

**Państwowe Gospodarstwo Leśne**

**Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Ustroń**

**ul. 3 Maja 108**

43-450 Ustroń

Znak sprawy: **S.270.4.2023**

**Wykonawcy ubiegający się o udzielenie  
zamówienia – wg rozdzielnika**

**Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania**

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Remont łazienek pawilonu nr 1 Regionalnego Ośrodka Edukacji Ekologicznej LEŚNIK w Ustroniu” (znak postępowania: S.270.4.2023)

Zamawiający – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Ustroń, działając na podstawie art. 255 pkt 6 oraz art. 260 ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, dokonuje unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego S.270.4.2023 i jednocześnie zawiadamia o jego unieważnieniu Wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu.

**Uzasadnienie prawne:**

Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dokładnie tak samo brzmiała przesłanka unieważnienia postępowania zawarta w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych od 2010 r. do końca obowiązywania tej ustawy, czyli do 31 grudnia 2020 r. Doktryna i orzecznictwo Prawa zamówień publicznych dzięki wieloletniej praktyce w stosowaniu tego przepisu wypracowały dosyć jednolite zasady interpretacyjne tego przepisu. Wykładnia celowościowa przepisu art. 255 pkt 6 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, to każda niedająca się usunąć wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej, niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia umowy. Stwierdzona przez Zamawiającego wada postępowania nie tylko musi być niemożliwa do usunięcia, lecz także musi wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechania jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu Prawa zamówień publicznych, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik.

Do zastosowania art. 255 pkt 6 ustawy Pzp konieczne jest zatem wykazanie zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek. Do tych przesłanek należy zaliczyć następujące okoliczności:

- 1) musi wystąpić wada postępowania,
- 2) wada musi być niemożliwa do usunięcia,
- 3) niemożliwa do usunięcia wada musi powodować niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu,
- 4) zagrożenie unieważnieniem umowy musi wynikać z zaistnienia jednej z podstaw unieważnienia określonych w art. 457 Pzp.

Pod pojęciem niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego kryje się każde uchybienie przepisom Prawa zamówień publicznych, którego skutków nie można usunąć przy zastosowaniu procedur z nich wynikających (zob. wyrok KIO z 17.03.2016 r., KIO 314/16). Jednocześnie owo usunięcie może nastąpić w dowolny sposób, byleby nie był on sprzeczny z Prawem zamówień publicznych, a w szczególności nie prowadził do wypaczenia wyniku postępowania. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że Zamawiający, uzasadniając unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, zarówno w uzasadnieniu prawnym, jak i faktycznym podjętej decyzji nie może pominąć związku pomiędzy art. 255 pkt 6 i art. 457 ustawy Pzp. Warunkiem skutecznego zastosowania art. 255 pkt 6 ustawy Pzp jest bowiem wykazanie jego powiązania z co najmniej jedną z przesłanek unieważnienia umowy wymienionych w art. 457 ustawy Pzp.

Z analizy art. 255 pkt 6 i art. 457 ustawy Pzp można wyprowadzić kilka doniosłych wniosków. Po pierwsze, unieważnienie postępowania ma charakter wyjątkowy. Po drugie, Zamawiający jest obowiązany uzasadnić przesłanki unieważnienia, o których mowa w art. 255 pkt 6 oraz art. 457 Pzp, a Wykonawca ma pełne prawo do poznania uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia. Po trzecie, unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp, a więc z uwagi na zaistnienie w nim niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, może mieć miejsce jedynie wówczas, gdy wada ta nie tylko jest nieusuwalna, ale dodatkowo ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania. W przypadku podejmowania przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp w związku z art. 459 Pzp, wpływ naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych musi zatem prowadzić do rzeczywistej zmiany wyniku lub realnej możliwości zaistnienia takiej sytuacji. Przez wynik postępowania rozumie się, co do zasady, w postępowaniach jednoetapowych (np. w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego lub trybu podstawowego) – wybór najkorzystniejszej oferty, a w postępowaniach wieloetapowych ustalenie kręgu wykonawców uprawnionych do wzięcia udziału w kolejnym etapie postępowania (np. zaproszeniu do składania ofert w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego).

#### **Uzasadnienie faktyczne:**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia na „Remont łazienek pawilonu nr 1 Regionalnego Leśnego Ośrodka Edukacji Ekologicznej LEŚNIK w Ustroniu” doszło do sytuacji nieporównywalności ofert.

Zamawiający w dokumentacji projektowej opisującej przedmiot zamówienia zawarł m.in. informacje o remoncie łazienek i wymianie kabin prysznicowych. W każdej z remontowanych łazienek, zgodnie z projektem, powinna być zainstalowana jedna, nowa kabina prysznicowa. Tym niemniej, w przypadku łazienek nr 4 i nr 8, Zamawiający nakazał wykonawcom, aby w składanym wraz z ofertą kosztorysie ofertowym, wycenili dwie kabiny prysznicowe, opisane w następujący sposób:

- pozycja 176 i pozycja 366: „Kabiny natryskowe do kąpielni, narożne, prostokątne, z szybami ze szkła hartowanego - prysznic kwadratowy PP wg dokumentacji – 1 komplet”;

- pozycja 178 i pozycja 368 „Kabiny natryskowe do kąpielni, narożne, prostokątne, z szybami ze szkła hartowanego - kompletna kabina PP wg dokumentacji – 1 komplet”.

Powyższe opisy sugerują, że może chodzić o dwie różne kabiny prysznicowe, montowane w tej samej łazience. Opisy kabin nieco się różnią – co do jednej z nich wyraźnie zaznaczono, że ma to być prysznic kwadratowy, co do drugiej napisano określenie „kompletna kabina”. Zamawiający więc nałożył na wykonawcę obowiązek, by uwzględnił po dwie kabiny prysznicowe w łazience nr 4 i nr 8.

Jeden z wykonawców - Usługi Malarsko-Budowlane Antoni Marekwica, wycenił w swojej ofercie montaż tylko jednej kabiny prysznicowej w łazienkach nr 4 i 8. Z kolei, drugi z wykonawców - JuHaus Dawid Harężlak wycenił po dwie kabiny prysznicowe w łazienkach nr 4 i 8, wyceniając je za taką samą cenę.

Jak wynika z podobnych do pewnego stopnia przykładów z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, w takiej sytuacji zachodzi przesłanka unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Różne sprzeczności w treści dokumentów zamówienia były licznie rozpatrywane w najnowszym orzecznictwie KIO:

W wyroku z 14.02.2023 r., KIO 264/23: „Izba ustaliła, że w postępowaniu istnieje wada, która polega na opisanu kryteriów oceny ofert w sposób niejednoznaczny i nieumożliwiający jednoznacznej oceny złożonych ofert. (...) Zamawiający z jednej strony w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że w załączniku nr 11 i przepisach powszechnie obowiązującego prawa określił minimalne wymagania związane ze sposobem świadczenia usługi, z drugiej w tym samym dokumencie przyznał, że nie określił częstotliwości wykonywania czynności raczej wskazując na ramy czasowe ich potencjalnego świadczenia, niż krotność wykonywanych czynności. (...) Izba doszła do przekonania, że zaistniała wada postępowania. Bezsporne jest, że upłynął już termin składania i otwarcia ofert, a więc na obecnym etapie nie możliwe jest wyjaśnienie wykonawcom, w jaki sposób powinni rozumieć kryterium oceny ofert.”

Inne sprzeczności w dokumentach zamówienia, Izba stwierdziła w wyroku z 7.03.2023 r. KIO 497/23: „Izba zwraca uwagę na okoliczność, która nie jest sporna w sprawie, tj. na błąd jaki popełnił Zamawiający przygotowując przedmiotowe postępowanie, który polega na błędnym określeniu wysokości stawek podatku VAT dla zamawianych produktów. Okoliczności tej na etapie przed składaniem ofert nie sygnalizował żaden z wykonawców.

W ramach procesu składania ofert odwołujący złożył swoją ofertę, w której skorygował błąd zamawiającego, podając prawidłowe stawki podatku VAT. Pozostali wykonawcy złożyli swoje oferty stosując się do wymagań zamawiającego. Już tylko ten fakt stanowi podstawę do uznania nieporównywalności złożonych ofert, które skutkować musiało unieważnieniem przedmiotowego postępowania.”

W wyroku KIO z 27.04.2022 r., KIO 909/22, Izba stwierdziła: „Według zapatrywania Izby - oczekiwanie od wykonawców zaoferowania leku Ranlosin XR 0,4 mg w postaci 30 tabletek jako leku refundowanego, który nie występuje w obrocie prawnym stanowiło przejaw niejednoznacznego i niedostatecznie dokładnego opisu przedmiotu zamówienia, który spowodował złożenie w tym zakresie ofert nieporównywalnych, bowiem w spornych pozycjach jeden Wykonawca zaoferował lek refundowany, a drugi zaoferował lek nierefundowany. 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. (...) 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.”

Ciekawy przypadek konieczności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp opisała Andrzej Gawrońska-Baran w Komentarzu do Prawa zamówień publicznych:

„Natomiast w wyroku z 27.04.2021 r., KIO 913/21, LEX nr 3213894 Izba stwierdziła, że nieusuwalna wada tkwiąca w badanym postępowaniu uwidoczniła się między innymi przy badaniu czynności oceny ofert w kryteriach pozacenowych. W postanowieniach SWZ zamawiający przewidział możliwość wyboru długości okresu gwarancji na system w przypadku kalibracji posiadanych już czujników, wskazał bowiem okres 24 i 36 miesięcy, do wyboru wykonawcy. W odniesieniu do długości okresu gwarancji, którego zaoferowanie umożliwiało uzyskanie dodatkowych 20 punktów, zamawiający w SWZ przewidział prawidłowo jedynie maksymalny okres 36 miesięcy. Tymczasem w Formularzu oferty zamawiający wskazał wyłącznie okres 24 miesięcy na gwarancję na system ze skalibrowanymi czujnikami i wybór tego okresu w pkt 5.3. Spowodowało to nie tylko wewnętrzną sprzeczność w dokumentacji postępowania, ale również sytuację, w której wykonawcy albo nie mogą uzyskać dodatkowych 20 punktów, albo składają ofertę z wzajemnie wykluczającymi się oświadczeniami dotyczącymi długości okresu gwarancji. Odwołujący złożył ofertę jednoznacznie co do długości okresu gwarancji, wskazując w obu przypadkach okres 24-miesięczny, natomiast przystępujący zaoferował okres 24 miesięcy, zgodnie z brzmieniem formularza, w związku z kalibracją systemu, natomiast otrzymał dodatkowe 20 punktów, gdyż złożył oświadczenie, że długość gwarancji na system wynosi 36 miesięcy. Spowodowało to wewnętrzną sprzeczność w ofercie przystępującego, która nie jest możliwa do poprawienia. Dotyczy ona bowiem istotnego kryterium oceny ofert i jak wynika ze stanowiska przystępującego również stanowi efekt jego świadomego działania. Te naruszenia przez zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych miały wpływ na wynik postępowania, zatem odwołanie zostało uwzględnione. (...) Nie jest możliwy wybór oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy w warunkach przejrzystości, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Wady te nie są możliwe do poprawy po upływie terminu składania ofert. W konsekwencji Izba uznała, że postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i powinno zostać unieważnione na podstawie art. 255 pkt 6 p.z.p. - A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 255.

Z powyższych przykładów spraw zapatrywanych przez Krajową Izbę Odwoławczą można wyciągnąć następujące wnioski:

- obowiązek unieważnienia postępowania istnieje również w przypadku, gdy Wykonawca nie zwróci zamawiającemu uwagi na niezgodności treści SWZ przed upływem terminu składania ofert,
- dopuszczenie do sprzeczności w treści SWZ powoduje naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o którym mowa w art. 16 Pzp,
- dochodzi do braku możliwości porównania ofert, w których wykonawcy, na skutek błędu zamawiającego, w równy sposób przygotowują i składają oferty.

Należy jeszcze raz podkreślić, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia na „Remont łazienek pawilonu nr 1 Regionalnego Leśnego Ośrodka Edukacji Ekologicznej LEŚNIK w Ustroniu” doszło do sytuacji nieporównywalności ofert. Jeden z wykonawców złożył ofertę zgodnie z treścią kosztorysu ofertowego zamieszczonego przez Zamawiającego na stronie internetowej prowadzonego postępowania, a drugi Wykonawca złożył ofertę skalkulowaną według dokumentacji projektowej.

W związku z tym faktem ofert nie można ze sobą porównać, gdyż każdy z wykonawców oparł się na odmiennych przesłankach przygotowania oferty. Te niejednolite przesłanki nie zostały poprawione (ujednolicone) przez zamawiającego do dnia upływu terminu składania ofert, a więc zaistniała nieusuwalna wada, która dodatkowo poważnie wpłynęła na brak zachowania uczciwej konkurencji. Jak wynika z powyższych, do pewnego stopnia podobnych przykładów z orzecznictwa KIO, w takiej sytuacji zachodzi przesłanka unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. W związku z tym jedynym rozwiązaniem przywracającym zgodność z prawem i umożliwiającym nienaruszenie przepisów prawa jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp.

Powyższe oznacza, że przedmiotowe postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i konieczne jest jego unieważnienie na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 262 ustawy Pzp, o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia niezwłocznie zawiadomi Wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w postępowaniu S.270.4.2023.

#### **Pouczenie:**

Na czynność unieważnienia postępowania przysługują środki ochrony prawnej na zasadach przewidzianych w Dziale IX ustawy Pzp (art. 505-590).

*Podpisano:*  
*Stawomir Kohut – Nadleśniczy Nadleśnictwa Ustron*

#### Otrzymują:

1. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – wg rozdzielnika.
2. a/a.