

Katowice, dnia 17 września 2021 roku

Wykonawcy, którzy złożyli oferty

**Akcelerator biznesowy KSSENON –
budowa centrum kreatywności, innowacyjności oraz
przedsiębiorczości w Żorach**
numer postępowania: PN2/2021

ZAWIADOMIENIE o 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

podstawa prawna unieważnienia:

art. 255 pkt 3 ustawy PZP – Zamawiający unieważnia postępowanie ze względu na fakt, że ceny wszystkich złożonych 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 9 września 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. – 79.261.200,00 zł
 - b) oferta wykonawcy Adamietz Sp. z o.o. – 90.630.337,57 zł
 - c) oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBO Śląsk sp. z o.o. oraz WODPOL sp. z o.o. – 87.305.479,31 zł
 - d) oferta wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. – 91.326.795,53 zł
 - e) oferta wykonawcy Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. – 85.608.000,00 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. – 79.261.200,00 zł (bez zmian)
- b) oferta wykonawcy Adamietz Sp. z o.o. – 90.630.337,66 zł
- c) oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBO Śląsk sp. z o.o. oraz WODPOL sp. z o.o. – 87.305.479,33 zł
- d) oferta wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. – 91.326.795,59 zł
- e) oferta wykonawcy Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. – 85.608.000,00 zł (bez zmian)

Dokonując dalszego badania i oceny ofert, Zamawiający powziął wiedzę o fakcie, że ceny wszystkich ofert (a więc 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, gdyż zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W tym względzie Zamawiający informuje również, że nie sklasyfikował ofert pod kątem ustalenia oferty najwyżej 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 oferty przekraczają środki przeznaczone przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, toteż bez znaczenia pozostaje która ze złożonych w postępowaniu ofert okazałaby się najkorzystniejsza (bądź najwyżej 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 następuje 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).

Unieważnienie postępowania wynika z faktu, że wszystkie złożone 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



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

mogą zostać zwiększone (a tym samym, nie mogą zostać zwiększone do ceny którejkolwiek z ofert złożonych 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 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.



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 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.

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 złożonych w postępowaniu ofert przewyższają kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, której Zamawiający nie może podwyższyć.



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

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