

Katowice, dnia 8 lipca 2021 roku

Wykonawcy, którzy złożyli oferty

**Akcelerator biznesowy KSENON –
budowa centrum kreatywności, innowacyjności oraz
przedsiębiorczości w Żorach**
numer postępowania: PN1/2021

ZAWIADOMIENIE

o odrzuceniu oferty wykonawcy BUDIMEX S.A. oraz unieważnieniu postępowania

Zamawiający, działając na podstawie przepisu art. 260 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 j.t. ze zm.) (dalej jako: ustawa PZP) zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty o unieważnieniu postępowania oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie.

podstawa prawna unieważnienia:

art. 255 pkt 3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP – Zamawiający unieważnia postępowanie ze względu na fakt, że oferta złożona przez wykonawcę BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie została odrzucona ze względu na fakt, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia (podstawa: art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP), z kolei ceny wszystkich pozostałych ofert (spośród których Zamawiający dokonałby wyboru oferty najkorzystniejszej), po poprawie występujących w nich omyłek (to jest

zgodnie z przepisami art. 223 ust. 2 pkt 1-3 ustawy PZP) przewyższają kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty (podstawa: art. 255 pkt 3 ustawy PZP)

uzasadnienie faktyczne:

Zamawiający dokonał dnia 22 czerwca 2021 roku otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu, poprzedzając powyższą czynność poinformowaniem wykonawców o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, wyrażającej się sumą **75 829 500,00 złotych brutto** (informacja opublikowana na stronie internetowej prowadzonego postępowania).

Po otwarciu ofert Zamawiający powziął wiedzę o cenach złożonych ofert, które wyrażały się sumami:

- a) oferta wykonawcy BUDIMEX S.A. - 67 512 240,00 zł
- b) oferta wykonawcy ARCO SYSTEM sp. z o.o. - 88 930 856,30 zł
- c) oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBO Śląsk sp. z o.o. oraz WODPOL sp. z o.o. - 89 696 588,99 zł
- d) oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlane ANBUD sp. z o.o. oraz Elektro-Instal sp. z o.o. - 86 012 671,33 zł

(podano wartości wskazane w formularzach ofertowych przez wykonawców – zob. również informacja z otwarcia ofert).

Następnie Zamawiający przystąpił do badania i oceny ofert, w wyniku czego dokonał m.in. poprawy oczywistych omyłek rachunkowych w złożonych ofertach (zgodnie z przepisem art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP), uwzględniając również konsekwencje rachunkowe dokonanych poprawek, w wyniku czego Zamawiający ustalił, że ostateczne ceny ofert przedstawiają się następująco:

- a) oferta wykonawcy BUDIMEX S.A. - **67 512 240,00 zł** (bez zmian)
- b) oferta wykonawcy ARCO SYSTEM sp. z o.o. - **88 930 856,29 zł**
- c) oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBO Śląsk sp. z o.o. oraz WODPOL sp. z o.o. - **89 696 589,01 zł**
- d) oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlane ANBUD sp. z o.o. oraz Elektro-Instal sp. z o.o. - **86 012 671,33 zł** (bez zmian)



Katowicka
Specjalna Strefa
Ekonomiczna S.A.
ul. Wojewódzka 42
40-026 Katowice



Rzeczpospolita
Polska

www.ksse.com.pl
ksse@ksse.com.pl
+48 32-251-07-36
Infolinia dla inwestorów:
+48-505-102-102



Kapitał zakładowy:
9.176.000,00 PLN
opłacony w całości
NIP 954 13 00 712
REGON: 273073527



KRS: 0000106403
Sąd Rejonowy
w Katowicach,
Wydział VIII
Gospodarczo-Rejestrowy

W toku badania i oceny ofert (mając na uwadze stosowaną procedurę tzw. „odwróconą”, o której mowa w przepisie art. 139 ust. 1), Zamawiający powziął wiedzę o niezgodności treści oferty złożonej przez wykonawcę BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie z warunkami zamówienia (zgodnie z definicją zawartą w przepisie art. 7 pkt 29 ustawy PZP warunkami zamówienia są warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego). Niezgodność ta polegała na zaniechaniu podania przez tego wykonawcę w treści Formularza Cenowego (którego wzór stanowił załącznik nr 6 do SWZ) wymaganych przez Zamawiającego składników cenotwórczych w postaci stawki roboczogodziny, kosztów pośrednich, zysku oraz kosztów zakupu. Powyższe elementy stanowią treść oferty *sensu stricto*, tym bardziej mając na uwadze dalszy fragment znajdujący się we wzorze Formularza Cenowego o treści: „*które zobowiązuję się wskazać w kosztorysach, jak również stosować przez cały okres realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego (z zastrzeżeniem możliwości zmian wynikających z w/w umowy) oraz które będą obowiązujące przy wycenie robót dodatkowych oraz zamiennych*”. Z powyższego wynika więc jednoznacznie, że poprzez podanie ww. składników cenotwórczych, wykonawcy składali Zamawiającemu również zobowiązanie do ich zastosowania w kosztorysach, stosowania przez cały okres realizacji zamówienia oraz przy wycenie robót dodatkowych oraz zamiennych. Z powyższego wynika więc fakt, że podanie ww. składników cenotwórczych nie miało wyłącznie charakteru informacyjnego, ale było wprost zobowiązaniem wykonawcy (czyli składnikiem jego oferty) odnośnie sposobu realizacji zamówienia.

Zaniechanie podania przez wykonawcę BUDIMEX S.A. składników cenotwórczych stanowi o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia – to jest wymaganiami proceduralnymi wskazanymi w opublikowanych przez Zamawiającego formularzach, a to Formularzu Cenowym, stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ.

Zaniechanie to nie mogło zostać w żaden sposób przez Zamawiającego konwalidowane, w tym przy skorzystaniu z przepisów art. 223 ust. 2 ustawy PZP regulującego poprawę omyłek, ponieważ Zamawiający nie miał



Katowicka
Specjalna Strefa
Ekonomiczna S.A.
ul. Wojewódzka 42
40-026 Katowice



Rzeczpospolita
Polska

www.ksse.com.pl
ksse@ksse.com.pl
+48 32-251-07-36
Infolinia dla inwestorów:
+48-505-102-102



Kapitał zakładowy:
9.176.000,00 PLN
opłacony w całości
NIP 954 13 00 712
REGON: 273073527

Unia Europejska
Europejski Fundusz
Rozwoju Regionalnego



KRS: 0000106403
Sąd Rejonowy
w Katowicach,
Wydział VIII
Gospodarczo-Rejestrowy

możliwości wyinterpretowania ww. treści z żadnych innych dokumentów składających się na ofertę wykonawcy BUDIMEX S.A..

Zaniechanie to nie mogło zostać konwalidowane przez Zamawiającego oraz wykonawcę BUDIMEX S.A. przy skorzystaniu z przepisu art. 223 ust. 1 ustawy PZP w trybie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, mając na uwadze, że zgodnie z przywołaną normą niedopuszczalne jest prowadzenie negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści oferty, a za negocjacje takie lub zmianę należałoby uznać uzupełnianie treści oferty o elementy w niej niewskazane, które nie są możliwe do odczytania z żadnego innego fragmentu oferty wykonawcy BUDIMEX S.A.

Mając na uwadze powyższe okoliczności – Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty wykonawcy BUDIMEX S.A. na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, ze względu na fakt, że wykonawca BUDIMEX S.A. nie podał w ofercie wymaganych przez Zamawiającego składników cenotwórczych, co spowodowało, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, a niezgodności tej nie można w żaden sposób konwalidować.

Dokonując dalszego badania i oceny ofert, Zamawiający powziął wiedzę o fakcie, że ceny wszystkich pozostałych ofert (w tym również potencjalnej oferty najkorzystniejszej) przekraczają kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, która to kwota została podana wykonawcom przed terminem otwarcia ofert.

Po dokonaniu wewnętrznych analiz odnoszących się do możliwości podwyższenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, Zamawiający powziął wiedzę, że kwoty tej zwiększyć nie może.

Mając na względzie powyższe okoliczności, jak również ekonomikę postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający odstąpił od dalszych czynności badania i oceny ofert, w tym kolejnych wezwań wykonawców do wyjaśnień (na podstawie przepisu art. 223 ust. 1 ustawy PZP), biorąc pod uwagę również przepis art. 128 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, który zezwala Zamawiającemu na nieprowadzenie procedury wzywania do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów oraz oświadczeń w przypadku, gdy zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.



Katowicka
Specjalna Strefa
Ekonomiczna S.A.
ul. Wojewódzka 42
40-026 Katowice



Rzeczpospolita
Polska

www.ksse.com.pl
ksse@ksse.com.pl
+48 32-251-07-36
Infolinia dla inwestorów:
+48-505-102-102



Kapitał zakładowy:
9.176.000,00 PLN
opłacony w całości
NIP 954 13 00 712
REGON: 273073527

Unia Europejska
Europejski Fundusz
Rozwoju Regionalnego



KRS: 0000106403
Sąd Rejonowy
w Katowicach,
Wydział VIII
Gospodarczo-Rejestrowy

W tym względzie Zamawiający informuje również, że nie sklasyfikował pozostałych ofert pod kątem ustalenia oferty najwyższej ocenionej oraz (w dalszej kolejności – oferty najkorzystniejszej), mając na uwadze, że działania te spowodowałyby jedynie niepotrzebną przewłokę postępowania o udzielenie zamówienia w obliczu faktu, że wszystkie pozostałe oferty przekraczają środki przeznaczone przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, toteż bez znaczenia pozostaje która z pozostałych w postępowaniu ofert okazałaby się najkorzystniejsza (bądź najwyższej oceniona), ponieważ w każdym z tych przypadków postępowanie podlegałoby unieważnieniu. Zamawiający nie może wcale zwiększyć kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia (ponad kwotę wskazaną przed otwarciem ofert), a zatem bez znaczenia pozostaje która oferta okazałaby się ofertą najkorzystniejszą – Zamawiający nie jest w stanie zwiększyć środków do wysokości ceny żadnej ze złożonych w postępowaniu ofert.

uzasadnienie prawne:

Czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia dzieli się *de facto* na dwie następujące po sobie czynności:

- a) czynność odrzucenia oferty wykonawcy BUDIMEX S.A. z powodu niezgodności jej treści z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP),
- b) czynność unieważnienia postępowania w związku z faktem, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty (ponieważ nie może zwiększyć tej kwoty wcale) (art. 255 pkt 3 ustawy PZP).

Odrzucenie oferty wykonawcy BUDIMEX S.A. wynika z niewskazania przez tego wykonawcę składników cenotwórczych w Formularzu Cenowym (załącznik nr 6 do SWZ), które to elementy składały się na ofertę *sensu stricto*, a zatem nie jest to wyłącznie niezgodność o charakterze formalnym (sposób przedstawienia treści oferty), ale niezgodność o charakterze merytorycznym (nieprzedstawienie wymaganych treści). Co więcej, niezgodność ta nie może zostać w żaden sposób przez Zamawiającego konwalidowana.

W tym względzie na uwagę zasługuje najnowsze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wydane na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy (zob. art.



Katowicka
Specjalna Strefa
Ekonomiczna S.A.
ul. Wojewódzka 42
40-026 Katowice



Rzeczpospolita
Polska

www.ksse.com.pl
ksse@ksse.com.pl
+48 32-251-07-36
Infolinia dla inwestorów:
+48-505-102-102



Kapitał zakładowy:
9.176.000,00 PLN
opłacony w całości
NIP 954 13 00 712
REGON: 273073527

Unia Europejska
Europejski Fundusz
Rozwoju Regionalnego



KRS: 0000106403
Sąd Rejonowy
w Katowicach,
Wydział VIII
Gospodarczo-Rejestrowy

89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 j.t. ze zm.)), niemniej jednak ze względu na zbliżone brzmienie poprzednio obowiązującej i aktualnej przesłanki odrzucenia oferty, orzecznictwo to znajduje zastosowanie również z obecnym stanie prawnym. Zgodnie z judykataми KIO „W zakresie instytucji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., iż niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie przez ustawodawcę obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.), ma dotyczyć sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie lub też polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/ świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które to również są zamieszczane w SIWZ)” (zob. wyrok KIO z dnia 18 lutego 2021 roku, KIO 189/21); „W zakresie instytucji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., iż niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie przez ustawodawcę obowiązku poprawienia oferty, wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.), ma dotyczyć sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie lub też polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/ świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które to również są zamieszczane w SIWZ) (...) Niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje (zaciąga), z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ, albo też na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie. Powyższe koresponduje z definicją zawartą w art. 66 § 1 k.c., według której oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oświadczenie woli składane przez wykonawcę w ofercie, ma określić istotne postanowienia umowy, która zostanie zawarta z wybranym wykonawcą” (zob. wyrok KIO z dnia 15 lutego 2021 roku, KIO 207/21); „Niezgodność treści oferty z treścią



Katowicka
Specjalna Strefa
Ekonomiczna S.A.
ul. Wojewódzka 42
40-026 Katowice



Rzeczpospolita
Polska

www.ksse.com.pl
ksse@ksse.com.pl
+48 32-251-07-36
Infolinia dla inwestorów:
+48-505-102-102



Kapitał zakładowy:
9.176.000,00 PLN
opłacony w całości
NIP 954 13 00 712
REGON: 273073527

Unia Europejska
Europejski Fundusz
Rozwoju Regionalnego



KRS: 0000106403
Sąd Rejonowy
w Katowicach,
Wydział VIII
Gospodarczo-Rejestrowy

SIWZ, stanowiącą przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określone w SIWZ, bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego, przy czym chodzi tutaj o takie wymagania SIWZ, które dotyczą sposobu opisanie, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego, tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy” (zob. wyrok KIO z dnia 24 marca 2021 roku, KIO 475/21); „Niepodanie wymaganych wartości jest istotnym brakiem treści oferty, oznacza bowiem brak określenia elementów ceny jednostkowej czyli elementów istotnych dla przyszłego zobowiązania umownego, na podstawie których wyliczane będzie wynagrodzenie wykonawcy oraz dokonywane będą zmiany tego wynagrodzenia w dopuszczalnym zakresie (...) Jest to istotna nieścisłość treści oferty wykonawcy, której zamawiający nie może samodzielnie poprawić, jeżeli brak jest możliwości samodzielnego wyliczenia tej wartości na podstawie innych danych wynikających z formularza cenowego” (zob. wyrok KIO z dnia 12 marca 2021 roku, KIO 503/21).

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy – wykonawca BUDIMEX S.A. nie podał w ofercie wymaganych przez Zamawiającego składników cenotwórczych, które stanowiły treść oferty *sensu stricto*, opisując zobowiązanie wykonawcy względem Zamawiającego. Jest to również niezgodność w sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu zobowiązania przyjętego na siebie przez wykonawcę BUDIMEX S.A. w stosunku do wymagań Zamawiającego. Zamawiający nie jest władny do samodzielnej poprawy tej niezgodności, nie może również negocjować z wykonawcą treści oferty, ani dokonywać w niej żadnych zmian. O istotności wskazanych składników cenotwórczych świadczy fakt, że zgodnie ze zobowiązaniem zawartym w Formularzu Cenowym składniki te stosowane miały być przez cały okres zamówienia, w tym w szczególności w przypadku robót dodatkowych lub zamiennych. Brak powyższych składników, uniemożliwiłaby Zamawiającemu ocenę rzetelności składanych przez wykonawcę wycen, jak również nie pozwala na obecnym etapie Zamawiającemu zbadania przykładowo kwestii ewentualnego rażącego zaniżenia składowych części ceny ofertowej (podanych w Formularzu Cenowym).



Katowicka
Specjalna Strefa
Ekonomiczna S.A.
ul. Wojewódzka 42
40-026 Katowice



Rzeczpospolita
Polska

www.ksse.com.pl
ksse@ksse.com.pl
+48 32-251-07-36
Infolinia dla inwestorów:
+48-505-102-102



Kapitał zakładowy:
9.176.000,00 PLN
opłacony w całości
NIP 954 13 00 712
REGON: 273073527

Unia Europejska
Europejski Fundusz
Rozwoju Regionalnego



KRS: 0000106403
Sąd Rejonowy
w Katowicach,
Wydział VIII
Gospodarczo-Rejestrowy

Z tego powodu konieczne stało się odrzucenie oferty wykonawcy BUDIMEX S.A.

Unieważnienie postępowania (w następstwie odrzucenia oferty wykonawcy BUDIMEX S.A.) wynika z faktu, że wszystkie pozostałe w postępowaniu oferty (bez względu na ich kolejność, czy nawet hipotetyczną konieczność odrzucenia którejkolwiek z nich) przekraczają cenowo środki przeznaczone przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, które nie mogą zostać zwiększone (a tym samym, nie mogą zostać zwiększone do ceny którejkolwiek z ofert pozostałych w postępowaniu). W tym względzie należy wskazać orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wydane na gruncie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 j.t. ze zm.), które ze względu na analogiczne brzmienie poprzednio obowiązującej i aktualnej przesłanki unieważnienia postępowania, zachowuje aktualność również w obecnym stanie prawnym), zgodnie z którym: „Zamawiający ma możliwość zwiększenia kwoty, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty, jednakże decyzja o zwiększeniu kwoty stanowi suwerenną i niezawisłą decyzję Zamawiającego. Nie jest to jego obowiązkiem” (zob. wyrok KIO z dnia 8 lutego 2021 roku, KIO 3538/20); „Na gruncie p.z.p. decyzja zamawiającego o zwiększeniu kwoty środków przeznaczonych uprzednio na realizację zamówienia i ogłoszonej przed otwarciem ofert jest jego decyzją suwerenną i ewentualne zmiany, co do możliwości zwiększenia kwot przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia są uprawnieniem zamawiającego (nie jego obowiązkiem) i w zależności od statusu prawnego jednostki zamawiającej podlegają decyzji własnej zamawiającego lub są uzależnione od innych podmiotów, w szczególności od dysponentów budżetowych określonego stopnia. Zatem zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania dodatkowych środków finansowych na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia” (zob. wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2020 roku, KIO 672/20); „Możliwość zwiększenia kwoty środków na sfinansowania zamówienia dotyczy sfery dyspozycyjnej pozostawionej zamawiającemu. Decyzja ta wymaga zachowania przejrzystości, stąd dla odstąpienia od obowiązku unieważnienia postępowania zamawiający zobowiązany jest wykazać w protokole, iż taka możliwość wystąpiła. Nie jest natomiast prawidłowe, wywodzenie z przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p. obowiązku wykazania przez zamawiającego braku możliwości zwiększenia kwoty ponad podaną przy otwarciu ofert wysokość



Katowicka
Specjalna Strefa
Ekonomiczna S.A.
ul. Wojewódzka 42
40-026 Katowice



Rzeczpospolita
Polska

www.ksse.com.pl
ksse@ksse.com.pl
+48 32-251-07-36
Infolinia dla inwestorów:
+48-505-102-102



Kapitał zakładowy:
9.176.000,00 PLN
opłacony w całości
NIP 954 13 00 712
REGON: 273073527

Unia Europejska
Europejski Fundusz
Rozwoju Regionalnego



KRS: 0000106403
Sąd Rejonowy
w Katowicach,
Wydział VIII
Gospodarczo-Rejestrowy

środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia” (zob. wyrok KIO z dnia 9 marca 2020 roku, KIO 370/20).

Przenosząc powyższe judykaty Izby na grunt przedmiotowej sprawy wskazać należy, że Zamawiający, po analizie własnej sytuacji finansowej stwierdził jednoznacznie, że nie jest w stanie zwiększyć kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę posiadaną, która została zakomunikowana wykonawcom przed terminem otwarcia ofert.

W tym stanie rzeczy postępowanie należało unieważnić na podstawie przepisów wskazanych na wstępie niniejszego zawiadomienia.

Antycypując ewentualne wątpliwości – brak konieczności przeprowadzenia pełnej procedury badania i oceny ofert, połączonej z procedurą formalnego wyboru oferty najkorzystniejszej wynika z orzecznictwa, w tym:

- a) wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2016 roku (KIO 1384/16; KIO 1401/16; KIO 1402/16; KIO 1404/16; KIO 1413/16): *Na koniec należy odnieść się do kwestii wpływu na wystąpienie przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy braku podjęcia przez Zamawiającego decyzji co do wyboru oferty najkorzystniejszej. W ocenie Izby łączenie obu instytucji, zasadniczo różnych co do skutku dla postępowania, nie jest prawidłowe. Zamawiający nie mógł bowiem jednocześnie wskazać oferty najkorzystniejszej, rozumianej jako jej wybór i dokonać unieważnienia postępowania. Prowadziłoby to bowiem do sprzecznych ze sobą decyzji proceduralnych. Jeżeli Zamawiający po porównaniu cen z środkami jakie dysponuje widzi, iż postępowanie będzie podlegało unieważnieniu, gdyż nie ma dodatkowych środków, które pozwoliłyby na wybór oferty najkorzystniejszej, prowadzenie czynności badania i oceny ofert traci sens i niepotrzebnie wydłuża postępowanie*
- b) wyrok KIO z dnia 13 marca 2018 roku (KIO 391/18) [a contrario]: *W ocenie składu orzekającego nie ma podstaw, aby w przypadku zastosowania procedury, o której mowa w art. 24 aa ustawy Pzp zamawiający mógł poprzestać na ocenie ofert (tj. z pominięciem badania, czy wykonawca którego oferta zajęła pierwsze miejsce w tak powstałym rankingu nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu), a następnie z powołaniem się na przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia. Nie można bowiem tracić z pola widzenia, że dopiero po badaniu, czy wykonawca którego oferta została oceniona jako*

najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, zamawiający ma pewność, że oferta taka może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Możliwa jest przecież sytuacja i często się to zdarza w postępowaniach z zastosowaniem procedury a art. 24 aa ustawy Pzp, że po badaniu, czy wykonawca którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, wykonawca podlega wykluczeniu, a zamawiający przeprowadza takie badanie wobec wykonawcy następnego w kolejności. Zatem bez takiego badania nie można jednoznacznie przesądzić, czy wykonawca i jego oferta ostaną się w postępowaniu. W stanie faktycznym będącym przedmiotem rozpoznania w przedmiotowej sprawie odwoławczej Zamawiający nie przeprowadził w sposób kompletny czynności polegającej na badaniu i oceny ofert, ponieważ nie wezwał wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza do złożenia dokumentów potwierdzających że wykonawca ten nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, a wskazanych w treści ogłoszenia o zamówieniu i swiz. Jest to okoliczność bezsporna. Takie postępowanie Zamawiającego można by uznać za prawidłowe, gdyby ceny wszystkich ofert przekraczały kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia. Jednakże okoliczności przedmiotowej sprawy są inne, ponieważ ceny pozostałych dwóch ofert mieściły się w budżecie Zamawiającego. Okoliczność ta, w ocenie składu orzekającego, obligowała Zamawiającego do kontynuowania procedury badania, czy wykonawca którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, a tym samym do doprowadzenia badania i oceny ofert do końca. Dopiero bowiem takie postępowanie dawało Zamawiającemu pewność, że wystąpi (bądź nie) podstawa do zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp

Jakkolwiek orzeczenia powyższe zapadły na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 j.t. ze zm.), to jednak zachowują aktualność na gruncie nowego Prawa zamówień publicznych, ze względu na analogiczny charakter opisanych instytucji na gruncie ustawy nieobowiązującej oraz ustawy aktualnej.



Katowicka
Specjalna Strefa
Ekonomiczna S.A.
ul. Wojewódzka 42
40-026 Katowice



Rzeczpospolita
Polska

www.ksse.com.pl
ksse@ksse.com.pl
+48 32-251-07-36
Infolinia dla inwestorów:
+48-505-102-102



Kapitał zakładowy:
9.176.000,00 PLN
opłacony w całości
NIP 954 13 00 712
REGON: 273073527

Unia Europejska
Europejski Fundusz
Rozwoju Regionalnego



KRS: 0000106403
Sąd Rejonowy
w Katowicach,
Wydział VIII
Gospodarczo-Rejestrowy

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy – Zamawiający nie był zobowiązany do prowadzenia procedury badania i oceny ofert aż do uzyskania informacji o ofercie najwyższej ocenionej, a tym bardziej w celu wyboru oferty najkorzystniejszej (formalnego), ale władny był do unieważnienia postępowania już na obecnym etapie, ze względu na fakt, że ceny wszystkich pozostałych w postępowaniu ofert przewyższają kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, której Zamawiający nie może podwyższyć.

Mając na względzie przepis art. 262 ustawy PZP, Zamawiający informuje, że niezwłocznie zawiadomi wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie przedmiotowego zamówienia o wszczęciu kolejnego postępowania dotyczącego tego samego przedmiotu zamówienia.



Katowicka
Specjalna Strefa
Ekonomiczna S.A.
ul. Wojewódzka 42
40-026 Katowice



Rzeczpospolita
Polska

www.ksse.com.pl
ksse@ksse.com.pl
+48 32-251-07-36
Infolinia dla inwestorów:
+48-505-102-102



Śląskie.

Kapitał zakładowy:
9.176.000,00 PLN
opłacony w całości
NIP 954 13 00 712
REGON: 273073527

Unia Europejska
Europejski Fundusz
Rozwoju Regionalnego



KRS: 0000106403
Sąd Rejonowy
w Katowicach,
Wydział VIII
Gospodarczo-Rejestrowy