

WYROK
z dnia 15 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lutego 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lutego 2017 r. przez wykonawcę (...) Sp. z o.o., ul. (...), K.

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego (...) w O., al. (...), O.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje (...) w O. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dla zadania nr 1, 3, 6 i 8,**
- 2. kosztami postępowania obciąża (...) w O. i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez (...) Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od (...) w O. na rzecz (...) Sp. z o.o. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 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 Olsztynie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – (...) w O. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „sprzątanie pomieszczeń i utrzymanie terenów zielonych w Oddziale (...) w O. wraz z podległymi Rejonami w podziale na 10 zadań” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 10 listopada 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S (...). Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – (...) Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania na zadania nr 1, 3-6 i 8 wskazując, że Zamawiający, po uprzednim dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego dla zadania 1, 3-6 i 8, unieważnił postępowanie w tym zakresie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, w sytuacji, gdy nie jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył ww. przepis w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. naruszył zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania dla zadania nr 1, 3-6 i 8.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający poinformował go o dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszych ofert złożonych przez Odwołującego w zadaniach nr 1, 3-6 i 8, a następnie o unieważnieniu postępowania w zakresie wymienionych zadań i o anulowaniu pism dotyczących wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający za podstawę wynagrodzenia przyjął cenę ryczałtową, co potwierdza § 10 ust. 2 wzoru umowy, zgodnie z którym faktyczne wynagrodzenie będzie stanowiło sumę iloczynów ryczałtów miesięcznych i liczby miesięcy wykonywania usług na danym obiekcie, określonych przez wykonawcę w kosztorysie ofertowym stanowiącym załącznik nr 4 do umowy. Tożsame zapisy zawarto we wzorze umowy dla wszystkich zadań. Ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać wynagrodzenia wyższego.

Zamawiający stwierdził, że w kosztorysach ofertowych zawarto podział asortymentowy sklasyfikowany według stawki podatku od towarów i usług, gdzie wyszczególniono pozycje dotyczące sprzątnięcia pomieszczeń ze stawką VAT 23% oraz pozycje utrzymania terenów zielonych ze stawką VAT 8%, przy czym pominięto w nich pozycje wymienione w opisie przedmiotu zamówienia w zakresie opisanym w punkcie III.25 oraz VI.4 (dotyczące oczyszczania z lodu, błota i śniegu oraz czyszczenia powierzchni utwardzonych na zewnątrz, tj. zamykanie parkingów, placów i dróg dojazdowych do budynków Zamawiającego). Zdaniem Zamawiającego brakujące pozycje w kosztorysie ofertowym mogły spowodować, iż każdy z wykonawców wycenił ich wykonanie w różny sposób i w innych pozycjach kosztorysu, co powoduje nieporównywalność ofert, a powyższa nieścisłość nie jest możliwa do poprawienia w trybie ustawowym na obecnym etapie postępowania.

W ocenie Odwołującego Zamawiający podjął przedwcześnie decyzję o unieważnieniu postępowania, co przyznał sam informując wykonawców, iż „brakujące pozycje w kosztorysie ofertowym mogły spowodować, iż każdy z wykonawców wycenił ich wykonanie...”. Ze względu na charakter normy prawnej wyrażonej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych 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.

Odwołujący składając oferty na poszczególne zadania zobowiązał się wykonać pełny zakres przedmiotu zamówienia wskazany w opisie przedmiotu zamówienia za wskazaną cenę ryczałtową, co potwierdzają złożone oświadczenia w punkcie 2. i 11. oferty (rozdział II specyfikacji istotnych warunków zamówienia): „Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz wyjaśnieniami i zmianami SIWZ przekazanymi przez Zamawiającego i uznajemy się za związanych określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z istotnymi dla Stron postanowieniami umowy zawartymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy zgodnej z niniejszą ofertą, na warunkach określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.”

Odwołujący uwzględnił w cenie oferty pełen zakres usługi obejmujący utrzymanie porządku na terenie posesji z obowiązkami wykonawcy dotyczącymi oczyszczania z lodu, błota i śniegu, także w zakresie wskazanym w punkcie III.25 oraz VI.4 opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący zastosował się tym samym do treści postanowienia zawartego w § 1 ust. 2 wzoru umowy: „Zamawiający zleca a Wykonawca zobowiązuje się przyjąć do wykonania usługę sprzątnięcia pomieszczeń i utrzymywania terenów zielonych w ... zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dla zadania nr...”.

W formularzach cenowych na zadania 1, 3-6 i 8 skalkulowano zakres prac (dotyczący oczyszczania z lodu, błota i śniegu i ten wskazany w punkcie III.25 oraz VI.4 opisu przedmiotu zamówienia) z 8% stawką podatku od towarów i usług, w rubryce tabeli „utrzymanie terenów zielonych”. Odwołujący nie może zatem ponosić negatywnych konsekwencji braku staranności Zamawiającego, która nie stanowi wady postępowania stanowiącej podstawę jego unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający poprzez, jak sam nazwał, „nieściskość”, nie ponosi żadnego ryzyka wykonania pełnego zakresu przedmiotu zamówienia opisanego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na cenę ryczałtową. Nieściskość w treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie stanowi wady postępowania, nie zachodzi bowiem związek przyczynowy pomiędzy zaistniałą wadą a niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Wada zaistniała w postępowaniu musi być na tyle istotna, że niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy. Nie może być to jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie, lecz konieczne jest wystąpienia związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą a niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. W dodatku wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. W tym stanie faktycznym brak jest przesłanek do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nieściskość Zamawiającego nie powoduje braku możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

II Stanowisko zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, iż Odwołujący postawił zarzuty w zakresie zadań nr 1, 3-6 i 8, jednak zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Interes w uzyskaniu danego zamówienia należy rozumieć tak, że jeżeli KIO uwzględni odwołanie, to Odwołujący w wyniku jego uwzględnienia będzie miał szanse na uznanie jego oferty za najkorzystniejszą, by dane postępowanie (lub jego część) mogło zakończyć się zawarciem z nim umowy.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 4 i nr 5 za najkorzystniejszą uznając ofertę wykonawcy (...) s.c. K.M., K.Ł.. Odwołujący w odwołaniu nie zakwestionował tej oferty, w związku z czym nie ma interesu w kwestionowaniu czynności Zamawiającego polegających na unieważnieniu postępowania dla zadania nr 4 i 5. Wobec tego odwołanie w zakresie zadania nr 4 i 5 powinno być oddalone.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nie uzasadnił związku pomiędzy przywołanymi powyżej przepisami. Odnosi się jedynie do art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, z którego interpretacji wywodzi, iż czynność unieważnienia postępowania w zakresie zadań nr 1, 3-6 i 8 jest niezgodna z ustawą. Zarzut ten jest bezzasadny.

W opisie przedmiotu zamówienia, pkt I Zamawiający wpisał, że: „1. Przedmiotem zamówienia jest utrzymanie w czystości i porządku:

a. pokoi biurowych, pomieszczeń laboratoryjnych, garażu przy ul. (...), pomieszczeń socjalnych, łazienek, korytarzy, holi, schodów, okien, drzwi, innych pomieszczeń określonych w umowie. Szczegółowy zakres zadania stanowi załącznik nr A, D do opisu przedmiotu zamówienia,

b. terenu posesji przylegającej do wyszczególnionych obiektów. Szczegółowy zakres zadania stanowią załączniki nr B, C do opisu przedmiotu zamówienia”.

W punkcie VI „Pozostałe czynności Wykonawcy w zakresie utrzymania porządku na terenie posesji” określono, że do obowiązków wykonawcy należy m.in. „zagrabianie liści, oczyszczanie z lodu, błota i śniegu”. Natomiast w punkcie III.25 wskazano, iż „Czyszczenie powierzchni utwardzonych dróg, placów i parkingów według Załącznika B, należy wykonywać po zakończeniu okresu zimowego w zależności od potrzeb” oraz w punkcie VI.4 określono, iż „Wykonawca w sezonie zimowym (od 1 października do 31 marca) (...) będzie oczyszczał ze śniegu i błota pośniegowego schody wejściowe, chodniki, dojścia prowadzące do budynków oraz parkingi samochodowe i drogi dojazdowe na terenie posesji przez posypywanie ich piaskiem, a w razie potrzeby będzie skuwał ze schodów zalegający lód”.

W załączniku B „Szczegółowy wykaz powierzchni terenów zielonych”, które mają być utrzymywane na poszczególnych obiektach, wskazano informacje takie jak: powierzchnia chodników; powierzchnia dróg, placów i parkingów; powierzchnia koszenia trawników; powierzchnie terenów urządzonych. Załącznik C to zestawienie materiału roślinnego do pielęgnacji w obiekcie (...).

Jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia, intencją Zamawiającego było, aby wykonawcy utrzymywali porządek na terenach posesji przez cały rok (12 miesięcy), zatem zarówno 6 miesięcy zimowego utrzymania posesji, jak i 6 miesięcy po jego zakończeniu wraz z utrzymaniem terenów zielonych winno zostać wycenione w ofertach wykonawców. Natomiast kosztorysy ofertowe sporządzono w podziale na dwa asortymenty, tj. sprzątanie pomieszczeń, dla których przewidziano czas świadczenia usługi w ilości 12 miesięcy i podatek VAT w wysokości 23% oraz tereny zielone, dla których przewidziano czas świadczenia usługi w ilości 6 miesięcy oraz podatek VAT w wysokości 8%.

Jak wynika z powyższego, kosztorysy ofertowe zostały błędnie sporządzone, gdyż brakuje w nich wyodrębnionych pozycji dla zakresu wymienionego w punkcie III.25 oraz VI.4 opisu przedmiotu zamówienia, wykonywanego całorocznie (przez 12 miesięcy), który również winien być wyszczególniony i objęty 8% stawką VAT.

Po analizie ww. dokumentów Zamawiający stwierdził, iż niespójność opisu przedmiotu zamówienia i kosztorysów ofertowych stanowi wadę niemożliwą do usunięcia po złożeniu ofert. Zakres pominięty przez Zamawiającego w kosztorysach ofertowych spowodował, iż każdy z wykonawców w odmienny sposób interpretował zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w różny, nieporównywalny sposób, wycenił swoją ofertę. Potwierdzeniem tej tezy jest wiadomość e-mail od wykonawcy (...), który po wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie zadań nr 4 i 5 złożył informację, iż powyżej opisana rozbieżność w dokumentach przetargowych miała bardzo istotny wpływ na wycenę jego oferty. Wykonawca oświadczył, iż nie uwzględnił kosztu utrzymania posesji w okresach zimowych, tj. brakujących w kosztorysie ofertowym 6 miesięcy (od 1 października do 31 marca) usług oczyszczania z lodu, błota i śniegu posesji wokół budynków, natomiast sprzątanie powierzchni zewnętrznych przez okres 6 miesięcy w okresie letnim wycenił w pozycji kosztorysu „utrzymanie terenów zielonych”; zaproponował również by koszty miesięcznego sprzątania terenów zewnętrznych zielonych uwzględnić przez cały okres trwania umowy, czyli także w okresach zimowych. Propozycja została odrzucona przez Zamawiającego, gdyż naruszyłaby zasady art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Zamawiającego, przeliczając ofertę (...) należałoby przeliczyć również pozostałe oferty, a następnie je porównać. Zamawiający przeanalizował możliwość zastosowania art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i stwierdził, że niemożliwe jest doprowadzenie ofert do stanu ich porównywalności, gdyż nie posiada wiedzy, w jaki sposób i w których pozycjach pozostali wykonawcy wycenili brakujący zakres usługi oraz nie ma podstawy, by powielić którąkolwiek z pozycji o brakujące w kosztorysie miesiące świadczenia usług utrzymania posesji, gdyż w ofercie nie istnieją wyodrębnione ceny jednostkowe w tym zakresie. Powyższe potwierdza również oświadczenie Odwołującego, w którym Odwołujący stwierdza on, iż skalkulował zakres prac (dotyczący oczyszczania z lodu, błota i śniegu i ten wskazany w punkcie III.25 oraz VI.4 opisu przedmiotu zamówienia) z 8% stawką podatku od towarów i usług VAT, w rubryce tabeli „utrzymanie terenów zielonych”. Odwołujący w ubiegłych latach świadczył usługi wchodzące w zakres wszystkich zadań niniejszego zamówienia, posiadała więc większą wiedzę w zakresie specyfiki przedmiotu zamówienia, dlatego nie dostrzegła rozbieżności w dokumentach przetargowych i wyceniła ofertę jak powyżej.

Wobec powyższych faktów Zamawiający utwierdził się w przekonaniu, iż niemożliwe jest poprawienie ofert w trybie ustawowym bez naruszenia zasad art. 7 ust. 1 ustawy Prawo

zamówień publicznych. Ponadto Zamawiający przeanalizował zapis istotnych dla stron postanowień umowy. W § 10 ust. 2 wskazano: „faktyczne wynagrodzenie będzie stanowiło sumę iloczynów ryczałtów miesięcznych i liczby miesięcy wykonywania usług na danym obiekcie, określonych przez Wykonawcę w kosztorysie ofertowym”. W związku z powyższym stwierdził, iż niemożliwe będzie również rozliczenie zawartej umowy, ponieważ w kosztorysach ofertowych wykonawców (również Odwołującego) brakuje odrębnej pozycji lub ujęcia w którejkolwiek innej pozycji kosztorysu 12 miesięcy utrzymania posesji (zarówno w sezonie letnim w zakresie wskazanym w punkcie III.25, jak i zimowym w zakresie wskazanym w punkcie VI.4 opisu przedmiotu zamówienia). Płatność za ten zakres i wystawienie prawidłowych faktur miesięcznych (przez 12 miesięcy) byłaby niemożliwa. Zamawiający po analizie pozostałych zapisów istotnych dla stron postanowień umowy stwierdził, iż nie ma możliwości rozliczenia umowy ewentualnie podpisanej z Odwołującym. Płatność za sześciomiesięczny okres wyceniony w pozycji „utrzymanie terenów zielonych”, w którym (jak oświadczył w odwołaniu) wyceniono również 12 miesięcy utrzymania porządku na posesji, stanowiłoby „zaliczkowanie” miesięcy, w których nie utrzymuje się terenów zielonych. Taki sposób płatności jest zdaniem Zamawiającego niedopuszczalny w umowach jednostek budżetowych. Wobec braku cen jednostkowych dla spornych zakresów usługi, każda zmiana okoliczności, rozliczenie zgodnie z § 10 ust. 3 umowy lub wyłączenie sprzątnięcia posesji w którymkolwiek z zadań w miesiącach „zaliczkowanych” (już opłaconych), narażałoby Zamawiającego na straty.

Podsumowując powyższe okoliczności, Zamawiający nie ma możliwości dokonania prawidłowej oceny ofert, a co za tym idzie, wyłonienia najkorzystniejszych ofert i podpisania ważnych, możliwych do rozliczenia umów.

W orzecznictwie przyjmuje się, że niemożność dokonania poprawnego wyboru oferty najkorzystniejszej każdorazowo należy uznać za niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, o której mowa w art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wybór oferty najkorzystniejszej, prawidłowy i zgodny z procedurą udzielania zamówień, jest bowiem wynikiem postępowania samym w sobie i celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia (co wynika z definicji art. 2 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych). Wadą w rozumieniu przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych jest nieusuwalna wada samego postępowania o udzielenie zamówienia, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, powodując jej bezwzględną nieważność *ab initio*, a tym samym prawną bezskuteczność. Wady takie wymienia przykładowo przepis art. 146 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający są uprawnieni do badania okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania, które mieszczą się w dyspozycji art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień

publicznych. Przeciwny pogląd prowadziłby do wniosku, że zamawiający nie może unieważnić postępowania, w którym doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, którego nie można usunąć, mającego wpływ na wynik postępowania, jeśli nie jest to wada wymieniona w art. 146 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W konsekwencji stanowiłoby to przyzwolenie na zawieranie umów nawet w sytuacji, gdy postępowanie obarczone byłoby poważną wadą, jeśli wada ta jest nieusuwalna. W praktyce zamówień publicznych obowiązuje swoista „święta” zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy rozpatrywać na korzyść wykonawców. Jeżeli ilość niejednoznacznych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i możliwości interpretacyjnych jest większa niż przeciętna, zamawiający winien rozważyć nawet unieważnienie postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Po analizie sytuacji, orzecznictwa oraz interpretacji przepisów, Zamawiający anulował wybór najkorzystniejszych ofert i jednocześnie unieważnił postępowanie w zakresie zadań nr 1, 3-6, 8 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych jako obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W zakresie domniemania, iż oferty zostały sporządzone prawidłowo, bez żadnego ryzyka dla Zamawiającego, Odwołujący wywiódł tę tezę jedynie na podstawie własnej oferty, nie biorąc pod uwagę możliwości różnego podejścia do wyceny przez pozostałych wykonawców.

III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący cofnął odwołanie w zakresie zadań nr 4 i 5, w pozostałym zakresie odwołanie podtrzymał. Wobec powyższego Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zadań nr 1, 3, 6 i 8.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadań nr 1, 3, 4, 5, 6, 8, w tym oferty Odwołującego dla zadań nr 1, 3, 6 i 8, a następnie stwierdził w postępowaniu powyżej opisaną wadę, polegającą na nieprawidłowym opisanu pozycji formularza ofertowego

(cenowego) w zakresie utrzymania terenów zielonych, którą uznał za wadę, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, powodującą konieczność unieważnienia postępowania dla ww. zadań.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych postępowanie podlega unieważnieniu, jeśli obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W zakresie procedury udzielania zamówień wady takie zostały opisane w art. 146 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem:

„1. Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

- 1) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki;
- 2) nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;
- 3) zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
- 4) uniemożliwił składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego tym systemem;
- 5) uniemożliwił wykonawcom, z którymi została zawarta umowa ramowa, złożenie ofert w procedurze konkurencyjnej o udzielenie zamówienia na podstawie umowy ramowej, o ile nie wszystkie warunki zamówienia zostały określone w umowie ramowej;
- 6) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę;
- 7) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 67 ust. 12.

2. Umowa nie podlega unieważnieniu, jeżeli:

- 1) w przypadku określonym w ust. 1 pkt 1 zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta odpowiednio po upływie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych albo po upływie 10 dni od dnia publikacji takiego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej; lub
- 2) w przypadkach określonych w ust. 1 pkt 4 i 5 zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta po upływie terminu określonego w art. 94 ust. 1.

3. Unieważnienie umowy odnosi skutek od momentu jej zawarcia, z zastrzeżeniem art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b.

4. Z przyczyn, o których mowa w ust. 1 oraz 6, nie można żądać stwierdzenia nieważności umowy na podstawie art. 189 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r. poz. 101, z późn. zm.).

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

6. Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.”

W przedmiotowym zamówieniu nie zachodzą okoliczności wskazane w ust. 1 i 5 art. 146 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem zastosowanie mógłby mieć jedynie ust. 6 tego przepisu.

W przeciwieństwie do pozostałych, skonkretyzowanych, przesłanek, zawiera on przesłankę otwartą „dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania”, która jednak w praktyce sprowadza się do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, która nie powinna zostać za taką uznana, gdyż:

- a) podlegała odrzuceniu lub składający ją wykonawca wykluczeniu,
- b) została uznana za najkorzystniejszą, ponieważ zamawiający odrzucił inną ofertę, która powinna zostać wybrana, również z powodu nieprawidłowego wykluczenia wykonawcy,
- c) specyfikacja istotnych warunków zamówienia, ogłoszenie o zamówieniu lub inne tożsame dokumenty zawierają tak istotne błędy, że nie jest możliwe dokonanie prawidłowego wyboru wykonawcy lub ich zaakceptowanie na etapie umowy, np. w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, obliczenia ceny, sposobu oceny ofert,
- d) zachodzą podstawy do unieważnienia postępowania.

Żadna z tych okoliczności nie ma jednak miejsca w niniejszym postępowaniu dla zadań nr 1, 3, 6 i 8. Widoczne jest bowiem co prawda, że Zamawiający, przygotowując specyfikację istotnych warunków zamówienia, popełnił pewne istotne błędy, o których mowa powyżej, jednak dla zadań nr 1, 3, 6 i 8 nie wywołały one konsekwencji, które powodowałyby „dokonanie lub zaniechanie przez zamawiającego czynności, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania”, czyli miałyby wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej dla tych zadań. Innymi słowy, choć postępowanie obarczone jest pewną wadą, nie jest to wada, która uniemożliwiłaby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Bezsporne jest, że Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym w opisie przedmiotu zamówienia i wzorze umowy, ujął pełen zakres zamówienia (jeśli zaś

jakichś czynności nie ujął, to po prostu nie są one objęte niniejszym zamówieniem i przyszłą umową, co również nie stanowi wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy – po prostu ma ona taki zakres, jak określono). Zakres objęty opisem przedmiotu zamówienia (lub opisany w innych częściach specyfikacji istotnych warunków zamówienia) jest zakresem przyszłej umowy.

Kwestią podlegającą rozważeniu jest, czy zakres ten – objęty specyfikacją istotnych warunków zamówienia – został prawidłowo wyceniony w ofertach, ze względu na błędnie przygotowany przez Zamawiającego formularz ofertowy (cenowy). Przy czym największe znaczenie ma to, czy został on prawidłowo wyceniony w ofertach uznanych za najkorzystniejsze dla poszczególnych zadań.

Jak oświadczył Odwołujący, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą dla zadań nr 1, 3, 6 i 8, wycenił on pełen zakres przedmiotu zamówienia opisany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym pozycje wymienione w opisie przedmiotu zamówienia w zakresie opisanym w punkcie III.25 oraz VI.4, dotyczące oczyszczania z lodu, błota i śniegu oraz czyszczenia powierzchni utwardzonych na zewnątrz, tj. zmiatanie parkingów, placów i dróg dojazdowych do budynków Zamawiającego. Tym samym jego oferta, najtańsza i najkorzystniejsza według kryteriów oceny ofert dla ww. zadań, została wyceniona prawidłowo. Można więc stwierdzić, że wykonawca ten, przeczytawszy dokładnie specyfikację istotnych warunków zamówienia oraz posiadając wcześniejsze doświadczenie związane z wykonywaniem przedmiotowego zamówienia „wyratował” Zamawiającego z jego błędu. (Na marginesie należy zauważyć, że każdy wykonawca, który wcześniej wykonywał dane, powtarzalne, zamówienie, w sposób naturalny ma wiedzę o tym zamówieniu, której mogą nie mieć inni wykonawcy, wynikającą z uzyskanego doświadczenia. Trudno mu jednak z tego faktu posiadania doświadczenia czynić zarzut, czy uznawać to za naruszenie konkurencji.)

Fakt, czy oferty pozostałych wykonawców, złożone w tych zadaniach, czy też dla innych zadań, zostały wycenione prawidłowo, ma więc tu marginalne znaczenie.

Dla innych zadań – ze względu na to, że każde zadanie oceniane jest odrębnie.

Dla tych samych zadań – gdyż oferty są droższe i takie by pozostały. Mogą tu bowiem mieć miejsce dwie sytuacje: albo pozostali wykonawcy również wycenili pełen zakres zamówienia i ich ceny nie uległyby zmianie, albo też nie wycenili całego zakresu zamówienia i przy ujęciu dodatkowych czynności ich oferty byłyby jeszcze droższe. Żaden z tych przypadków nie zmieniłby więc rankingu ofert i oferta Odwołującego wciąż byłaby najtańsza i najkorzystniejsza. Zatem wynik postępowania – wybór oferty najkorzystniejszej i tożsamość wybranego wykonawcy – nie zmieniłby się. Oferty niewybrane w danym postępowaniu

w konsekwencji mają bowiem jedynie to znaczenie, że odkłada się je *ad acta* (przechowuje przez czas określony w przepisach w celach dokumentacyjnych), a ich ewentualne wady stają się nieistotne.

Tym samym, pomimo wady formularza ofertowego (cenowego), nie byłoby podstaw do stwierdzenia, że wada ta miała wpływ na wynik postępowania.

Wadę postępowania można by stwierdzić w przypadku, gdyby sytuacja była odwrotna, tj. wybrany wykonawca byłby tańszy od innych, ponieważ nie wycenił w ofercie wszystkich czynności, a pozostali wykonawcy byłiby drożsi, gdyż ujęli w ofercie cały zakres zamówienia – wtedy rzeczywiście można by mówić o nieporównywalności ofert. Albo też w sytuacji, gdy wybrany wykonawca, z przyczyn wywołanych przez Zamawiającego, nie objął ofertą całości przedmiotu zamówienia – co zdaje się mieć miejsce w zadaniu nr 4 i 5.

Dla zadań nr 1, 3, 6 i 8 sytuacja mogłaby też się zmienić, gdyby Zamawiający ostatecznie nie zawarł umowy z Odwołującym i zdecydowałby się wybrać kolejną ofertę (wtedy musiałby indywidualnie zbadać sytuację zaistniałą przy wycenie tej oferty).

Jednak w obecnej sytuacji – w której Odwołujący deklaruje gotowość podpisania umowy, a Zamawiający nie stwierdził podstaw do odrzucenia jego oferty – unieważnienie postępowania należy uznać za przedwczesne.

Wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy nie jest również fakt, iż Zamawiający miałby dokonać płatności za utrzymanie terenów zielonych, w tym oczyszczanie z lodu, błota i śniegu oraz czyszczenie powierzchni utwardzonych na zewnątrz, w systemie sześć-, a nie dwunastomiesięcznym i częściowo „z góry” – jakkolwiek można to bowiem uznać za niezbyt racjonalne czy uzasadnione ekonomicznie, jednak nie jest to niezgodne z prawem, czy powodujące wadę prawną umowy. Podobnie nie ma przesądzającego znaczenia niekompletny opis pozycji kosztorysu dotyczącej utrzymania terenów zielonych – w sytuacji, w której Odwołujący złożył oświadczenie, co konkretnie w niej wycenił i że wycena ta obejmuje pełen wymagany zakres świadczenia.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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 z późn. zm.).

Przewodniczący: