

Poświętne, 17.06.2024 r.

Gmina Poświętne
ul. Akacyjowa 4
26-315 Poświętne

Dotyczy: postępowania „Przebudowa fragmentu drogi gminnej nr 107260E na odcinku Poręby – Iły”,
nr postępowania: UG.RZI.271.2.2024.

INFORMACJA O UNIEWAŻNIENIU CZYNNOŚCI WYBORU NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY

Działając na podstawie art. 16 i 17 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) – dalej PZP, Zamawiający informuje, że unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu i przystępuje do powtórzenia czynności badania i oceny ofert zmierzającej do wyboru najkorzystniejszej oferty.

Uzasadnienie

Zamawiający wskazuje, że po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu dostrzegł rozbieżności pomiędzy przedmiarem robót, a dokumentacją projektową.

Przedmiar robót w pozycji „Regulacja studni kanalizacji sanitarnej i zaworów wodociągowych” wskazywał na 30 sztuk. W ocenie Zamawiającego, po dokonaniu analizy dokumentacji projektowej – ta liczba była niższa. Zamawiający dostrzegł, że w dokumentacji projektowej doszło do zdublowania rysunków. W części rysunkowej projektu budowlanego oznaczonej jako „projekt zagospodarowania terenu” ten sam rysunek oznaczony numerem 2.2 został powielony w rysunku 2.3. Taki sam błąd wystąpił w projekcie stałej organizacji ruchu, gdzie ten sam rysunek oznaczony numerem 2.2 został powielony w rysunku 2.3. Po dokonaniu weryfikacji wątpliwości podnoszonych przez Zamawiającego – projektant ponownie przeanalizował dokumentację projektową. Po dokonaniu przedmiotowej analizy okazało się, że został popełniony błąd i projektant dokonał zmian w przedmiarze robót w pozycji „Regulacja studni kanalizacji sanitarnej i zaworów wodociągowych” i zamiast pierwotnych 30 sztuk – wskazał, że ta pozycja powinna obejmować 27 sztuk. Stosowne korekty zostały dokonane przez projektanta w dniu 9 czerwca 2024 r. Mając na względzie powyższe – zachodzi rozbieżność między przedmiarem robót, a dokumentacją projektową.

Wskazać także należy, że zarówno przedmiar robót, jak i dokumentacja projektowa stanowiły załącznik do Specyfikacji Warunków Zamówienia (załącznik Nr 1- Opis przedmiotu zamówienia - dokumentacja projektowa). W tym miejscu wskazać należy, że zgodnie z brzmieniem art. 286 ust. 1 PZP – „W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ.” Powyższe potwierdza doktryna i orzecznictwo.

a) Doktryna:

- „Wraz z upływem terminu składania ofert uczestnicy postępowania tracą wpływ na treść dokumentów zamówienia. Postanowienia SWZ lub opisu potrzeb i wymagań stają się ostateczne i nie mogą być w żaden sposób zmieniane” P. Wójcik [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 286.
- „Zmiany SWZ albo OPW można dokonać przed upływem terminu składania ofert. Prawo zamówień publicznych nie ogranicza czasu na dokonanie zmiany. Jeżeli zamawiający stwierdzi,

że zmiana jest konieczna, może to zrobić nawet tuż przed upływem terminu składania ofert, ale nigdy już po jego upływie” P. Wiśniewski [w:] J. E. Nowicki, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 286.

- „Modyfikacja specyfikacji dopuszczalna jest jedynie przed upływem terminu składania ofert. Dokonywanie modyfikacji SWZ, której celem jest przekazanie wszelkich informacji niezbędnych do złożenia oferty, po upływie tego terminu byłoby bezcelowe i naruszałoby zasady uczciwej konkurencji: „Dokonywanie jednakże modyfikacji SIWZ, której celem jest przekazanie wszelkich informacji niezbędnych do złożenia oferty, po upływie terminu składania ofert (...), jest niedopuszczalne i niewątpliwie wystarczające do formułowania wniosku o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania, o których stanowi art. 7 p.z.p.” (wyrok NSA z 11.10.2016 r., II GSK 2382/15, LEX nr 2168717).” W. Dzierżanowski [w:] Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 286.

b) Orzecznictwo:

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2019 r. KIO 1560/19 „Wraz z upływem terminu składania ofert postanowienia SIWZ, w tym wzory formularzy cenowego i ofertowego stają się ostateczne i wiążące zarówno dla zamawiającego jak i wykonawców. Modyfikacja SIWZ, a więc i wzorów formularzy ofertowego i cenowego, możliwa jest tylko do upływu terminu składania ofert (art. 38 p.z.p.). Wykonawcy zaś nie mogą zmieniać ich treści i są zobowiązani do złożenia wypełnionego formularza cenowego i ofertowego zgodnych z narzuconymi wzorami.”
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 grudnia 2021 r. KIO 3395/21 „Zgodnie z art. 137 ust. 1 p.z.p. w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem składania ofert zmienić treść SWZ. A contrario zamawiający nie może dokonać żadnej zmiany treści SWZ po upływie tego terminu.”
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 grudnia 2018 r. KIO 2506/18 „Po upływie terminu składania ofert zamawiający nie może zmieniać SIWZ, a w tym także zamawiający nie może zmieniać warunków udziału w postępowaniu. Wynika to a contrario z art. 38 ust. 4 zdanie pierwsze p.z.p., który to przepis brzmi »W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia«, a więc po upływie terminu składania ofert nie jest dopuszczalne zmienianie SIWZ, a w tym zmienianie warunków udziału w postępowaniu.”

W takich okolicznościach – powyższa wada postępowania jest nieusuwalna.

Jak słusznie wskazano w uzasadnieniu Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2023 r. KIO 847/23 „Umowa w sprawie zamówienia publicznego nie powinna być zawarta w warunkach opisanych między innymi w ustawie Pzp. W takiej sytuacji może mieć zastosowanie przepis art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że umowa podlega nieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia (...). Zdaniem Izby - omawiane wady w opisie przedmiotu zamówienia wskazują, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 16 ustawy Pzp i art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Stosownie do 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. Jednocześnie w myśl przepisu art. 16 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

W przekonaniu Izby - istotne wady w dokumentach zamówienia nie podlegają konwalidacji, a także nie mogą powodować interpretacji treści ofert w ten sposób, że oświadczenie woli wykonawców byłoby dostosowywane przez Zamawiającego i danego wykonawcę do okoliczności sprawy. Ostatecznie, w ocenie Izby - powyższe wady w opisie przedmiotu zamówienia nie mogły zostać konwalidowane i były nieusuwalne w wyniku działań Zamawiającego polegających na próbach "uzdrowienia" ofert wykonawców w trybie przepis art. 223 ustawy Pzp poprzez wyjaśnienie ich treści oraz ewentualne ich poprawienie, bowiem w istocie prowadziłoby to zmian w tych ofertach. (...) Gdyby zatem Zamawiający prowadził takie postępowanie wyjaśniające nieporównywalne oferty, a także próbował je ewentualnie poprawić, to takie postępowanie Zamawiającego nacechowane byłoby nierównym traktowaniem wykonawców, a także nie byłoby przejrzyste i zawierało znamiona niedozwolonych negocjacji."

Mając na względzie powyższe - po unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty – Zamawiający nie może skutecznie zastosować art. 223 ust. 1 PZP, który stanowi, że „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.” Zważając na wadę dokumentacji projektowej – na skutek tych wyjaśnień – Wykonawcy mogliby „poprawiać” swoje oferty, w szczególności w zakresie ceny, co jest niedopuszczalne w kontekście wyżej przytoczonego orzecznictwa.

Powyższe potwierdza także doktryna - „przepis art. 223 ust. 1 p.z.p. zdanie pierwsze nie może być wykorzystywany do uzupełniania braków w ofercie lub zmiany jej treści (wyrok KIO z 21.09.2010 r., KIO/UZP 1916/10, LEX nr 686965). Wyjaśnianie jest jedną z odmian rozumowania. Wyjaśnianie (zwane również tłumaczeniem) jest zadaniem myślowym, które polega na wskazaniu uzasadnienia podanej przez wykonawcę treści formularza ofertowego. Wyjaśnianie treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 p.z.p. zdanie pierwsze polega zatem na udzieleniu odpowiedzi na pytanie: „dlaczego tak jest, jak wykonawca postanowił w treści oferty?”. Nie będzie można zatem uznać za wyjaśnienie treści oferty w rozumieniu art. 223 ust. 1 p.z.p. zdanie pierwsze takiego wyjaśnienia, w którym wykonawca dokonuje zmiany treści oferty. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia muszą bowiem wskazywać sposób rozumienia treści złożonej oferty, nie mogą natomiast zmieniać treści oferty” P. Wiśniewski [w:] J. E. Nowicki, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 223.

W ocenie Zamawiającego – odpowiednie zastosowanie znajdzie także Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2023 r. KIO 497/23, z którego uzasadnienia wynika, że: „W zaistniałej sytuacji zamawiający, nie mógł dokonać poprawek w ofertach i doprowadzić ich do zgodności z dokumentami zamówienia. Aby oferty złożone w postępowaniu mogły być porównywalne, m.in. ceny ofertowe muszą być obliczone z zastosowaniem tych samych reguł, a w tym z zastosowaniem tych samych stawek podatku VAT, które są istotnym elementem kalkulacji ceny oferty. Wynika to z zasady równego traktowania wykonawców określonej w art. 16 pkt 1 Pzp. Tym samym niemożliwym był wybór najkorzystniejszej oferty, bez naruszenia przepisu art. 17 ust. 2 Pzp, który stanowi, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Dodatkowo wskazanie nieprawidłowej stawki VAT w dokumentach zamówienia, mogło być uznane za działanie naruszające zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ zamawiający nie mógł zmieniać SWZ (poprawić błędów) po otwarciu ofert. Również poprawienie omyłek w ofertach musiało odbywać się zgodnie z zasadami wskazanymi w ustawie Pzp (art. 223 Pzp). Ponieważ zamawiający z naruszeniem ustawy udzieliłby zamówienia, umowa zawarta w wyniku rozstrzygnięcia niniejszego zamówienia podlegałaby unieważnieniu, zgodnie z art. 457 ust. 1 Pzp.” W ocenie Zamawiającego – z uwagi na błędy w dokumentacji stanowiącej załącznik do SWZ ceny ofertowe nie mogą być obliczone z zastosowaniem tych samych reguł.

W takich okolicznościach - rozbieżność między projektem, a przedmiarem, która prowadzi do nieporównywalności ofert wykonawców powinna zostać zakwalifikowana jako istotna wada postępowania.

Nadrzędną zasadą rządzącą postępowaniem o udzielenie zamówienia jest wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy zasada równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, a także wynikający z art. 7 ust. 3 ustawy obowiązek udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą.

Mając na uwadze powyższe, jedynym rozwiązaniem na tym etapie postępowania będzie – po unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty - unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6) PZP. w zw. z art. 286 ust.1 PZP

Wójt Gminy Poświętne
(-) Łukasz Glimasiński