

TIR/20/RB/TP/2023
(nr ref. postępowania)

Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie podstawowym- wariant nr 1, o nr sprawy: TIR/20/RB/TP/2023 Budowa kotłowni gazowej w budynku istniejącej kotłowni na paliwo stałe przy ul. Szczęść Boże 66 w Rudzie Śląskiej (ID 825198)

Działając na podstawie art. 260 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2023 poz. 1605) – dalej ustawa Pzp, Zamawiający informuje równocześnie wszystkich Wykonawców o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 wspomnianej ustawy Pzp, to znaczy, że postępowanie obciążone jest niemożliwością do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Uzasadnienie prawne:

- art. 255 pkt 6 ustawy Pzp: art. 255 Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwością do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Nadrzędną zasadą rządzącą postępowaniem o udzielenie zamówienia jest wyrażona w art. 16 ust. 1 ustawy zasada równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, a także wynikający z art. 17 ust. 2 ustawy obowiązek udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą.

Uzasadnienie faktyczne:

Zamawiający w dniu 29.09.2023 r. publikując ogłoszenie o zamówieniu nr 2023/BZP 00419782 wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1) ustawy Pzp na zadanie pn.: „Budowa kotłowni gazowej w budynku istniejącej kotłowni na paliwo stałe przy ul. Szczęść Boże 66 w Rudzie Śląskiej”.

W rozpatrywanym stanie faktycznym, biorąc pod uwagę zakres zamówienia, wykonanie zamówienia nie jest właściwie możliwe do zrealizowania ponieważ termin ostatniego etapu realizacji zamówienia tj. rozruch instalacji c.o. objętego zamówieniem upływa w dniu 15.12.2023 r.,

Zakres czynności wymaganych przez Zamawiającego wykonywany jest w reżimie terminowym ze względu na obiektywną przyczynę (finansowanie ze środków budżetowy Gminy na rok 2023) i wynika z faktu, iż przedmiotowe zadanie musi być wykonane i rozliczone w 2023 r. To Zamawiający miał na uwadze wskazując art. 436 pkt 1 ustawy Pzp. Do czynności, które należy wykonać w czasie realizacji zamówienia należą:

- wykonanie instalacji gazowej w budynku
- montaż kotłów grzewczych
- wykonanie wentylacji kotłowni zgodnie z obowiązującymi przepisami
- włączenie kotłów do istniejącej instalacji c.o.
- rozruch instalacji c.o.

Jeżeli wszystkie powyższe czynności poza ostatnią są w miarę prostymi robotami budowlanymi, to ostatnia z pozycji wiąże się już z pracami związanymi z niezależnymi od zamawiającego decyzjami, tj. zawarciem umowy z gestorem mediów (podłączenie i dostawa gazu do kotłowni).

W chwili podjęcia decyzji przez Zamawiającego o unieważnieniu postępowania, Zamawiający nie posiada wiedzy o ewentualnym terminie zawarcia takiej umowy. Ze względu na przedłużające się obecnie procedury związane z zawieraniem i realizacją umów, istnieje ogromne ryzyko zawarcia umowy z Wykonawcą, która będzie zwyczajnie niemożliwa do wykonania i rozliczenia w roku 2023 z przyczyn niezależnych od Zamawiającego.

Stwierdzenie wystąpienia niemożliwości świadczenia stanowiącego przedmiot niniejszego postępowania skutkuje uznaniem przyszłej umowy za nieważną zgodnie z regulacją zawartą w art. 387 k.c. i ma charakter bezwzględny, co oznacza, że zobowiązanie na podstawie takiej umowy w ogóle by nie powstało. Umowa bezwzględnie nieważna nie wywołuje bowiem skutków prawnych i nie może być realizowana w żadnym zakresie. Zbyt krótki termin realizacji zamówienia, bez możliwości jego zmiany, w momencie wyboru oferty najkorzystniejszej stanowi przeszkodę do zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu, ponieważ spowodowałby zawarcie umowy o świadczenie właściwie niemożliwe.

W związku z powyższym uznać należy, że w niniejszym postępowaniu wystąpiła obiektywna niemożliwość świadczenia usługi, o której orzekała wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza. Przykładem jest wyrok z dnia 4 lutego 2019 r. (Sygn. akt: KIO 51/19), w którym „(...) Izba wskazuje, że zgodnie z art. 387 § 1 k.c. umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. W zakresie interpretacji tej normy skład orzekający podziela trafną argumentację zawartą w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 27.09.2016 r., sygn. akt VI ACa 817/15, gdzie wskazano, że „w przepisie art. 387 § 1 k.c. chodzi o takie zachowanie się dłużnika, które jest obiektywnie niemożliwe do zrealizowania, a więc, nie tylko przez dłużnika, ale i osoby trzecie. Nadto, niemożliwość ta musi być pierwotna (istniejąca w chwili zawarcia umowy) oraz nieprzemijająca (świadczenie nie jest możliwe do spełnienia w przewidywalnej przyszłości). Kwestią kluczową jest to, że pojęcie niemożliwości świadczenia łączy się z samym zachowaniem dłużnika (świadczeniem), którego dotyczy umowa lub z przedmiotem

świadczenia (jego cechą). (...) Następnie Izba wskazuje, że w wyroku Sądu Najwyższego z 22.04.2010 r., o sygn. akt V CSK 379/09, stwierdzono, że „czym innym jest jednak niemożność zachowania terminu dla określonego w umowie świadczenia, a czym innym – niemożność w ogóle spełnienia takiego świadczenia (niemożność natury substancjonalnej). Przepis art. 387 § 1 k.c. odnosi się jedynie do niemożliwości w drugim znaczeniu (verbe legis: „umowa o świadczenie niemożliwe”)”.

Brak możliwości osiągnięcia zakładanego celu niniejszego postępowania, którym jest budowa kotłowni oraz jej ostateczne uruchomienie poprzez rozruch instalacji c.o. a także konieczność zakończenia i rozliczenia zamówienia w terminie wskazanym w SWZ, stanowi zatem wadę postępowania, która ma charakter nieusuwalny i równocześnie powodujący, że umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie, wskutek istnienia tej wady, nieważna na podstawie art. 387 § 1 k.c. jako umowa o świadczenie niemożliwe. Wada niniejszego postępowania powoduje naruszenie przepisów ustawy regulującej udzielenie zamówienia, to jest art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, który ustanawia zasadę stosowania przepisów k.c. do czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a także do umów w sprawach zamówień publicznych, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej.

W związku z powyższym art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, stanowiący podstawę unieważnienia niniejszego postępowania pozostaje w związku z art. 457 ust. 5 ustawy Pzp, w zakresie w jakim wykazana powyżej wada postępowania może prowadzić do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu na podstawie przesłanek wskazanych w tych przepisach.

Uznać należy wobec powyższego, że przesłanki unieważnienia postępowania wskazane w art.255 pkt 6 ustawy Pzp zostały spełnione łącznie ponieważ w niniejszym postępowaniu wystąpiła istotna i niemożliwa do usunięcia wada, równocześnie powodująca, że zawarta w wyniku niniejszego postępowania umowa będzie, wskutek istnienia tej wady, nieważna w związku z czym stanowi podstawę unieważnienia postępowania.

W orzecznictwie podkreśla się, że unieważnienie postępowania na tej podstawie jest wyjątkowe - wymaga od zamawiającego wykazania, że powody takiej decyzji są na tyle poważne, że nie można rozstrzygnąć postępowania, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, bowiem celem postępowania i celem czynności podejmowanych przez zamawiającego w danym postępowaniu jest doprowadzenie do wyboru oferty najkorzystniejszej- wyboru wykonawcy i zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podkreślenia wymaga, że krótki czas na realizację zamówienia w wyniku przedłużającej się procedury prowadzonego postępowania nie stanowi wady postępowania o zamówienie publiczne sama w sobie i sama w sobie nie pozwala na unieważnienie postępowania. Jak wynika z orzecznictwa KIO, nawet upływ terminu realizacji zamówienia w momencie wyboru oferty najkorzystniejszej nie stanowi przeszkody do zawarcia umowy niepodlegającej

unieważnieniu, ponieważ nie powoduje, że mamy do czynienia ze świadczeniem niemożliwym, w rozumieniu art. 387 § 1 k.c.

Jak wskazał również Sąd Najwyższy w wyroku SN z dnia 22 kwietnia 2010 r., V CSK 379/09 czym innym jest jednak niemożność zachowania terminu dla określonego w umowie świadczenia, a czym innym – niemożność w ogóle spełnienia takiego świadczenia (niemożność natury substancjonalnej). Przepis art. 387 § 1 k.c. odnosi się jedynie do niemożliwości w drugim znaczeniu.

Uwzględniając zaistniały stan faktyczny należy stwierdzić, że:

1. postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą zidentyfikowaną na etapie badania i oceny ofert, tj. obciążającą postępowanie w sposób nieodwracalny – po upływie terminu składania ofert Zamawiający nie jest uprawniony do zmiany treści SWZ w zakresie zmiany terminu wykonania i rozliczenia zamówienia.
2. powyższa wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (vide art. 457 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych); unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia z powołaniem się na art. 255 pkt 6) w zakresie nieusuwalnej wady postępowania i wpływu na umowę w sprawie zamówienia publicznego należy ocenić biorąc pod uwagę konieczność odniesienia jej skutków do istotnych elementów postępowania o udzielenie zamówienia, wpływających na przestrzeganie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. przejrzystości, uczciwej konkurencji, równego traktowania Wykonawców, związanych z wyborem najkorzystniejszej oferty.

W świetle powyższego, przedmiotowe postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu Umowy w sprawie zamówienia publicznego i konieczne jest jego unieważnienie na podstawie art. 255 pkt 6) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 262 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający niezwłocznie zawiadomi Wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w tym postępowaniu, o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia.

Powyższa informacja zostaje wysłana drogą elektroniczną (platforma zakupowa) w dniu dzisiejszym, tj. **17 listopada 2023 roku** wszystkim Wykonawcom, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia.

Pouczenie:

Na czynność unieważnienia postępowania przysługują środki ochrony prawnej na zasadach określonych w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.