyż powszechnie wiadomym jest, że w Polsce przy stale wzrastającej zapadalności ludności na choroby nowotworowe brakuje miejsc w specjalistycznych placówkach. Spełnienie przesłanek z pkt 6 ww. przepisu mogłoby wystąpić np. w sytuacji kiedy w województwie podlaskim byłoby więcej miejsc w placówkach zajmujących się leczeniem pacjentów z chorobami nowotworowymi niż liczba potrzebujących pacjentów, a także w sytuacji gdyby np. inny inwestor budował obiekt o podobnym przeznaczeniu, a to powodowałoby niezasadność - ze względu na dużą podaż miejsc, budowy kolejnego takiego obiektu itd. W przedmiotowej sprawie nic takiego nie występuje.

Izba stwierdza, że Zamawiający próbuje uzasadniać unieważnienie postępowania sytuacją powstałą w postępowaniu, powodowaną szeregiem błędów Zamawiającego w jego prowadzeniu, a to nie może być w żaden sposób utożsamiane z interesem publicznym. Powyższe stwierdzenie wynika z faktu, że Zamawiający dokonując oceny ofert wezwał odwołującego (pismo z 04.07.2014 roku) w trybie art. 90 ust.1 ustawy Pzp do *złożenia wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowania ceny*. Zamawiający uzasadniał swoje zastrzeżenia tym, że cena oferty odwołującego była niższa o około 38% od cen pozostałych dwóch ofert, w zadaniu 3.

Bezspornym w sprawie jest fakt, że Zamawiający otrzymane wyjaśnienia uznał za wystarczające i wyczerpujące, gdyż w wyniku ich oceny wybrał ofertę Odwołującego, jako najkorzystniejszą w tym postępowaniu. Jednakże Zamawiający dopiero po otrzymaniu od Odwołującego kosztorysów szczegółowych obliczył, że pomiędzy posiadaną przez niego wyceną przedmiaru robót, a wyliczeniami z kosztorysów szczegółowych występuje różnica w wycenie robót na około 1,5 ml złotych. Zaznaczyć należy iż cena ofertowa odpowiadała sumie kwot z kosztorysów szczegółowych. Na tą różnicę wg. Zamawiającego składały się rozbieżności w cenach wykonania poszczególnych elementów zamówienia, a przede wszystkim pominięcie w kosztorysach szczegółowych szeregu robót, wynikających z załączonego do SIWZ przedmiaru robót.

Biorąc pod uwagę fakt, że czynności zamawiającego wykazane w informacji o unieważnieniu postępowania determinują zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba nie odnosi się do kwestii, czy w postępowaniu mamy do czynienia z rażąco niską ceną

w ofercie odwołującego, gdyż to nie było przedmiotem zarzutów odwołania. Jednakże za niezbędne Izba uznaje dokonanie oceny, prawidłowego zastosowania przez Zamawiającego procedury wskazanej w Pzp dla wyjaśnienia wątpliwości co do poprawności zaoferowanej w ofercie ceny.

Niewątpliwym jest, że Zamawiający już na etapie oceny złożonych wyjaśnień miał wiedzę, że różnica pomiędzy wycenionym dla zamawiającego przedmiarem robót, a ceną ofertową odwołującego wynosiła około 1,5 ml. zł. Tym samym miał pełne podstawy do dalszego drażenia tej kwestii i żądania od odwołującego dalszych uszczegółowień czy wyjaśnień. Jednakże tego nie uczynił. Dopiero po otrzymaniu kosztorysów szczegółowych zakwestionował prawidłowość skalkulowania ceny, gdyż jak twierdzi nie wszystkie pozycje z przedmiaru robót zostały w tym kosztorysie wskazane. Właśnie te braki w kosztorysach, a nie sama cena jak twierdził na rozprawie Zamawiający, były podstawą do unieważnienia postępowania. W tym zakresie uznał, że *szybciej dokona wyboru wykonawcy dla realizacji tego zamówienia poprzez ogłoszenie nowego przetargu, niż prowadzenie z Odwołującym wyjaśnień w zakresie przedłożonych kosztorysów szczegółowych*. Z tego jednoznacznie wynika, że Zamawiający nie miał na względzie ochrony interesu publicznego, ale dążył do szybkiej możliwości wyboru wykonawcy w nowym postępowaniu, które na ten sam przedmiot zamówienia wszczął w dniu 5 sierpnia br.

Postępowanie zamawiającego Izba uznaje jako niewłaściwe. Nie było żadnych przeszkód do tego, aby na tym etapie postępowania (po wyborze oferty) zamawiający:

- po pierwsze, unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i wszczął ponownie procedurę wyjaśniania, czy oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, formułując wobec wykonawcy ZETO S.A. szczegółowe pytania nawiązujące do braków kosztorysów szczegółowych. Izba wskazuje, że Zamawiający mając nadal, po złożeniu przez wykonawcę wyjaśnień, wątpliwości co do okoliczności uzasadniających zaoferowaną przez wykonawcę cenę, może żądać od wykonawcy dalszych wyjaśnień (co wynika z art. 55 ust. 2 Dyrektywy klasycznej). Jest to szczególnie uzasadnione w sytuacji, gdy zamawiający nie wyspecyfikował zakresu oczekiwanych informacji w pierwszym kierowanym do wykonawcy wystąpieniu, bądź w sytuacji, gdy nowe wątpliwości wynikły na tle treści już złożonych wyjaśnień, bądź przedłożonych przed zawarciem umowy kosztorysów. Możliwość kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, została potwierdzona w orzecznictwie KIO (por. wyrok KIO z dnia 28 marca 2013 r., sygn. akt KIO 592/13), w którym zwraca się uwagę, na dyspozycję komentowanej regulacji, która to nie limituje ilości wezwań do udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Tym samym zamawiający, skoro tylko ma dalsze wątpliwości co do złożonych wyjaśnień, uprawniony jest do zwrócenia się do wykonawcy o złożenie dodatkowych wyjaśnień.

- po drugie, uwzględniając wymóg ze strony 29 SIWZ, dotyczący obowiązku złożenia przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, kosztorysu szczegółowego, Zamawiający miał możliwość wystąpienia do odwołującego z żądaniem złożenia wyjaśnień, uzupełnień, etc. celem wyjaśnienia wątpliwości co do treści kosztorysów, czego bezzasadnie nie uczynił.

Odnosząc się do powyższych dwóch możliwości Zamawiającego, mogących mu umożliwić ukończenie tego postępowania, podpisaniem umowy z wybranym wykonawcą stwierdzić należy, że w sytuacji, kiedy:

- wyjaśnienia co do wystąpienia u wykonawcy elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, byłyby niewystarczające, Zamawiający winien taką ofertę odrzucić na podstawie art. 90 ust.3 ustawy Pzp i wybrać ofertę kolejnego wykonawcy,

- udzielone wyjaśnienia czy uzupełnienia kosztorysów szczegółowych nie potwierdzałyby objęcia nimi całości przedmiotu zamówienia, lub wykonawca uchylałby się od ich uzupełnienia, to Zamawiający miałby prawo odmówić podpisania umowy z takim wykonawcą, dokonać zatrzymania wadium i opierając się na przepisie art. 94 ust. 3 winien wybrać ofertę kolejnego wykonawcy.

Z powyższego jednoznacznie wynika, że w sprawie brak było jakichkolwiek podstaw do unieważnienia postępowania z przyczyn wskazanych w przepisie art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp.. Wobec tego Izba stwierdza, że Zamawiający unieważnił postępowanie pomimo nie wystąpienia przesłanek dla dokonania tej czynności. Nadużycie instytucji unieważnienia postępowania przez Zamawiającego stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp. Interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania powinna być dokonywana w sposób ścisły przy zachowaniu prymatu wykładni literalnej i celowościowej norm prawnych wyrażonych w art. 93 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie kolejnego zarzutu, dotyczącego niezasadnego zatrzymania wadium Izba stwierdza zasadność tego zarzutu, gdyż Zamawiający dokonał jego zatrzymania w sytuacji braku podstaw prawnych w tym zakresie.

Jako podstawę zatrzymania wadium Zamawiający wskazał przepis art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis ten dotyczy sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Zauważenia wymaga również fakt, że lista przesłanek wskazanych w art. 46 ust. 5, dotyczących zachowań czy też uchybień wykonawcy powodujących zatrzymanie wadium, jest listą zamkniętą i przesłanek tych nie należy interpretować rozszerzająco, tak aby było możliwe było objęcie tą sankcją również sytuacji podobnych do wskazanych wprost w tym przepisie.

Istotą sporu w tym zakresie jest kwestia, czy sytuacja jaka zaistniała w postępowaniu mieści się w przesłance wskazanej w tym przepisie ustawy, a więc czy wykonawca -

odwołujący, swoim zachowaniem spowodował niemożliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odnosząc powyższe do ustaleń Izby co do podstaw umorzenia postępowania z przyczyny wskazanej w art. 93 ust.1 pkt 6 stwierdzić należy, że brak było podstaw do zatrzymania wadium. Niezadowolenie i bierność Zamawiającego z treści lub formy złożonego kosztorysu szczegółowego nie może być podstawą do niezawarcia umowy i zatrzymania wadium.

Do zawarcia umowy pomiędzy stronami nie doszło z winy Zamawiającego, gdyż ten na pewnym etapie postępowania zaniechał prowadzenia go, zgodnie z procedurami ustalonymi w Prawie zamówień publicznych. Ponadto zamawiający nie wykazał, aby przed unieważnieniem postępowania podjął czynności zmierzające do uzyskania stanu zgodności treści oferty z wymaganiami SIWZ. Zamawiający na pewnym etapie postępowania zaniechał działań ( niewłaściwa ocena złożonych wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego lub poniechanie dalszych wezwań w tym zakresie, niepodjęcie działań zmierzających do uzupełnienia lub wyjaśnienia treści kosztorysów szczegółowych, itp.) zmierzających do jednoznacznego ustalenia, że oferta wykonawcy jest zgodna bądź nie, z treścią wymagań postawionych w SIWZ. Zamawiający przyjął koncepcję wyboru wykonawcy zamówienia poprzez unieważnienie dotychczasowego postępowania i ogłoszenia nowego postępowania na ten sam przedmiot zamówienia, argumentując, że szybciej uda się wybrać wykonawcę w nowym postępowaniu niż dokonać uzupełnień czy wyjaśnień co do treści oferty z tym wykonawcą. Takie postępowanie Zamawiającego jak wskazano wyżej było rażącym naruszeniem procedur udzielania zamówień publicznych ujętych w ustawie Pzp., gdyż unieważnione zostało postępowanie, pomimo nie wystąpienia przesłanki dla dokonania tej czynności

Tym samym zarzut co do niezasadnego zatrzymania wadium okazał się zasadny i Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie tej czynności.

Za niezasadny należy uznać zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Odwołujący podnosząc ten zarzut nie wskazał w uzasadnieniu odwołania, na czym miałyby polegać działania Zamawiającego naruszające ten przepis. Nadto art. 7 ust. 1 nie może stanowić samoistnej podstawy zarzutu odwołania, a winien odnosić się do konkretnej czynności lub zaniechania czynności przez Zamawiającego wynikającego z ustawy Prawo zamówień publicznych. Samodzielne podnoszenie zarzutu naruszenia przepisu zasady, nie może wywoływać skutków prawnych, gdyż wykazanie jego naruszenia winno nastąpić poprzez przepis szczególny ustawy. Brak jest również podstaw do stwierdzenia w sytuacji unieważnienia postępowania, naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.3 ustawy Pzp., gdyż zamówienie nie zostało udzielone jakiegokolwiek wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący .....