

ZAWIADOMIENIE O ODRZUCENIU OFERTY I UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA

Postępowanie : „Budowa bazy sprzętowej i Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów w Gminie Orzysz oraz budowa wiat magazynowych w PSZOK w mieście Węgorzewo” – część II

ODRZUCENIE OFERTY W CZĘŚCI II - Budowa wiat magazynowych w PSZOK w mieście Węgorzewo

Zamawiający, działając na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2024r. , poz. 1320) zawiadamia o odrzuceniu oferty.

W przedmiotowym postępowaniu odrzucona zostaje oferta nr 3 złożona przez Wykonawcę - KAPIBARA Mateusz Małjurek Sp. z o.o., Sp. komandytowa, ul. Floriana 7, 44-190 Knurów

Odrzucenie oferty następuje na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2024r., poz. 1320) tj. zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Uzasadnienie prawne:

art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2024r., poz. 1320) - „*Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia*”

Uzasadnienie faktyczne:

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty. Komisja przetargowa zbadała oferty (między innymi dokonała badania rażąco niskiej ceny) i w dniu 07 sierpnia 2024r. wysłała do Wykonawcy – KAPIBARA Mateusz Małjurek Sp. z o.o. Sp. komandytowa, ul. Floriana 7, 44-190 Knurów wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Termin złożenia wyjaśnień upłynął w dniu 13.08.2024r. Wykonawca KAPIBARA Mateusz Małjurek Sp. z o.o. Sp. komandytowa ul. Floriana 7, 44-190 Knurów nie złożył w wyznaczonym terminie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wezwanie odwoływało się do obu przesłanek, o których mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, jednakże główna przesłanka dotyczyła tego, że cena oferty Wykonawcy KAPIBARA była niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. Wykonawca - KAPIBARA nie odpowiedział na to wezwanie. Zamawiający kontaktował się z Wykonawcą KAPIBARA również telefonicznie i uzyskał informację, że wyjaśnienia nie zostaną złożone.

UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA W CZĘŚCI II - Budowa wiat magazynowych w PSZOK w mieście Węgorzewo – część II

Mazurski Związek Międzygminny – Gospodarka Odpadami jako Zamawiający w postępowaniu o udzielenie ww. zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej ustawą Pzp, działając zgodnie z art. 260 w/w ustawy informuje, iż unieważnia przedmiotowe postępowanie w zakresie ww. Części II w oparciu o art. 255 pkt. 5 ustawy Pzp.

Uzasadnienie prawne:

Zamawiający na podstawie art. 255 pkt. 5 ustawy Prawo Zamówień Publicznych unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli „*wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie*

postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć”.

Uzasadnienie faktyczne:

Zamawiający – Mazurski Związek Międzygminny – Gospodarka Odpadami prowadził najpierw postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało unieważnione ze względu na brak ofert. Postępowanie 271/4/2024 jest drugim postępowaniem. Różnica względem pierwszego postępowania polegała na tym, że w postępowaniu 271/4/2024 w Części II ograniczono przedmiot zamówienia do budowy wiat (ściślej – budowa wiaty nr 6), rezygnując z dostaw samochodów do zbiórki odpadów.

Zamawiający podał kwotę 2.103.300,00 zł jako kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Kwota ta została podana błędnie. Według Zamawiającego powinna zostać podana kwota kilka razy niższa, ponieważ przedmiot zamówienia w Części II został ograniczony (poprzez rezygnację z dostaw samochodów do zbiórki odpadów) względem unieważnionego postępowania. Wartość netto zamówienia objętego Częścią II wynosi 280.000,00 zł i została ustalona „w dniu 08/07/2024 na podstawie kosztorysu inwestorskiego, który jest elementem dokumentacji technicznej sporządzonej przez PRZEDSIĘBIORSTWO INŻYNIERYJNO-USŁUGOWE INŻYNIERIA PRO-EKO SP. Z O.O. ul. Strażacka 37 43-382 Bielsko-Biała”. Zgodnie z kalkulacją „Rozliczenie zadań Polski Ład - szacowanie wartości — II przetarg” daje to wartość brutto 344.400,00 zł.

Na Część II zostały złożone trzy oferty. Dwie oferty były poniżej kwoty podanej jako ta, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Najkorzystniejsza była oferta złożona przez Wykonawcę KAPIBARA, opiewająca na cenę brutto 412.532,57 zł. Istotnym był fakt, że Wykonawca KAPIBARA realizował już inwestycję w zakresie budowy PSZOK i stacji przetadunkowej w Węgorzewie w formule zaprojektuj i wybuduj, a niniejsze postępowanie miało na celu wyłonić Wykonawcę, który dokończyłby wyposażenie PSZOK-u w wiaty magazynowe. Drugą w kolejności była oferta BUDIR System Sp. z o.o., opiewająca na cenę brutto 2.066.400,00 zł (nieznacznie niższą niż kwota, która została podana jako ta, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia).

Ze względu na wysokość ceny w ofercie Wykonawcy KAPIBARA, Zamawiający wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny, tj. że nie jest ona rażąco niska. Wezwanie odwoływało się do obu przesłanek, o których mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, jednakże wskazano tylko przesłankę dotyczącą tego, że cena oferty Wykonawcy KAPIBARA była niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. Wykonawca KAPIBARA nie odpowiedział na to wezwanie. Zamawiający skontaktował się z Wykonawcą KAPIBARA również telefonicznie i uzyskał informację, że wyjaśnienia nie zostaną złożone. Wykonawca ten nie podjął żadnego starania, aby wyjaśnić cenę, czyli by uzyskać zamówienie (w razie skutecznego wyjaśnienia ceny wystarczyłoby, że złożyłby wymagany podmiotowy środek dowodowy, po czym jego oferta zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza). W praktyce, wykonawcy, otrzymując ww. wezwanie, odpowiadają na nie, nawet jeśli ich wyjaśnienia okazują się niewystarczające (gdyż są ogólnikowe, niepoparte dowodami). W przypadku KAPIBARA brak złożenia wyjaśnień budzi tym większe wątpliwości, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę wcale nie była rażąco niska w świetle wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego. Jak wcześniej wskazano, Część II została oszacowana na 280 tys. zł netto, a Zamawiający uważał, że można było ją wykonać za około 400 tys. zł brutto. Mając to na uwadze, wydaje się, że wyjaśnienie ceny przez KAPIBARA było stosunkowo łatwe, tym bardziej że korelowałoby z szacunkami samego Zamawiającego. Gdyby KAPIBARA wyjaśnił cenę swojej oferty, to uzyskanie zamówienia nie powinno było stwarzać temu wykonawcy trudności. Identycznie bowiem jak w przypadku Części I, w odniesieniu do Części II został postawiony tylko jeden warunek udziału

w postępowaniu – dotyczący zdolności zawodowej, a polegający na tym, że wykonawca miał dysponować osobami o kwalifikacjach zawodowych (uprawnieniach budowlanych) określonych w SWZ. Co więcej, w przypadku Części II wymagana była mniejsza liczba uprawnień niż w przypadku Części I. Istotne jest też to, że (identycznie jak w przypadku Części I) wymagany był tylko jeden podmiotowy środek dowodowy, a przy tym pochodzący wyłącznie od wykonawcy, tj. jego własne oświadczenie – wykaz osób, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ. Identycznie jak w przypadku Części I, Zamawiający nie wymagał, żeby wykonawca załączył do wykazu dokumenty potwierdzające posiadanie wymaganych uprawnień zawodowych¹, co było dodatkowym ułatwieniem dla wykonawcy.

Ze względu na sytuację dotyczącą oferty Wykonawcy KAPIBARA, kolejna oferta Wykonawcy BUDIR System Sp. z o.o. opiewała na cenę brutto około pięciokrotnie wyższą niż wartość brutto Części II. Kwota która została podana na realizację zamówienia (taka sama kwota przyjęta w pierwszym unieważnionym postępowaniu) była zawyżona, co spowodowało, że za przedmiot zamówienia warty około 400 tys. brutto, Zamawiający mógł zapłacić 2 mln złotych. Wskazywać to mogło na niegospodarność i działanie wbrew ustawie o finansach publicznych. Komisja przetargowa przygotowała wezwanie do wyjaśnienia treści oferty, które zostały w dniu 20.08.2024r. wysłane do wykonawców: BUDIR System Sp. z o.o. sp. komandytowa, PRIBO-EPB Sp. z o.o. z terminem złożenia wyjaśnień na dzień 23.08.2024r. i przedstawienia kalkulacji oferty. Wykonawca BUDIR System Sp. z o.o. przedstawił kosztorys, który został zweryfikowany przez niezależnego kosztorysanta, który nie był w żaden sposób związany z przygotowaniem dokumentacji technicznej i kosztorysu inwestorskiego, w oparciu o który Zamawiający dokonał szacowania wartości zamówienia. Firma SIM Projekt spółka cywilna Sławomir Hebel i Mariusz Gosz zweryfikowała kosztorys i zgodnie z opinią, wartość robót objętych przedmiotem zamówienia z uwzględnieniem wszystkich czynników kosztorysowych powinno wynosić brutto 250 426,76 złotych. Przyjęte do kalkulacji czynniki :

POZIOM CEN: III kw. 2024 r. Sekocenbud Orgbud Ceny producentów i dostawców

Stawka roboczogodziny 30,00 zł

Koszty zakupu [Kz] 0% materiały wykonawcy

Koszty pośrednie [Kp] 50% (R+S)

Zysk [Z] 10% (R+S+Kp(R+S))

VAT [V] 23%(R+M+S+Kp(R+S)+Z(R+S))

WARTOŚĆ KOSZTORYSOWA ROBÓT BEZ PODATKU VAT: 203 598,99 zł

PODATEK VAT: (23%) 46 827,77 zł

OGÓŁEM WARTOŚĆ KOSZTORYSOWA ROBÓT: 250 426,76 zł

Ponadto Zamawiający wystąpił do kancelarii prawnej Deloitte Legal, Ostrowski, Gizicki i Wspólnicy sp.k. o opinię w sprawie możliwości postawienia Zamawiającemu zarzutu niegospodarności, naruszenia ustawy o finansach publicznych w razie wyboru oferty dotyczącej Części II przedmiotu zamówienia w prowadzonym przez Mazurski Związek Międzygminny – Gospodarka Odpadami postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa bazy sprzętowej i Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów w Gminie Orzysz oraz budowa wiat magazynowych w PSZOK w mieście Węgorzewo”, znak postępowania: MZMGO.271/4/2024; (ii) podejrzenia zmywy wykonawców – zmywy przetargowej w ww. postępowaniu, która uzasadniałaby wykluczenie wykonawców z postępowania. W opinii prawnej cytuję : „przy założeniu, że realny, rynkowy koszt realizacji przedmiotu zamówienia objętego Częścią II wynosił około 400 tys. zł brutto, Zamawiający jest tego

¹ Załącznik nr 5 w odniesieniu do Części II zawiera adnotację: „UWAGA Do wykazu można dołączyć dokumenty potwierdzające posiadanie wymaganych uprawnień tj. decyzje o nadaniu uprawnień oraz aktualne zaświadczenie o wpisie do właściwej Izby Zawodowej.”.

świadomy, koszt ten jest około pięć razy niższy niż cena brutto oferty złożonej przez BUDIR, tym bardziej jeśli występuje podejrzenie zmywy przetargowej, to jeśli Zarząd MZMGO wybierze jako najkorzystniejszą ofertę BUDIR i udzieli zamówienia temu wykonawcy, da to podstawę do postawienia zarzutu niegospodarności i naruszenia ustawy o finansach publicznych. Ustawa o finansach publicznych przewiduje zasady dokonywania wydatków publicznych, którymi dysponenci środków publicznych powinni się kierować. Uniwersalna regulacja znajduje się w art. 44 ustawy o finansach publicznych, który wyraża następujące zasady: planowość (ust. 1), legalność (ust. 2), celowość i oszczędność, efektywność, skuteczność i terminowość (ust. 3), zawieranie umów zgodnie z Pzp (ust. 4)¹. Zasady te znajdują zasadniczo powtórzenie w odniesieniu do budżetu jednostki samorządu terytorialnego w art. 254 pkt 2–4 ustawy o finansach publicznych. Zgodnie natomiast z art. 4 ust. 2 ustawy o finansach publicznych, przepisy dotyczące jednostek samorządu terytorialnego stosuje się odpowiednio do m.in. związków gmin.

Między innymi, zgodnie z art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych, wydatki publiczne powinny być dokonywane „w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów”. Stosownie do treści art. 254 pkt 3 ustawy o finansach publicznych: „W toku wykonywania budżetu jednostki samorządu terytorialnego obowiązują następujące zasady gospodarki finansowej: (...) 3) dokonywanie wydatków następuje w granicach kwot określonych w planie finansowym, z uwzględnieniem prawidłowo dokonanych przeniesień i zgodnie z planowanym przeznaczeniem, w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów”.

Na gruncie sprawy analizowanej w niniejszej opinii, szczególne znaczenie ma zasada oszczędności. W odniesieniu do tej zasady w literaturze wskazuje się, że „Oszczędność wiąże się z ograniczeniem wysokości wydatku do minimum niezbędnego, aby zrealizować zadanie na odpowiednim poziomie jakościowym.” [M. Cilak w: Z. Ofiarski (red.), *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, LEX/el. 2021, LEX – komentarz do art. 44 ustawy o finansach publicznych].

Przy założeniu, że realny, rynkowy koszt realizacji przedmiotu zamówienia objętego Częścią II wynosi około 400 tys. zł brutto, Zarząd MZMGO jest tego świadomy, koszt ten jest około pięć razy niższy niż cena brutto oferty złożonej przez BUDIR System Sp. z o.o., tym bardziej jeśli występuje podejrzenie zmywy przetargowej w Postępowaniu 271/4/2024, to jeśli Zarząd MZMGO wybierze jako najkorzystniejszą ofertę BUDIR System Sp. z o.o. i udzieli zamówienia temu wykonawcy, da to podstawę do postawienia zarzutu niegospodarności i naruszenia art. 44 ust. 3 pkt 1 w zw. z art. 254 pkt 3 ustawy o finansach publicznych.

Dodatkowo zwracamy uwagę na to, że sytuacja, w której w realiach faktycznych, o których mowa w niniejszej opinii, doszłoby do wyboru oferty BUDIR System Sp. z o.o. i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z tym wykonawcą – nawet jeśli nastąpiłoby to zgodnie z przepisami Pzp – wskutek czego MZMGO musiałby zapłacić cenę ponad 200 tys. zł wyższą niż rynkowy, realny koszt wykonania Części II, rodzi ryzyko pociągnięcia członków Zarządu MZMGO do odpowiedzialności karnej z art. 296 k.k.² (za tzw. przestępstwo

¹ M. Cilak w: Z. Ofiarski (red.), *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, LEX/el. 2021, LEX – komentarz do art. 44 ustawy o finansach publicznych: „Artykuł 44 u.f.p. określa podstawy prawne i zasady dokonywania wydatków publicznych. Do zasad tych należą: – planowość (ust. 1), – legalność (ust. 2), – celowość i oszczędność, efektywność, skuteczność i terminowość (ust. 3), – zawieranie umów zgodnie z Prawem zamówień publicznych (ust. 4).”.

² Zgodnie z art. 296 § 1 k.k.: „Kto, będąc obowiązany na podstawie przepisu ustawy, decyzji właściwego organu lub umowy do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą osoby fizycznej, prawnej albo jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, przez nadużycie udzielonych mu uprawnień lub niedopełnienie ciążącego na nim obowiązku, wyrządza jej znaczną szkodę majątkową, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.”. Zgodnie z art. 115 § 5 i § 7 k.k., znaczna szkoda majątkowa to taka, która przekracza 200 tys. zł. Oznacza to, że przedmiotowe przestępstwo może zostać popełnione tylko, jeśli szkoda wyniesie ponad 200 tys. zł.

Nr postępowania : 271/4/2024

niegospodarności menedżera). Potencjalnie, w grę wchodzi też odpowiedzialność z art. 231 k.k.¹ Nie przesądzamy, że powyższe działanie członków Zarządu MZMGO zostałyby w realiach sprawy, o której mowa w niniejszej opinii, uznane za przestępstwo. Zależałoby to od ostatecznej oceny przez sąd, a istotne znaczenie miałyby przyjęta przez sąd interpretacja przepisów. Niemniej, powyższe ryzyko jest realne i istotne. (...) W świetle powyższego, mając na uwadze ceny ofert złożonych w Postępowaniu 271/4/2024 przez BUDIR, KAPIBARA i PALWOD, a także zachowanie się wykonawców KAPIBARA i PALWOD (polegające na braku reakcji tych wykonawców na wezwania MZMGO do odpowiednio wyjaśnienia ceny oferty i złożenia podmiotowych środków dowodowych), prowadzące do sytuacji, w której jako najkorzystniejsza miałaby zostać wybrana oferta BUDIR (zarówno w odniesieniu do Części I jak i Części II), rodzą podejrzenie, że doszło do zmywy przetargowej ww. wykonawców, będącej przesłanką wykluczenia wykonawców z postępowania (art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp).”

Kluczowym elementem był również fakt, iż Zamawiający realizował niniejsze postępowanie w ramach dofinansowania z programu Inwestycji Strategicznych Polski Ład i biorąc pod uwagę poszczególne etapy prowadzonego postępowania, badanie ofert, opinie prawne, wystąpił z następującymi pytaniami do Banku Gospodarstwa Krajowego, jako instytucji dofinansowującej:

Treść pytań:

„Zgodnie z wymaganiami Ósmej Edycji Programu, w terminie ważności Wstępnej promesy, ogłosiliśmy postępowanie zakupowe, z podziałem na części.

W ramach toczącego się postępowania, mamy do czynienia z poniższą sytuacją:

- pierwszą część, będziemy mogli rozstrzygnąć, jednak postępowanie od strony formalnej trwa nadal,
- drugiej części, nie będziemy mogli rozstrzygnąć, ponieważ przedstawione oferty nie spełniają warunków, w efekcie czego chcemy przystąpić do wyboru wykonawcy, korzystając z trybu "wolnej ręki";

W związku z powyższą sytuacją i mając na uwadze zapisy ze Wstępnej promesy:

Pozostałe przepisy art. 296 k.k. regulują inne typy tego przestępstwa, tj. sprowadzenie bezpośredniego niebezpieczeństwa wyrządzenia znacznej szkody majątkowej (§ 1a), działania przez sprawcę w celu osiągnięcia korzyści majątkowej (§ 2), wyrządzenie szkody majątkowej w wielkich rozmiarach (§ 3), tj. przekraczającej 1 mln zł (art. 115 § 6 i § 7a k.k.), a także popełnienie przestępstwa nieумыślnie (§ 4).

¹ Wymagałoby to pogłębionej analizy prawnej.

Zgodnie z art. 231 § 1 k.k.: „Funkcjonariusz publiczny, który, przekraczając swoje uprawnienia lub nie dopełniając obowiązków, działa na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.”. Pozostałe przepisy art. 231 k.k. regulują inne typy tego przestępstwa: dopuszczenie się go w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej (§ 2), działanie nieумыślnie i wyrządzenie istotnej szkody (§ 3).

Jest sporne, czy za ten sam czyn można odpowiadać zarówno z art. 296 k.k. jak i z art. 231 k.k. Wyrażono jednak pogląd dopuszczający taką możliwość, tj. zbieg tych przestępstw (podkreślenia własne): „Trafny jest pogląd, że nie zachodzi zbieg art. 296 i 231 KK, bowiem każdy z tych przepisów penalizuje kompetencje funkcjonariusza publicznego w innych sferach działalności i w różnych rolach; jeżeli naruszy je funkcjonariusz publiczny, zajmując się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą państwa (albo samorządu terytorialnego) jako podmiotów gospodarczych (np. właścicieli przedsiębiorstw), powinien ponosić odpowiedzialność wyłącznie na podstawie art. 296 KK, a jeżeli uczyni to wykonując funkcje władcze (imperium danej instytucji) dopuszcza się nadużycia służbowego i podstawą odpowiedzialności powinien być art. 231 KK (O. Górniok, w: Górniok, Hoc, Przyjemski, Kodeks karny, t. 3, 1999, s. 386; zob. także wyr. SN z 2.6.2009 r., IV KK 11/09, Legalis). Także P. Kardas stwierdza, że nie zachodzi kumulatywny zbieg między przepisem art. 296 § 1 KK i przepisem art. 231 KK uznając, że art. 296 § 1 KK w zakresie, w jakim obejmuje również funkcjonariuszy publicznych, stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 231 KK (P. Kardas, w: Zoll, Kodeks karny. Część szczególna, t. 3, 2008, s. 519). Natomiast R. Zawłocki uznaje, że jeżeli znamiona czynu z art. 296 § 1 KK wypełnia funkcjonariusz publiczny, to zachowanie jego należy kwalifikować kumulatywnie z art. 231 i 296 KK (R. Zawłocki, w: Wąsek, Kodeks karny, t. 2, 2006, s. 1186; zob. także M. Pieszczek, O wzajemnych, s. 44–46); także w wyr. SN z 7.7.2009 r. (V KK 82/09, OSNwSK 2009, Nr 1, poz. 1455) wskazano, że pogląd, jakoby funkcjonariusz publiczny przekraczający uprawnienia lub niedopełniający obowiązków w sferze majątkowej instytucji publicznej, odpowiada karnie tylko na podstawie art. 296 KK, jest niezasadny.” [B. Gadecki (red.), Kodeks karny. Art. 1–316. Komentarz, Warszawa 2023, Legalis – komentarz do art. 296 k.k.]

Nr postępowania : 271/4/2024

"Pod warunkiem ogłoszenia Postępowania zakupowego w ciągu 9 miesięcy od daty udzielenia tej Wstępnej promesy, Wstępna promesa jest ważna przez cały okres Postępowania zakupowego do daty rozstrzygnięcia tego postępowania."

Jak należy interpretować zapis "Wstępna promesa jest ważna przez cały okres Postępowania zakupowego do daty rozstrzygnięcia tego postępowania.":

1. Czy sformułowanie "Wstępna promesa jest ważna przez cały okres Postępowania zakupowego do daty rozstrzygnięcia tego postępowania", odnosi się osobno do każdej z części postępowania, co pomimo trwającego postępowania dla pierwszej części, przy jednoczesnym braku rozstrzygnięcia i unieważnienia postępowania dla drugiej części, będzie skutkowało utratą ważności Wstępnej promesy?
2. Czy sformułowanie "Wstępna promesa jest ważna przez cały okres Postępowania zakupowego do daty rozstrzygnięcia tego postępowania", odnosi się do całości postępowania, które w naszym przypadku trwa nadal, ponieważ nie mamy jeszcze rozstrzygnięcia dla pierwszej części, a w przypadku drugiej chcemy dokonać wyboru z "wolnej ręki", dzięki czemu dokonując rozstrzygnięcia i wyboru wykonawców dla obu części, nie utracimy terminu ważności Wstępnej promesy?

Która z powyższych interpretacji jest poprawna i z jakich zapisów Regulaminu/Uchwały to wynika?"

Zamawiający uzyskał następującą odpowiedź:

„Ogłoszenie postępowania, w tym powtórnego postępowania w części lub całości, może nastąpić jedynie w okresie ważności wstępnej promesy. W przypadku edycji 8 promesy wstępne straciły już ważność.”

Zamawiający zwrócił się ponownie z pytaniami:

„Zgodnie z zapisami § 2. Definicje pkt 25) oraz Załącznika nr 7, do Regulaminu Ósmej Edycji Programu:

25) Postępowanie zakupowe – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzące do wyboru Wykonawcy Inwestycji wskazanej we Wniosku o dofinansowanie prowadzone zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, wszczynane przez Wnioskodawcę po udostępnieniu mu Wstępnej promesy w Aplikacji. Zamówienie powinno być ogłoszone na cały zakres objęty opisem Inwestycji we Wniosku o dofinansowanie;

Promesa zostanie Państwu - jako Wnioskodawcy - udzielona w celu zapewnienia Dofinansowania z Programu na realizację Inwestycji: „Budowa bazy sprzętowej i Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów w Gminie Orzysz oraz budowa wiat magazynowych w PSZOK w mieście Węgorzewo ” (Nazwa Inwestycji) po spełnieniu następujących warunków:

(...)

5. przeprowadzenia Postępowania zakupowego zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa, w tym w szczególności ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. Tryb inny niż konkurencyjny jest dopuszczalny jedynie w przypadkach przewidzianych prawem.

W powiązaniu brzmieniem art. 255 Ustawy PZP, unieważnienie może dotyczyć całego postępowania lub tylko jednej jego części. W przypadku unieważnienia jednej części, inne części postępowania mogą być kontynuowane, o ile nie występują przesłanki do unieważnienia również ich.

Pierwsze pytanie:

W oparciu o jakie zapisy Regulaminu/Uchwały stwierdzacie Państwo, że:

"Ogłoszenie postępowania, w tym powtórnego postępowania w części lub całości, może nastąpić jedynie w okresie ważności wstępnej promesy."

Skoro w Załączniku nr 7 do Regulaminu czytamy, że "pod warunkiem ogłoszenia Postępowania zakupowego w ciągu 9 miesięcy od daty udzielenia tej Wstępnej promesy, Wstępna promesa jest ważna przez cały okres

Nr postępowania : 271/4/2024

Postępowania zakupowego do daty rozstrzygnięcia tego postępowania."

Co w połączeniu z zapisami przywołanego powyżej art. 255 Pzp, "W przypadku unieważnienia jednej części, inne części postępowania mogą być kontynuowane, o ile nie występują przesłanki do unieważnienia również ich.", oznacza, że nasze postępowanie nie zostało jeszcze rozstrzygnięte.

Drugie pytanie:

Mając na uwadze przywołane zapisy z udostępnionej nam Wstępnej promesy: "Wstępna promesa jest ważna przez cały okres Postępowania zakupowego do daty rozstrzygnięcia tego postępowania."

W oparciu o jakie zapisy Regulaminu/Uchwały stwierdzacie Państwo, że cyt.: "W przypadku edycji 8 promesy wstępne straciły już ważność." skoro Wstępna promesa jest ważna przez cały okres Postępowania zakupowego do daty jego rozstrzygnięcia.

Podsumowując, jak na wstępie, uprzejmie prosimy o wskazanie zapisów Regulaminu/Uchwały odnoszących się do naszych dwóch doprecyzowujących pytań"

Zamawiający uzyskał następującą odpowiedź:

„Jeżeli chodzi o pytanie pierwsze, konieczność ogłoszenia postępowania zakupowego w terminie wskazanym w regulaminie (9 miesięcy) wynika z § 7. ust. 1 załącznika do uchwały RM (nr 84/2021). Natomiast zgodnie z § 7 ust. 3a załącznika do uchwały RM (nr 84/2021 ze zm.) możliwe jest powtarzanie postępowania w całości lub w części w okresie ważności wstępnej promesy. Określenie, którego użyliśmy w poprzedniej wiadomości „W przypadku edycji 8 promesy wstępne straciły już ważność” oznaczało, że promesa wstępna dla tej edycji nie może stanowić podstawy do ogłoszenia kolejnego postępowania zakupowego. Jest ona ważna przez cały okres postępowania zakupowego do momentu jego zakończenia. Jeżeli więc unieważnią Państwo postępowanie, nie będzie możliwe ogłoszenie kolejnego, jeśli minął już termin 9 miesięcy wskazany w regulaminie Programu”.

Każda odpowiedź uzyskana z instytucji dotującej wskazywała, iż Zamawiający nie może unieważnić części II i dokonać wyboru części I, ponieważ zgodnie z warunkami programu dopiero wybór wykonawców w obu częściach skutkuje otrzymaniem promesy głównej, a tym samym dofinansowania dla realizacji zadania objętego niniejszym postępowaniem. A powtórzenie postępowania w Części II stało się niemożliwe z uwagi na fakt, że promesa wstępna straciła ważność. Jedynym rozwiązaniem dla Zamawiającego stała się zmiana wniosku o dofinansowanie i unieważnienie postępowania w Części I i Części II. Zamawiający złożył w dniu 25.09.2024r. wniosek o zmianę projektu, co oznacza, że w przypadku akceptacji instytucji dotującej uzyska nową promesę wstępną i w okresie 9 miesięcy od dnia otrzymania promesy wstępnej będzie miał czas na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie objęte zmienionym wnioskiem.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie analizowała kwestię unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Obecny art. 255 pkt 5) ustawy odpowiada brzmieniu wcześniejszego art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp z dnia 29 stycznia 2004 r.

W uzasadnieniu Wyroku z dnia 15 stycznia 2018 r., sygnatura akt.: KIO 2744/17, zawarta jest obszerna argumentacja KIO wskazująca na obowiązki zamawiających publicznych wynikające z ustawy o zamówieniach publicznych i ustawy o finansach publicznych:

„Szczegółowo uprawnienia wykonawców w procedurach zamówieniowych, w tym przede wszystkim prawo wykonawców do wnoszenia środków ochrony prawnych w celu ochrony swych interesów, należy wskazać, iż prawa i interesy wykonawcy podlegają ochronie o tyle o ile nie godzą znacząco w interes publiczny.

Korzystanie przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, które zostały im przyznane w postępowaniach powyżej tzw. progów unijnych w wyniku implementacji tzw. dyrektyw odwoławczych, znacząco przyczynia się do rzetelnego prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiających. Wykonawcy mają prawo żądać przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami ustawy Pzp, w tym zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający nie ma prawa udzielić zamówienia żadnemu wykonawcy z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Należy podkreślić, iż środki ochrony prawnej służą przede wszystkim ochronie interesów ekonomicznych wykonawców. Ustawodawstwo unijne jak i krajowe chroni te interesy, uznając je za filar rozwoju uczciwej konkurencji w gospodarce wolnorynkowej, jednak nie jest to ochrona bezgraniczna. Procedura udzielania zamówień publicznych służyć ma przede wszystkim realizacji interesów publicznych oraz zaspokajaniu potrzeb publicznych. W przypadku przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, należy zbadać czy udzielenie danego zamówienia w dalszym ciągu leży w interesie publicznym. Przy czym nie chodzi tu o udzielenie zamówienia danemu wykonawcy, ale generalnie o udzielenie tego zamówienia jakimkolwiek wykonawcy. Oczywiście unieważnienie postępowania najbardziej szkodzi interesom ekonomicznym wykonawcy, którego oferta jest najkorzystniejsza w postępowaniu. Izba, ze względów opisanych powyżej, powinna w pełni chronić uzasadnione ekonomiczne interesy wykonawców zgodnie z przepisami ustawy Pzp, jednak nie może zapominać także o interesie publicznym, którego realizacja jest głównym zadaniem ustawy Prawo zamówień publicznych. W sytuacji konfliktu pomiędzy interesem wykonawcy a interesem publicznym, koniecznym jest rozważenie czy interes publiczny dozna na tyle znaczącego uszczerbku, aby uznać jego prymat nad interesem wykonawcy. Zastosowanie przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, nie może podlegać automatycznej weryfikacji, ale każdorazowo wymaga wnikliwej analizy i wyważenia interesów wykonawców i interesu publicznego. Nieuzasadnione korzystanie z ww. przesłanki przez zamawiających, powinno być korygowane przez Izbę w ramach środków ochrony prawnej (...). Na rynku zamówień publicznych, zdarzają się przypadki tzw. zamówień zawieszonych, czyli formalnoprawnie nie zakończonych, ale też bez możliwości zawarcia umowy. Brak możliwości zawarcia umowy wynika z braku środków lub ze zmiany potrzeb, które leżały u podstaw wszczęcia danego postępowania. Oczywistym jest, iż przepisy prawa nie mogą zezwalać zamawiającym na samowolne i dowolne unieważnienia postępowań w sytuacji, gdy z różnych względów dane postępowanie nie leży w interesie zamawiającego. Ale gdy, ten interes zamawiającego jest tożsamy z interesem publicznym, a udzielenie zamówienia godziłoby w ten interes publiczny, należy dane postępowanie unieważnić, temu zadaniu właśnie służy przesłanka unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.”

Koniec cytatu.

W przedstawionym powyżej stanie faktycznym Zamawiający, kierując się interesem publicznym i wyrażonym w ustawie o finansach publicznych nakazem gospodarnego i efektywnego wydatkowania środków publicznych, które powinny być przeznaczone na realizację celowych i racjonalnie uzasadnionych działań, zdecydował o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 5) ustawy.

W imieniu Zamawiającego