

**INFORMACJA O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA
NA STRONĘ INTERNETOWĄ**

W oparciu o art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U.2019.1843 ze zm.), zwanej dalej „pzp”, informuję, iż Zamawiający:

**Narodowy Fundusz Zdrowia Śląski Oddział Wojewódzki
ul. Kossutha 13, 40-844 Katowice,**

na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 pzp unieważnił postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: *robota budowlana – wykonanie systemu alarmowego przeciwpożarowego SAP w budynku delegatury Śląskiego OW NFZ w Rybniku*, ponieważ postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, podając poniżej uzasadnienie faktyczne i prawne.

Uzasadnienie faktyczne i prawne unieważnienia postępowania:

Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U.2019.1843 ze zm.), zwanej dalej „pzp”.

W dniu 18.06.2020 r. Zamawiający wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. *robota budowlana – wykonanie systemu alarmowego przeciwpożarowego SAP w budynku delegatury Śląskiego OW NFZ w Rybniku*. Podczas weryfikacji ofert Zamawiający stwierdził rozbieżność w dokumentacji postępowania.

Stosownie do przepisu art. 29 ust.1 pzp Zamawiający zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Natomiast stosownie do art. 140 ust.1 pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy musi być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

W niniejszym postępowaniu przedmiot zamówienia został opisany stosownie do art. 31 ust.1 pzp za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Na dokumentację projektową składał się projekt budowlany i wykonawczy oraz przedmiary robót. Stwierdzona rozbieżność dotyczy pozycji poz. 19 oraz poz. 20 przedmiaru robót

oraz Projektu budowlanego i wykonawczego – poz. 1 i 2 zestawienia urządzeń i materiałów podstawowych systemu sygnalizacji pożaru (str. 25 Projektu budowlanego i wykonawczego). W przedmiarze robót w poz. 19 przewidziano instalowanie gniazd w wykonaniu zwykłym do samoczynnych ostrzegaczy pożarowych – czujek, gniazdo montowane kołkami rozporowymi w betonie /gniazdo do czujek/ w ilości 71 szt.

W poz. 20 przedmiaru robót przewidziano instalowanie samoczynnych ostrzegaczy pożarowych – czujek, optycznej czujki dymu w ilości 71 szt.

Z kolei w pkt 2.1.15 Projektu budowlanego i wykonawczego (zestawienie urządzeń i materiałów podstawowych systemu sygnalizacji pożaru) – w poz. 1 – przewidziano „Czujka optyczno-termiczna dymu” w ilości 73 szt., w poz. 2 – przewidziano „Gniazdo czujki” w ilości 73 szt.

Rozbieżności powodują brak jednoznaczności w opisie przedmiotu zamówienia przez brak możliwości ustalenia, jaka powinna być rzeczywista zamawiana ilość gniazd oraz czujek.

W konsekwencji wyżej wskazanych rozbieżności zobowiązanie Wykonawcy zawarte w ofercie również jest zobowiązaniem niejednoznacznym.

W tym miejscu konieczne jest powołanie się na tezę zawartą w wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach - I Wydział Cywilny z dnia 14 listopada 2016 r. sygn. akt I ACa 925/15, która wskazuje na nadrzędną pozycję projektu budowlanego jako części dokumentacji projektowej w stosunku do pozostałych części dokumentacji. W wyniku przyjęcia takiego założenia, wg Sądu Apelacyjnego, przedmiot zamówienia, a tym samym umowy, wyznacza projekt. Skoro zatem, wykonawcy w złożonych ofertach zaoferowali 71 sztuk czujek optyczno-termicznych dymu oraz 71 gniazd czujek, przy założeniu z jednej strony nadrzędności projektu, jako kluczowego dokumentu opisującego przedmiot zamówienia, z drugiej uwzględniając kategoryczne brzmienie art. 140 ust.1 pzp, po myśli którego zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy musi być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie – to w konsekwencji nie jest możliwa realizacja umowy, która miałaby zostać zawarta w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty, zgodna z powyżej wskazanymi regułami. Zamawiający w konsekwencji dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zawiera bowiem umowę. W niniejszym postępowaniu umowa taka byłaby umową o świadczenie niemożliwe. Stosownie do wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ, Wykonawca w § 1 ust. 4 pkt 2 umowy zobowiązuje się i oświadcza, iż całość robót budowlanych zostanie wykonana m.in. zgodnie z zakresem i wymogami dokumentacji projektowej, na którą składają się projekt budowlany i wykonawczy autorstwa Archicon s.c. Jerzak, Szaraniec, przedmiary robót oraz zgodnie z ofertą Wykonawcy złożoną w zamówieniu nr 5/pn/2020.

W związku z faktem, iż z projektu budowlanego oraz z przedmiarów robót wynikają różne ilości czujek oraz gniazd czujek, mielibyśmy do czynienia z zawarciem umowy niemożliwej do wykonania (umowa o wykonanie świadczenia niemożliwego; niemożliwość świadczenia pierwotna, nie dająca się usunąć na obecnym etapie postępowania). Stosownie do przepisu art. 387 k.c. w związku z art.14 ust.1 pzp umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

Brak możliwości zakwalifikowania powyższej rozbieżności jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. W niniejszym przypadku nie zachodzi niezgodność treści oferty z SIWZ, a rozbieżność pomiędzy zapisami dokumentów składających się na SIWZ.

W świetle art. 144 pzp brak jest również możliwości usunięcia opisanej wyżej rozbieżności poprzez zawarcie umowy o udzielenie zamówienia publicznego, a następnie dokonanie zmiany tej umowy. Cyt. przepis nie przewiduje przesłanek umożliwiających dokonanie zmiany umowy w opisanych okolicznościach.

Nie będzie miała zastosowania w niniejszym przypadku również przyjęta w orzecznictwie KIO reguła interpretacji wszelkich niejasności, dwuznaczności, czy niezgodności postanowień SIWZ na korzyść Wykonawców (zob. np. wyrok KIO z 11.10.2019; sygn. akt KIO 1905/19: „Reguła ta wynika z prawniczej paremii »in dubio contra proferentem« znaczącej w języku polskim »wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi« (zapisy w SIWZ muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy). W niniejszym przypadku bowiem nie mamy do czynienia z niejasnością, dwuznacznością, czy niezgodnością z postanowieniami SIWZ, a z rozbieżnością w zakresie wymaganej ilości czujek i gniazd czujek (zob. również wyrok KIO sygn. akt KIO 2041/19 przywołany niżej).

Stosownie do art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W niniejszym przypadku brak jest możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

W wyroku z dnia z dnia 25 października 2019 r. (Sygn. akt KIO 2041/19) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż „zgodnie z dyspozycją art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy czym wada postępowania, która była przyczyną jego unieważnienia, musi mieć charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady podlegała unieważnieniu. Taka konstrukcja przepisu odsyła do art. 146 Pzp, w którym wymienione są wszystkie przypadki naruszenia Pzp powodujące konieczność unieważnienia umowy. Odesłania nie można jednak

ograniczać wyłącznie do art. 146 ust. 1 Pzp, który zawiera zamknięty i bardzo ograniczony katalog sytuacji powodujących unieważnienie umowy, gdyż skutkowałoby to tym, iż wystąpienie innych wad w postępowaniu nie mogłoby być powodem jego unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Taka wykładnia prawa prowadziłaby do błędnego zdaniem Izby wniosku, że nawet wystąpienie wady w sposób oczywisty wypaczającej wynik postępowania nie daje zamawiającemu prawa do unieważnienia postępowania, podczas gdy zawarcie umowy będzie rodzić skutki w postaci dochodzenia jej nieważności lub unieważnienia przez innych wykonawców na podstawie odrębnych przepisów, czego w przypadku wad innych niż określone w art. 146 Pzp nie zabrania. Niezbędne jest więc uznanie, że przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp dotyczy również tych okoliczności unieważnienia umowy, w których czynności tej dokonuje sąd na wniosek Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (uprawnienie Prezesa wynika z art. 146 ust. 6 Pzp). Tym samym wszelkie wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o ile nie dadzą się usunąć, będą przesłanką unieważnienia postępowania. Powyższe stanowisko jest zgodne zarówno z orzecznictwem (zob. np. wyrok Izby z 9 lipca 2018 r. o sygn. akt KIO 1235/18) jak i stanowiskiem doktryny (zob. np. W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII, Warszawa 2017).

Z powyższych stwierdzeń można w ocenie Izby wysnuć wniosek, że wada wskazana w treści art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp powinna łącznie spełniać następujące przesłanki:

- po pierwsze, być niemożliwa do usunięcia;
- po drugie, mieć rzeczywisty lub potencjalny wpływ na wynik postępowania.

Jeśli chodzi o pierwszą wskazaną powyżej przesłankę Izba uznała, że wada postępowania jaka powstała w wyniku niezgodności postanowień SIWZ w zakresie okresu gwarancji na wykonane prace budowlano-montażowe pomiędzy opisem przedmiotu zamówienia (minimum 60 miesięcy), a opisem kryteriów oceny ofert (minimum 84 miesiące), miała charakter nieusuwalny”.

Analogicznie jest w przypadku niniejszego postępowania. Zaistniała rozbieżność w zakresie ilości gniazd czujek oraz czujek pomiędzy przedmiarem robót (71 szt.) a Projektem budowlanym i wykonawczym (73 szt.) na obecnym etapie postępowania – po upływie terminu składania ofert jest niemożliwa do usunięcia. Należy również stwierdzić, że wada postępowania mogła mieć wpływ na jego wynik. Można założyć, iż opisane rozbieżności mogły spowodować niezłożenie oferty przez potencjalnych Wykonawców.

W cyt. wyroku Izba wskazała również, że „przywołana przez odwołującego, wynikająca z orzecznictwa Izby, zasada rozpatrywania wszelkich niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ na korzyść wykonawców, nie znalazła zastosowania w przedmiotowej sprawie. W ocenie Izby powyższa zasada ma zastosowanie do czynności badania oferty przez zamawiającego, zmierzającej do ustalenia jej zgodności z treścią SIWZ w kontekście jej ewentualnego odrzucenia co oznacza, że niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ nie powinny skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Natomiast rozszerzenie tej zasady także na możliwość zastosowania art. 96 ust. 1 pkt 7 Pzp należy uznać za niedopuszczalne, ponieważ mogłoby doprowadzić do kuriozalnej sytuacji, w której zamawiający byłby zobowiązany do zawarcia umowy, co do której już przed jej podpisaniem miałby wiedzę, że może ona podlegać unieważnieniu. Warto przy tym dodać, że zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, tylko od razu unieważnił całe postępowanie, co w opisanym powyżej kontekście całej sprawy nie stanowiło, ani naruszenia zasady stanowiącej o rozpatrywaniu wątpliwości wynikających z SIWZ na korzyść wykonawcy, ani dyspozycji art. 96 ust. 1 pkt 7 Pzp”.

Podobnie jak w sytuacji opisanej w ww. wyroku, także w niniejszym postępowaniu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zawarcie umowy pomimo wyżej wskazanych rozbieżności doprowadziłoby do zawarcia nieważnej umowy.

Oczywistym zdaje się fakt, iż błąd, do którego doszło w trakcie prowadzonego postępowania, nie może zostać na obecnym etapie poprawiony. Wymagałoby to zmiany treści SIWZ, co stosownie do art. 38 ust. 3 ustawy pzp, nie jest możliwe i dopuszczalne po upływie terminu składania ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe, unieważnienie postępowania w oparciu o art. 93 ust.1 pkt 7 pzp jest w pełni uzasadnione.

p.o. KIEROWNIKA
Działu Inwestycji i Zamówień Publicznych
Śląskiego Oddziału Wojewódzkiego
Narodowego Funduszu Zdrowia w Katowicach

Mariusz Partyka

SPECJALISTA
Działu Inwestycji i Zamówień Publicznych
Śląskiego Oddziału Wojewódzkiego
Narodowego Funduszu Zdrowia w Katowicach

Agnieszka Broniewicz

NACZELNIK
Wydziału Administracyjno-Gospodarczego
Śląskiego Oddziału Wojewódzkiego
Narodowego Funduszu Zdrowia w Katowicach

Katarzyna Kłis 5

31. 08. 2020

Z upoważnienia Dyrektora
Śląskiego Oddziału Wojewódzkiego
Narodowego Funduszu Zdrowia w Katowicach
ZASTĘPCA DYREKTORA
DS. SŁUŻB MUNDUROWYCH
/podpis zamawiającego/

Bożena Gil

RADCA PRAWNY

mgr. Teresa Uzdowska