

Zamawiający:
Gmina Zawidz

ZAWIADOMIENIE O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA

Dotyczy postępowania pod nazwą: „**Rozbudowa i Przebudowa Stacji Uzdatniania Wody w Majkach Małych**”

nr referencyjny zamówienia RGK.271.16.2022

Działając na podstawie art. 260 ust. 1 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) nazywanej dalej „p.z.p.”, Zamawiający zawiadamia równocześnie Wykonawców, którzy złożyli oferty, o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 p.z.p. z uwagi na stwierdzenie, iż postępowanie obarczone jest niemożliwymi do usunięcia, opisanymi w uzasadnieniu faktycznym wadami, uniemożliwiającymi zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Uzasadnienie prawne

Zgodnie z art. 255 pkt 6 p.z.p. zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak wynika z treści tego przepisu zamawiający jest zobligowany do unieważnienia postępowania w przypadku łącznego wystąpienia trzech przesłanek: (1) stwierdzenia, że postępowanie obarczone jest wadą, (2) wada jest niemożliwa do usunięcia, (3) na skutek wady postępowania niemożliwe jest zawarcie umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu. Zgodnie z orzecznictwem KIO za wadę postępowania może być uznana niezgodność projektowanych postanowień umowy z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, w tym w szczególności przepisami p.z.p.

Zasadniczy katalog okoliczności mogących stanowić podstawę unieważnienia umowy zawiera art. 457 ust. 1 p.z.p. Ponadto zgodnie z art. 457 ust. 5 p.z.p. przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny zgodnie, z którym organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami.

Sformułowanie art. 255 pkt 6 p.z.p. odnoszące się do wady „uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”, należy rozumieć w ten sposób, że nie chodzi wyłącznie o wadę w sposób oczywisty przesądzającą o nieważności umowy, lecz o wadę, która może stanowić podstawę unieważnienia umowy przez sąd na skutek żądania Prezesa UZP na podstawie art.

457 ust. 1 p.z.p. lub np. uczestnika postępowania o zamówienie, na podstawie art. 70⁵ k.c. w zw. z art. 457 ust. 5 p.z.p.

Poza przypadkami wzruszalności umowy określonymi w art. 457 ust. 1, art. 459 ust. 1 pkt 2 p.z.p. oraz w art. 70⁵ k.c. w zw. z art. 457 ust. 5 p.z.p., mogą zachodzić także przypadki bezwzględnej nieważności umowy, wynikające z przepisów kodeksu cywilnego, w tym w szczególności art. 58 k.c. zgodnie, z którym 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.

Uzasadnienie faktyczne

1. W wyniku analizy dokumentów postępowania przed dokonaniem czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stwierdził, że postępowanie w zakresie określenia we Wzorce Umowy stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ projektowanych postanowień umowy, obarczone jest wadami polegającymi na tym, że projektowane postanowienia umowy są niezgodne z następującymi, bezwzględnie obowiązującymi przepisami p.z.p.:
 - 1) art. 436 pkt 3 p.z.p. poprzez nie zawarcie w projektowanych postanowieniach umowy łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony,
 - 2) art. 436 pkt 4 lit a) p.z.p. poprzez nie zawarcie w projektowanych postanowieniach umowy zawieranej na okres dłuższy niż 12 miesięcy, wysokości kar umownych naliczanych wykonawcy z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 ust. 5,
 - 3) art. 436 pkt 4 lit b) tiret drugi, trzeci i czwarty p.z.p. poprzez nie zawarcie w projektowanych postanowieniach umowy zawieranej na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmian, o których mowa w tych przepisach, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę,
 - 4) art. 439 ust. 1 i 2 p.z.p. w brzmieniu tych przepisów obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców (Dz. U. poz. 2185), poprzez nie zawarcie w projektowanych postanowieniach umowy o roboty budowlane zawieranej na okres dłuższy niż 12 miesięcy, postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.
2. Wskazane w punkcie 1 wady, którymi obarczone jest postępowanie niemożliwe są do usunięcia na obecnym etapie tego postępowania, gdyż po upływie terminu złożenia ofert postanowienia SWZ (w tym projektowane postanowienia umowy) nie mogą zostać zmienione.

3. Wskazane w punkcie 1 wady, którymi obarczone są projektowane postanowienia umowy, uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W przypadku zawarcia umowy o treści zgodnej z projektowanymi postanowieniami stanowiącymi załącznik nr 2 do SWZ, wskazane w punkcie 1 wady mogłyby stanowić potencjalną podstawę roszczeń wykonawców biorących udział w postępowaniu, którzy zaoferowali ceny wyższe niż wykonawca składający ofertę z najniższą ceną, opartych na treści art. 70⁵ k.c. w zw. z art. 457 ust. 5 p.z.p. o unieważnienie umowy z tego powodu, że z uwagi na nie zawarcie przez zamawiającego w projektowanych postanowieniach umowy obligatoryjnych klauzul waloryzacyjnych z art. 436 pkt 4 lit b) tiret drugi, trzeci i czwarty p.z.p. oraz z art. 439 ust. 1 i 2 p.z.p. a także łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony, ryzyka ekonomiczne wynikające z okoliczności opisanych w dyspozycjach tych przepisów, zostały wliczone w ceny ofert tych wykonawców. Pominięcie przez zamawiającego w projektowanych postanowieniach umowy obligatoryjnych klauzul waloryzacyjnych może być rozumiane jako wpłynięcie w ten sposób na wynik postępowania o zamówienie publiczne w rozumieniu art. 70⁵ k.c. w zw. z art. 457 ust. 5 p.z.p. „Jak trafnie wskazuje się w doktrynie, stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę, minimalizując ryzyko pokrzywdzenia obu stron umowy na skutek zmiany siły nabywczej pieniądza w okresie realizacji zamówienia. Klauzule te zapewniają bowiem konieczną elastyczność w kształtowaniu kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, umożliwiając jednocześnie bieżące dostosowanie stosunku zobowiązaniowego łączącego zamawiającego z wykonawcą do zmiany okoliczności. Obligatoryjne stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy zdejmuje z wykonawcy ciężar zadeklarowania w ofercie niezmienną cenę, co prowadziło do jednostronnego obciążenia wykonawcy ryzykiem późniejszej zmiany stosunków gospodarczych. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy jest również korzystna dla zamawiających, gdyż umożliwia ponoszenie przez nich rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, bez wliczania ryzyka ich wzrostu już w cenę oferty.” (wyrok KIO z 5.01.2022 r., KIO 3600/21).

Niezależnie od powyższego, treść przepisów art. 44 i art. 48 ustawy z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców (Dz. U. poz. 2185), może stanowić argument za uznaniem, iż w aktualnych warunkach gospodarczych cechujących się znaczącym wzrostem cen towarów i usług, klauzule waloryzacyjne w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia publicznego, stanowią dla ustawodawcy na tyle istotny warunek umów o wykonanie zamówienia publicznego, że brak tych klauzul w umowie w przypadkach, gdy przepisy przewidują ich obligatoryjne zawarcie w postanowieniach umowy, może stanowić podstawę żądania stwierdzenia nieważności umowy o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 58 k.c. jako sprzecznej z prawem.

Zgodnie z art. 260 ust. 2 p.z.p. zawiadomienie o unieważnieniu postępowania zostało udostępnione na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Pouczenie:

Na czynność unieważnienia postępowania, przysługują środki ochrony prawnej na zasadach przewidzianych w dziale IX ustawy Pzp (art. 505–590).

WÓJT GMINY
Dariusz Franczak