



Czernica, dnia 10.11.2017 r.

GkiI.271.2.21.2017.KM

## ZAWIADOMIENIE O UNIEWAŻNIENIU CZĘŚCI POSTĘPOWANIA

### Część XIII - WYPOSAŻENIE KUCHNI

Zamawiający zawiadamia, że na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 skutkującym unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 ust. 6, ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „DOSTAWA WYPOSAŻENIA DO ZESPOŁU SZKOLNO-PRZEDSZKOLNEGO W DOBRZYKOWICACH – ETAP I WYPOSAŻENIE PRZEDSZKOLA w ramach projektu „Budowa przedszkola w ramach zespołu szkolno-przedszkolnego w Dobrzykowicach w Gminie Czernica” dofinansowanego ze środków Regionalnego Programu Operacyjnego dla Woj. Dolnośląskiego na lata 2014 – 2020.” w **Części XIII - WYPOSAŻENIE KUCHNI** ponieważ obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

#### Uzasadnienie:

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy – 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. W myśl art. 93 ust. 2 Pzp, jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio.

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.

Jak wskazano w doktrynie, unieważnienie postępowania jest instytucją wyjątkową w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. (...) wywiera skutek ex tunc i znosi wszystkie czynności dokonane w postępowaniu przez zamawiającego. Przesłanki unieważnienia postępowania podlegają wykładni ścisłej, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych spoczywa na zamawiającym (...). Jeżeli zaistnieje jedna z przesłanek określonych w art. 93 ust. 1-1b Pzp, zamawiający jest obowiązany unieważnić postępowanie. Artykuł 93 ust. 1-1b Pzp zawiera zamknięty katalog przesłanek unieważnienia postępowania. Należy je interpretować ściśle. (...). Co do zasady unieważnienie postępowania musi być konsekwencją wystąpienia okoliczności niezależnych od zamawiającego. Wyjątek stanowi art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz ust. 1a (*Nowicki Józef Edmund, Komentarz do art. 93 ustawy - Prawo zamówień publicznych [w:] Bazan Aneta, Nowicki Józef Edmund, Prawo zamówień publicznych. Komentarz., opublikowano: LEX, 2015, stan prawny: 2015.09.01, LEX nr 479996*).

Przesłanki skutkujące unieważnieniem umowy w sprawie zamówienia publicznego zostały zakreślone w art. 146 Pzp. Stosownie do jego brzmienia, w ust. 1 przewidziano katalog okoliczności skutkujących unieważnieniem umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

W literaturze przedmiotu oraz w orzecznictwie wyraźnie się wskazuje, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp 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) prowadziłyby 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, uniemożliwiłoby 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 obciążone 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 ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik" (J.E. Nowicki, A. Bazan "Prawo zamówień publicznych. Komentarz", Lex 2015). W tej sytuacji będziemy mieć do czynienia z umową o świadczenie niemożliwe, która w świetle art. 85 ust. 1 Pzp jest nieważna z mocy prawa. Zgodnie z art. 85 ust. 1 Pzp umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Tym samym niewątpliwie mamy do czynienia z wadą, której nie da się usunąć w sposób zgodny z przepisami prawa (nie będzie możliwa w świetle przepisów ustawy Pzp w związku z wyborem oferty Wykonawcy, który nie jest wiązany ofertą). Do tego zawarta umowa jako umowa o świadczenie niemożliwe będzie nieważna. Powyższe prowadzi do wniosku, że występują okoliczności uzasadniające unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.

W wyroku z dnia 19 września 2012 r., KIO 1900/12, [www.uzp.gov.pl](http://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 Pzp. 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 obciążone 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 2013 r., 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 2013 r., 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 2013 r., sygn. akt KIO 2730/13, LEX nr 1408709).

Ponadto zauważyć należy, że tej sytuacji będziemy mieć do czynienia z umową o świadczenie niemożliwe, która w świetle art. 387 kodeksu cywilnego jest nieważna z mocy prawa. Zgodnie z art. 387§1 kodeksu cywilnego umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Tym samym niewątpliwie do czynienia z wadą, której nie da się usunąć w sposób zgodny z przepisami prawa (nie będzie możliwa w świetle przepisów ustawy Pzp ani zmiana terminu wykonania zamówienia przed podpisaniem umowy, ani zmiana po podpisaniu umowy. Do tego zawarta umowa jako

umowa o świadczenie niemożliwe będzie nieważna. Powyższe prowadzi do wniosku, że występują okoliczności uzasadniające unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.

W tym aspekcie zatem należy zważyć co następuje.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia dla części XIII był zakup wyposażenia kuchni.

Na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp dokonano wyboru najkorzystniejszej oferty realizowanej przez Top Gastro Grzegorz Kowalski, Al. Armi Krajowej 45, 50-541 Wrocław. W związku z wniesieniem przez jednego z wykonawców drogą elektroniczną do zamawiającego pisma o niezgodności z przepisami Pzp do czynności podjętej przez zamawiającego i zaniechaniu czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp wnosząc odrzucenie oferty firmy Top Gastro ze względu na niezgodność oferty z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w odniesieniu do zaoferowanego przez Wykonawcę wyposażenia, zamawiający unieważnił przeprowadzoną czynność oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty i przystąpił ponownie do powtórzenia czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Po złożonych wyjaśnieniach przez wykonawcę Top Gastro Grzegorz Kowalski i analizie tychże wyjaśnień, zamawiający uznał ofertę za niepodlegającą odrzuceniu. W związku koniecznym i niezbędnym okresem dokonania ponownej analizy złożonej oferty mając na względzie art. 85 ust. 1 ustawy Pzp podpisanie umowy nastąpiłoby po dniu wyznaczonym na termin realizację zadania.

Zgodnie z przepisów Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy musi być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. To zaś oznacza, że umowa zawarta przez zamawiającego z wybranym wykonawcą nie może zawierać innego terminu wykonania zamówienia niż określony w ofercie.

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, na zakup wyposażenia kuchni w części XIII podlega unieważnieniu.

Zastępca Wójta  
Andrzej Czech

