

Postępowanie znak: ZP.271.8.2014

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z przepisami art. 39-46 ustawy o wartości szacunkowej nieprzekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust.8 na konserwację miejskiej sieci kanalizacji deszczowej na terenie miasta Iławy.

### Ogłoszenie o unieważnieniu postępowania

Burmistrz Miasta Iławy działając na podstawie art. 93 ust. 3 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz.U.2013, poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp” informuje, że unieważnia postępowanie na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4) i 7) ustawy Pzp związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, gdyż cena oferty z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a zamawiający nie może jej zwiększyć do ceny oferty oraz postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

### UZASADNIENIE

W dniu 01.04.2014r Zamawiający wszczął postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na konserwację miejskiej sieci kanalizacji deszczowej na terenie miasta Iławy. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w §XIII ust. 2 Zamawiający zawarł zapis, iż „Cenę oferty (wartość brutto oferty) należy wyliczyć zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r. Nr 54, poz. 535)” natomiast w formularzu cenowym – wzór nr 1 podał stawkę podatku VAT w wysokości 23%. Do upływu terminu składania ofert nie wpłynęło do zamawiającego żadne pytanie odnośnie treści SIWZ. W dniu 09.04.2014r do godz 10.30 wpłynęły następujące oferty:

1. Oferta nr 1 - MBW Sp. z o.o., ul. Obrońców Tobruku 25/144, 01-494 Warszawa, oferta złożona w dniu 09.04.2014 godz. 07.35, ofertowa cena brutto: 149.917,80 zł.
2. Oferta nr 2 - „KOGUT” Usługi Komunalne Ksenia Tyszyńska, ul. Żeromskiego 2, 82-400 Sztum, oferta złożona w dniu 09.04.2014 godz. 10.20, oferowana cena brutto 119.015,00 zł.
3. Oferta nr 3 – EKO-SERVICE Sp. z o.o., Sp. K., ul. Sowia 6B, 32-500 Chrzanów, oferta złożona w dniu 09.04.2014 r godz. 12.30. Oferta nie podlegała otwarciu, gdyż została złożona po upływie terminu składania ofert tj. 09.04.2014 godz. 10.30.

Po złożeniu ofert Zamawiający dokonując sprawdzenia złożonych ofert stwierdził, że wykonawcy złożyli oferty z różnymi stawkami VAT. Wykonawca, który złożył ofertę nr 2 dokonał samodzielnej zmiany zapisów formularza ofertowego w zakresie podatku VAT ze stawki 23% na stawkę 8%. Dokonanie takiej zmiany nie mieści się w kategorii innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, o której mowa w art. 87 ust.2 pkt 3) ustawy Pzp. Jak zostało wskazane w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie (sygn. akt: XII GA 429/09): „artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z założenia, zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane, jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp”. W odniesieniu do pojęcia „istotności zmiany treści oferty” stwierdzić należy, iż pojęcie to winno być rozpatrywane na tle każdego stanu faktycznego odrębnie, gdyż nie zostało ono przez ustawodawcę zdefiniowane w żadnym przepisie ustawy. Nie bez znaczenia w tym zakresie jest ocena sytuacji wykonawców w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (ranking wykonawców), brzmienie wymogów SIWZ co do treści oferty, jak również wynikające z nich skutki dla oceny ofert. Takie stanowisko zostało zaprezentowane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 listopada 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1425/09; KIO/UZP 1426/09). Warto również w tym zakresie wskazać na wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 102/09), z którego wynika, iż „kwalifikator „istotnych zmian”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. W przedmiotowym przypadku działanie wykonawcy miało charakter świadomy, gdyż samodzielnie dokonał zmiany treści formularza cenowego w zakresie stawki VAT oraz zmiana ta jest istotna, gdyż powoduje wzrost kwoty oferty w przypadku jej wprowadzenia. Wykonawca nie skorzystał także z przysługującego mu w ustawie prawa wynikającego z art. 38 ust.1 ustawy Pzp tj. nie zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ przed upływem składania ofert. W związku z powyższym oferta wykonawcy firmy „KOGUT” Usługi Komunalne Ksenia Tyszyńska, ul. Żeromskiego 2, 82-400 Sztum podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2) ustawy Pzp.

Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia kwotę brutto w wysokości 121.400,00 złotych natomiast cena oferty niepodlegającej odrzuceniu wynosi: 149.917,80 zł. Zamawiający dokonał analizy, czy będzie istniała możliwość zwiększenia kwoty przewidzianej na realizację zadania do ceny oferty najkorzystniejszej w wyniku, której stwierdził, iż nie ma możliwości zwiększenia kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia z kwoty 121.400,00 zł brutto do ceny

oferty najkorzystniejszej tj.: 149.917,80 zł. Reasumując kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest niższa od ceny najkorzystniejszej oferty, w związku z tym postępowanie podlega unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4) ustawy Pzp.

Zamawiający dokonał ponownej analizy dokumentacji postępowania i stwierdził, że różnica w interpretacji zapisu dotyczącego określenia stawki VAT mogła spowodować, iż wykonawcy złożyli oferty z różnymi stawkami VAT, tym samym złożone oferty są nieporównywalne pod względem ekonomicznym i skutkowałyby wyborem oferty, która w postępowaniu nie jest ofertą najkorzystniejszą. Mogłoby to spowodować nierówne traktowanie wykonawców i złamanie zasady uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust.1 ustawy Pzp, która stanowi fundamentalną zasadę udzielania zamówień. Na etapie przeprowadzania postępowania żaden z wykonawców nie wniósł zastrzeżeń ani zapytań dotyczących wskazanej przez Zamawiającego formularzu cenowym stawki VAT. Nie pozostało bez wpływu na decyzję Zamawiającego o dalszym prowadzeniu postępowania, gdyż nie miał on świadomości, że pozostawienie takiego zapisu może spowodować nieporównywalność oraz ofert wybór oferty niebędącej ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie. Ponadto zamawiający nie miał wiedzy, iż na tego typu usługi Wykonawcy mogą zastosować obniżoną stawkę VAT w wysokości 8%. Takie błędne działania zamawiającego mogło się przyczynić do faktu, iż wykonawcy musieliby być inaczej traktowani, a złożone przez nich oferty nie zostałyby wybrane. Dalsze prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na zasadzie nierównego traktowania wykonawców jest nie tylko niezgodne z zasadami systemu zamówień publicznych, ale również pozostaje w sprzeczności z obowiązującą zamawiającego, na podstawie przepisów o finansach publicznych, zasadą celowego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych. Należy również uznać, iż zamawiający działał pod wpływem błędu w zakresie świadomości ustalenia stawki VAT w formularzu ofertowym. Zamawiający był błędnie przekonany, iż podjęte przez niego starania w tym zakresie zapewniły opisanie warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu obliczenia ceny oferty w sposób zapewniający realizację potrzeb zamawiającego, jak również zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i uzyskania oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Dopiero po otwarciu ofert i podstawieniu pod wzory danych ze złożonych ofert, powziął informację, że jego interpretacja jest błędna i prowadzi do złamania podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Nie może budzić wątpliwości, fakt, że gdyby zamawiający wiedział o zaistniałym błędzie sprostowałby go na etapie udzielenia odpowiedzi lub też przed upływem terminu składania ofert zgodnie z art. 38 ust.4 ustawy Pzp. Jednakże żaden z wykonawców takiego działania nie podjął, a zamawiający nie posiada środków prawnych by poprosić wykonawców o to by przedstawili swoje stanowisko, jak rozumieją zapisy SIWZ.

Mając powyższe na uwadze, postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą. Zgodnie z dyspozycją art. 93 ust.1 pkt. 7) w związku z art. 146 ust. 5 i 6 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Z uwagi na fakt, iż na tym etapie prowadzonego postępowania nie ma możliwości usunięcia wadliwych zapisów specyfikacji, gdyż upłynął termin składania ofert postępowanie jest obarczone wadą niemożliwą do usunięcia..

Wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust.1 pkt 7 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 niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 nie odwołuje się jednak wyłącznie do art. 146, a tym samym przesłanki określone w art. 146 ust. 1 nie stanowią wyłącznej podstawy do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 (zob. wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2011 r., KIO 34/11, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)). Tym samym wszelkie wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o ile nie dadzą się usunąć są przesłanką unieważnienia postępowania (dla por. np. wyrok KIO z dnia 25 sierpnia 2010r KIO/UZP 1733/10, LEX nr 621683). W wyroku KIO 1900/12 Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, iż „zamawiający są uprawnieni do badania okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania, które mieszczą się w dyspozycji art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Przeciwny pogląd prowadziłby do wniosku, że zamawiający nie może unieważnić postępowania, w którym doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp (którego nie można usunąć) mającego wpływ na wynik postępowania, jeśli nie jest to wada wymieniona w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. W konsekwencji stanowiłoby to przyzwolenie na zawieranie umów nawet w sytuacji, gdy postępowanie obarczone byłoby poważną wadą, jeśli wada ta jest nieusuwalna. Taki pogląd wydaje się nie do zaakceptowania”.

Reasumując postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4) ustawy Pzp w związku z tym, iż cena oferty z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia. Dodatkową przesłanką unieważnienia jest art. 93 ust.1 pkt 7) ustawy Pzp, gdyż w przedmiotowym postępowaniu wystąpiła niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy.

BURMISTRZ  
MIASTA JAWY  
dr inż. Włodzisław Ptasznik