

Głuchołazy, dnia 05.06.2023r.

ZP.271.1.10.2023.JSz

Informacja o unieważnieniu postępowania

Dotyczy postępowania prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji pn.:

Unieszkodliwienie wyrobów zawierających azbest z terenu gminy Głuchołazy w roku 2023

Działając na podstawie art. 260 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych – dalej ustawa Pzp, Zamawiający zawiadamia o unieważnieniu w/w postępowania.

Uzasadnienie prawne i faktycznie unieważnienia postępowania.

Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6) ustawy Pzp. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający, po otrzymaniu dofinansowania na realizację zadania ze środków Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Warszawie i Wojewódzkiego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Opolu, w dniu 27.04.2023r. wszczął postępowanie pod nazwą: *Unieszkodliwienie wyrobów zawierających azbest z terenu gminy Głuchołazy w roku 2023r.*

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu i w Specyfikacji Warunków Zamówienia określił termin wykonania zamówienia, zgodnie z art. 436 ustawy Pzp za pomocą daty wykonania usługi, ponieważ wskazanie daty wykonania umowy było uzasadnione obiektywną przyczyną. Data wykonania zamówienia (zamówienie należy wykonać w terminie do 23.06.2023r.), wynikała z umowy dotacji nr 112/2023/G-16/OZ-ZOA/Dz dnia 30.03.2023r., na podstawie której uzyskanie efektu rzeczowego i ekologicznego należało osiągnąć do dnia 30.06.2023r.

Dodatkowo, Zamawiający określił termin realizacji przedmiotu zamówienia jako jedno z kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej oferty. W ramach kryterium „Termin realizacji przedmiotu zamówienia” (T) oferta może otrzymać do 20 pkt.

Zamawiający wyznaczył graniczny termin wykonania zamówienia na dzień 23.06.2023 r. Zamawiający dopuścił realizację przedmiotu zamówienia do następujących dat:

- 16.06.2023 r.

- 23.06.2023 r.

gdzie w przypadku zaoferowania przez Wykonawcę terminu realizacji zamówienia do 16.06.2023r. Wykonawca otrzymał w kryterium 20 pkt, a w przypadku zaoferowania terminu 23.06.2023r. – 10 pkt.

Pierwotnie Zamawiający ustalił termin otwarcia ofert na 09.05.2023r., a w związku z koniecznością udzielenia odpowiedzi na pytania Wykonawców termin składania i otwarcia ofert został przesunięty na 11 maja 2023r.

W niniejszym postępowaniu zostało złożonych 6 ofert. 5 z Wykonawców wskazało termin realizacji zamówienia do 16.06.2023r.

Zamawiający niezwłocznie przystąpił do badania ofert. W wyniku analizy ofert Zamawiający poprawił oczywiste omyłki rachunkowe w dwóch ofertach i dwóch Wykonawców wezwał do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

W dniu 22.05.2022r. Zamawiający wezwał Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Pomimo upływu terminu na złożenie dokumentów Wykonawca ich nie złożył, a w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych z dnia 31.05.2023r. Wykonawca poinformował Zamawiającego, iż nie będzie uzupełniać dokumentów, a w związku z krótkim terminem realizacji, nie będzie mógł zrealizować zadania.

Zamawiający zaznacza, że na etapie wezwania wykonawcy do złożenia podmiotowych środków dowodowych termin wykonania zadania był nadal aktualny.

Ponowna ocena ofert i wzywanie kolejnego Wykonawcy, którego oferta jest na dzień 05.06.2023r. ofertą najwyżej ocenioną w postępowaniu oraz dalsze prowadzenie postępowania nie mają celu, ponieważ nie jest realnym wykonanie zamówienia w ustalonym terminie.

Biorąc pod uwagę, iż Zamawiający wyznacza Wykonawcy termin na złożenie podmiotowych środków dowodowych minimum 5 dni i zakładając, że termin ten upłynie w dniu 12.06.2023r. to zdaje się to bezcelowym działaniem, skoro termin zawarcia umowy, przy założeniu, że Zamawiający dokona wyboru najkorzystniejszej oferty, po uzyskaniu zgody Wykonawcy (na podstawie art. 252 ust. 2 ustawy Pzp) w dniu 13.06.2023r. , przypadnie najwcześniej na dzień 20.06.2023r. , czyli po upływie

zakładanego i wskazanego przez Wykonawcę w ofercie, terminu wykonania zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający odstąpił od czynności wezwania kolejnego Wykonawcy do złożenia podmiotowych środków dowodowych, ponieważ uznał, że na obecnym etapie postępowania termin określony na realizację zamówienia jest już nierealny. Świadczenie będące przedmiotem umowy byłoby niemożliwe do wykonania w wyznaczonym terminie. W przedmiotowej sytuacji doszłoby do zawarcia umowy o świadczenie niemożliwe, przy czym niemożliwość ta - wykonanie zamówienia w terminie do dnia 16.06.2023r., istniałaby już od chwili zawarcia umowy. W dniu zawarcia umowy minąłby już termin na jej wykonanie.

Zgodnie z treścią ustawy Prawo zamówień publicznych termin realizacji zamówienia jest jednym z najistotniejszych elementów SWZ i ogłoszenia o zamówieniu, a zarazem jednym z najistotniejszych wymagań Zamawiającego, ponieważ niejednokrotnie decyduje o tym, czy Wykonawca zainteresowany wykonaniem zadania będzie ubiegał się o udzielenie zamówienia. Termin realizacji określony przez zamawiającego w SWZ pozwala wykonawcy ocenić, czy zdoła on wykonać zamówienie zgodnie ze wszystkimi wymaganiami wskazanymi w dokumentacji właśnie w tym terminie oraz oszacować wpływ terminu na nakłady jakie będzie musiał ponieść, by go dotrzymać. Termin realizacji zamówienia ma więc wpływ zarówno na potencjalny krąg zainteresowanych wykonawców, jak i na wysokość zaoferowanych cen.

Zamawiający, co prawda przewidział w projekcie umowy stanowiącym załącznik do SWZ, możliwość zmiany terminu realizacji zamówienia w określonych przypadkach, ale żaden z tych przypadków nie dotyczył zmiany terminu realizacji zamówienia w sytuacji nierozstrzygnięcia postępowania w założonym terminie.

Zamawiający zapoznał się również wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 170/23 z dnia 03.02.2023r. gdzie KIO stwierdziła, iż opisanie dnia realizacji zamówienia poprzez wskazanie konkretnego dnia, nie stanowiło podstawy do unieważnienia postępowania, a przepisy ustawy Pzp nie zakazują zmiany terminu wykonania umowy.

Powyższy przypadek odnosi się jednak do sytuacji kiedy termin wykonania zamówienia nie stanowi kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty. W takiej sytuacji termin realizacji zamówienia, nie ma wpływu na postępowanie zamawiającego w trakcie oceny ofert. Nie może zatem spowodować takiej wady postępowania, która świadczyłaby o nieprawidłowym wyniku postępowania. Zmiana w tym zakresie nie podlega zakazowi dokonywania zmian umowy. Dopuszczalna byłaby zatem zmiana wzoru umowy po wyborze najkorzystniejszej oferty, tak aby już zawarta umowa zawierała realny termin jej wykonania.

Jak wskazuje orzecznictwo, na przytoczonym przykładzie możliwa jest zmiana terminu realizacji zamówienia określonego we wzorze umowy, jeszcze przed zawarciem umowy, w przypadku:

- a) upływu terminu realizacji zamówienia określonego przez zamawiającego,
- b) upływu terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia,
- c) gdy termin realizacji zamówienia nie stanowi kryterium oceny ofert w postępowaniu.

Z uwagi na powyższe (pkt c) to jest ustanowienie przez Zamawiającego jednym z kryteriów wyboru ofert- terminu realizacji zamówienia, Zamawiający nie może jako w celu dalszego prowadzenia postępowania usunąć wadę postępowania, to znaczy zmienić termin realizacji zamówienia , tak aby zamówienie stało się realne do wykonania.

Zamawiający podkreśla również, iż zgodnie z treścią SWZ, termin wykonania zamówienia został określony konkretną datą ponieważ jak wynikało z umowy dotacji nr 112/2023/G-16/OZ-ZOA/D z dnia 30.03.2023r. , uzyskanie efektu rzeczowego i ekologicznego należało osiągnąć do dnia 30.06.2023r. Więc dodatkowo możliwość zmiany terminy wykonania zamówienia uzależniona byłaby od wyrażenia zgody przez instytucje dofinansowujące niniejsze zamówienie.

Istotność przyjęcia jako kryterium wyboru oferty, terminu realizacji zamówienia podkreśla Uchwała z dnia 09.07.2019r., KIO/KD 47/19 oraz informacja o wyniku kontroli UZP/DKD/KND/19/19, gdzie w analizowanym przez KIO postępowaniu, kryterium oceny ofert w postaci terminu realizacji zamówienia uniemożliwiło Zamawiającemu dokonanie zmian umowy w zakresie terminu jej wykonania w trybie art. 144 ust. 1 pkt 3 Pzp2004 (aktualnie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp).

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zawarcie umowy przewidującej termin wykonania umowy inny niż wskazany w ofercie Wykonawcy stanowiło niedozwoloną zmianę zakresu świadczenia wskazanego w ofercie w rozumieniu art. 140 ust. 1 Pzp2004. Zamawiający nie przewidział w SIWZ okoliczności, które pozwalałyby na dokonanie przedmiotowej zmiany. W tej sytuacji stwierdzić należy, że doszło do zarzucanego Zamawiającemu naruszenia. Dokonana przez Zamawiającego zmiana wprowadziła warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty o innej treści.

Analizując powyższe, Zamawiający powziął decyzję, iż prowadzone postępowanie jest dotknięte wadą, która jest niemożliwa do usunięcia. Jej usunięcie, poprzez ustalenie innego terminu realizacji zamówienia (realnego) stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Podstawę unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp stanowi zaistnienie dwóch okoliczności: 1) wada jest niemożliwa do usunięcia po jej stwierdzeniu ze względu na stan zaawansowania postępowania o udzielenie zamówienia, 2) istotność tej wady powoduje niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Powyższe zmaterializowało się w niniejszym postępowaniu.

Wykładnia celowościowa przepisu art. 255 pkt 6 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada- to każda niedająca się usunąć wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia umowy. Stwierdzona przez Zamawiającego wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale skazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu ustawy Pzp. Zamawiający na obecnym etapie postępowania nie może zmienić terminu wykonania umowy, a zawarcie umowy doprowadziłoby do tego że umowa byłaby niewykonalna już od daty jej zawarcia, ponieważ zawierałaby wcześniejszy termin wykonania, niż termin jej zawarcia.

Stwierdzona wada postępowania musi oddziaływać na ważność zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Musi być to wada na tyle istotna, że niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy. Jeżeli wady nie da się usunąć i oddziałuje ona na ważność umowy- Zamawiający obligatoryjnie unieważnia postępowanie (KIO w wyroku z dnia 14.11.2019r., sygn.. akt KIO 2212/19).

Zaistniałe przesłanki zobowiązują Zamawiającego do unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Zastępca Burmistrza Głuchołaz

/-/ Roman Sambor