

Miejskie Przedsiębiorstwo
Gospodarki Mieszkaniowej
Towarzystwo Budownictwa
Społecznego Sp. z o.o.
ul. 1 Maja 218
41-710 Ruda Śląska

Ruda Śląska, 07.08.2024 roku

Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie podstawowym- wariant nr 1, o nr sprawy: TIR/11/D/TP/2024 Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznej i pompy ciepła dla budynku przy ul. Bujoczka 12 w Rudzie Śląskiej realizowana w ramach projektu pn. Poprawa efektywności energetycznej poprzez zastosowanie OZE w budynkach komunalnych w Rudzie Śląskiej (GZM) (ID 944326)

Zamawiający- Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. na podstawie art. 260 w związku z art. 266 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) – dalej „Ustawy”, zawiadamia, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nr TIR/11/D/TP/2024 Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznej i pompy ciepła dla budynku przy ul. Bujoczka 12 w Rudzie Śląskiej realizowana w ramach projektu pn. Poprawa efektywności energetycznej poprzez zastosowanie OZE w budynkach komunalnych w Rudzie Śląskiej (GZM) (ID 944326)- wszczęte i prowadzone na podstawie ogłoszenia o zamówieniu nr 2024/BZP 00380621 opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 czerwca 2024 r. zostało unieważnione w oparciu o art. 255 ust. 6 ustawy Pzp.

Uzasadnienie prawne unieważnienia postępowania:

art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp 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 unieważnienia postępowania:

W ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych zamieszczonym na stronie postępowania, Zamawiający nie wskazał warunku udziału

w postępowaniu dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej Wykonawcy, które to informacje zawierała Specyfikacja Warunków Zamówienia.

Złożona przez jednego z wykonawców informacja o wadzie postępowania skłoniła Zamawiającego do ponownej analizy załączonych do Specyfikacji Warunków Zamówienia dokumentów, co doprowadziło do wniosku, iż sposób opisu warunków udziału w postępowaniu w ogłoszeniu o zamówieniu i Specyfikacji warunków zamówienia rzeczywiście stanowi o rozbieżności w dokumentach i może wprowadzać Wykonawców w błąd co do możliwości udziału w postępowaniu ze względu na możliwość odmienną interpretacji zapisów w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ.

I tak w ogłoszeniu o zamówieniu nr 2024/BZP 00380621 z dnia 2024-06-24:

„SEKCJA V – KWALIFIKACJA WYKONAWCÓW

5.4.) Nazwa i opis warunków udziału w postępowaniu.

Warunki udziału w postępowaniu, określone przez Zamawiającego spośród warunków, o których mowa w art. 112 ust. 2 ustawy:

pkt 2. Uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej
Nie dotyczy.”

Z Kolei w Specyfikacji Warunków Zamówienia- rozdział XIX pn. PODSTAWY (PRZESŁANKI) WYKLUCZENIA Z POSTĘPOWANIA, WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU WYKAZ PRZEDMIOTOWYCH I PODMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWYCH, punkt 3:

„Warunki udziału w postępowaniu, określone przez Zamawiającego spośród warunków, o których mowa w art. 112 ust. 2 ustawy:

Punkt 3.2. Uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej:

3.2.1. *Wykonawca musi wykazać, iż posiada certyfikat dla przedsiębiorców prowadzących działalność i wykonujących czynności dla osób trzecich polegające na instalacji, konserwacji lub serwisowaniu, naprawie lub likwidacji m.in. pomp ciepła – zgodnie z art. 29 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. o substancjach zubożających warstwę ozonową oraz o niektórych fluorowanych gazach cieplarnianych (Dz.U. 2020, poz. 2065), tzw. certyfikat f-gazowy dla przedsiębiorców”.*

Zgodnie z dyspozycjami ustawy Pzp, ogłoszenie o zamówieniu i SWZ zawiera co najmniej m.in. warunki udziału w postępowaniu. Tym samym, Zamawiający, który określił warunki udziału w postępowaniu w SWZ, zobowiązany był do ich wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu. Zamawiający w trakcie przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia nie zmieniał ogłoszenia o zamówieniu jak również nie modyfikował SWZ w tym zakresie, a ww. niezgodność istniała od początku trwania przedmiotowego postępowania, aż do jego zakończenia.

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu. Przepisy Prawa zamówień publicznych statuują normę postępowania, która nakazuje zamawiającemu jednolite opisywanie warunków udziału w postępowaniu zarówno w SWZ jak i w ogłoszeniu, a tym samym, likwidowanie potencjalnych nieścisłości, które mogą się pojawić w toku prowadzonego postępowania. Dotyczy to sytuacji związanych ze zmianą treści SWZ, ale także stwierdzonej na gruncie danego postępowania, niezgodności „pierwotnej” ww. dokumentów. W związku z powyższym, zamawiający który określił warunki udziału w postępowaniu, zobowiązany był do ich wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu.

Wskutek rozbieżności pomiędzy ogłoszeniem o zamówieniu a SWZ, możliwość zapoznania się przez potencjalnego Wykonawcę z wyczerpującą i ostateczną treścią warunków udziału w postępowaniu na podstawie dokumentu obwieszczającego wolę Zamawiającego do udzielenia zamówienia publicznego na określonych warunkach, jakim niewątpliwie jest ogłoszenie o zamówieniu, była w znacznym stopniu ograniczona lub wręcz niemożliwa. Informacje dotyczące postępowania, w tym wszelkie informacje mające wpływ na możliwość złożenia oferty i jej treść, muszą być przekazywane do wiadomości w taki sposób, by zapewnić do nich dostęp wszystkim potencjalnie zainteresowanym wykonawcom na równych zasadach. Biorąc pod uwagę, że w trybie podstawowym Wykonawcy czerpią wiedzę o postępowaniu, w tym o warunkach udziału w postępowaniu, z dwóch różnych źródeł, a więc z ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji warunków zamówienia, warunki udziału w postępowaniu zamieszczone w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia muszą być tożsame. Zatem rozbieżność pomiędzy tymi dokumentami, może mieć wpływ na krąg podmiotów zainteresowanych ubieganiem się o udzielenie zamówienia.

Nie ulega wątpliwości, że informację o warunkach udziału w postępowaniu należy uznać za jedną z najbardziej istotnych z punktu widzenia wykonawców. Zamawiający określa w ten

sposób krąg potencjalnych wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia. W związku z tym rozbieżność między ogłoszeniem o zamówieniu a specyfikacją w zakresie opisu warunku udziału w postępowaniu polegająca na tym, że w ogłoszeniu takiego opisu brak, a znajduje się on w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie może być uznana za niemającą wpływu na wynik postępowania.

Nie można wykluczyć także sytuacji, że istnieją takie podmioty, które uznały na podstawie analizy specyfikacji warunków zamówienia, że nie są zainteresowane braniem udziału w postępowaniu, gdyż nie będą w stanie warunku wykazać. Te same podmioty, przy braku opisu warunku w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej, co wynika z ogłoszenia o zamówieniu, mogłyby być zainteresowane złożeniem ofert. Wprowadzona przez Krajową Izbę Odwoławczą norma zgodności treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z treścią ogłoszenia wynika przede wszystkim z nakazu równego traktowania wykonawców. Nie można uznać za równe traktowanie wykonawców sytuacji, gdy wykonawcy będą brali udział w postępowaniu na odmiennych zasadach opierając się jedni na treści SWZ, inni na treści ogłoszenia.

Ponieważ po otwarciu ofert Zamawiający nie jest z kolei uprawniony do zmiany treści SWZ, ani tworzenia zasad interpretacji jej zapisów, toteż pisanych wyżej rozbieżności nie może na obecnym etapie postępowania wyeliminować. Zamawiający nie jest też w stanie stwierdzić, w jaki sposób poszczególni Wykonawcy interpretowali zapisy specyfikacji oraz ogłoszenia o zamówieniu i nie może zwrócić się do nich z wnioskiem o wyjaśnienie treści ofert, celem wskazania przyjętego spełnienia warunków udziału w postępowaniu ponieważ działanie takie stanowiłoby negocjowanie treści oferty, a nadto – po ujawnieniu zaoferowanych cen mogłoby prowadzić do manipulowania wyjaśnieniami celem zmiany rankingu ofert. Oznacza to, że Zamawiający nie posiada żadnej możliwości naprawienia stwierdzonej wady postępowania, wada ta jest trwała, uniemożliwia dokonanie oceny ofert oraz wyklucza wybór wykonawcy i zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powyższe przesądza o zaistnieniu przesłanki unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Za wadę postępowania uzasadniającą jego unieważnienie orzecznictwo uznaje przede wszystkim błędy popełnione w dokumentacji postępowania, w tym także rozbieżność pomiędzy ogłoszeniem o zamówieniu i SWZ. Kwestię tę ocenia się, uwzględniając właściwe przepisy dotyczące procedury udzielenia zamówienia, przykładowo warunków udziału w postępowaniu

lub wymagań stawianych ofertom, a także zasady prowadzenia postępowania wskazane w art. 16 Pzp. Przepis ten stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza je w sposób przejrzysty, proporcjonalny i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Ustalenie czy w danym postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, powinno być dokonywane przez odniesienie danego naruszenia przepisów ustawy Pzp do przyczyn, z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, określonych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. W przepisach tych wymienione zostały bowiem wszystkie przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważnienia postępowania.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem zbudowanym na gruncie art. 93 ust. 1 pkt 7 poprzedniej ustawy z Pzp, niejasność lub nieprecyzyjność opisu warunków udziału w postępowaniu może stanowić podstawę unieważnienia postępowania (zob. np. orzeczenia z 25 września 2017 r., sygn. akt KIO 1869/17 lub z 4 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1507/17) – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 11 czerwca 2021 r. (sygn. akt KIO 1343/21).

Teza ta jest wyrażona m.in. w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z 28 lutego 2022 r. (KIO 423/23) oraz z 24 marca 2022 r. (KIO 667/22). Łączne spełnienie przesłanek oznacza, że nieziszczenie się choć jednej z nich uniemożliwia unieważnienie postępowania. Konieczne jest przy tym wystąpienie związku przyczynowo- skutkowego między zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia umowy.

Zamawiający obowiązany jest zatem do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ww. przesłanka unieważnienia postępowania składa się z trzech okoliczności (przesłanek), których łączne wystąpienie skutkuje obowiązkiem zastosowania tego przepisu. Zatem po pierwsze – musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania). Tymczasem nieprawidłowość w opisie warunków udziału w postępowaniu, a tym samym sprzeczność z prawem, potencjalnie utrudniała lub mogła zakłócić uczciwą konkurencję.

Po drugie – wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w sytuacji wypełnienia się choćby jednej z katalogu bezwzględnych przesłanek nieważności umowy, określonych w art. 457 PZP.

Po trzecie – wada ta musi być niemożliwa do usunięcia, tj. wada postępowania musi mieć charakter trwały, musi rzeczywiście wystąpić i nie może zostać w żaden sposób usunięta.

Zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, 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. Ustalenie, czy w danym postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, powinno być dokonywane przede wszystkim poprzez odniesienie określonego naruszenia przepisów PZP do przyczyn, z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, określonych w art. 457 ust. 1 Pzp. Wady te stanowią konsekwencję znaczących uchybień w stosowaniu przepisów odnoszących się do prowadzenia postępowania, spowodowanych przez zamawiającego. Dostrzec należy, że do zastosowania tego przepisu wystarczające jest ustalenie, że umowa może podlegać unieważnieniu (tzw. nieważność względna umowy). Nie jest wymagane ustalenie, że umowa będzie bezwzględnie nieważna, tj. od momentu jej zawarcia, ale należy brać pod uwagę również przypadki zawarcia umowy obarczonej nieważnością bezwzględną, np. z przyczyn określonych w art. 58 KC.

Zgodnie z art. 16 pkt 1, 2, 3 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Specyfikacja warunków zamówienia musi być dostępna na stronie internetowej postępowania przez cały okres trwania postępowania, tj. od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Powyższe oznacza, iż Wykonawca ma możliwość w tym samym dniu zapoznać się zarówno z treścią

ogłoszenia oraz treścią SWZ i zauważyć zaistniałą nieścisłość pomiędzy ogłoszeniem o zamówieniu a SWZ. Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ jednakże w analizowanym przypadku żaden z Wykonawców takiego wniosku nie złożył. Co do zasady Zamawiający ma obowiązek formułować zapisy SWZ w sposób jasny i precyzyjny.

Obecnie nie ma odpowiednika art. 144 ust.6 starej ustawy, zgodnie z którym Prezes Urzędu 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

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 2 czerwca 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 939/10), „ustawa nie pozwala na przyjęcie prymatu zapisów SIWZ nad treścią ogłoszenia. Są to dokumenty, które powinny być ze sobą spójne i w sposób jednakowy opisywać np. sposób oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wymieniając przy tym taki sam katalog dokumentów, które należy wraz z ofertą przedłożyć”.

Sąd Okręgowy w Nowym Sączu z 18 marca 2015 r. (sygn. akt III Ca 70/15) uznał, że zapisy w SIWZ muszą mieć precyzyjny i jednoznaczny charakter, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 października 2018 r., sygn. akt KIO 1991/18).

Wnioski:

W przedmiotowej sprawie po przekierowaniu na stronę internetową zawierającą SWZ dostępną od dnia publikacji ogłoszenia Wykonawca mógł powziąć informację, iż warunek udziału w postępowaniu jest bardziej konkurencyjny niż przewiduje to ogłoszenie o zamówieniu.

Niespójność w tym zakresie zrodziłaby dla Wykonawcy ujemne konsekwencje bo Zamawiający musiałby interpretować rozbieżności na niekorzyść Wykonawców w oparciu o warunek udziału ujęty w SWZ.

Zatem Zamawiający podejmuje decyzję na podstawie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na stwierdzenie, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający po unieważnieniu postępowania, planuje ponownie przeprowadzić postępowanie w oparciu o zaktualizowany opis warunków udziału w postępowaniu.