



Państwowe
Gospodarstwo Wodne
Wody Polskie

Szczecin, dnia 19.01.2021 r.

SZ.ROZ.2810.40.19.2020.JK

<https://www.przetargi.wody.gov.pl>
wg rozdzielnika

ZAWIADOMIENIE O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „**Dostawę i montaż urządzeń do monitoringu wędrówek ryb na dwóch przeławkach na rzece Rega, oraz demontaż urządzeń niesprawnych, w ramach projektu LIFE+ Rega pn.: „Budowa niebieskiego korytarza ekologicznego wzdłuż doliny rzeki Regi i jej dopływów”, (Akcja C.2.)**”

Uzasadnienie Prawne:

Zamawiający, Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Szczecinie działając na podstawie art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), dalej ustawa PZP, **zawiadamia o unieważnieniu przedmiotowego postępowania** na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawy PZP, gdyż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w związku z art. 146 ust. 6 ustawy PZP, który stanowi, że 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.

Uzasadnienie Faktyczne:

Przedmiotowe postępowanie prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego, którego wartość szacunkowa przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP. Do wyznaczonego ogłoszeniem i SIWZ terminu Zamawiający otrzymał dwie oferty, które ocenił w oparciu o obowiązujące w postępowaniu kryteria oraz określone warunki udziału w postępowaniu, dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej 02.12.2021 r. Po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty wniesiono odwołanie, z zachowaniem ustawowego terminu dla tej czynności, w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu m.in. naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych, w ten sposób, że przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powoduje niezachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz nierówne traktowanie wykonawców.

Zgodnie z treścią SIWZ warunek udziału w postępowaniu, co do którego odnoszą się zarzuty odwołania został określony w następujący sposób:

„*Celem spełniania warunku udziału Wykonawca musi wykazać, że wykonał należycie, nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwa zadania podobne do*”

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie

Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Szczecinie

ul. Tama Pomorzańska 13A; 70-030 Szczecin

tel.: +48 (91) 44 11 200 | faks: +48 (91) 44 11 300 | e-mail:szczecin@wody.gov.pl

www.wody.gov.pl

niniejszego przedmiotu zamówienia, to jest: dostawy i montażu urządzeń do monitoringu i rejestrowania wędrówek ryb o wartości indywidualnej każdego zadania nie mniejszej niż 400.000,00 zł brutto.”

Po ponownej analizie treści warunku, Zamawiający powziął wątpliwość czy, w związku z taką redakcją warunku Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą wykazać zadania, które w całości będą miały taką wartość, czy wchodzące w ich zakres – dostawy wraz z montażem. Problemy interpretacyjne treści powyższego warunku wskazują na wysokie prawdopodobieństwo, iż zawarta w wyniku przeprowadzonego postępowania umowa mogłaby zostać unieważniona, w związku z wypełnieniem się przesłanki wynikającej z art. 146 ust. 6 PZP, który przewiduje kompetencję Prezesa UZP do wystąpienia 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 – przy czym przesłanka wskazana w ust. 6 tego artykułu jest przepisem o klauzuli generalnej w zakresie unieważniania umowy. Generalność tego artykułu sprawia, że **wystarczające jest, aby wada postępowania mogła mieć, a nie tylko miała wpływ na jego wynik**. Zatem wszelkie wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o ile nie dadzą się usunąć, będą przesłanką unieważnienia postępowania (P. Granecki, Prawo zamówień publicznych, kom. do art. 93.).

Przesłanką obligatoryjną dla Zamawiającego unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy postępowanie to obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego jest art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy PZP.

Dla wypełnienia się powyższej przesłanki unieważnienia niezbędne jest ustalenie, iż:

- 1) w postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (wada postępowania), przy czym błędy w postępowaniu o marginalnym znaczeniu, pozostające bez wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, nie są wystarczającą podstawą do unieważnienia postępowania;
- 2) naruszenie to stanowi wadę niemożliwą do usunięcia przy czym jeśli wada jest usuwalna – konieczne jest jej usunięcie, w takim przypadku nie ma możliwości unieważnienia postępowania;
- 3) wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

W odniesieniu do określenia warunku udziału niemierzalnego, nieostrego, nastroczającego ogromnych wątpliwości interpretacyjnych niewątpliwie winno być uznane **za wadę, która może mieć wpływ na wynik postępowania**, gdyż oceniając każdą ofertę złożoną w postępowaniu pozostanie dylemat co jest a co nie jest „podobne” do przedmiotu zamówienia, a w związku z momentem powzięcia wątpliwości przez Zamawiającego (po terminie składania ofert) – jest wadą nieusuwalną. W wyroku z dnia 30 grudnia 2016 r., (KIO 2389/16), Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada o istotnym znaczeniu. Nie może to być wada zwykła - jakkolwiek wada postępowania.” Oznacza to, że pomiędzy dokonaniem przez Zamawiającego czynności lub zaniechaniem dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy Pzp, a wynikiem postępowania musi zaistnieć związek pozwalający wykazać ich wpływ nawet **potencjalny** na wybór oferty najkorzystniejszej – **musi dotyczyć kluczowych etapów, czynności fundamentalnych dla wyniku postępowania (w przedmiotowej sprawie jest to określenie warunków)**. W innym wyroku Izba również wskazuje, że „Istotnie celem prowadzenia procedury o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 91 ust. 1 pzp. Ten zamysł ustawodawcy realizuje zawarte w art. 35 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 roku o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104). dyrektywy wydatkowania środków publicznych. Należy mieć jednak na uwadze,

że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpić musi zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 7 ust. 3 pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy” (KIO 1261/19, KIO 1267/19)

Ponadto, Zamawiający dla warunków udziału dopuścił wspólne ich spełnianie przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (Konsorcjum), poprzez wskazanie „11.4 W odniesieniu do warunków określonych w pkt 7.2 SIWZ, wymagania te muszą być spełnione wspólnie przez Wykonawców składających ofertę wspólną (nie musi ich spełniać osobno każdy z Wykonawców składających ofertę wspólną).” W okolicznościach przedmiotowego postępowania przy tak sformułowanym warunku udziału („dostawa wraz z montażem”), taki zapis budzi uzasadnione wątpliwości co do równego traktowania Wykonawców i faworyzuje wykonawców wspólnie ubiegających o zamówienie. Każdy z tych Podmiotów mógłby wykazać jedno zamówienie, czyli spełniałby po „pół warunku”, tymczasem wykonawcy samodzielnie występujący musieliby spełniać warunek w „całości” wykazując dwa zamówienia – doświadczenie ma zaś charakter co do zasady niepodzielny. Łączne spełnianie warunku określone w powyższy sposób miałoby zastosowanie w przypadku określenia warunku np. wymóg wykonania 1 „dostawy” i 1 „montażu”.

W tym kontekście odnieść się należy również do orzecznictwa KIO m.in. w wyroku z dnia 7 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1495/14 izba wskazuje: „Inaczej jest jednak, jeśli treścią postawionego warunku udziału w postępowaniu jest wymóg wykonania dwóch lub więcej takich samych zadań. W takim bowiem wypadku, treścią warunku jest dwukrotne [lub więcej] wykonanie określonych przedsięwzięć, zaś miarą doświadczenia jest w takim wypadku nie tylko wykonanie określonego zadania, ale także niezakłócone kilkukrotne powtórzenie takich przedsięwzięć, co wpisuje się w trafną logikę, że o ile raz poprawna realizacja określonego zadania może być wynikiem pozytywnego, poniekąd przypadkowego obrotu zdarzeń, to powtarne zadowalające wykonanie takiego zadania świadczy o doświadczeniu podmiotu, które daje podstawę do przyjęcia, że wykonawca za każdym następnym razem wykonując takie zadanie – wykona je dobrze.” I dalej: „Sumowanie robót wykonanych przez dwa różne podmioty, wchodzące w skład konsorcjum, nie stwarza takiej sytuacji, jak wykonanie tych robót przez jeden podmiot. Żaden z tych podmiotów, poprzez zawiązanie konsorcjum nie zwielokrotnił swojego doświadczenia, nie znalazł się w sytuacji, że dwa razy wykonał określone roboty budowlane.”.

W innym wyroku KIO również odniósł się do łącznego spełniania warunków przez Konsorcjum „Nowela ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r. wprowadziła dwie dodatkowe regulacje odnoszące się do konsorcjów, których treść została zaimplementowana wprost z dyrektywy. Jednym z nich jest art. 23 ust. 5 p.z.p., zgodnie z którym zamawiający może określić szczególny sposób spełnienia warunków udziału w postępowaniu w przypadku wspólnego ubiegania się wykonawców o zamówienie. Drugi dodany do ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych przepis zawarto w art. 23 ust. 6 p.z.p. Pozwala on określić konsorcjum szczególne warunki realizacji kontraktu. Każdorazowo korzystając z nowo dodanych do art. 23 p.z.p. przepisów, zamawiający winien posiadać uzasadnienie, a określenie szczególnych warunków udziału w postępowaniu lub odmiennego sposobu realizacji kontraktu musi być także proporcjonalne.” (wyrok KIO dnia 6 października 2020 r., sygn..akt KIO 2013/20).

Wobec powyższego, Zamawiający z uwagi na naruszenie zasad konkurencji i równego traktowania wykonawców unieważnia postępowanie, ponieważ obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą prowadzącą do tego, iż nie można zawrzeć umowy niepodlegającej unieważnieniu.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie ustanowił dynamicznego systemu zakupów,

W imieniu Zamawiającego

**Dyrektor Regionalnego Zarządu Gospodarki
Wodnej w Szczecinie PGW WP
Marek Duklanowski**