

Warszawa, dnia 15/01/2024 r.

ZNAK POSTĘPOWANIA: WCK/2/ZP/2023

ZAWIADOMIENIE O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA

Wolskie Centrum Kultury (dalej również jako „Zamawiający”) działając na podstawie art. 260 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) (dalej jako „Pzp”) zawiadamia o **unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego** prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usług związanych z pełnieniem funkcji koordynatora projektu pn. „modernizacja amfiteatru w Parku im. Gen. J. Sowińskiego w Warszawie” przy ul. Elekcyjnej 17. – kontynuacja”, – na podstawie:

- 1) art. 255 pkt 5 Pzp tj. z uwagi na istotną zmianę okoliczności, która spowodowała, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć oraz
- 2) art. 255 pkt 6 Pzp, tj. z uwagi na to, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

UZASADNIENIE

- I. **Unieważnienie postępowania z uwagi na istotną zmianę okoliczności, która spowodowała, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć oraz z uwagi na to, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego:**

Zgodnie z art. 255 pkt 5 Pzp: *Zamawiający 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.*

Z kolei zgodnie z art. 255 pkt 6 Pzp: *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;*

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zachodzą okoliczności wskazane w ww. przepisach skutkujące koniecznością unieważnienia postępowania.

- 1) Postępowanie wszczęte i prowadzone było bez niezbędnych pełnomocnictw oraz wniosków umożliwiających wszczęcie postępowania,

- 2) Specyfikacja Warunków Zamówienia miała wady wpływające na wynik postępowania – w szczególności należy wskazać :

a) Nieprawidłowo sformułowane warunki udziału w postępowaniu,

- brak dopuszczenia możliwości powoływania się na usługi wykonywane – w przypadku usług powtarzających się lub ciągłych – § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej również „rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych”;
- brak dopuszczenia doświadczenia w zakresie wykonywania obowiązków zastępstwa inwestycyjnego nad budową budynku lub obiektu budowlanego (...)
- bezzasadne jest ograniczanie doświadczenia wykonawcy wyłącznie do funkcji koordynatora projektu w zakresie wykonywania obowiązków zastępstwa inwestycyjnego nad realizacją remontu lub przebudowy budynku lub obiektu budowlanego z przeznaczeniem na potrzeby działalności kulturalnej,
- bezzasadne wymaganie uprawnień radcy prawnego lub adwokata oraz wykształcenia prawniczego,
- ponadto - wskazanie konkretnego kodu dotyczącego „realizacji” jakimi musiał się wykazać wykonawca (ogólnodostępne obiekty kulturalne (klasa 1261)) – bezzasadnie zawężyło warunek udziału.

b) Nieprawidłowo określone terminy oraz nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia:

- Termin związania ofertą określono na 30 dni (rozdział VII ust. 1 SWZ). – Powinno się określić termin datą - brak określenia terminu związania ofertą datą (art. 307 ust. 1 Pzp).
- Termin zawarcia umowy (rozdział XIII ust. 2 SWZ) określono poprzez odesłanie do art. 264 Pzp (przepis dotyczący postępowań o wartości przekraczającej progi unijne, określający dłuższe terminy tzw. standstill), zamiast do art. 308 ust. 2 Pzp.

Naruszone przepisy:

Art. 307 ust. 1 Pzp :

*1. Wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu **określonego datą** w dokumentach zamówienia, jednak nie dłużej niż 30 dni od dnia upływu terminu składania ofert, przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert.*

Art. 264 ust. 1 Pzp :

*1. Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem art. 577, w terminie nie krótszym niż **10 dni** od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo **15 dni** - jeżeli zostało przesłane w inny sposób.*

Art. 308 ust. 2 Pzp :

*2. Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem art. 577, w terminie nie krótszym niż **5 dni** od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej*

oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 10 dni, jeżeli zostało przesłane w inny sposób.

Art. 99 ust. 1 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.

Brak określenia choćby podstawowych danych dotyczących realizacji której dotyczą usługi spowodował niejednoznaczność i niejasność.

- c) Naruszenie konstrukcji postępowania – żądanie dokumentów po wyborze, zamiast przed wyborem :

Zamawiający powinien zastosować art. 274 ust. 1 Pzp., zgodnie z którym to przepisem - Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Tymczasem Zamawiający w SWZ określił, że wezwie do złożenia podmiotowych środków dowodowych dopiero **po wyborze najkorzystniejszej oferty**.

Stanowi to naruszenie art. 271 ust. 1 Pzp – zgodnie z którym Zamawiający – w terminie nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania powinien wezwać do złożenia podmiotowych środków dowodowych (wykazu usług wraz z poświadczeniami należytego wykonania, wykazu osób) i dopiero w wyniku oceny tych dokumentów – powinien opublikować informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

- 3) Projektowane Postanowienia Umowy miały nieprawidłowości oraz niewystarczająco chroniły interes Zamawiającego.

W związku z nieprawidłowościami Projektowanych Postanowień Umownych naruszono następujące przepisy:

Art. 433 pkt 4 Pzp

Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: (...)

4) *możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego **bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.***

— par. 7 ust. 1 i 2

Miesięczne wynagrodzenie ryczałtowe – płatne niezależnie od postępu prac budowlanych, również w okresie przestojów, wstrzymania robót.

— brak postanowień dotyczących podwykonawstwa – skutek wyłączenia podwykonawstwa w SWZ;

Naruszony przepis:

Art. 462 ust. 1 Pzp w zw. z art. 60 pkt 1) Pzp w zw. z art. 121 pkt 1 Pzp - przywołane w pkt. 5b) Kwestionariusza: określenie osobistego wykonania umowy.

— par. 8 - kary umowne

— par. 8 ust. 1 - wysoka kara z tytułu rozwiązania/odstąpienia od umowy (30%), ponadto liczona zawsze od całości wynagrodzenia, nawet gdyby wypowiedzenie/odstąpienie dotyczyło jedynie niezrealizowanej (np. niewielkiej) części zamówienia. Analogiczna uwaga dot. kary określonej w par. 8 ust. 3.

- par. 8 ust. 2

„Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za zwłokę Wykonawcy w wykonaniu przedmiotu umowy, która spowodowała przedłużenie terminu zakończenia inwestycji, o którym mowa w § 1 umowy, Zamawiający naliczy karę w wysokości 0,5 % łącznego wynagrodzenia brutto określonego w § 7 ust. 1 umowy za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w wykonywaniu przez Wykonawcę swoich obowiązków w jakimkolwiek zakresie umowy;”

Par. 1 nie określa terminu zakończenia inwestycji. Ponadto wobec braku określenia terminów częściowych na wykonanie poszczególnych obowiązków przez Wykonawcę – brak możliwości stwierdzenia, od jakich terminów należy liczyć zwłokę. **Podstawa do naliczenia kary określona w sposób wadliwy.**

- par. 8 ust. 5 – prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego zastrzeżone jedynie dla Koordynatora projektu, brak analogicznego postanowienia zastrzegającego to prawo dla Zamawiającego, brak zabezpieczenia interesu Zamawiającego, pomimo iż autorem Projektowanych Postanowień Umowy jest Zamawiający.

— par. 9 ust. 1 – możliwość wypowiedzenia umowy bez podania przyczyny, bez podania okresu wypowiedzenia, możliwe stwierdzenie obejścia przepisów Kc dotyczących umownego odstąpienia od umowy, gdzie wymagane jest m.in. określenie terminu na skorzystania z prawa odstąpienia.

— brak określenia postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia

Naruszony przepis :

Art. 439 ust. 1 Pzp :

1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub **usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.**

— Zasady zmiany umowy wraz z określeniem przesłanek do dokonania zmiany – nie zostały określone w PPU. Jedną podstawą do zmiany umowy została określona w samej SWZ. Natomiast, istnieje wątpliwość do prawidłowości określenia tej podstawy w kontekście art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp, m.in. brak jednoznacznego określenia zakresu zmian tj. czy zmienia ulega tylko termin wykonania Umowy (bez zmian innych postanowień), czy też możliwe są również zmiany innych postanowień Umowy:

„Zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, są możliwe ponadto w przypadku wstrzymania robót na żądanie uprawnionego podmiotu, odpowiedniemu wydłużeniu ulegnie termin wykonania Umowy w takim

przypadku termin wykonania Umowy może zostać wydłużony o liczbę dni odpowiadającą liczbie dni wstrzymania prac na żądanie uprawnionego podmiotu;"

W niniejszej sytuacji – należało stwierdzić brak interesu publicznego w dalszym prowadzeniu postępowania i udzieleniu zamówienia. Prowadzenie postępowania bez niezbędnych uprawnień, upływ terminu oznaczonego w SWZ, nieprawidłowości w SWZ i PPU – powodują, że dalsze prowadzenie postępowania jest bezzasadne i wypełnione są przesłanki określone w art. 255 ust. 5 Pzp.

Niezależnie od powyższego w okolicznościach postępowania zachodzi podstawa do jego unieważnienia z **art. 255 pkt 6 Pzp**. Wada postępowania zachodzi w związku z przyjętym terminem realizacji zadania a ponadto – z niemożnością zmiany nieprawidłowych postanowień SWZ oraz umowy po terminie składania ofert.

Zamawiający wskazując powyższe podstawy unieważnienia postępowanie wskazuje dodatkowo, że pozostają one w związku z art. 457 ust.1 Pzp, w zakresie, w jakim wada postępowania może prowadzić do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu na podstawie przesłanek wskazanych w tych przepisach.

Należy wskazać na orzecznictwo :

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 16 maja 2023 r., sygn. akt KIO 1188/23 :

W ocenie Izby, kontynuowanie przedmiotowego postępowania w obecnym kształcie prowadziłoby do naruszenia ustawy, co miałoby wpływ na wynik tego postępowania.

[...] Izba doszła do przekonania, że Zamawiający nie opisując swoich wymagań stawianych działaniom edukacyjnym [...], doprowadził do sytuacji, w której Zamawiający nie miał żadnej możliwości zweryfikowania tego, jakie działania edukacyjne [...], oferują wykonawcy. Innymi słowy, zaistniała sytuacja, w której Zamawiający nie wiedziałby, jakie świadczenie oferują mu wykonawcy, a brak takiej wiedzy uniemożliwiałby Zamawiającemu prawidłowe porównanie złożonych ofert.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21 marca 2023 r., sygn. akt KIO 610/23 :

Izba nie zgodziła się z Odwołującym, że niejasność lub nieprecyzyjność przedmiotu zamówienia mogła być przesłanką unieważnienia postępowania jedynie w oparciu o przepisy Prawa zamówień publicznych w poprzednim brzmieniu. W ocenie składu orzekającego, niejasny, nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia i opis jednego z kryteriów oceny ofert stanowi takie naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych, które ma oczywiste i zasadnicze znaczenie dla oceny ofert, a więc umowa zawarta w wyniku takiego postępowania podlegałaby unieważnieniu na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych. Skoro tak, to nie można po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawrzeć umowy niepodlegającej unieważnieniu, a zatem zachodzi przesłanka do unieważnienia postępowania, na podstawie art. 255 pkt 6 Prawa zamówień publicznych.

Reasumując - niniejsze postępowanie prowadzone było przez osobę nie posiadającą uprawnień do jego samodzielnego wszczęcia i prowadzenia. Do ujawnienia tego faktu doszło w trakcie prowadzenia postępowania. Wykrycie powyższych okoliczności spowodowało powstanie sytuacji nieprzewidywalnej - zmiany okoliczności, powodującej, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym.

Uwzględniając również, że w niniejszym postępowaniu doszło do nieprawidłowości w zakresie opisu przedmiotu zamówienia jak również w innym zakresie i mogło mieć to wpływ na wynik postępowania – Zamawiający jest zobowiązany do unieważnienia postępowania w sytuacji spełnienia przesłanek określonych w art. 255 pkt 5 Pzp oraz art. 255 pkt 6 Pzp.

WOLSKIE
CENTRUM KULTURY
KULTURY