

INFORMACJA O UNIEWAŻNIENIU CZYNNOŚCI ORAZ UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego *na dostawę stoiska modułowego z wynajmem wyposażenia oraz zapewnieniem obsługi na imprezach promocyjnych oraz przechowywaniem, nr sprawy: 13/PZP/DKPR/2020/PN.*

Szanowni Państwo,

Na podstawie art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. 2019 poz. 1843 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą, informuję, o:

- 1) **unieważnieniu czynności poprawienia omyłek rachunkowych** w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy w zakresie części E Formularza Cenowego w ofertach Wykonawców, u których ta czynność została dokonana,
- 2) **unieważnieniu postępowania** o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie **art. 93 ust. 1 pkt 7** ustawy, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego *na dostawę stoiska modułowego z wynajmem wyposażenia oraz zapewnieniem obsługi na imprezach promocyjnych oraz przechowywaniem, nr sprawy: 13/PZP/DKPR/2020/PN.*

Uzasadnienie:

Zamawiający w Rozdziale XIII ust. 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanych dalej SIWZ, dotyczącym opisu kryteriów, jakimi będzie się kierował przy wyborze oferty, określił iż, w odniesieniu do zapewnienia usługi transportu, montażu i demontażu oraz obsługi stoiska na Imprezie Promocyjnej oraz usług najmu wyposażenia i sprzętu multimedialnego jednym z kryteriów oceny ofert będzie „K1 - *Cena oferty brutto* – 50%”.

Zgodnie z opisem sposobu oceny ofert w tym kryterium (zawartym w ust. 2.1. ww. Rozdziału SIWZ) ocenie będzie podlegać suma cen wskazanych do obsługi Imprez Promocyjnych wskazanych w Formularzu cenowym w pkt. E. Kalkulacja obsługi poszczególnych Imprez Promocyjnych musi być oparta na cenach jednostkowych za poszczególne usługi wskazanych przez Wykonawcę w Formularzu cenowym w pkt. C i D.



Z analizy pięciu (EVENT-FACTORY S.C. K.KOPER S.GODULA, MIĘDZYNARODOWE TARGI POZNAŃSKIE Sp. z o.o., BERM Sp. z o.o. Sp. k., OMDEXPO POLSKA Sp. z o.o., El Padre Sp. z o.o.) z sześciu ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu wynikało, iż ceny zawarte przez wykonawców w cz. E Formularza Cenowego (Załącznik nr 5 do SIWZ) nie stanowią sumy cen z cz. C i D Formularzy Cenowych Wykonawców. Zamawiający nie dokonał poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie Grupa Amako sp. z o.o. (szóstego oferenta), gdyż nie zawierała ona wyceny pozycji w cz. D Formularza Cenowego w zakresie zapewnienia obsługi technicznej imprez promocyjnych.

Zamawiający w dniu 25 marca 2021 r. w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy poprawił w ofertach ww. Wykonawców oczywiste omyłki rachunkowe z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Zamawiający na podstawie zaoferowanych przez Wykonawców cen jednostkowych z cz. C Formularza Cenowego (zawierającą koszt usług wynajmu wyposażenia i sprzętu multimedialnego) oraz cen jednostkowych z cz. D Formularza Cenowego (zawierającą koszt usług przygotowania stoiska, transportu, montażu/demontażu, obsługi tego stoiska) wyliczył całkowity koszt poszczególnych wydarzeń promocyjnych zawartych w cz. E Formularza Cenowego. Przy powyższej kalkulacji Zamawiający uwzględnił również:

- 1) czas trwania Imprezy Promocyjnej – ilość dni,
- 2) miejsce, w którym odbywać się będzie Impreza Promocyjna,
- 3) docelową wielkość stoiska,
- 4) wyposażenie w dodatkowy sprzęt/meble.

W wyniku dokonanej czynności poprawy omyłek rachunkowych, Zamawiający otrzymał od czterech z pięciu ww. Wykonawców pisma, w których jeden Wykonawca (El Padre Sp. z o.o.) zaakceptował dokonane zmiany, a trzech Wykonawców (EVENT-FACTORY S.C. K.KOPER S.GODULA, BERM Sp. z o.o. Sp. k., OMDEXPO POLSKA Sp. z o.o.,) nie wyraziło zgody na dokonane zmiany w ich ofertach ze względu na odmienną interpretację postanowień SIWZ w zakresie wyceny zawartej w Formularzu Cenowym (Załącznik nr 5 do SIWZ), tj.: uwzględnienie przez Wykonawców wszystkich kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia na danych imprezach promocyjnych wymienionych w cz. E Formularza Cenowego, a nie dokonanie ich wyceny tylko na podstawie wzoru określonego przez Zamawiającego, nie zawierającego w cz. C i D Formularza Cenowego wielu kosztów niezbędnych do wykonania zamówienia, takich jak:

- 1) stałych kosztów transportu (minimalnej kwoty za zamówiony transport, którą trzeba pokryć niezależnie od przejechanych kilometrów);
- 2) kosztów transportu elementów dodatkowych;
- 3) kosztu transportu osobowego ekip technicznych ich noclegów i wyżywienia;
- 4) opłaty za wynajem sprzętu liczonej za dzień oraz jednorazowej opłaty niezależnie od ilości dni na jaki sprzęt został wypożyczony;
- 5) wyceny obsługi specjalisty np. dźwiękowca, serwisanta itd.;
- 6) wyceny wynagrodzenia agencji za każdy potencjalnie zorganizowany event.



Ponadto, Wykonawcy wskazywali, iż kalkulacji tych dodatkowych względem wzoru Formularza Cenowego kosztów, dokonali w oparciu o inną liczbę dni niż wyliczył to Zamawiający, tzn.: nie tylko liczby dni trwania danej imprezy ale również dodatkowych dni na przygotowanie stoiska przed wydarzeniem oraz dni na złożenie stoiska po wydarzeniu promocyjnym. W tym miejscu należy zauważyć, że SIWZ nie zawierał postanowień w zakresie liczby dni danej imprezy promocyjnej jaką należy przyjąć do kalkulacji cenowej.

Podkreślenia wymaga fakt, iż każdy z Wykonawców, któremu Zamawiający poprawił oczywiste omyłki rachunkowe w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy, odmiennie interpretował postanowienia SIWZ w zakresie sposobu wyceny zawartej w Formularzu Cenowym (Załącznik nr 5 do SIWZ), co tym samym ma wpływ na ocenę Zamawiającego w kryterium oceny ofert „K1 - Cena oferty brutto – 50%” (w odniesieniu do zapewnienia usługi transportu, montażu i demontażu oraz obsługi stoiska na Imprezie Promocyjnej oraz usług najmu wyposażenia i sprzętu multimedialnego).

W tym miejscu jednocześnie należy zauważyć, iż Zamawiający w pozycji nr 15 w cz. E Formularza Cenowego wskazał miejsce odbywania imprezy promocyjnej jako Karpacz/Krynica Zdrój przy jednoczesnym braku określenia w SIWZ, którą z odległości należy przyjąć przy kalkulacji kosztów transportu.

Zamawiający nie uwzględnił cz. C i D wzoru Formularza Cenowego wszystkich kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia, a jednocześnie określił że cenę, jaką przyjmie do oceny w kryterium oceny ofert K1 - Cena oferty brutto – 50%” (w odniesieniu do zapewnienia usługi transportu, montażu i demontażu oraz obsługi stoiska na Imprezie Promocyjnej oraz usług najmu wyposażenia i sprzętu multimedialnego) będzie stanowiła suma cen z cz. C i D wzoru Formularza Cenowego, stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ. W związku z tym, iż te koszty Wykonawcy uwzględnili w kosztach poszczególnych imprez promocyjnych wymienionych z cz. E Formularza Cenowego (z uwagi na brak miejsca w cz. C i D wzoru Formularza Cenowego przekazanego przez Zamawiającego), Zamawiający nie jest w stanie ocenić, czy każdy z Wykonawców przyjął te same pozycje do wyceny. Natomiast z analizy pism, które Wykonawcy przesłali w odpowiedzi na dokonane poprawki omyłek rachunkowych wynika, że każdy z nich przyjął inne założenia do wyceny poszczególnych imprez promocyjnych.

Reasumując, Zamawiający dokonał korekty ofert Wykonawców ingerując w sposób nieuprawniony w treść oświadczeń woli Wykonawców, co potwierdzają stanowiska Wykonawców przedstawione w odpowiedzi na poprawienie oczywistej omyłki. Oznacza to, że dokonanie czynności poprawienia w ofertach omyłek rachunkowych, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w ww. zakresie (części E Formularza Cenowego) było nieprawidłowe. Należy również wskazać, iż Zamawiający prawidłowo dokonał czynności poprawienia omyłki rachunkowej, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp jedynie w ofercie OMDEXPO POLSKA Sp z o.o., w zakresie poprawy sumowania części A Formularza cenowego.



Istotą omyłek wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp jest ich oczywisty charakter. Możliwość ich sprostowania zachodzi zatem jedynie wówczas, gdy nie ma żadnych wątpliwości co do tego jakie powinno być poprawne brzmienie dotkniętej błędem treści oraz wynik dokonanej poprawy.

W orzecznictwie utrwalił się pogląd, iż oczywiste omyłki rachunkowe to błędy wynikające z niewłaściwego przeprowadzenia działań arytmetycznych, w szczególności błędne zsumowanie lub odjęcie poszczególnych pozycji. Oczywistość omyłki polega nie tylko na łatwości w jej dostrzeżeniu ale również na braku wątpliwości, jak powinna być poprawiona, co powinno wynikać z treści oferty, a nie z domniemań Zamawiającego. W przedmiotowym przypadku nie można mówić o oczywistości omyłek z uwagi na odmienną interpretację każdego z Wykonawców postanowień SIWZ w zakresie sposobu obliczenia ceny oraz treści załącznika nr 5 do SIWZ – Formularz Cenowy oraz wątpliwości Zamawiającego, co do tego jak poszczególne oferty powinny zostać poprawione.

Należy zatem uznać, iż oferty są nieporównywalne w kryterium oceny ofert *K1 - Cena oferty brutto - 50%* (w odniesieniu do zapewnienia usługi transportu, montażu i demontażu oraz obsługi stoiska na Imprezie Promocyjnej oraz usług najmu wyposażenia i sprzętu multimedialnego).

Powyższe oznacza, że postanowienia SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert były niejednoznaczne i prowadziły do złożenia ofert nieporównywalnych. Dopuszczenie do tak różnych możliwości rozumienia dokumentacji przedmiotowego zamówienia powoduje brak możliwości porównania złożonych ofert. W związku z zaistniałym stanem faktycznym postępowanie nie zapewniało równego traktowania Wykonawców, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, uniemożliwiając wybór oferty najkorzystniejszych zgodnie z przepisami ustawy.

Mając na uwadze, iż w niniejszym postępowaniu opis kryteriów oceny ofert nie był jednoznaczny i spowodował złożenie ofert, których nie można ze sobą porównać, to w konsekwencji postępowanie obarczone jest wadą nieusuwalną po upływie terminu składania ofert, której wystąpienie skutkuje nieważnością postępowania prowadzonego przez Zamawiającego .

W związku z powyższym należy podkreślić, że zgodnie z art. 146 ust. 6 ustawy, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Uwzględniając powyższy zaistniały stan faktyczny należy stwierdzić, że:

- 1) czynność poprawy omyłek rachunkowych w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy w zakresie części E Formularza Cenowego została dokonana nieprawidłowo,
- 2) w przedmiotowym postępowaniu nieprecyzyjne określenie kryteriów oceny ofert ma znaczący wpływ na wynik postępowania,
- 3) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą zidentyfikowaną na etapie badania i oceny ofert, tj. po terminie na ich składanie,



4) powyższa wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego z uwagi na przepis zawarty w art. 146 ust. 6 ustawy.

Powyższe oznacza, że przedmiotowe postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Powyższe stanowisko potwierdza utrwalone orzecznictwo KIO.

Zgodnie bowiem z tezą wyroku KIO z dnia 9 października 2020 r., sygn. akt KIO 2348/20 „przesłanką prawidłowego zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. jest to, że ustalona w postępowaniu wada, która jest niemożliwa do usunięcia, uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Taka konstrukcja przepisu odsyła do art. 146 p.z.p., w którym wymienione są wszystkie przypadki naruszenia Pzp powodujące konieczność unieważnienia umowy. Odesłania nie można jednak ograniczać wyłącznie do art. 146 ust. 1 p.z.p., który zawiera zamknięty i bardzo ograniczony katalog sytuacji powodujących unieważnienie umowy, gdyż skutkowałoby to tym, iż wystąpienie innych wad w postępowaniu nie mogłoby być powodem jego unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Taka wykładnia prowadziłaby do błędnego wniosku, że nawet wystąpienie wady w sposób oczywisty wypaczającej wynik postępowania nie daje zamawiającemu prawa do unieważnienia postępowania, podczas gdy zawarcie umowy będzie rodzić skutki w postaci dochodzenia jej nieważności lub unieważnienia przez innych wykonawców na podstawie odrębnych przepisów, czego w przypadku wad innych niż określone w art. 146 p.z.p. nie zabrania. Niezbędne jest więc uznanie, że przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. dotyczy również tych okoliczności unieważnienia umowy, w których czynności tej dokonuje sąd na wniosek Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (uprawnienie Prezesa wynika z art. 146 ust. 6 p.z.p.). Tym samym wszelkie wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o ile nie dadzą się usunąć, będą przesłanką unieważnienia postępowania”.



Zgodnie z tezą wyroku KIO, sygn. akt KIO 2438/20: „zgodnie z art. 91 ust. 1 p.z.p. zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednak - co oczywiste - wybór najkorzystniejszej oferty musi nastąpić z poszanowaniem wyrażonej w art. 7 ust. 1 p.z.p. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zatem w sytuacji, gdy stwierdzona i opisana konstrukcja kryteriów oceny ofert nie gwarantuje zachowania tych zasad to wybór najkorzystniejszej oferty nie może zostać dokonany. W konsekwencji wskazać należy, iż gdyby Zamawiający, wobec opisanych wyżej wad kryteriów, zdecydował się kontynuować postępowanie i doprowadzić do wyboru najkorzystniejszej oferty, to miałby wszelkie podstawy liczyć się z możliwością unieważnienia umowy na skutek realizacji wynikającego z art. 146 ust. 6 p.z.p. Z tego względu niewątpliwym jest, że Zamawiający ma podstawy do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. i unieważnienia postępowania jako obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.”.

Jednocześnie zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 27 stycznia 2021 r., sygn. akt. KIO 3531/20, skoro treść SIWZ jest niejednoznaczna, to konsekwencji tej niejednoznaczności nie może ponosić Wykonawca. Ponadto fakt, że postanowienia były niejednoznaczne i prowadziły do złożenia ofert nieporównywalnych został udowodniony treścią złożonych ofert. Dopuszczenie do tak różnych możliwości rozumienia dokumentacji zamówienia powoduje brak możliwości porównania złożonych ofert. W tym stanie rzeczy postępowanie nie zapewnia równego traktowania Wykonawców i prowadzi do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, uniemożliwiając wybór oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy. Nie można bowiem zapominać o triadzie zamówień publicznych - treść dokumentacji zamówienia powinna być zgodna ze złożoną ofertą i obie powinny odpowiadać zawartej umowie. Jeśli nie ma tu ciągłości, to nie można zawrzeć skutecznej umowy o zamówienie publiczne. Z mocy art. 29 ust. 1 ustawy obowiązkiem Zamawiającego jest jednoznaczny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia i podanie wszystkich okoliczności, które pozwolą Wykonawcy na przygotowanie oferty. Skoro opis ten nie jest jednoznaczny i spowodował złożenie ofert, których nie można ze sobą porównać, w konsekwencji postępowanie obciążone jest wadą nieusuwalną po upływie terminu składania ofert, której wystąpienie skutkuje nieważnością prowadzonego przez Zamawiającego postępowania.

Z poważaniem,

Dyrektor Generalny

dr Tomasz Bzukała

/podpisano elektronicznie/

