

Pawonków, 10.01.2018 r.

Nr sprawy: ZP-5/2017

Dot.: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na "Wykorzystanie odnawialnych źródeł energii w wybranych oczyszczalniach na terenie Gminy Pawonków w systemie zaprojektuj i wybuduj".

Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na
„Wykorzystanie odnawialnych źródeł energii w wybranych oczyszczalniach na terenie Gminy Pawonków w systemie zaprojektuj i wybuduj”

Podstawa prawna: art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 oraz art. 93 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, z późn. zm.), Zamawiający unieważnia postępowanie pn. **Wykorzystanie odnawialnych źródeł energii w wybranych oczyszczalniach na terenie Gminy Pawonków w systemie zaprojektuj i wybuduj** ponieważ obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

UZASADNIENIE

W postępowaniu pn. Wykorzystanie odnawialnych źródeł energii w wybranych oczyszczalniach na terenie Gminy Pawonków w systemie zaprojektuj i wybuduj wskazano w rozdziale XII. Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. błędną formułą oceny kryterium 4 - Czas usunięcia awarii (wad) od momentu zgłoszenia usterki. Wskazano, że kryterium będzie obliczane zgodnie z poniższą zasadą:

4) wartość punktowa dla Czas usunięcia awarii (wad) od momentu zgłoszenia usterki (T) będzie ustalana poprzez wyliczenie stosunku czasu wskazanego w badanej ofercie oferty do maksymalnego ustalonego przez Zamawiającego i pomnożenie uzyskanego wyniku przez znaczenie procentowe kryterium, czyli wg poniższego wzoru:

$$T = \frac{\text{Czas usunięcia awarii (wad) od momentu zgłoszenia usterki badanej oferty w h}}{\text{maksymalny ustalony przez Zamawiającego czas tj. 72 godziny}} \times 20 = \text{ilość punktów}$$

Zasada ta powodować może działanie szkodliwe dla Zamawiającego i wypacza sens tego kryterium. Zatem ocena ofert z zastosowaniem tego kryterium nie jest adekwatna do zamierzenia i może spowodować zachwianie konkurencyjnego sposobu oceny ofert i konkurencyjnego wyboru oferty najlepszej, co jest zamierzeniem Zamawiającego. W takim też zakresie realizacja umowy w złożonej i wybranej jako najkorzystniejszej ofercie staje się niemożliwa.

Wskazana niezgodność uzasadnia unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, ponieważ obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy i art. 146 ust. 6 Pzp – Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp), zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Stosownie do art. 93 ust. 3 Pzp, o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wszystkich wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia (w przypadku unieważnienia postępowania przed upływem terminu składania ofert) lub złożyli oferty (w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert), podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

W literaturze przedmiotu oraz w orzecznictwie wyraźnie się wskazuje, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 nie odwołuje się jednak wyłącznie do art. 146, a tym samym przesłanki określone w art. 146 ust. 1 nie stanowią wyłącznej podstawy do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 (zob. wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2011 r., KIO 34/11, www.uzp.gov.pl). Odniesienie "niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego" wyłącznie do przesłanek unieważnienia umowy określonych w art. 146 ust. 1 (z uwzględnieniem ust. 2) prowadziłoby do nieracjonalnego i jednocześnie niemożliwego do zaakceptowania wniosku, że nawet wystąpienie nieusuwalnej wady w sposób oczywisty mającej wpływ na wynik postępowania, ale niewymienionej w art. 146 ust. 1, uniemożliwi zamawiającemu unieważnienie postępowania, nakładając tym samym na niego obowiązek zawarcia umowy. Wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy.

W aktualnym stanie prawnym w przypadku umów w sprawie zamówień publicznych przyjęto konstrukcję względnej nieważności umowy, której skutki mogą powstać dopiero z chwilą wydania konstytucyjnego orzeczenia przez KIO lub sąd powszechny. Zamawiający, unieważniając postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 są uprawnieni do brania pod uwagę zarówno okoliczności skutkujących unieważnieniem zawartej umowy wynikających z art. 146 ust. 1, jak i powinni brać pod uwagę okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 ust. 6. Przyznanie wyłącznej kompetencji Prezesowi UZP do wzruszania zawartych już umów, nie powinno ograniczać możliwości zamawiających niedopuszczenia do ich zawarcia przez unieważnienie postępowania, w razie stwierdzenia, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą mającą wpływ na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, choć wykraczającą poza dyspozycje art. 146 ust. 1 pkt 1-6. Nie można także pominąć faktu, że w aktualnym stanie prawnym możliwości unieważnienia postępowania z powołaniem się na niemożliwą do usunięcia wadę mającą wpływ na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy zostały przez ustawodawcę, w świetle literalnego brzmienia art. 146 znacząco ograniczone, co wskazuje na konieczność daleko idącej ostrożności przy powoływaniu się na inne, niż wskazane w art. 146 ust. 1, podstawy podlegania umowy unieważnieniu. Stwierdzona przez zamawiającego wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu p.z.p., które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik. W wyroku z dnia 19 września 2012 r., KIO 1900/12, www.uzp.gov.pl, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że "zamawiający są uprawnieni do badania okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania, które mieszczą się w dyspozycji art. 146 ust. 6 ustawy p.z.p. Przeciwny pogląd prowadziłby do wniosku, że zamawiający nie może unieważnić postępowania, w którym doszło do naruszenia przepisów ustawy p.z.p. (którego nie można usunąć) mającego wpływ na wynik postępowania, jeśli nie jest to wada wymieniona w art. 146 ust. 1 ustawy p.z.p. W konsekwencji stanowiłoby to przyzwolenie na zawieranie umów nawet

w sytuacji, gdy postępowanie obarczone byłoby poważną wadą, jeśli wada ta jest nieusuwalna. Taki pogląd wydaje się nie do zaakceptowania". (Nowicki Józef Edmund, Komentarz do art. 93 ustawy - Prawo zamówień publicznych..., op. cit.).

Powyższe wskazuje zatem jednoznacznie na obowiązek uwzględniania przez Zamawiającego, podczas oceny zaistnienia przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie tylko katalogu okoliczności wskazanych w art. 146 ust. 1 Pzp, ale również, w szczególności, potencjalnego ziszczenia się przesłanek warunkujących czynności Prezesa UZP, o których mowa w art. 146 ust. 6 Pzp a tym samym zapobieżenia zawarciu umów, które podlegałyby unieważnieniu na drodze sądowej (por. również m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 grudnia 2013r., sygn. akt KIO 2730/13, LEX nr 1408709), przy czym Zamawiający obowiązany jest w takim przypadku wskazać na konkretną wadę mającą charakter nieusuwalny, a w razie stwierdzenia dokonania czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów Pzp, do wykazania, że naruszenie to miało lub mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 kwietnia 2013r., sygn. akt KIO 763/13, LEX nr 1313631). Wada, o której mowa w powołanym przepisie, winna mieć charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, że umowa zawarta w wyniku postępowania będzie wskutek wady podlegała unieważnieniu (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 grudnia 2013r., sygn. akt KIO 2730/13, LEX nr 1408709).

W tym aspekcie zatem należy zważyć, co następuje. Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia był projekt pn. **Wykorzystanie odnawialnych źródeł energii w wybranych oczyszczalniach na terenie Gminy Pawonków w systemie zaprojektuj i wybuduj.**

Na mocy art. 29 ust. 1 Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Nie ulega wątpliwości, że wskazanie konkretnych ilości oraz miejsca dostawy ma kluczowe znaczenie dla sporządzenia oferty, w szczególności ustalenia ceny. Nadto, opis powinien w sposób rzeczywisty oddawać potrzeby Zamawiającego w odniesieniu do wymagań stawianych dla prawidłowej realizacji zamówienia, które to wymagania, co jest w danym stanie sprawy oczywiste, winny uwzględniać rzeczywiste potrzeby i możliwości Zamawiającego. W danym stanie sprawy wymagania te zostały wskazane poprawnie, natomiast niepoprawnie skonstruowano kryterium oceny jakościowej. Nie można wykluczyć, uwzględniając, że tak skonstruowane kryterium ma wpływ na określenie czasu reakcji na zdarzenie nieadekwatne do zamierzeń Zamawiającego, a opisany został w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Warto również nadmienić, że omyłki tej nie sposób sanować poprzez zmianę postanowień umowy w tym zakresie. Należy przypomnieć, że stosownie do art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 Pzp specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej opis przedmiotu zamówienia oraz istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Zgodnie z art. 144 ust. 1 Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania, zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Zamawiający nie tylko nie przewidział możliwości zmiany umowy w tym obszarze, co oznacza, że jej wprowadzenie skutkowałoby naruszeniem art. 144 ust. 1 Pzp, ale również należy stwierdzić, że w tym obszarze postanowienia te stanowią ścisły przedmiot zamówienia i *essentialia negotii* umowy. Zmiana ta zatem odnosiłaby się do elementów stanowiących o istocie i przedmiocie umowy. Na podstawie art. 144a ust. 1 Pzp (a zatem poza przypadkami określonymi w art. 146 ust. 6 Pzp), Prezes UZP może wystąpić do sądu o unieważnienie m.in. zmian umowy dokonanych z naruszeniem art. 144 ust. 1. Zważywszy, że z przyczyn obiektywnych, istniejących w dacie udzielenia zamówienia, Zamawiający zmuszony byłby do modyfikacji postanowień, która to modyfikacja podlegałaby unieważnieniu w świetle powołanych przepisów (co, zważywszy na to, że dotyczyłaby *essentialia negotii* umowy, skutkowałoby w istocie koniecznością unieważnienia całej umowy),

nie istnieje również prawna możliwość wprowadzenia zmian w istotnych postanowieniach umowy w tym zakresie.

Jak wskazano już powyżej, jako podstawę unieważnienia w sytuacji, gdy wadliwie sporządzony opis przedmiotu zamówienia miał lub mógł mieć wpływ na wynik postępowania, należy powołać art. 146 ust. 6 Pzp. Jeśli w prowadzonym postępowaniu wystąpiła niemożliwa do usunięcia wada, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie ma przeszkód, aby zamawiający w ramach samokontroli unieważnił nieprawidłowo przeprowadzone postępowanie, unikając tym samym zawarcia umowy mogącej następnie być unieważniona. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji, będących wynikiem błędów lub braku wymaganej staranności przy sporządzaniu przez zamawiającego dokumentacji postępowania, w tym w szczególności przy opisywaniu przedmiotu zamówienia. Reguła ta jednak musi być oceniana biorąc pod uwagę cel postępowania o zamówienia publiczne, którym jest zawarcie ważnej i niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie (*wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2012r., sygn. akt KIO 2428/12, LEX nr 1237659; por. również m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015r., sygn. akt KIO 912/15, LEX nr 1797109*).

W danym stanie faktycznym należy uznać, że wszelkie przesłanki unieważnienia postępowania oraz wymagania w zakresie uzasadnienia faktycznego i prawnego zostały przez Zamawiającego wypełnione.

Jak podniesiono już uprzednio w treści uzasadnienia, stosownie do art. 146 ust. 5 Pzp, przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania przez zamawiającego unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny. Jednocześnie, zgodnie z art. 146 ust. 4 Pzp, z przyczyn, o których mowa w ust. 1 oraz 6, nie można żądać stwierdzenia nieważności umowy na podstawie art. 189 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r. poz. 101, z późn. zm.). Powyższe oznacza, *a contrario*, że w trybie powództwa o ustalenie, o którym mowa w art. 189 k.p.c., możliwe jest stwierdzenie bezwzględnej nieważności umowy, zwłaszcza na podstawie art. 58 § 1 i 2 k.c., na żądanie podmiotu, który wykaże w tym swój interes prawny. W trybie powództwa o ustalenie nie będzie jedynie możliwe powoływanie się na okoliczności określone w art. 146 ust. 1 lub 6 Pzp (*por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 31 sierpnia 2012r., sygn. akt IACa 582/12, LEX nr 1237044*). Należy bowiem mieć na względzie, że przepis art. 146 ust. 1 Pzp przewiduje bezwzględną nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego, zaś zastrzeżenie wskazane w treści przepisu wskazuje, iż nie są to wyłączne przesłanki nieważności umowy. Do umów w sprawie zamówień publicznych odnoszą się również wszelkie przesłanki nieważności określone w odrębnych przepisach, w tym w szczególności wskazane w kodeksie cywilnym. (*wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 30 maja 2011r., sygn. akt IC 317/09, LEX nr 1124965*). Przewidziana bowiem ab initio nieważność umowy jest bardziej dolegliwą od przewidzianej m.in. w art. 146 ust. 1 i ust. 6 pzp możliwości unieważnienia umowy, która rodzi skutki dopiero z chwilą jego orzeczenia. Skoro ustawodawca dopuścił możliwość unieważnienia postępowania przy powołaniu się jedynie na nieważność względną (wzruszalność), tym bardziej dopuszczalną wydaje się możliwość unieważnienia postępowania przy powołaniu się na nieważność bezwzględną (*wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2013r., sygn. akt KIO 755/13, LEX nr 1315323*). Na tym tle należy powołać przepis art. 387 § 1 k.c., zgodnie z którym umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Jednocześnie zmiana istotnych postanowień umowy w tym obszarze, która, jak już wykazano powyżej, stanowić będzie w istocie o zmianie *essentialia negotii* umowy, może zostać uznana za mającą na celu obejście ustawy, to jest Pzp, i jako taka, za nieważną w świetle art. 58 § 1 k.c., który stanowi, że czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. Niezależnie zatem od okoliczności wykazanych powyżej na tle art. 146 ust. 6 Pzp należy mieć na uwadze, że nawet w razie – wyłącznie teoretycznie – przyjęcia, że przesłanki te nie wystąpiły, wypełnione zostają dyspozycje przepisów art. 146 ust. 4 i 5 Pzp, umożliwiające odpowiednim podmiotom podjęcie odpowiednich kroków na drodze sądowej, ze względu na

wypełnienie przesłanek nieważności postanowień umowy na podstawie przepisów kodeksu cywilnego.

Z powyższego wynika, że wada uzasadniająca unieważnienie postępowania we wskazanej części tkwi w samym postępowaniu a jednocześnie jest istotna i nieusuwalna. W szczególności bowiem opis przedmiotu zamówienia nie odpowiada rzeczywistym intencjom, możliwościom oraz potrzebom Zamawiającego. Wada ta stanowi skutek naruszenia wskazanych powyżej przepisów Pzp, co mogło mieć wpływ na wynik postępowania, w szczególności na liczbę ubiegających się o zamówienie Wykonawców oraz treść ofert w zakresie zaproponowanej ceny. Wada ta jednocześnie jest niemożliwa do usunięcia w trybie i w sposób uprawniony na tle przepisów Pzp i uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu zarówno na tle Pzp, jak i w świetle przepisów k.c. Z powyższych względów postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, **Wykorzystanie odnawialnych źródeł energii w wybranych oczyszczalniach na terenie Gminy Pawonków w systemie zaprojektuj i wybuduj**, podlega unieważnieniu.

WÓJT

mgr inż. Henryk Suchocka