

Gorzów Wlkp., 08.08.2023 r.

ZF.2380.2.2023.SS

INFORMACJA O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA

Zamawiający informuje, że w postępowaniu przeprowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pt. „Wykonanie pełnobrańzowej dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla inwestycji pn.: „Centralne Biuro Zwalczania Cyberprzestępczości Zarząd w Gorzowie Wielkopolskim – budowa nowej siedziby”

ZOSTAŁO UNIEWAŻNIONE

Podstawa prawna:

- **art. 255 pkt 6)** ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 roku (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.): „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

Uzasadnienie faktyczne:

Po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej oraz po upływie terminu na wniesienie odwołania ujawniły się okoliczności stanowiące istotną wadę postępowania niemożliwą do usunięcia uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Postępowanie zostało wszczęte i przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, natomiast zgodnie z art. 325 ust. 2 ustawy Pzp być poprzedzone konkursem. Jak wskazuje bowiem art. 325 ust. 2 Pzp: „Jeżeli zamawiający zamierza udzielić zamówienia na usługi projektowania architektonicznego lub projektowania architektoniczno-budowlanego, zamówienie takie poprzedzone jest konkursem.” Zamawiający nie przeprowadził konkursu.

Przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu obejmował wykonanie projektu budowlanego w rozumieniu art. 33 i 34 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 682 z późn. zm.) - w tym usługi architektoniczno-budowlanej. Powyższe determinowało obowiązek Zamawiającego poprzedzenia przetargu nieograniczonego konkursem, o którym mowa w art. 325 ust. 2 Pzp albo udzielenia zamówienia w trybie określonym w art. 325 ust. 3 pkt. 1 Pzp. Definicję konkursu zawiera art. 7 pkt 8 Pzp stwierdzając, że jest to „przyrzeczenie publiczne, w którym zamawiający, przez publiczne ogłoszenie przyrzeka nagrodę za wykonanie i przeniesienie prawa do pracy konkursowej wybranej przez sąd konkursowy”

Zastosowanie niewłaściwego trybu postępowania, zdaniem zamawiającego, jest wadą postępowania skutkującą naruszeniem przepisów ustawy regulującej udzielenie zamówienia. Przedmiotowa wada jest niemożliwa do usunięcia i skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia.

Przepis art. 255 pkt 6 ustawy Pzp wymaga łącznego ziszczenia się trzech okoliczności w nim wymienionych.

Po pierwsze musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy, regulujących udzielenie zamówienia – wada postępowania.

Przeprowadzenie przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w niewłaściwym trybie przetargu nieograniczonego, bez poprzedzenia tego trybu obowiązkowym konkursem o jakim mowa w art. 325 ust. 2 Pzp w sposób istotny wpłynęło na warunki zamówienia a tym samym na wynik postępowania. Bez wątpienia brak konkursu i brak odniesienia do pracy konkursowej w ramach SWZ miał fundamentalny wpływ na warunki postępowania w trybie nieograniczonym. Zgodnie z art. 7 pkt 29 Pzp przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia. Konkurs i jego wynik w postaci określonej wytworu pracy twórczej determinowałyby dalszy opis przedmiot zamówienia w zakresie dokumentacji technicznej jak i planu zagospodarowania przestrzennego.

Po drugie wada ta musi być niemożliwa do usunięcia.

Brak możliwości cofnięcia wszystkich przeprowadzonych czynności w postępowaniu począwszy od jego wszczęcia do wyboru oferty najkorzystniejszej, zastosowanie konkursu wymaga przygotowania postępowania od nowa w innej procedurze i na innych zasadach.

Zamawiający nie jest w stanie tejże wady usunąć, bowiem wymagałoby to przeprowadzenia całości postępowania od nowa i żadne inne działanie Zamawiającego nie może naprawić powstałej wady.

Po trzecie, wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia.

Zamawiający dokonał analizy okoliczności skutkujących unieważnieniem umowy. Zawarcie umowy w wyniku przeprowadzenia postępowania w nieprawidłowym trybie rodzi podstawy dla uznania takiej umowy za nieważną.

W ocenie Zamawiającego w niniejszej sprawie zaistniało kilka równorzędnych podstaw do uznania, że zaszła przesłanka niemożliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu.

W ocenie Zamawiającego zgodnie art. 255 pkt. 6 Pzp w związku z art. 457 ust. 1 pkt. 1 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z kolei umowa podlega unieważnieniu jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, jeżeli miało to znaczenie dla sporządzenia ofert. Zgodnie z wyrokiem KIO 610/23 z dnia 21 marca 2023 r.

"Przepis art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp sformułowany jest mało przejrzysty, ale trudno byłoby zaakceptować, dlaczego ustawodawca, jako prowadząca do nieważności umowy, miałyby przyjąć jedynie przesłankę związaną z ogłoszeniami, mającymi znaczenie dla sporządzenia ofert, a pominął inne naruszenia przepisów, które takie znaczenia również mają. Dlatego trzeba przyjąć, że intencją ustawodawcy było wprowadzenie przesłanki nieważności umowy zawartej z naruszeniem przepisów Pzp, jednak nie każdym, tylko kwalifikowanym - takim, które miało znaczenie dla przygotowania ofert, a więc wpłynęło na wynik postępowania."

Przeprowadzony konkurs w przedmiocie wyboru pracy konkursowej, która miałaby pomóc w uzyskaniu najlepszego wariantu zamówienia, w ocenie Zamawiającego winien stanowić część opisu przedmiotu zamówienia dla dalszej realizacji dokumentacji składającej się na projekt budowlany, a wybrana w konkursie praca winna wyznaczać kierunek realizacji tej usługi na rzecz zamawiającego, inaczej traciłby sens i cel przeprowadzania konkursu w zakresie projektu architektoniczno-budowlanego. Bez wątplenia brak konkursu i brak odniesienia do pracy konkursowej w ramach SWZ miał fundamentalny wpływ na warunki postępowania w trybie nieograniczonym. Zgodnie z art. 7 pkt 29 Pzp przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia.

Jak wskazuje się w wyroku KIO 878/23 z dnia 12 kwietnia 2023 r.

"Konieczne jest ustalenie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady postępowania a brakiem możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu. Ustalenie, czy w danym postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, powinno być dokonywane przede wszystkim poprzez odniesienie określonego naruszenia przepisów Pzp do przyczyn, z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, określonych w art. 457 ust. 1 Pzp. Wady te stanowią konsekwencję znaczących uchybień, w stosowaniu przepisów odnoszących się do prowadzenia postępowania, spowodowanych przez zamawiającego".

W ocenie Zamawiającego zachodzi bezpośredni związek przyczynowy pomiędzy zaniechaniem konkursu jako formy wyłonienia wykonawcy zamówienia a wadą postępowania w postaci opisu przedmiotu zamówienia w sposób nie uwzględniający wyniku twórczej pracy powstałej w następstwie tego konkursu. Dokumentacja, której żąda Zamawiający w niniejszym postępowaniu tj. projekt zagospodarowania terenu oraz dokumentacja techniczna winna opierać się na rezultacie konkursu - będącym usługą architektoniczno-budowlaną - jako wytycznej określającej świadczenie potencjalnego wykonawcy.

Jako że zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób sprzeczny z Pzp w tym zakresie nie tylko art. 457 czy 458 Pzp podlegają ocenie, ale także art. 611 pkt. 2 Pzp, który daje Prezesowi Urzędu w przypadku ujawnienia naruszenia przepisów ustawy prawo wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w całości lub części. W wyroku KIO 871/23 z dnia 14 kwietnia 2023 r. czytamy:

"Zamawiający zatem analizując każdorazowo przesłanki do unieważnienia postępowania w trybie art. 255 pkt 6 Pzp, powinien mieć na względzie nie tylko nieusuwalność samej wady, którą obarczone zostało postępowanie, ale również powinien przewidzieć, czy wada ta może w przyszłości skutkować unieważnieniem umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym na podstawie regulacji art. 611 pkt 2 p.z.p."

W przywołanym kontekście brak konkursu zdaniem Zamawiającego w zakresie usługi architektoniczno-budowlanej stanowił bezpośrednią przesłankę wadliwego opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu. Tego rodzaju wada z pewnością skutkowałaby unieważnieniem umowy, gdyby doszło do oceny nieprawidłowości w niniejszym postępowaniu.

Bezspornie w niniejszej sprawie zastosowanie przez zamawiającego trybu przetargu nieograniczonego odbyło się z pominięciem obowiązkowej procedury przetargowej konkursu z art. 325 ustawy Pzp. Na obecnym etapie powyższa wada postępowania jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż umowa jest nieważna na podstawie art. 58 § 1 i 2 KC.

„§ 1. 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. § 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współzycia społecznego." Ustawodawca w zakresie nieuregulowanym w Pzp nakazał z mocy art. 8 ust. 1 Pzp „Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1360), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej".

W szczególności tego rodzaju odesłanie zawarł w art. 457 ust. 5 Pzp gdzie nie wyłączył możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny.

„Pojęcie aukcji albo przetargu, o którym mowa w art. 70⁵ k.c., należy przy tym definiować niezależnie, na podstawie ogólnych uregulowań k.c. Te ostatnie nie wskazują szczególnych rozwiązań proceduralnych, a wynika z nich jedynie, że aukcja lub przetarg to postępowania otwarte, konkurencyjne, poprzedzone ogłoszeniem. Mając to na uwadze, należy wskazać, że dyspozycja art. 70⁵ k.c. znajduje zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych zawartych w wyniku jakiegokolwiek postępowania otwartego (poprzedzonego ogłoszeniem) prowadzonego w oparciu o przepisy Pzp." (KIO 3728/21 14 stycznia 2022r.).

Dokonanie czynności prawnej sprzecznej z ustawą powoduje jej nieważność z mocy prawa, jak nakazuje art. 58 kodeksu cywilnego. Swoje stanowisko w tej sprawie wypowiedziało KIO w wyroku z 22 marca 2023r. , KIO 652/23: "Enumeratywne wyliczenie wad powodujących nieważność względną umowy (wzruszalność) w art. 457 ust. 1 oraz art. 458 Pzp nie wyklucza możliwości zaistnienia wad czynności prawnej, powodujących nieważność bezwzględną, w szczególności w świetle art. 58 k.c. Powództwo przewidziane w art. 189 k.p.c. można wnosić w każdym przypadku, w którym zachodzi nieważność bezwzględna umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nieważność skutkująca brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy może zostać stwierdzona zarówno w oparciu o art. 58 k.c., w trybie art. 189 k.p.c., jak i w oparciu o możliwość przewidzianą w art. 70⁵ k.c. Jednocześnie nie stoi na przeszkodzie stwierdzenia nieważności umowy w oparciu o ww. przepisy, brak wystąpienia przesłanek zawartych w art. 457 ust. 1 Pzp."

Podsumowując przedmiotowe postępowanie zostało przez Zamawiającego przeprowadzone z pominięciem procedury konkursu, co stanowi nieusuwalną wadę postępowania, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W konsekwencji powyższego Zamawiający musi unieważnić przedmiotowe postępowanie zgodnie z brzmieniem art. 255 pkt 6 Pzp., gdyż celem postępowania jest zawarcie wyłącznie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. (KIO 613/22, z dnia 18 marca 2022 r.)

Z A M A W I A J Ą C Y