



Sulejówek, dnia 27 kwietnia 2023 r.

ZP/MJP/2/2022

### do wszystkich Wykonawców

dotyczy postępowania na „Przebudowę i zmianę sposobu użytkowania zabytkowego budynku "Drewniak". Roboty budowlane – etap II”

### INFORMACJA O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA

Działając na podstawie art. 260 ust. 1, 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) – dalej: „ustawa Pzp”, Zamawiający przekazuje informację o unieważnieniu postępowania.

#### Uzasadnienie prawne:

Stosownie do art. 255 pkt 5 ustawy Pzp: „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli jest ono obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

#### Uzasadnienie faktyczne:

Przesłanka unieważnienia postępowania określona w przepisie art. 255 pkt 5 ustawy Pzp opiera się na trzech okolicznościach, których łączne wystąpienie skutkuje koniecznością jego zastosowania, tj.: (1) musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania); (2) wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego; (3) wada ta musi być niemożliwa do usunięcia.

Powołany przepis powinien być przy tym stosowany z uwzględnieniem treści przepisu art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, który zawiera katalog przesłanek unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stosownie do punktu 1 przywołanego wyżej przepisu: *„Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert”.*

W wyroku KIO z dnia 2 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 1905/21, Izba wskazała, że ww. przesłankę unieważnienia umowy „(...) literalnie obejmuje szerszy zakres sytuacji, przykładowo nie tylko udzielenie zamówienia w niewłaściwym trybie, ale każde naruszenie „niewzruszalne”, które mogło mieć znaczenie dla wyboru najkorzystniejszej oferty. Zatem natura możliwych okoliczności w ramach tej przesłanki wskazuje na konieczność ich odniesienia do istotnych elementów postępowania o udzielenie zamówienia, wpływających na przestrzeganie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. jawności, przejrzystości, uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, związanych z wyborem najkorzystniejszej oferty”.



Wyżej wymienione okoliczności występują w przedmiotowym postępowaniu, dlatego postępowanie to obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co Zamawiający wykazuje poniżej.

Rozpoczęcie i prowadzenie robót objętych przedmiotem niniejszego zamówienia wymagało uzyskania pozwolenia na prowadzenie robót budowlanych przy zabytku od Mazowieckiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków. Przedmiotowego pozwolenia Zamawiający nie uzyskał przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a informacji o tym fakcie nie zawarł w dokumentacji postępowania, jak również nie przewidział powierzenia uzyskania ww. pozwolenia Wykonawcy, w ramach realizacji zamówienia.

O wydanie ww. pozwolenia Zamawiający wystąpił do Mazowieckiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, zakładając jego uzyskanie przed zawarciem umowy, czego nie udało się osiągnąć, gdyż postępowanie w przedmiocie pozwolenia na prowadzenie robót budowlanych przy zabytku do dnia dzisiejszego jest w toku (postępowanie znak WN.5142.232.2022.WER).

Jednocześnie Zamawiający określił termin realizacji zamówienia w sposób sztywny, tj. poprzez wskazanie konkretnej daty jego wykonania – przypadającej na 30 grudnia 2022 r. W ogłoszeniu o zamówieniu oraz w dokumentacji postępowania nie przewidziano możliwości zmiany umowy w zakresie terminu realizacji zamówienia.

Podobnie, w dokumentacji postępowania nie przewidziano możliwości zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia Wykonawcy, w tym nie przewidziano klauzuli waloryzacyjnej materiałowo-kosztowej, gdyż nie wymagały tego przepisy ustawy Pzp w tym przypadku.

W konsekwencji, niniejsze postępowanie obciążone jest wadą polegającą na tym, że Zamawiający wszczynając postępowanie nie dopełnił wynikających z przepisów prawa warunków umożliwiających rozpoczęcie i prowadzenie robót budowlanych stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia. Na skutek powyższego, pomimo podjętych przez Zamawiającego działań zmierzających do uzyskania wymaganego pozwolenia na prowadzenie robót budowlanych przy zabytku od Mazowieckiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków, określony w SWZ termin realizacji zamówienia upłynął przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Powyzsza okoliczność powoduje, że nie jest już możliwe zawarcie umowy na warunkach określonych w SWZ w zakresie terminu realizacji zamówienia, a z uwagi na znaczący upływ czasu od upływu terminu składania ofert (12.07.2022 r.) oraz występujący w tym okresie wzrost cen materiałów i usług oraz wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę, należy zakładać, że nie będzie również możliwe zawarcie umowy na pierwotnych warunkach cenowych określonych przez Wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Jednocześnie, ostatecznego terminu wydania pozwolenia na prowadzenie robót budowlanych przez Mazowieckiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków wciąż nie da się określić, a zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego będzie wymagało zgody Wykonawcy, który nie jest już związany złożoną w postępowaniu ofertą, jak również wyznaczenia nowego terminu realizacji zamówienia oraz waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy wskazanego w ofercie, na zasadach uzgodnionych przez strony i nie określonych w dokumentacji postępowania, ani w ogłoszeniu o zamówieniu.

W opisanych wyżej uwarunkowaniach, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego prowadziłoby do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych: zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz proporcjonalności, tj. naruszenia przepisów art. 16 ustawy Pzp. Z uwagi na upływ czasu oraz zmianę cen materiałów, usług oraz minimalnego wynagrodzenia za pracę, w przypadku wszczęcia nowego postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia oraz zainteresowanych jego wykonaniem mógłby być



istotnie różny od istniejącego w terminie wszczęcia niniejszego postępowania. Podobnie ceny ofertowe złożone w nowym postępowaniu mogłyby się kształtować odmiennie, aniżeli ceny zaoferowane w niniejszym postępowaniu, uwzględniając w szczególności konieczność waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Dodatkowo zaś istnieje istotna niepewność co do woli zawarcia umowy przez wybranego w niniejszym postępowaniu Wykonawcę, który nie jest już związany złożoną przez siebie ofertą.

Wada w przedmiotowym postępowaniu ma charakter rzeczywisty i nieusuwalny, jest przy tym na tyle poważna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na obecnym etapie brak jest możliwości dopuszczenia do udziału w postępowaniu innych wykonawców, a zawarcie umowy z wybranym Wykonawcą na warunkach cenowych odmiennych niż określone w ofercie, wobec braku postanowień o dopuszczalności i zasadach waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w dokumentacji postępowania i ogłoszeniu o zamówieniu może zostać uznane za niedozwoloną zmianę umowy lub obejście przepisów zakazujących dokonywania istotnych zmian umowy, tj. stanowić naruszenie przepisu art. 454 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Wobec istotności ww. nieusuwalnych wad postępowania, jego unieważnienie na podstawie art. 255 pkt 5 ustawy Pzp stało się konieczne i uzasadnione.