

Znak sprawy: ZP.271.5.2023

ZAWIADOMIENIE O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA

Działając w imieniu Zamawiającego – Gminy Murowana Goślina – na podstawie art. 260 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2022 roku poz. 1710 ze zm.), dalej „Prawa zamówień publicznych” lub „Pzp”, niniejszym pismem zawiadamiam, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji o wartości zamówienia nieprzekraczającej progów unijnych o jakich stanowi art. 3 Prawa zamówień publicznych, którego przedmiotem jest:

„Remont częściowy nawierzchni bitumicznych, chodników oraz remont częściowy dróg o nawierzchni gruntowej i brukowej oraz profilowanie na terenie Miasta i Gminy Murowana Goślina w 2023 roku, według III. (trzech) części przedmiotu zamówienia”

w zakresie:

- 1) realizacji części I. przedmiotu zamówienia pn.: „Remont częściowy nawierzchni bitumicznych na terenie miasta i gminy Murowana Goślina w 2023 roku”, szczegółowo opisanej w załączniku nr 1 do SWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia),
- 2) realizacji części II. przedmiotu zamówienia pn.: „Remont częściowy chodników na terenie miasta i gminy Murowana Goślina w 2023 roku”, szczegółowo opisanej w załączniku nr 1 do SWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia),
- 3) realizacji części III. przedmiotu zamówienia pn.: „Remont częściowy dróg o nawierzchni gruntowej i brukowej oraz profilowanie na terenie miasta i gminy Murowana Goślina w 2023 roku”, szczegółowo opisanej w załączniku nr 1 do SWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia),

zostało - przez Zamawiającego w oparciu o art. 255 pkt 6) Prawa zamówień publicznych - unieważnione.

Podstawa prawna: art. 255 pkt 6) Prawa zamówień publicznych.

Uzasadnienie prawne: Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Uzasadnienie faktyczne: Zamawiający dokonując wstępnej analizy ofert, stwierdził iż w Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ wskazany został w zakresie każdej z części planowany zakres przedmiotu zamówienia z podaniem planowanych ilości, zaznaczając jednocześnie że **ilości służą do porównania ofert pod względem stopnia spełnienia kryterium ceny**. Jednocześnie dla każdej z części zamówienia jako element SWZ Zamawiający dołączył przedmiar robót, w którym wskazane ilości nie są równe z ilościami wskazanymi w Opisie przedmiotu zamówienia. Natomiast w rozdziale XVI ust. 2, 4, 5 i 13 Specyfikacji Warunków Zamówienia wskazano, że:

- 1) „2. Cenę oferty należy obliczyć odrębnie dla każdej części przedmiotu zamówienia, w oparciu o opis przedmiotu zamówienia określony dla każdej z części zamówienia, przedmiar, Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, uwzględniając wszystkie wymagania niniejszej SWZ”,

- 2) „4. Przekazany przedmiar robót należy uzupełnić, przy każdej pozycji kosztorysowej ceną jednostkową roboty oraz wartością roboty będącej iloczynem ilości przedmiarowej i ceny jednostkowej, uwzględniając podane do wykonania ilości”,
- 3) „5. **Wyliczone w kosztorysie** wartości netto za wykonanie poszczególnych elementów robót Wykonawca powinien zsumować do pozycji „razem netto” dodać podatek VAT - w wysokości przewidzianej ustawowo i obliczyć cenę brutto w pozycji „razem brutto”.
Obliczoną w ten sposób cenę oferty (wartość brutto) Wykonawca przenieś do formularza oferty.
- 4) „13. Do porównania i oceny ofert – w każdej części przedmiotu zamówienia odrębnie - Zamawiający będzie brał pod uwagę **cenę brutto wynikającą z formularza ofertowego.**”

Brak konsekwencji w zakresie ilości poszczególnych robót podlegających wycenie w sposób niebudzący wątpliwości Wykonawców tj. w Opisie przedmiotu zamówienia i kosztorysie ofertowym, spowodował brak możliwości prawidłowej oceny zaproponowanych cen przez Wykonawców.

Jak wskazano powyżej, w niniejszym postępowaniu nieprecyzyjnie opisano przedmiot zamówienia w zakresie ilości – dla każdej części przedmiotu zamówienia, poprzez różnice ilości poszczególnych robót wskazanych w Opisie przedmiotu zamówienia i przedmiarach (kosztorysie ofertowym) wskutek czego złożono oferty, obejmujące zakres ilościowy wskazany w przedmiarach (kosztorysie ofertowym), a nie planowany według wskazań w opisie przedmiotu zamówienia. Nie wszyscy wykonawcy mogli prawidłowo zinterpretować, co było intencją Zamawiającego, a zwłaszcza w zakresie ceny oferty. Spowodowało to, wycenę przez wykonawców ilości wskazanych w przedmiarach (kosztorysie ofertowym) i przeniesienie wartości do formularza ofertowego, stąd unieważnienie postępowania z uwagi na nakreślona powyżej wadę jest zasadne.

Wskazane ilości w przedmiarach (kosztorysie ofertowym) nie odzwierciedlają w sposób prawidłowy wartości wszystkich planowanych robót w przewidywanym okresie, z uwagi na duże zróżnicowanie ilościowe zakresu poszczególnych prac. Tym samym najniższa oferowana cena z kosztorysu ofertowego (formularza ofertowego), nie zawsze byłaby ceną najniższą ustaloną z uwzględnieniem prawidłowych planowanych ilości podanych w Opisie przedmiotu zamówienia.

Ponadto w części II. i III. przedmiotu zamówienia wystąpiły rozbieżności pomiędzy Opisem przedmiotu zamówienia a przedmiarem (kosztorysem ofertowym) dotyczące zakresu planowanych robót tj.:

- 1) w zakresie części II. przedmiotu zamówienia:
 - a) w kosztorysie ofertowym ujęto poz. 10 „Przestawienie krawężnika drogowego 15x30”, która podlegała wycenie przez Wykonawców, natomiast według Opisu przedmiotu zamówienia zakres ten nie jest planowany do realizacji,
 - b) w kosztorysie ofertowym ujęto poz. 18 (55) „Remont cząstkowy chodników z **kostki kamiennej (...)**, natomiast według Opisu przedmiotu zamówienia wskazano: „Przełożenie - remont chodnika z istniejącej **kostki brukowej**”
- 2) w zakresie części III. przedmiotu zamówienia w kosztorysie ofertowym poz. 10 „Nowe rowy odwadniające” przewidzianą jednostką miary w „m³”, natomiast w Opisie przedmiotu zamówienia prawidłową jednostką miary jest „m”.

Ponadto Zamawiający przewidział złożony kosztorys ofertowy Wykonawcy jako załącznik do umowy (Załącznik nr 2). Według zapisów § 6 ust. 6 projektu umowy „Podane w załączniku nr 2 do umowy ilości są ilościami szacunkowymi, określonymi na podstawie przewidywanego zużycia.” Wskazany zapis umowy w sytuacji, o której mowa powyżej, gdzie wskazane ilości

w kosztorysie ofertowym nie są zgodnie z szacowanymi ilościami według Opisu przedmiotu zamówienia- byłyby nieprawdziwy.

Wskazana wada jest niemożliwa do usunięcia po jej stwierdzeniu, ze względu na stan zaawansowania postępowania o udzielenie zamówienia, tj. etap po otwarciu złożonych ofert. Według art. 99 ust. 1 ustawy Pzp „1.Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”.

Poprzez rozbieżności w ilościach pomiędzy Opisem przedmiotu zamówienia a przedmiotem opis stał się niedokładny. Jeżeli Wykonawcy uznali ilości z przedmiaru a nie z opisu przedmiotu zamówienia, to stwierdzić można że opis był niejednoznaczny, a różnice ilościowe miały wpływ na przygotowanie oferty.

Wśród przesłanek unieważnienia umowy określonych w art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, znajduje się przesłanka, zgodnie z którą umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający „z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia,(...)”.

Tym samym nieprecyzyjny lub niejasny opis przedmiotu zamówienia może stanowić naruszenie ustawy, które prowadzić powinno do unieważnienia umowy i tym samym do unieważnienia postępowania przez zamawiającego.

Jak zostało wyżej wskazane, istotnie doszło do naruszenia przepisów ustawy, w tym jej podstawowych zasad, co w przypadku zawarcia umowy, spowodowało by jej nieważność.

Powyższe stanowisko potwierdza **orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 czerwca 2021 r. (sygn. akt KIO 1343/21)**. Jak wskazał Izba w uzasadnieniu przedmiotowego wyroku:

„Zgodnie z dość ugruntowanym orzecznictwem zbudowanym na gruncie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) 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). Orzecznictwo w tym zakresie pozostaje aktualne także w obecnym stanie prawnym. Ponadto Izba uznała za własne stanowisko zamawiającego stwierdzające, że podstawą unieważnienia ewentualnej zawartej umowy mógłby być art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż zamówienie zostałyby udzielone z naruszeniem ustawy, tj. art. 16 pkt 1 i 2 Pzp. Powyższe wynikałoby z nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, co z kolei prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także byłoby sprzeczne z zasadą przejrzystości. Przede wszystkim zaś rozwiązanie takie byłoby sprzeczne z art. 99 ust. 1 Pzp”.

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 dostrzegła, 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 musiało pozostawać w związku z przesłankami unieważnienia umowy stanowił art. 146 dawnego Pzp. De lege lata w sprawie zastosowanie znajdzie art. 457 ust. 1 pkt 1 in initio Pzp, zawarcie umowy z przystępującym stanowiłoby bowiem udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy.”

Izba opowiedziała się zatem za wykładnią art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, która wiąże możliwość unieważnienia umowy z sytuacją, gdy zamawiający "z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia".

Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2021r. sygn. akt KIO 1905/21 w którym Izba wskazała, że przesłankę unieważnienia umowy należy czytać szeroko za argumentacją:

„Wskazana przesłanka w ustawie Pzp z dnia 11 września 2019 r. **literalnie obejmuje szerszy zakres sytuacji, przykładowo nie tylko udzielenie zamówienia w niewłaściwym trybie, ale każde naruszenie „niewzruszalne”, które mogło mieć znaczenie dla wyboru najkorzystniejszej oferty.** Zatem natura możliwych okoliczności w ramach tej przesłanki wskazuje na konieczność ich odniesienia do istotnych elementów postępowania o udzielenie zamówienia, wpływających na przestrzeganie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. jawności, przejrzystości, uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, związanych z wyborem najkorzystniejszej oferty”.

Zgodnie z tezą wyroku KIO z dnia 9 października 2020 r., sygn. akt KIO 2348/20:

„przesłanką prawidłowego zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. jest to, że ustalona w postępowaniu wada, która jest niemożliwa do usunięcia, uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Taka konstrukcja przepisu odsyła do art. 146 p.z.p., w którym wymienione są wszystkie przypadki naruszenia Pzp powodujące konieczność unieważnienia umowy. Odesłania nie można jednak ograniczać wyłącznie do art. 146 ust. 1 p.z.p., który zawiera zamknięty i bardzo ograniczony katalog sytuacji powodujących unieważnienie umowy, gdyż skutkowałoby to tym, iż wystąpienie innych wad w postępowaniu nie mogłoby być powodem jego unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Taka wykładnia prowadziłaby do błędnego wniosku, że nawet wystąpienie wady w sposób oczywisty wypaczającej wynik postępowania nie daje zamawiającemu prawa do unieważnienia postępowania, podczas gdy zawarcie umowy będzie rodzić skutki w postaci dochodzenia jej nieważności lub unieważnienia przez innych wykonawców na podstawie odrębnych przepisów, czego w przypadku wad innych niż określone w art. 146 p.z.p. nie zabrania. Niezbędne jest więc uznanie, że przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. dotyczy również tych okoliczności unieważnienia umowy, w których czynności tej dokonuje sąd na wniosek Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (uprawnienie Prezesa wynika z art. 146 ust. 6 p.z.p.). Tym samym wszelkie wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o ile nie dadzą się usunąć, będą przesłanką unieważnienia postępowania”.

Wskazana powyżej wada postępowania uzasadnia unieważnienie postępowania. Wada ta ma charakter istotny i jest wadą nieusuwalną, dla przywrócenia zgodności z prawem konieczne jest unieważnienie postępowania i ogłoszenie go ponownie z zachowaniem zasad wyrażonych w ustawie Pzp.

Miejsce publikacji: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/742784>

W imieniu Zamawiającego:

Z up. ZASTĘPCY BURMISTRZA

Sekretarz Miasta i Gminy