

**Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Pisz**

**ul. Tęczowa 2, 12-200 Pisz**

Pisz, dnia 10 grudnia 2024 r.

### **ZAWIADOMIENIE O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA**

*dot.: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą” pn.: „Dostawy paliw płynnych dla pojazdów i maszyn Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Pisz”*

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Pisz, działając zgodnie z art. 260 ust. 1 i 2 ustawy zawiadamia o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy, jako postępowanie obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

#### **Uzasadnienie faktyczne i prawne**

Zgodnie z postanowieniami cz. XVIII Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SWZ”, złożone w postępowaniu oferty oceniane miały być wedle dwóch kryteriów: „ceny brutto” o znaczeniu 60,00 pkt oraz kryterium „stały rabat od ceny producenta paliwa”, za który Wykonawca mógł otrzymać maksymalnie 40,00 pkt. Sposób przyznawania punktów w ramach kryterium cena brutto został opisany przez Zamawiającego w cz. XVIII SWZ ust. 2 pkt 1 w sposób precyzyjny i niebudzący wątpliwości. Natomiast sposób punktowania w kryterium stały rabat został określony następująco:

Stały rabat od ceny producenta paliwa – 40 pkt

$$R=A/B \times 40 \text{ pkt}$$

gdzie: A – wysokość stałego rabatu, udzielonego od ceny producenta paliwa w badanej ofercie,

B – najwyższy udzielony stały rabat od ceny producenta paliwa spośród ofert badanych.

Jeżeli Wykonawca zaoferuje marżę, w kryterium stały rabat od ceny producenta paliwa otrzymuje 0 pkt. W tym kryterium można maksymalnie uzyskać 40 punktów.

Ocena ofert w powyższy sposób ujawniła jednak kluczowy błąd dokumentacji przetargowej. SWZ nie zawiera bowiem zapisów, co do dalszego toku postępowania w sytuacji gdy Wykonawca złoży ofertę, w której udzieli rabatów o różnej wartości dla każdego z rodzajów paliwa, wymienionych w formularzu cenowym.

W formularzu ofertowym Wykonawca miał przedstawić stały rabat/marża\* w wysokości \_\_\_\_\_ %, który będzie stosowany w odniesieniu do cen producenta paliwa obowiązujących przy rozliczeniach z Zamawiającym.

Natomiast w formularzu cenowym, stanowiącym podstawę wyliczenia łącznej ceny ofertowej Wykonawca mógł wpisać różną wartość stałego rabatu dla każdego z rodzajów paliwa:

Lp.	Rodzaj paliwa	Cena netto (producenta) 1 litra paliwa* (PLN)	VAT (%)	Cena brutto (producenta) 1 litra paliwa* (PLN)	Przewidywana wielkość dostawy paliwa (litry)	Wartość brutto $kol.4 \times kol.5$ (PLN)	Stały rabat/ marża ** (%)	Wartość brutto pomniejszona o rabat / powiększona o marżę (PLN)
	1	2	3	4	5	6	7	8
I	Benzyna bezołowiowa Pb 95				1 698		(+/-)	
II	Benzyna bezołowiowa Pb 98				376		(+/-)	
III	Olej napędowy ON				104 945		(+/-)	
<b>Łączna cena ofertowa brutto:</b>								

**\*\* niepotrzebne skreślić. Wartość dodatnia będzie traktowana jako marża / ujemna jako rabat. Proszę wstawić przed wartością odpowiedni znak (+/-).**

Zamawiający nie zastrzegł w dokumentacji przetargowej, że Wykonawca musi zaproponować taki sam stały rabat/marżę dla każdego rodzaju paliwa (95, 98, ON) ani nie określił czy rabat może mieć różną wartość dla każdego z rodzajów paliwa, tym samym powodując niejasności dla Wykonawcy w sposobie przygotowania oferty oraz uniemożliwiając jednoznaczną ocenę złożonych ofert.

W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone 2 oferty. Wykonawca składający ofertę nr 1 zaoferował różne wartości stałych rabatów dla poszczególnych rodzajów paliwa (Rabat ON - 3,15%, Rabat Pb95 - 1,51%, Rabat Pb98 - 1,51%).

Natomiast Wykonawca składający ofertę nr 2 zaoferował jedną wartość stałego rabatu – 2,85% dla poszczególnych rodzajów paliwa.

Komisja postanowiła na potrzeby oceny złożonych ofert przyjąć średnią wartość arytmetyczną dla kryterium stały rabat od ceny producenta paliwa dla oferty nr 1, w której Wykonawca zaoferował różne wartości stałego rabatu dla poszczególnych rodzajów paliwa:

dla PB 95 – 1,51%

dla PB 98 – 1,51%

dla ON – 3,15%

średnia arytmetyczna dla stały rabat  $(1,51 + 1,51 + 3,15) : 3 = 2,06$

Ponieważ Zamawiający nie przewidział w SWZ innego toku postępowania dla oceny oferty z różnymi wartościami dla stałego rabatu, członkowie komisji zdecydowali się na uśrednienie stałego rabatu w ofercie nr 1 na potrzeby wyliczenia ilości przyznanych punktów w kryterium stały rabat. Operacja ta pozwoliła na przyznanie w kryterium cena brutto dla:

Oferta nr 1  $(627\ 866,13 : 627\ 866,13) \times 60 \text{ pkt} \times 4 = 240,00 \text{ pkt}$

Oferta nr 2  $(627\ 866,13 : 629\ 611,68) \times 60 \text{ pkt} \times 4 = 237,60 \text{ pkt}$

oraz w kryterium stały rabat od ceny producenta paliwa

Oferta nr 1 (2,06 : 2,85) x 40 pkt x 4 = 115,20 pkt

Oferta nr 2 (2,85 : 2,85) x 40 pkt x 4 = 160,00 pkt.

Po zsumowaniu tak przyznanych punktów (Oferta nr 1 (240,00 pkt + 115,20 pkt) = 355,20 pkt;

Oferta nr 2 (237,60 pkt + 160,00 pkt) = 397,60,00 pkt) ofertą najwyżej ocenioną okazała się być oferta Wykonawcy BENTRA Dąbrowscy i Wspólnicy Spółka Jawna. W związku z powyższym do Wykonawcy tego zostało wystosowane wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Komisja uznała jednak, iż jej działanie było zbyt pochopne, a dokonana ocena przeczy zasadom przejrzystości postępowania, a także nie realizuje celu zamówienia, jakim jest uzyskanie najkorzystniejszej oferty. Dodatkowo budzi wątpliwości Zamawiającego, co do działania jakim jest interpretacja niejasności na korzyść Wykonawcy.

Mechanizm uśrednienia rabatu, przyjęty przez Komisję, punktuje bowiem ofertę nr 2, która w mniejszym stopniu spełnia wymogi uzyskania najwyższego możliwego rabatu od ceny producenta paliwa, będąc jednocześnie niekorzystnym dla oferty nr 1, która wskazała najwyższy rabat 3,15% dla oleju napędowego ON, którego ilość jest największa w stosunku do benzyny PB 95 oraz PB 98. Dodatkowo poprzez wskazanie największego rabatu dla oleju napędowego( ON stanowi ok. 98% wartości całego zamówienia) oferta nr 1 uzyskała wyższą liczbę punktów w kryterium cena brutto za realizację całego przedmiotu zamówienia.

Jednak bez względu na to, jaką metodą Komisja postanowiłaby przeliczyć punkty w kryterium pozacenowym w zaistniałej sytuacji, i tak nie może ona zostać ostatecznie zastosowana z jednego względu – żadna z metod nie została przewidziana w SWZ. Ukazany powyżej sposób punktacji stanowi jedynie próbę rozwiązania problemu zidentyfikowanego dopiero w toku badania ofert. Gdyby na obecnym etapie postępowania Zamawiający zdecydował się na wybór określonej metody oceny, decyzja ta oznaczałaby automatycznie wybór konkretnego Wykonawcy. Mając świadomość zaistniałego błędu w dokumentacji postępowania, jakkolwiek decyzja co do dalszego sposobu działania byłaby zatem arbitralnym i naruszającym zasadę równego traktowania Wykonawców wyborem zwycięzcy postępowania. W efekcie Zamawiający mógłby spotkać się z zarzutem, iż dokonał manipulacji zasadami oceny celem wyłonienia danego Wykonawcy. Wobec faktu, iż Zamawiający nie może dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty ze względu na błąd w opisie kryterium oceny ofert wykluczający wybór najkorzystniejszej oferty i nie ma możliwości wady tej wyeliminować na obecnym etapie procedury przetargowej, koniecznym jest unieważnienie postępowania ze względu na jego nieusuwalną wadę skutkującą brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Zgodnie z art. 255 pkt. 6 ustawy, Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wystąpienie wady w postaci braku zapisów regulujących zasady punktacji w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert jest faktem bezspornym, a jej istotność dla procedury wyboru oferty najkorzystniejszej została wykazana powyżej. Na obecnym etapie postępowania Zamawiający wady tej usunąć już nie może, co wynika z utrwalonej na gruncie prawa zamówień publicznych reguły podporządkowania Zamawiającego zawartym w SWZ zasadom prowadzenia przetargu. Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 lutego 2013 r. „zamawiający jest związany postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem nie może ich dowolnie zmieniać

*na etapie po złożeniu ofert, ani od nich odstąpić, bowiem stanowiłoby to naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy - zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania zgodnie z regułami ustawy, przy poszanowaniu zasad uczciwej konkurencji.” (Sygn. akt: KIO 241/13). Zresztą i z samego brzmienia art. 137 ust. 1 ustawy wynika, iż Zamawiający może zmienić SWZ „przed upływem terminu składania ofert”, a zatem po upływie tego terminu zmian tych już dokonać nie ma prawa.*

Komisja, która została powołana w niniejszym postępowaniu nie została wyposażona w SWZ w skuteczne narzędzie realizacji swoich obowiązków, tzn. w SWZ nie ustalono zasad, wedle których Komisja ma wypracować wspólną ocenę złożonych ofert zgodnie z przewidzianymi w SWZ kryteriami. Jakikolwiek działania Komisji zmierzające do punktacji ofert wedle przyjętych kryteriów prowadziły bowiem do konkluzji, iż dokumentacja postępowania nie zawiera kluczowych dla procesu oceny ofert zapisów, pozwalających na zgodne z SWZ przyznanie punktów w ramach kryterium pozacenowego. Z kolei jakkolwiek próba sanacji SWZ i tworzenie zasad oceny ofert już po ich otwarciu obarczona była świadomością, iż wybór danej metody jest jednocześnie wyborem konkretnego Wykonawcy. Działanie takie byłoby zatem kardynalnym naruszeniem zasady równego traktowania uczestników postępowania i uczciwej konkurencji. Jak stwierdziła KIO w wyroku z dnia 16 października 2020 r. „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” (aktualny na gruncie Pzp z 2019 r., sygn. akt KIO 2438/20). Poważny błąd postępowania polegający na braku możliwości wyłonienia oferty najkorzystniejszej jest zatem podstawą dla unieważnienia procedury przetargowej, co KIO potwierdziła również w wyroku KIO: 2513/21. W orzeczeniu tym skład orzekający stwierdził, że co prawda „art. 255 Prawa zamówień publicznych w pkt od 1 do 8 wskazane przyczyny unieważnienia postępowania sprecyzowano wąsko i konkretnie” ale „nie może to jednak prowadzić to wniosku, że zamawiający nie może unieważnić postępowania w przypadku stwierdzenia, z własnej inicjatywy, czy też na skutek wskazania przez inne podmioty, nawet bardzo poważnych uchybień, nieobjętych dyspozycją żadnego z ośmiu punktów art. 255 Prawa zamówień publicznych.” W wyroku tym Izba podjęła też bardzo istotny aspekt problemu wady postępowania, a mianowicie wskazała na konsekwencje zawarcia umowy wyniku rozstrzygnięcia przetargu obciążonego istotnym błędem. Jak stwierdziła Izba „zamawiający musieliby dalej prowadzić wszczęte postępowania o udzielenie zamówienia, a następnie zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego, która byłaby ważna i skuteczna, przynajmniej do czasu stwierdzenia jej nieważności stosownym orzeczeniem sądu. Powodowałoby to stan niepewności prawnej, gdyż zamawiający zmuszeni byłiby do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w wyniku przeprowadzenia postępowań obciążonych poważnymi i nieusuwalnymi wadami i oczekiwania na to, czy Prezes UZP wystąpi do sądu o stwierdzenie nieważności takiej umowy. Stanowisko takie nie może być zaakceptowane, gdyż prowadziłoby do generalnego przyzwolenia na zawieranie umów, które mogłyby podlegać późniejszej eliminacji z obrotu prawnego.” Dlatego też – jak podkreśla KIO- „Orzecznictwo i doktryna stanęły na stanowisku, że zamawiający decydując

*o unieważnieniu postępowania na podstawie wyżej wymienionego art. 255 są uprawnieni do brania pod uwagę nie tylko okoliczności skutkujących unieważnieniem zawartej umowy wynikających z art. 457 Prawa zamówień publicznych, ale również okoliczności mieszczących się w klauzuli generalnej art. 255 pkt 6 Prawa zamówień publicznych. Przyznanie wyłącznej kompetencji Prezesowi UZP do wzruszania zawartych już umów nie powinno stać na przeszkodzie niedopuszczeniu przez zamawiającego do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez unieważnienie postępowania, w razie stwierdzenia, że jest ono obciążone poważnymi i nieusuwalnymi wadami, które wpływają na ważność umowy.” Należy zauważyć, iż cytowany wyrok wydany został na gruncie analizy stanu faktycznego zbieżnego z sytuacją zaistniałą w niniejszym postępowaniu. Tam również Zamawiający dopuścił się istotnego błędu w zakresie konstrukcji pozacenowego kryterium oceny ofert, i tak samo wada ta miała „charakter nieusuwalny, skoro postępowanie znalazło się na etapie po upływie terminu składania ofert, a zatem nie ma możliwości zmiany postanowień SWZ dotyczących kryteriów oceny ofert”. Dlatego też obszernie zacytowany wyrok stanowi bezpośrednie uzasadnienie prawne dla podjętej przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania.*

Wskazana w art. 255 pkt 6 ustawy przesłanka unieważnienia postępowania zobowiązuje Zamawiającego do przerwania procedury przetargowej w sytuacji, gdy postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykazane w niniejszym zawiadomieniu okoliczności faktyczne bezspornie dowodzą braku możliwości wyboru najkorzystniejszej oferty i – w konsekwencji – braku możliwości zawarcia niewadliwej umowy, a przytoczone orzecznictwo rozstrzygające analogiczną sytuację, stanowi o poprawności dokonanej przez Zamawiającego czynności unieważnienia

Wobec powyższego uznać należy, iż unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy jest jedyną, możliwą na gruncie ustawy formą zakończenia prowadzonej procedury przetargowej, a wskazana podstawa prawna dokonanej czynności została określona prawidłowo.

**ZATWIERDZAM**

**Dyrektor**

***Leszek Jerzy Leniec***

Pisz, dn. 10.12.2024 r.