

NR/ZP/5/2021/KTBS/MH/D-ZN/2021

Katowice, dnia 22.12. 2021r.

Zamawiający:

Katowickie TBS Sp. z o.o.

ul. Krasińskiego 14

40-019 Katowice

https://platformazakupowa.pl/pn/tbs_katowice/proceedings

nr postępowania: ZP/5/2021

**Informacja na stronę internetową
prowadzonego postępowania**

**ZAWIADOMIENIE O UNIEWAŻNIENIU CZYNNOŚCI WYBORU NAJKORZYSTNIEJSZEJ OERTY
ZAWIADOMIENIE O ODRZUCENIU OFERT
ZAWIADOMIENIE O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA**

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na **ZAPROJEKTOWANIE I WYBUDOWANIE BUDYNKU MIESZKALNEGO WIELORODZINNEGO Z GARAŻEM PODZIEMNYM I CZĘŚCIĄ USŁUGOWĄ W PARTERZE (ŻŁOBEK), NA I PIĘTRZE (BIURA DYREKCJI MIEJSKIEJ BIBLIOTEKI PUBLICZNEJ). WRAZ Z ZAGOSPODAROWANIEM TERENU I PRACAMI TOWARZYSZĄCYMI W TYM ROZBIÓRKĄ BUDYNKU BIUROWEGO TYPU LIPSK.**

Zamawiający – Katowickie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. z uwagi na zapadłe dnia 16 grudnia 2021 roku orzeczenie – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie toczącej się pod sygnaturą akt KIO 3538/21, zgodnie z którym Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2021 roku poz. 1129 t.j. ze zm.) – dalej jako „ustawa PZP” to jest ze względu na błąd w obliczeniu ceny, Zamawiający zawiadamia o:

- 1) unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty

Jednocześnie, działając na podstawie art. 260 ust. 1 oraz ust. 2 w zw. z art. 255 pkt 3 ustawy PZP Zamawiający zawiadamia o:

- 1) unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia nr ZP/5/2021 ze względu na fakt, że po odrzuceniu oferty (nakazany wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej) ceny wszystkich pozostałych w postępowaniu ofert (bez względu na ich kolejność w rankingu ofert) przewyższają kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny żadnej oferty spośród pozostałych w postępowaniu ofert.

Uzasadnienie prawne:

- 1) zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej wydanym dnia 16 grudnia 2021 roku (sygn. akt KIO 3538/21) oferta jednego z wykonawców podlega odrzuceniu
- 2) zgodnie z art. 255 pkt 3 ustawy PZP – Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną

■ Wynajem mieszkań ■ Zarządzanie nieruchomościami własnymi ■ Nowoczesne inwestycje



przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty – po dokonaniu odrzucenia oferty, której odrzucenie nakazała Izba, ceny wszystkich pozostałych ofert (spośród których Zamawiający dokonałby wyboru oferty najkorzystniejszej), przewyższają kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty

Uzasadnienie faktyczne:

Działając na podstawie art. 222 ust. 4 ustawy PZP, Zamawiający udostępnił na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie niniejszego zamówienia w wysokości: 50 019 410,66 zł brutto (*słownie: pięćdziesiąt milionów dziewiętnaście tysięcy czterysta dziesięć 66/100 złotych*)

W niniejszym postępowaniu złożono cztery oferty:

1. RISER Sp. z o.o. 43-603 Jaworzno ul. Inwalidów Wojennych 8	
Cena ofertowa netto:	47 309 105,08 zł
Podatek VAT:	4 174 615,43 zł
Cena ofertowa brutto:	51 483 720,51 zł
2. Przedsiębiorstwo Budowlane DOMBUD S.A. 40-059 Katowice ul. Drzymały 15	
Cena ofertowa netto:	51 565 618,00 zł
Podatek VAT:	4 441 209,44 zł
Cena ofertowa brutto:	56 006 827,44 zł
3. BUDMEX Sp. z o.o. 43-603 Jaworzno ul. Inwalidów Wojennych 8	
Cena ofertowa netto:	48 380 937,50 zł
Podatek VAT:	4 964 500,00 zł
Cena ofertowa brutto:	53 345 437,50 zł
4. PBO Śląsk Sp. z o.o. ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec	
Cena ofertowa netto:	44 804 172,27 zł
Podatek VAT:	4 033 827,73 zł
Cena ofertowa brutto:	48 838 000,00 zł

Zamawiający dnia 24 listopada 2021 roku zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W dniach 3 grudnia 2021 roku oraz 6 grudnia 2021 roku do Zamawiającego wpłynęły odwołania dotyczące ww. wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 15 grudnia 2021 roku odbyła się rozprawa przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie połączonych odwołań.



Dnia 16 grudnia 2021 roku Izba wydała orzeczenie, w którym nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty jednego z wykonawców

Z kolei – po dokonaniu odrzucenia ww. oferty, na etapie ponownego 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 złożenia podmiotowych środków dowodowych (art. 126 ust. 1 ustawy PZP), 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 nieprzewodzenie procedury wzywania do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów oraz oświadczeń w przypadku, gdy zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W tym względzie Zamawiający informuje również, że nie sklasyfikował pozostałych 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 pozostałe oferty przekraczają środki przeznaczone przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, toteż bez znaczenia pozostaje która z pozostałych 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.

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 z 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.

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 zostaną 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 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.

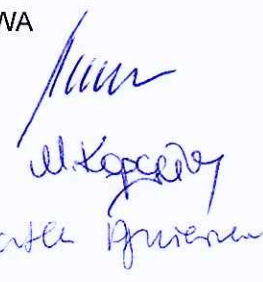
Katowickie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o.

KOMISJA PRZETARGOWA

Mariusz Hyliński

Wioletta Kopczyńska

Agnieszka Kwiatek



WICEPREZES ZARZĄDU
Katowickiego TBS Sp. z o.o.
Agnieszka Kozłowska-Pokorska

Zatwierdził:
PREZES ZARZĄDU
Katowickiego TBS Sp. z o.o.
Janusz Olesiński

■ Wynajem mieszkań ■ Zarządzanie nieruchomościami własnymi ■ Nowoczesne inwestycje