

Wrocław, 01.06.2022 r.

ZAWIADOMIENIE O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA

Dotyczy: „Ochrona kompleksu budynków Dolnośląskiego Parku Innowacji i Nauki S.A.”

Postępowanie nr: ZP/PN/01/2022

Działając w myśl art. 260 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021r., poz. 1129 z późn. zm.), zwanej dalej uPzp, Kierownik Zamawiającego, zawiadamia o unieważnieniu postępowania przetargowego na podstawie art. 255 pkt 6 uPzp.

Uzasadnienie prawne:

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

Uzasadnienie faktyczne:

Fundamentalnym obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie procedury udzielenia zamówienia publicznego zgodnie z obowiązującymi przepisami uPzp. Dotyczy to zarówno etapu przygotowania postępowania jak i czynności zmierzających bezpośrednio do wyboru oferty najkorzystniejszej poprzez badanie i ocenę ofert. Artykuł 16 w/w ustawy mówi o przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, o przejrzystości jak również o proporcjonalności.

Zamawiający opisując wymagania względem Wykonawców dopuścił się nadmiarowości zarówno określając wysokość wadium jak i warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Zamawiający prowadzi w/w postępowanie w oparciu o art. 275 pkt 1 w związku z art. 359 pkt 2 uPzp tj. winien stosować do danej procedury przetargowej odpowiednio przepisy dot. zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne – jeżeli wartość zamówienia wyrażona w złotych jest mniejsza niż równowartość kwoty 750 000 euro, nie mniejsza jednak niż równowartość kwoty 130 000 złotych. Zgodnie z art. 281 uPzp Zamawiający określa w SWZ informację o warunkach udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający je przewiduje oraz

wymagania dotyczące wadium, z zastrzeżeniem, że kwota wadium, nie może być większa niż 1,5% wartości zamówienia.

Zamawiający przygotowując postępowanie przetargowe określił wysokość wadium na poziomie 15 tys. zł. Zgodnie z dokumentem stanowiącym oszacowanie przedmiotu zamówienia – wartość zamówienia podstawowego została określona na poziomie 570 288 zł netto. W związku z powyższym wadium nie powinno stanowić więcej aniżeli 8 554,32 zł.

Dokonując analizy wskazanego naruszenia w kontekście art. 457 ust. 1 oraz art. 459 uPzp można stwierdzić, iż ma ono wpływ na prowadzone postępowanie, ponieważ zasada dotycząca wniesienia wadium obejmuje wszystkich potencjalnych wykonawców, zaś skala niedokładności jego obliczenia (prawie dwukrotność) mogłaby stanowić element ograniczający podjęcie decyzji wykonawcy o uczestnictwie w prowadzonym postępowaniu.

W trakcie prowadzonego postępowania, przed otwarciem ofert, Zamawiający błędnie podał również kwotę jaką dysponuje na realizację przedmiotowego zamówienia w wysokości 1 052 181,36 zł. Kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia powinna odpowiadać rzeczywistej kwocie przeznaczonej przez zamawiającego na wydatkowanie, celem wykonania danego zamówienia publicznego, a więc uwzględniającej należne z tego tytułu opłaty i podatki, wzrost wynagrodzenia należnego z tytułu rozliczenia itp. Błąd Zamawiającego wynika z sumowania kwot: zamówienia podstawowego jak również zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 uPzp. De facto Zamawiający na realizację przedmiotowej usługi dysponuje kwotą nie większą niż 701 454,24 zł.

Potwierdzenie powyższego stanowi dowód w postaci Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tworzonego przez Zamawiającego zgodnie z paragrafem 2 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. (*Dz. U. 2020 poz. 2434*) w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z treścią Protokołu, jak i załączników – Zamawiający wskazuje na dokument dotyczący oszacowania wartości zamówienia. Oszacowanie zostało dokonane przez p. Marcina Psiucha i wskazuje na kwotę zamówienia podstawowego 570 288 zł netto.

Zamawiający jest zobowiązany do prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Powyższe nie znajduje swojego odzwierciedlenia przy określeniu warunków udziału w postępowaniu dla Wykonawców w zakresie ich zdolności technicznej i zawodowej. Zamawiający żądał wykazania 11 odrębnych usług z zastrzeżeniem, że „Wykonawca musi przedstawić 11 odrębnych usług, nie może powoływać się na doświadczenie, które spełnia dwa lub więcej powyższych punktów.”

Zgodnie z art. 112 ust. 1 uPzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Ponadto, jak wyjaśnił Urząd Zamówień Publicznych w komentarzu „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, H. Nowak, M. Winiarz (red.), Warszawa 2021 „Przy interpretacji tego wyrażenia należy uwzględnić art. 58 ust. 1 akapit drugi dyrektywy klasycznej, który jest wzorcem dla tej normy. Zgodnie z art. 58 ust. 1 akapit drugi dyrektywy klasycznej

„[instytucje zamawiające] ograniczają wymogi do tych, które są odpowiednie do zapewnienia, że kandydat lub oferent posiadają zdolność prawną, finansową, techniczną i zawodową niezbędne do realizacji udzielanego zamówienia”. Posłużenie się w art. 112 ust. 1 Pzp sformułowaniem „w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia” oznacza zatem, że zamawiający nie może swobodnie i arbitralnie kształtować warunków udziału w postępowaniu, nawet jeśli trzyma się kategorii warunków określonych ust. 2, ale przy ich określaniu musi ograniczyć się wyłącznie do wymagań niezbędnych do należytego wykonania zamówienia. Przyjęte przez zamawiającego warunki udziału nie mogą zatem wykraczać poza to, co jest racjonalnie niezbędne do osiągnięcia celu, a więc wyboru oferty pochodzącej od wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia. Prawidłowo wskazuje się w orzecznictwie KIO, iż warunki udziału w postępowaniu powinny być określone na minimalnym poziomie, tj. nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określane ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie”.

Warunek musi być nie tylko powiązany z opisem przedmiotu zamówienia i do niego adekwatny, ale także nie może być narzędziem dyskryminacji wykonawców – żądanie wykazania się 11-ma usługami jest żądaniem znacznie wygórowanym. Zamawiający nie może formułować warunków w sposób, który eliminowałby z postępowania wykonawców, którzy są w stanie wykonać należycie zamówienie.

Warunek nie może bowiem być bardziej restrykcyjny niż jest to konieczne dla oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania przyszłej umowy (zob. np. wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2018 r. sygn. KIO 2381/18). Warunek musi być też „proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia”.

Ponadto Zamawiający ponownie przeanalizował zasadność swoich potrzeb związanych z udzielanym zamówieniem i dokona w tym zakresie stosowanych zmian polegających na zmianie warunków zatrudnienia pracowników oraz anulowania potrzeby stosowania systemów radiowych.

Powyższa argumentacja jednoznacznie wskazuje na wadę prowadzonego postępowania, która jest niemożliwa do usunięcia na etapie złożonych ofert. Zamawiający nie znajduje żadnej przewidzianej przepisami ustawy Pzp możliwości, aby po otwarciu ofert zmodyfikować warunki zamówienia. Ustalenie, że zapisy zamieszczone w dokumentacji zamówienia są niezgodne z przepisami uPzp skutkuje tym, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obarczone jest wadą.

O słuszności wskazanych powyżej tez, stanowi m.in. wyrok KIO 314/16, w którym czytamy „Pod pojęciem niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego kryje się każde uchybienie przepisom uPzp, którego skutków nie można usunąć przy zastosowaniu procedur z nich wynikających”. Ponadto, jak wyjaśnił Urząd Zamówień Publicznych w komentarzu „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, H. Nowak, M. Winiarz (red.), Warszawa 2021 „Wada musi mieć nieusuwalny charakter. Chodzi więc o takie uchybienia proceduralne, które nie mogą być skorygowane przez zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności. Dopuszczalność usunięcia wady postępowania powoduje wyłączenie możliwości unieważnienia postępowania”.

Postępowanie nr ZP/PN/01/2022

Sam fakt wystąpienia wady postępowania oraz niemożność usunięcia takiej wady, w obecnym stanie jednocześnie powoduje niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu. Tym samym, postępowanie podlega unieważnieniu zgodnie z art. 255 pkt 6 uPzp.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie może udzielić zamówienia w sposób określony art. 17 ust. 2 uPzp, tj. zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W świetle powyższych wniosków, w celu skorygowania zaistniałych wad, Zamawiający przygotowuje nowe postępowanie w celu udzielenia zamówienia publicznego w zakresie ochrony kompleksu budynków Dolnośląskiego Parku Innowacji i Nauki S.A. uwzględniające w całej rozciągłości wnioski zawarte powyżej.