

Poznań, dnia 03 czerwca 2024 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej  
ul. Postępu 17 a  
02-676 Warszawa**

**Odwołujący:**  
**Constructo sp. z o.o.**  
Rogówko 6A, 87-162 Lubicz  
NIP: 879 269 78 30, REGON: 369175771,  
KRS: 0001044152  
adres e-mail: biuro@constructo.pro

**Zamawiający:**  
**Pleszewskie Centrum Medyczne w Pleszewie sp. z o.o.**  
ul. Poznańska 125a, 63-300 Pleszew  
NIP: 6080074563 REGON: 300770088  
KRS 0000303091  
adres e-mail: przetargi@szpitalpleszew.pl

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie **podstawowym bez negocjacji art. 275 pkt. 1** (na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwanej dalej „ustawa pzp”, dla zadania pn.: Przebudowa i rozbudowa Oddziału Hematologii w Pleszewskim Centrum Medycznym w Pleszewie Sp. z o. o. nr postępowania: **Te 2300-40/2023**, opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00528005/01 z dnia 2023-12-01 (dalej również jako „Postępowanie”)

### **ODWOŁANIE**

Działając w imieniu Odwołującego – Constructo sp. z o. (dalej również jako „Constructo”, „Odwołujący”), na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwanej dalej „ustawą pzp”, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego – Pleszewskie Centrum Medyczne w Pleszewie sp. z o.o, w trybie podstawowym bez negocjacji pod nazwą: Przebudowa i rozbudowa Oddziału Hematologii w Pleszewskim Centrum Medycznym w Pleszewie Sp. z o. o nr postępowania: **Te 2300-40/2023**.

**składam odwołanie** w związku z:

1. niezgodną z przepisami ustawy pzp czynnością Zamawiającego podjętą w Postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającą na unieważnieniu postępowania mimo, że nie zaszły przesłanki uzasadniające unieważnienie postępowania opisane w art. 255 pkt 6 ustawy pzp,
2. niezgodną z przepisami ustawy pzp czynnością Zamawiającego polegającą na zaniechaniu podania uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania, w szczególności w zakresie wykazania, że wada postępowania uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w prawie zamówienia publicznego,
3. niezgodną z przepisami ustawy pzp czynność Zamawiającego podjętą w Postępowaniu, a polegającą na niedokonaniu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, zgodnie z przepisami ustawy pzp oraz specyfikacją warunków zamówienia

**Termin na wniesienie odwołania**

Zgodnie z art. 515 ust. 1 ustawy pzp niniejsze odwołanie wnoszone jest w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego, stanowiącej podstawę do jego wniesienia. Informacja o unieważnieniu postępowania została przekazana Wykonawcy w dniu 28 maja 2024 r., przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, a zatem Odwołujący uczynił zadość wymaganiom z art. 515 ust. 1 pkt. 1 a) ustawy pzp.

**Interes we wniesieniu odwołania**

Działając na podstawie art. 505 ustawy pzp Odwołujący wskazuje, że ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego. Odwołujący posiada potencjał, wiedzę i doświadczenie umożliwiające uzyskanie zamówienia. Ponadto oferta Odwołującego jest ważna, nie podlega odrzuceniu i znajduje się na pierwszym miejscu w przyjętym kryterium oceny ofert. Uzyskanie i realizacja przedmiotowego zamówienia umożliwi Odwołującemu realizację zysku. Odwołujący ma realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, która jednak może zostać zniweczona na skutek niezgodnych z przepisami ustawy pzp czynności Zamawiającego, które uniemożliwiają udzielenie zamówienia Odwołującemu, posiadającemu wymagane kwalifikacje, doświadczenie i spełniającemu warunki udziału w postępowaniu. W ten sposób Odwołujący może ponieść szkodę na skutek naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy pzp.

- I. Składając niniejsze odwołanie Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:**
- 1. naruszenie art. 255 pkt 6 ustawy pzp** poprzez dokonanie czynności polegającej na unieważnieniu postępowaniu z uwagi na fakt, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego podczas gdy postępowanie nie jest obarczone taką wadą oraz Zamawiający nie uzasadnił, że wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,
  - 2. naruszenie art. 260 ustawy pzp** poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania, w szczególności w zakresie, że wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego ,
  - 3. naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy pzp** poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

**Wobec powyższego Odwołujący wnosi o:**

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
3. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą wg norm przepisanych.

**Uzasadnienie**

**I. Uwagi wstępne**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji (art. 275 pkt 1 ustawy pzp) pn. Przebudowa i rozbudowa Oddziału Hematologii w Pleszewskim Centrum Medycznym w Pleszewie sp. z o. o nr postępowania: **Te 2300-40/2023**.

W postępowaniu złożono 6 ofert. Zamawiający w dniu 15 marca 2024 r. przekazał oferentom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, zgodnie z którą uznał za najkorzystniejszą ofertę Wykonawcy Andbud sp. z o.o. z siedzibą w Pleszewie.

Następnie w wyniku złożonego odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej przez Constructo sp. z o.o. oraz zapadłego wyroku KIO z dnia 11 kwietnia 2024r. o sygn. akt 924/24, Zamawiający pismem z dnia 23 kwietnia 2024 r. unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej, odrzucił ofertę firmy Andbud sp. z o.o. z siedzibą w Pleszewie i powrócił do ponownego badania i oceny ofert.

W toku ponownego badania i oceny oferty, Zamawiający pismem z dnia 25 kwietnia 2024 r., wezwał Constructo do złożenia wyjaśnień, działając na podstawie art. 223 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 z – Prawo zamówień publicznych ( Dz. U. 2023 poz. 1605 ze zm.) tj. do udzielenia wyjaśnień treści oferty, polegającej na wyjaśnieniu, w których pozycjach kosztorysowych Wykonawca uwzględnił roboty wynikające z odpowiedzi Zamawiającego w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (odpowiedź nr 2,10,12,16 na pytania do SWZ zawarta w wyjaśnieniach Zamawiającego z dnia 16.01.2024). Constructo w dniu 30.04.2024 tj. w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, złożyło wyjaśnienia, odnosząc się szczegółowo do wątpliwości zgłoszonych przez Zamawiającego i udowadniając, że oferta złożona przez Constructo jest ważna oraz zgodna z zapisami dokumentów zamówienia.

Zamawiający pismem z dnia 28 maja 2024 r. poinformował Wykonawców o unieważnieniu postępowania. W uzasadnieniu prawnym Zamawiający lakonicznie wskazał, że *„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.”*

## **II. Zarzut naruszenia art. 255 pkt. 6) ustawy pzp poprzez unieważnienie postępowania mimo, że nie zaszły okoliczności opisane w tymże przepisie**

Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy pzp – Zamawiający unieważnia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przypadku gdy wystąpi w nim niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Aby zatem Zamawiający mógł skorzystać z wyżej powołanego przepisu konieczne jest ustalenie, że:

- 1) w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (wada postępowania),
- 2) naruszenie to stanowi wadę niemożliwą do usunięcia,
- 3) wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Odnosząc się do powyższego wskazać należy, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej błędy w postępowaniu o marginalnym znaczeniu, pozostające bez wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, nie są wystarczającą podstawą do unieważnienia postępowania (por. wyr. KIO z 12.4.2022 r., KIO 881/22, Legalis; wyr. KIO z 7.4.2022 r., KIO 867/22, Legalis oraz wyr. KIO z 22.9.2017 r., KIO 1893/17, Legalis).

Ponadto jeśli wada jest usuwalna, konieczne jest jej usunięcie – w takim przypadku nie ma możliwości unieważnienia postępowania oraz konieczne jest ustalenie związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady postępowania a brakiem możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu) – wyr. KIO z 14.1.2022 r., KIO 3728/22, niepubl.

Zamawiający w piśmie z dnia 28 maja 2024 r. – zawiadomienie o unieważnieniu postępowania wskazał, że:

*„W toku postępowania stwierdzono, że w odpowiedziach na pytania wykonawców zamawiający zawarł konieczność wykonania robót budowlanych, które nie były uwzględnione w kosztorysach ofertowych. Zamawiający nie sprecyzował w jaki sposób te roboty powinny zostać uwzględnione w ofertach wykonawców. W wyniku tego każdy z wykonawców inaczej zinterpretował odpowiedzi zamawiającego i uwzględnił roboty w różny sposób, co w szczególności spowodowało brak porównywalności złożonych ofert.”*

Zamawiający zatem po pierwsze przyznał, że nie precyzował w jaki sposób wykonawcy mają ująć roboty budowlane w kosztorysach ofertowych, dając tym samym pewną swobodę wykonawcom. Ponadto i co bardzo istotne, Zamawiający również przyznał, że każdy z wykonawców uwzględnił te roboty w wycenie, ale uczynił to w inny sposób.

W dalszej części uzasadnienia Zamawiający ogólnikowo wskazał, że Wykonawca Constructo sp. z o.o., Rogówko 6A, 87-162 Lubicz w odpowiedzi z dnia 30 kwietnia 2024 r. na wezwanie zamawiającego wskazał, iż uwzględnił w swojej ofercie zakres robót wynikający z odpowiedzi na pytania w istniejących pozycjach kosztorysowych. W żadnej z pozycji kosztorysowych wskazanych przez Wykonawcę nie zmieniono jednak wymiaru robót uwzględniającego prace objęte odpowiedziami Zamawiającego na pytania wykonawców (Odpowiedzi 2), a niektóre z prac (balustrady) – przy braku pozycji kosztorysowych odpowiadających danemu zakresowi

prac przypisano do dowolnie wybranych przez oferenta pozycji (dotyczących drzwi). Wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Sp. z o. o. (ul. Staroprzygodzka 117, 63-400 Ostrów Wielkopolski) uwzględnił w swojej ofercie roboty wynikające z odpowiedzi na pytania poprzez dopisanie nowych pozycji w kosztorysie ofertowym branży budowlanej.

Niestety z uzasadnienia faktycznego nie wynika wprost, dlaczego Zamawiający nie mógł dokonać porównania ofert. Zamawiający przyznaje, że zarówno wykonawca Constructo jak i wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego sp. z o.o. uwzględnili konieczność wykonania prac budowlanych w kosztorysach ofertowych, jedynie zastosowali inne metody ujęcia tych prac w kosztorysach. Zatem umieszczenie w kosztorysie ofertowym dodatkowej pozycji, tak jak uczył to inny wykonawca nie stanowiło jedynej „słusznej” metody wyceny i dopuszczalne było również zastosowanie metody, którą wybrał Odwołujący, co potwierdza Zamawiający w dalszej części uzasadnienia: Powodowało to całkowitą dowolność wykonawców w tym względzie. Nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że Constructo miało niejako obowiązek zmiany wymiaru robót i nie mogło ująć prac (balustrady) w innych pozycjach kosztorysowych związanych z realizacją tych prac. Podsumowując, poza wskazaniem, że wykonawcy na dwa różne sposoby przestawili kosztorysy ofertowe, co w ocenie samego Zamawiającego było dopuszczalne, Zamawiający nie wykazał dlaczego nie jest w stanie dokonać porównania ofert wykonawców, co dokładnie nie jest możliwe do porównania, jakie pozycje kosztorysowe są niezgodne z dokumentami zamówienia. Tym samym trudno mówić tu o wadzie, która jest istotna i która nie daje się usunąć, choćby w toku procedury wyjaśnień treści oferty, z której Zamawiający skorzystał.

Następnie wskazać należy, że Zamawiający w zasadzie bardzo ogólnikowo wskazuje, iż taka sytuacja prowadzi do braku jasności i jednoznaczności w treści specyfikacji warunków zamówienia, co z kolei może wpłynąć na równość szans wszystkich wykonawców oraz na możliwość porównania ofert. (...) W szczególności podnieść należy, iż w dziale XII SWZ zamawiający, wskazując sposób obliczenia ceny, zobowiązał wykonawców do uwzględnienia w kosztorysie wszystkich pozycji przedmiarowych opisanych w formularzu cenowym, nie ograniczając jednoznacznie możliwości dopisywania przez wykonawców pozycji dodatkowych. Nie wskazał także, w których pozycjach należy uwzględnić prace wynikające z odpowiedzi zamawiającego na pytania, co było konieczne choćby z uwagi na fakt, że niektóre z tychże prac nie miały odpowiedników w istniejących pozycjach kosztorysowych. Powodowało to całkowitą dowolność wykonawców w tym względzie, a ta z kolei prowadziła do braku możliwości rzetelnego porównania ofert.

Zamawiający zatem nie wskazał na związek przyczynowo – skutkowy pomiędzy wystąpieniem wady postępowania (o ile w ogóle można mówić w niniejszym stanie faktycznym o wadzie), a brakiem możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu.

Ustalenie, czy w danym postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, powinno być dokonywane przede wszystkim poprzez odniesienie określonego naruszenia przepisów ustawy pzp do przyczyn, z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, określonych w art. 457 ust. 1 ustawy pzp. Wady te stanowią konsekwencję znaczących uchybień w stosowaniu przepisów odnoszących się do prowadzenia postępowania, spowodowanych przez zamawiającego. Ponadto, wada ta musi być wadą bezwzględnie nieusuwalną, tj. niemożliwą do wyeliminowania przez zamawiającego lub wykonawcę na etapie postępowania w żadnej z dopuszczalnych w ustawie procedur sanacyjnych. Nie należy tracić z pola widzenia, że nawet gdyby uznać, że postępowanie jest obciążone wadą tj. brakiem określenia jednego sposobu kalkulacji ceny, w tym sposobu ujęcia w wycenie robót budowlanych wynikających z udzielonych odpowiedzi na pytania wykonawców, to wada ta została usunięta poprzez wdrożenie procedury wyjaśnień na mocy art. 223 ustawy pzp.

Mając na względzie powyższe, aby unieważnić postępowanie, najpierw trzeba wskazać wadę postępowania, udowodnić, że jest to wada nieusuwalna, a następnie wykazać, że wada ta skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. O ile Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym wskazał wadę, która w ocenie Odwołującego nie jest wadą nieusuwalną, o tyle nie wykazał, że wada ta skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

### **III. Zarzut naruszenia art. 260 ust. 1 pkt. 1) ustawy pzp poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego**

Zgodnie z zasadą jawności postępowania art. 260 ustawy pzp nakłada na zamawiającego obowiązek zawiadomienia wykonawców o przyczynach unieważnienia postępowania. Zamawiający niezwłocznie poddaje informacje o unieważnieniu wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym. Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia musi zawierać nie tylko podstawę prawną, lecz także poinformowanie o okolicznościach faktycznych wyczerpujących przesłankę zawartą w powoływanym przepisie. Konieczne jest powołanie w sposób jasny i niebudzący wątpliwości **okoliczności faktycznych**, wyczerpujących przesłankę powodującą unieważnienie postępowania lub uprawiającą do jego unieważnienia. Uzasadnienie unieważnienia postępowania powinno być na tyle wyczerpujące, by umożliwiło wykonawcom pełne zidentyfikowanie okoliczności faktycznych, stanowiących podstawę podjęcia czynności unieważnienia, oraz ich ewentualne



zakwestionowanie w odwołaniu, a także przedstawienie w postępowaniu odwoławczym stosownych dowodów ( wyr. z 17.1.2022 r., KIO 3811/22, niepubl.). Niespełnienie wymogu podania uzasadnienia, w szczególności dotyczącego okoliczności faktycznych, może stanowić podstawę samodzielnego zarzutu w odwołaniu, skutkującego jego uwzględnieniem. Zamawiający w sposób ogólny wskazał, że postępowanie obarczone jest wadą w postaci braku określenia jednego sposobu kalkulacji ceny, w tym sposobu ujęcia w wycenie robót budowlanych wynikających z udzielonych odpowiedzi na pytania wykonawców, jednak nie wskazał szczegółowo, że po pierwsza wada ta nie może zostać usunięta oraz po drugie, że powoduje niemożliwość zawarcia ważnej umowy. W tym miejscu podkreślić należy, że Izba ocenia legalność czynności unieważnienia postępowania w świetle jedynie uzasadnienia przedstawionego w zawiadomieniu, nie bierze pod uwagę okoliczności, na które zamawiający może powoływać się w postępowaniu odwoławczym (por. wyr. KIO z 15.2.2022 r., KIO 269/22, Legalis).

#### **IV. Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.**

Odwołujący wskazuje, że konsekwencją dokonania unieważnienia postępowania jest zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego, spełniającego warunki oraz dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia, zarówno w świetle obowiązujących przepisów, jak i w związku z określonymi w postępowaniu warunkami zamówienia.

W świetle powyższego, wnoszę i wywodzę jak w petitum.

#### **Załączniki:**

- dowód uiszczenia wpisu od niniejszego odwołania,
- dowód przekazania niniejszego odwołania Zamawiającemu wraz z załącznikami,
- wydruk informacji z Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 03.06.2024 r.

**Tomasz Kwiatkowski – członek zarządu**

**Waldemar Osiński – członek zarządu**

03.06.2024

Dokument został podpisany elektronicznie