

Czernica, dnia 16.02.2021 r.

Nr sprawy: MTP.271.2.30.2020.MK

## ZAWIADOMIENIE O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA

Zamawiający zawiadamia, że na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2019 r. poz. . 1843 ze zm. dalej jako ustawa Pzp) unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia na **„Przebudowa i dostosowanie budynku – świetlicy szkolnej mieszczącego się przy ulicy Świętego Brata Alberta Adama Chmielowskiego 5 w Czernicy na oddziały szkolne (z przeznaczeniem na dwie sale lekcyjne), dz. 174/3”**

### UZASADNIENIE PRAWNE

Artykuł 93 ust.1 pkt 7 w związku z artykułem 94 ust. 3 ustawy Pzp – Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie Zamówienia publicznego.

### UZASADNIENIE FAKTYCZNE

W postępowaniu o udzielenie zamówienia nr sprawy MTP.271.2.30.2020.MK na przebudowę i dostosowanie budynku – świetlicy szkolnej mieszczącego się przy ulicy Świętego Brata Alberta Adama Chmielowskiego 5 w Czernicy na oddziały szkolne (z przeznaczeniem na dwie sale lekcyjne), dz. 174/3, w dniu 1 lutego 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Andrzeja Skocz prowadzącego działalność gospodarczą pn.: AS-BUD Andrzej Skocz z siedzibą przy ul. Kolejowej 3 w Jelczu-Laskowicach (55-220). Zamawiający zaprosił wybranego Wykonawcę do podpisania umowy i wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wyznaczonym terminie na dzień 10 luty 2021 r. Wykonawca nie stawił się w wyznaczonym terminie, w związku z powyższym Zamawiający ponownie wezwał Wykonawcę do podpisania umowy na dzień 12 lutego 2021 r. W dniu 12 lutego 2021 r. wpłynęło do Zamawiającego pismo ww. Wykonawcy o rezygnacji z podpisania umowy.

W związku z tym, że Wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę uchylił się od zawarcia umowy, i upłynął termin związania ofertą kolejnego Wykonawcy, Zamawiający nie może już dokonać skutecznego ponownego wyboru oferty na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, a zatem postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy ponieważ zaistniała obiektywna niemożność dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty. Interpretacja art.14 ustawy Pzp oraz art. 66 k.c. prowadzi do wniosku, że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpić musi w dacie związania ofertą. Upływ terminu związania ofertą powoduje więc jej wygaśnięcie, w związku z czym oferta przestaje być wiążącym oferenta oświadczeniem woli, wyrażającym jego gotowość do zawarcia umowy na określonych warunkach (wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2014 r. nr 1669/14). Brak innego Wykonawcy, z którym Zamawiający mógłby zawrzeć umowę uzasadnia unieważnienie postępowania przez Zamawiającego.

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku z dnia 23 października 2017 r. (Sygn. akt: KIO 2097/17): „Tak, więc, w ocenie Izby, kwestia będąca przedmiotem rozpoznania niniejszej sprawy, tj. czy wykonawca powinien być związany ofertą na moment wyboru oferty najkorzystniejszej, zważywszy, iż oświadczenie wykonawcy o związaniu ofertą jest potwierdzeniem jego uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia i gotowości zawarcia umowy na warunkach określonych w złożonej ofercie, jest istotna. Chodzi, bowiem o to, aby wybór dotyczył oferty, z której płynące zobowiązania, wykonawca jest obowiązany wypełnić. Jakkolwiek ustawa Pzp nie zawiera jednoznacznego przepisu wskazującego, iż na dzień wyboru najkorzystniejszej oferty, wykonawcy muszą być związani swoimi ofertami, to jednak można to wywieść m.in. z art. 85 ust. 2 Pzp i 182 ust. 6 Pzp. ustawy. W ocenie Izby, gdyby to czy wykonawca jest związany ofertą nie miało znaczenia dla czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ustawa nie zawierałaby uregulowań dotyczących przedłużania terminu związania ofertą (art. 85 ust. 2 Pzp) czy zawieszenia tego terminu (art.

182 ust. 6 Pzp). W ocenie Izby, na gruncie zamówień publicznych, nie jest dopuszczalna sytuacja, w której w chwili wyboru najkorzystniejszej oferty niektórzy z wykonawców byłiby związani ofertą i ich oferta byłaby zabezpieczona wadium (tam gdzie jest to przewidziane), a niektórzy z wykonawców nie byłiby związani ofertą i ich oferta nie byłaby zabezpieczona wadium. Oznaczałoby to, bowiem przyzwolenie na nierówne traktowanie wykonawców, a w konsekwencji naruszałoby podstawową zasadę zamówień publicznych wyrażoną w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Gdyby np. wybór dotyczył oferty, którą wykonawca nie jest związany i to od niego ostatecznie by zależało, czy taki wybór uwzględni i czy będzie chciał zawrzeć umowę, czy nie, przy czym ta druga możliwość, nie będzie się dla niego wiązała z utratą wadium, to taki wykonawca byłby w zdecydowanie korzystniejszej sytuacji, niż wykonawca, który jest związany ofertą”.

Jednocześnie w związku z zastrzeżeniami złożonymi przez wykonawcę, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza co do technologii budowy ścian zewnętrznych obiektu – Zamawiający zlecił ponowną analizę dokumentacji projektowej i sprawdzenie ścian zewnętrznych, w wyniku czego ustalono, że konieczne będzie wprowadzenie w w/w dokumentacji zmian. Ponieważ nie jest możliwa zmiana postanowień SIWZ ani zapisów dokumentacji projektowej po upływie terminu składania ofert – stanowi to samoistną przesłankę unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7). Nie jest bowiem możliwe usunięcie w/w wady w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp. Zgodnie ze stanowiskiem KIO wyrażonym w wyroku z dnia 14.01.2020 r. KIO 2614/19: „W opinii Izby, w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający, uzasadniając unieważnienie postępowania wykazał, że mogło mieć miejsce naruszenie przepisu ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Co prawda naruszenia przepisów dotyczących sporządzania opisu przedmiotu zamówienia ustawodawca nie wymienił wśród przesłanek skutkujących unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 ust. 1 ustawy Pzp wprost, ale podstawę taką może stanowić art. 146 ust. 6 ustawy Pzp przywołany w uzasadnieniu odwołania przez samego Odwołującego. Skoro Prezes UZP może, w przypadku dokonania przez Zamawiającego lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, wystąpić do sądu o unieważnienie umowy, to tym bardziej Zamawiający, w wyniku samokontroli postępowania, może unieważnić nieprawidłowo prowadzone postępowanie”.

Zmiana opisu przedmiotu zamówienia jest niemożliwa po upływie terminu składania ofert, a wada powyższa stała się powodem odmowy podpisania umowy. Tym samym nawet, gdyby termin związania ofertą nie upłynął, Zamawiający nie miałby możliwości uznania, że kolejna (według kryteriów) oferta jest ofertą najkorzystniejszą, albowiem nie sposób założyć jaki byłby wynik postępowania, gdyby opis przedmiotu zamówienia zawierał informacje, których uzupełnienie stało się konieczne. Powyższe przesądza o tym, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a zatem konieczne jest jego unieważnienie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zastępca Wójta  
Andrzej Czech