

KR.ROZ.2710.40.2023.IJ

**Informacja o unieważnieniu postępowania
w sprawie udzielenia zamówienia publicznego**

Działając zgodnie z dyspozycją art. 260 ust. 2 Ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), dalej: pzp, Zamawiający zawiadamia, iż w oparciu o art. 255 ust. 6 unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o nazwie: „*Roboty budowlane na terenie Nadzoru Wodnego w Żywcu etap III*” – oznaczenie sprawy KR.ROZ.2710.40.2023, w którym ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22.05.2023 r. pod numerem 2023/BZP 00226675/01. Zamawiający dokonuje unieważnienia postępowania w zakresie obydwu części zamówienia.

Uzasadnienie faktyczne

Zgodnie z przyjętym w § 3 projektu umowy sposobem rozliczenia, zadanie pn. „*Roboty budowlane na terenie Nadzoru Wodnego w Żywcu etap III*” ma odebrane i zapłacone „*na podstawie protokołu odbioru końcowego sporządzonego po wykonaniu danej części przedmiotu umowy w oparciu o ceny jednostkowe przyjęte w Kosztorysie ofertowym oraz według faktycznej ilości wykonanych i odebranych robót*”. Zapis ten stanowi klasyczną formułę stosowaną w przypadku kosztorysowego rozliczenia wykonanych prac. Warunkiem jednak zastosowania takiej metody rozliczenia jest uprzednie przygotowanie rzetelnego zestawienia prac do wyceny, który – po uzupełnieniu przez Wykonawcę o stawki jednostkowe - przyjmuje kształt kosztorysu ofertowego. Kosztorys taki, w zakresie pozycji i obmiarów jest z kolei przedmiarem, czyli – zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 6) Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym - opracowaniem zawierającym „*zestawienie przewidywanych do wykonania robót w kolejności technologicznej ich wykonania, wraz z ich szczegółowym opisem, miejscem wykonania lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis, z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostek miar robót podstawowych oraz wskazaniem podstaw do ustalania cen jednostkowych robót lub jednostkowych nakładów rzeczowych*”. Powyższe oznacza, iż kluczowym dla zastosowania rozliczenia kosztorysowego jest sporządzenie zestawienia prac składających się na przedmiot zamówienia, które w rodzaju i ilości odpowiada treści późniejszego zobowiązania Wykonawcy. Oczywistym jest, iż praktyka nie pozwala na enumerację w kosztorysie absolutnie wszystkich zadań i czynności niezbędnych do wykonania z punktu widzenia osiągnięcia celu umowy, jednak w doktrynie przyjmuje się, iż pominięcia takie mogą dotyczyć jedynie czynności pomocniczych, oczywistych z punktu widzenia toku prowadzonych prac lub takich, które poprzez odpowiadanie zapisu zawarte w pozostałych dokumentach zamówienia zostały włączone w zakres wyceny innych pozycji kosztorysowych. Nie mogą one jednak dotyczyć pozycji stanowiących kluczowy element realizacji zamówienia oraz które w sposób istotny wpływają na wycenę ofertową.

Na etapie badania kosztorysów ofertowych Zamawiający stwierdził, iż przygotowana przez niego dokumentacja przetargowa obarczona jest błędem polegającym na pominięciu w przygotowanych wzorach kosztorysów pozycji dotyczących wykonania tymczasowych grodzí z big-bagów oraz wykonania tymczasowego rurociągu bypass. Zgodnie bowiem z wytycznymi RDOŚ:

"Zakres prac obejmował będzie:

- (...)
- wykonanie tymczasowej grodziny z worków big-bag oraz tymczasowego rurociągu bypass, jednostronne umocnienie ścian wykopów umocnieniem pełnym balami iglastymi i drewnem (zostaną one rozebrane po zakończeniu prac).

Zastosowanie grodziny z big-bagów i bypassów pozwoli na bezpieczne i stałe przepuszczanie wód w potoku,

Zapewniając tym samym możliwość prowadzenia prac na sucho, ograniczając wpływ prowadzonych robót na organizmy wodne."

Co prawda, Zamawiający wskazał w dokumentacji postępowania, iż „Prace należy wykonać zgodnie z zgłoszonym przez PGW Wody Polskie Nadzór Wodny w Żywcu do Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Katowicach sposobem prowadzenia działań wyszczególnionych w piśmie znak: KR.5.4.532.42.2023.EK z dnia 09.02.2023 r.” (pkt 4.2 SWZ), jednak sama dyspozycja zastosowania się do wytycznych nie jest wystarczająca, bowiem nie została ona powiązana z możliwością rozliczenia tego obowiązku, a zatem Zamawiający nie posiada de facto mechanizmu wywiązania się z własnego zobowiązania umownego, czyli zapłaty za wykonane prace. Ponieważ wskazane prace mają charakter istotny, są pracami niezależnymi, policzalnymi, wymiernymi i rozliczalnymi, a także ze względu na fakt, iż ich wartość znacząco wpływa na koszt realizacji całego zamówienia, brak możliwości ich odbioru (zarówno w wymiarze merytorycznym jak i finansowym) stanowi o istotnej wadzie dokumentacji zamówienia.

Ponieważ, po otwarciu ofert Zamawiający nie jest uprawniony do zmiany treści Specyfikacji Warunków Zamówienia ani tworzenia zasad interpretacji jej zapisów, toteż opisanego wyżej błędu dokumentacji nie może na obecnym etapie postępowania w żaden sposób wyeliminować. Nie jest też w stanie zwrócić się do Wykonawców o złożenie dodatkowych wycen na pominięty w kosztorysach zakres zamówienia, bowiem działanie takie stanowiłoby kreowanie treści ofert po terminie ich składania. Oznacza to, że Zamawiający nie posiada żadnej możliwości naprawienia stwierdzonej wady postępowania, wada ta jest trwała oraz wyklucza zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powyższe przesądza o zaistnieniu przesłanki unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Uzasadnienie prawne

Zamawiający unieważnienia postępowanie na podstawie art. 255 ust. 6 Ustawy prawo zamówień publicznych. Unieważnienie następuje zgodnie z językową wykładnią wskazanego przepisu.

Stwierdzona w postępowaniu wada wypełnia wszystkie przesłanki wskazanego przepisu. Błąd konstrukcji Załącznika nr 4a i 4b został zauważony na etapie badania ofert, w związku z czym Zamawiający nie miał możliwości dokonania korekty zapisów SWZ przed terminem składania ofert, a tym samym usunięcia wady formularzy poprzez uzupełnienie ich treści o brakujące pozycje do wyceny. Powstała wada ma zatem charakter trwały i nieusuwalny, a dowód jej wystąpienia znajduje swoje potwierdzenie w dokumentach postępowania. Z kolei brak możliwości zawarcia ważnej umowy wynika z faktu, iż niemożliwa jest realizacja umowy z pominięciem zakresu prac określonych decyzją RDOŚ. Powierzenie wykonania zamówienia mogłoby zatem nastąpić jedynie przy jednoczesnej modyfikacji umowy polegającej na zwiększeniu zakresu prac. Zmiana taka nie jest jednak możliwa ani na podstawie klauzul zmiany umowy określonych w jej projekcie, ani bezpośrednio w oparciu o przesłanki ustawowe. Toteż wobec braku możliwości realizacji umowy w wynikającym z dokumentów postępowania kształcie, oraz w świetle braku opcji zmiany treści zobowiązania umownego po zawarciu kontraktu uznać należy, iż umowa obciążona jest wadą niewykonalności, a zatem podlegałaby ona sanacji nieważności z samej mocy prawa.

Podjmując decyzję o unieważnianiu postępowania Zamawiający kierował się stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 22 lutego 2017 r., sygn. akt: KIO 262/17, KIO stwierdziła, że: *Wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (z 2004 r.) 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. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego*". Z kolei w wyroku z dnia 7 lipca 2017 r., sygn. akt: KIO 1291/17, KIO zwróciła uwagę, iż „*Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (z 2004 roku) jest obligatoryjne, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przywołany przepis w swojej dyspozycji, wskazując na nieusuwalną wadę postępowania, odwołuje się do podstaw unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazuje bowiem, że dane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu, jeżeli – w sytuacji ewentualnego zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w takim postępowaniu – doszłoby do zawarcia umowy, która podlegałaby unieważnieniu.*

W kontekście podstaw unieważnienia postępowania należy również pomocniczo powołać się na przesłankę unieważnienia umowy określoną w art. 457 ust. 1 pkt 1 pzp. Przepis ten wskazuje, iż umowa podlega unieważnieniu, jeżeli Zamawiający „*z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert*". Warto jednak podkreślić iż zgodnie z szeroką interpretacją ww. przepustu ustawy sformułowanie „*z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia*" nie jest ograniczone jedynie do naruszeń związanych z niezamieszczeniem ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nieprzekazaniem ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Tym samym nieprecyzyjny lub niejasny opis przedmiotu zamówienia może stanowić naruszenie ustawy, prowadzące do unieważnienia umowy i tym samym do unieważnienia postępowania przez Zamawiającego. Powyższe stanowisko potwierdza orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 czerwca 2021 r. (sygn. akt KIO 1343/21). Jak wskazała Izba w uzasadnieniu przedmiotowego wyroku, zgodnie z dość ugruntowanym orzecznictwem zbudowanym na gruncie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp z 2004 r. niejasność lub nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia może stanowić podstawę unieważnienia postępowania (zob. np. orzeczenia z dnia 25 września 2017 r., sygn. akt KIO 1869/17 lub z dnia 4 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1507/17). Jednocześnie KIO uznała, że orzecznictwo w tym zakresie pozostaje aktualne także w obecnym stanie prawnym. Podobne rozważania dotyczące wykładni art. 457 ust. 1 pkt 1 nowej ustawy pzp można również odnaleźć w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2021 r. (sygn. akt KIO 913/21). Izba podkreśliła, że według poglądu wypracowanego w orzecznictwie wydanym na podstawie poprzedniego stanu prawnego prawidłowe unieważnienie postępowania z powodu obarczenia go nieusuwalną wadą na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp z 2004 r. musiało pozostawać w związku z przesłankami unieważnienia umowy określonymi art. 146 dawnego pzp. Jednocześnie KIO nakazała unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 nowej ustawy PZP i przyjęła, że w rozpatrywanej sprawie zastosowanie znajdzie art. 457 ust. 1 pkt 1 nowej ustawy PZP, gdyż zawarcie umowy stanowiłoby udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy. Izba w tym przypadku opowiedziała się zatem za wykładnią art. 457 ust. 1 pkt 1 nowej ustawy PZP, która wiąże możliwość unieważnienia umowy z sytuacją, gdy zamawiający „*z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia*". Tym samym błąd dokumentacji postępowania, stanowiący naruszenie art. 99 ust. 1 polegającej na niezachowaniu spójności wzoru kosztorysu ofertowego z wymogami realizacji zamówienia oraz naruszenie zasady przejrzystości określonej w art. 16 ust. 1 pkt 2) przejawiających się w niejednoznacznych zapisach dotyczących przedmiotu wyceny, pozowała na uzupełniając

powołanie się na art. 457 ust. 1 pkt 1 pzp jako przesłanki uzasadniającej unieważnienie postępowania z art. 255 pkt 6 pzp.

Mając na względzie powyższe, unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 Ustawy Pzp. jest w opinii Zamawiającego uzasadnione.

Zastępca Dyrektora

Monika Koniorczyk-Morawa
/dokument podpisany elektronicznie/