



REGIONALNA DYREKCJA OCHRONY ŚRODOWISKA W KRAKOWIE

Wydział Ochrony Przyrody i Obszarów Natura 2000

Kraków, dnia 19.11.2019r.

Zamawiający: Regionalna Dyrekcja Ochrony Środowiska w Krakowie
ul. Mogilska 25,
31-542 Kraków.

Dotyczy: Przetargu nieograniczonego pn.: „Wykonanie remontu poszycia dachowego obiektu kościoła p.w. Rozesłania Świętych Apostołów w Gruszowie”, nr ref.: CH.082.52.2019.MW.MK1.

INFORMACJA O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA

Zamawiający, w imieniu którego działa Bartłomiej Kruszyński prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Kancelaria Radcy Prawnego Bartłomiej Kruszyński, informuje, iż na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.) – zwanej dalej „ustawą pzp”, przedmiotowe postępowanie zostało unieważnione.

Uzasadnienie

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy 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 postępowaniu Zamawiający wskazał, iż Wykonawca zobowiązany jest wykonać roboty budowlane związane z wymianą pokrycia dachowego ze starego gontu na pokrycie z nowego, łupanego gontu drewnianego wraz z wymianą deskowania dachu i uszkodzonych elementów więźby, oczyszczeniem i impregnacją więźby dachowej, wymianą instalacji odgromowej oraz wskazanymi w Opisie przedmiotu zamówienia adaptacjami dla poprawy warunków bytowania nietoperzy w kościele p.w. Rozesłania Świętych Apostołów w Gruszowie (Gruszów 136, 32-414 Gruszów). Roboty budowlane stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia powinny zostać wykonane zgodnie z załącznikiem nr 8 do SIWZ – Opisem Przedmiotu Zamówienia (OPZ), w tym dokumentacją projektową, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, przedmiarem robót, oraz z należyłą starannością, z



Fundusze Europejskie
Infrastruktura i Środowisko



Unia Europejska
Fundusz Spójności



zasadami sztuki budowlanej, współczesnej wiedzy technicznej, zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami i normami wspólnymi Unii Europejskiej, a w dalszej kolejności normami polskimi, w szczególności zawartymi w Prawie budowlanym, zgodnie ze złożoną ofertą, warunkami przetargu oraz zgodnie z ustaleniami poczynionymi z Zamawiającym, z zastrzeżeniem, iż ustalenia te nie mogą wykraczać poza przedmiot umowy oraz nie mogą być sprzeczne z zasadami wiedzy technicznej lub sztuką budowlaną.

Zgodnie z treścią rozdziału 13 pkt 2 – 6 SIWZ, cena oferty ma charakter ryczałtowy. Ponadto, cena oferty powinna obejmować pełne wykonanie przedmiotu zamówienia na podstawie: dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, oględzin terenu budowy (o ile prowadzono), uzgodnień, opinii, opisu przedmiotu zamówienia wskazanego w Specyfikacji, w tym postanowień umowy. Cena ofertowa winna uwzględniać również wszystkie warunki miejscowe, pogodowe i inne okoliczności mające wpływ na wysokość ceny, w szczególności należne wynagrodzenie na rzecz podwykonawców zarówno robót budowlanych jak i wymaganych usług i dostaw, a także obejmować wszystkie koszty związane z uzyskaniem przez Wykonawcę przychodu z tytułu niniejszego zamówienia, wszelkie opłaty, narzuty, podatki, cła itp., wykonanie dokumentacji powykonawczej, wykonanie niezbędnych prób, badań, uzgodnień, nadzorów, wpięć, sprawdzeń, opinii, odbiorów, itp., ubezpieczenie budowy, jak również koszty usług i robót nie ujętych w dokumentacji technicznej, a których wykonanie jest niezbędne dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, oraz koszty robót przygotowawczych, koszty utrzymania porządku w trakcie realizacji robót, koszt zorganizowania placu budowy, koszty obsługi geologicznej i geodezyjnej. Przedmiary robót, z uwagi na ryczałtowy charakter ceny ofertowej, są materiałem pomocniczym i pogładowym, dołączonym do SIWZ wyłącznie celem ułatwienia Wykonawcy obliczenia ceny oferty. Podane w przedmiarach podstawy wyceny i ilości prac należy traktować jako orientacyjne. Na etapie przygotowania ofert Wykonawcy są zobowiązani przeanalizować wszystkie elementy dokumentacji projektowej, Specyfikację Techniczną Wykonania i Odbioru Robót oraz przedmiary robót i w razie wątpliwości zgłosić pisemnie w przewidzianym trybie wszelkie zastrzeżenia, uwagi i zauważone nieścisłości.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający udostępnił Wykonawcom projekt budowlany, STRiOR oraz przedmiar robót. Zgodnie z dokumentacją projektową, w zakres przedmiotu robót wchodziła wymiana poszycia dachowego w obiekcie, dla której należało „zastosować gont drewniany, łupany z drewna świerkowego” (pkt 3.8 projektu budowlanego). Również w pkt 2 STWiOR Zamawiający wskazał, iż „Do wykonania robót związanych z pokryciem dachowym przewiduje się stosowanie następujących materiałów: - gont drewniany, łupany z drewna świerkowego (...)”. Niezależnie od powyższego, w przedmiarze robót zawarte zostało wskazane: „Krycie dachu gontami łupanymi, podwójne w zawijkę, nachylenie do 85 %. Analogia - gont modrzewiowy łupany, podwójnie, impregnowany metodą ciśnieniową środkiem dopuszczonym przez nadzór przyrodniczy” (pozycja 2.10 i 2.11). W odpowiedzi na pytanie nr 4 z dnia 9.10.2019r. o treści: „Jakim gontem należy pokryć dach świerkowym czy modrzewiowym?”, Zamawiający udzielił odpowiedzi w postaci: „Wymaganiem Zamawiającego ze względu na trwałość robót jest wykonanie poszycia z gontu drewnianego, łupanego z drewna modrzewiowego, który charakteryzuje się wysoką ponad 40 - letnią

trwałością.”, która sprzeczna jest z postanowieniami projektu budowlanego i STWiOR, a które to dokumenty stanowiły opis przedmiotu zamówienia. W tym stanie rzeczy, powyższe rozbieżności mogły wprowadzać Wykonawców w błąd, co skutkowało złożeniem ofert nieporównywalnych.

W tym zakresie należy zwrócić uwagę na art. 29 ust. 1 ustawy pzp, zgodnie z treścią którego przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Odnosząc się do opisu konkretnego przedmiotu zamówienia, warto wskazać na wytyczne do opracowania specyfikacji technicznej, zawarte w publikacji Komisji Europejskiej skierowanej do beneficjentów środków pomocowych: „Specyfikacja jest najważniejszym dokumentem w procedurze przetargowej. Należy w niej określić usługę/dostawę/prace budowlane będące przedmiotem zamówienia, poziomy, normy i wkład, a także wymagane produkty lub wyniki. Sporządzając specyfikację nie można zapominać, że ma ona bezpośredni wpływ na koszty. Odpowiednio przygotowana specyfikacja powinna: zawierać precyzyjnie określone wymagania; być łatwa do zrozumienia dla oferentów i dla zainteresowanych stron; zawierać jasno określone, osiągalne i mierzalne wkłady, produkty i wyniki; nie wskazywać nazw marek lub wymogów ograniczających konkurencję (lub, jeżeli wspomniane są marki, powinna zawierać sformułowanie „lub równoważny/a/e”); dostarczać wystarczająco szczegółowych informacji, które pozwolą oferentom na złożenie realistycznych ofert; zawierać dodatkowe lub zaostrzone wymagania określone osobno, lecz obliczone jako całość; uwzględniać (w miarę możliwości) poglądy instytucji zamawiającej, klientów/użytkowników, innych zainteresowanych stron oraz koncepcje/wkład rynku; być sporządzona przez osoby posiadające wystarczającą wiedzę fachową zaczerpniętą z instytucji zamawiającej lub pochodzącą od zewnętrznego eksperta; być sporządzona w taki sposób, aby uwzględniać kryteria dostępności dla osób niepełnosprawnych lub potrzeby wszystkich użytkowników, w przypadku gdy zamówienie przeznaczone jest do użytku osób fizycznych, zarówno ogółu społeczeństwa, jak i personelu instytucji zamawiającej; być zatwierdzona przez komisję oceniającą lub wyższy szczebel kierowniczy instytucji zamawiającej, w zależności od stosownych przepisów wewnętrznych; obejmować (w odniesieniu do specyfikacji robót budowlanych) co najmniej: opis prac technicznych, sprawozdanie techniczne, pakiet projektowy (rysunki, obliczenia, rysunki szczegółowe), założenia, regulacje, przedmiar robót (w stosownych przypadkach), cennik robót i harmonogram prac” .

Naruszeniem przepisu art. 29 ust. 1 ustawy pzp, jest nieprecyzyjne i niedokładne opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający złożenie oferty, polegające w szczególności na wprowadzeniu postanowień uniemożliwiających wykonawcy kalkulację ryzyka oraz prawidłowe sporządzenie oferty. „Precyzyjność opisu przedmiotu zamówienia ma kluczowe znaczenie dla prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ gwarantuje zarówno porównywalność ofert jak i możliwość stosunkowo łatwej weryfikacji zgodności złożonych ofert ze specyfikacją. Wieloznaczność opisu czy braki w nim mogą powodować wadliwość ukształtowania cen ofert wykonawców, przez ich nieuzasadnione zawyżenie lub zaniżenie” (zob. wyrok KIO z 6.06.2018 r., KIO 980/18, KIO 983/18). Opis

przedmiotu zamówienia powinien odpowiadać rzeczywistym potrzebom zamawiającego. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wskazywała w orzecznictwie na kwestie „uzasadnionych potrzeb zamawiającego” (zob. wyroki KIO: z 5.07.2011 r., KIO 1307/11; z 12.07.2012 r., KIO 1360/12) oraz „obiektywne okoliczności” (zob. wyrok KIO z 8.07.2011 r., KIO 1344/11), zwłaszcza w świetle opisu przedmiotu zamówienia, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ukształtował się pogląd, że nawet opis przedmiotu zamówienia dokonany w taki sposób, że tylko wąska grupa wykonawców może złożyć zgodną z nim ofertę, może nie być poczytany za naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy pzp. Zamawiający może bowiem żądać i oczekiwać od wykonawców rozwiązań najnowocześniejszych i wyjątkowych (zob. wyrok KIO z 1.02.2011 r., KIO 79/11; KIO 89/11; KIO 90/11), o ile będzie to uzasadnione jego rzeczywistą potrzebą (zob. wyroki KIO: z 28.02.2012 r., KIO 229/12; KIO 238/12; KIO 239/12; KIO 242/12; KIO 245/12; KIO 247/12; oraz z 3.09.2014 r., KIO 1726/14). Opis przedmiotu zamówienia jest uprawnieniem oraz obowiązkiem zamawiającego i należy do czynności związanych z przygotowaniem postępowania. Opis przedmiotu zamówienia powinien być zatem dokonany w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane należy wykonać i jaki będzie ich zakres zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a jednocześnie aby mogli oni w sposób prawidłowy dokonać wyceny złożonych ofert (zob. wyrok KIO z 27.12.2011 r., KIO 2649/11). Opis przedmiotu zamówienia musi być na tyle oczywisty i niebudzący żadnych wątpliwości, by mógł stanowić podstawę do złożenia przez zainteresowane podmioty ofert (zob. wyrok KIO z 2.08.2011 r., KIO 1556/11).

W wyroku z 23.07.2010 r., KIO 1447/10, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że: „Opis przedmiotu zamówienia powinien zostać tak sporządzony przez Zamawiającego, aby wykonawca składający ofertę miał możliwość przygotowania tej oferty z uwzględnieniem wszystkich czynników, które mają wpływ na sposób sporządzenia oferty oraz dokonanie jej wyceny. Wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia zawarty w dokumentacji przetargowej, poprzedzający przedmiot następnie zawieranej umowy nie podlega, po wyborze oferty najkorzystniejszej, negocjacom, dookreśleniom ani innym zabiegom mających na celu sprecyzowanie przedmiotu a zakres świadczenia jaki został zaoferowany przez wykonawcę musi być tożsamy z tym zawartym w umowie. (...) Z regulacji prawa wspólnotowego wynika, iż Zamawiający zobowiązany jest do sporządzenia neutralnego opisu przedmiotu zamówienia, wyczerpująco oraz sporządzonego w sposób przejrzysty. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać oferentom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. (...). Brak opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, przejrzysty, wyczerpujący prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, bowiem konkurencja pomiędzy ofertami, które zostaną złożone w postępowaniu nie będzie możliwa a to doprowadziłoby do unieważnienia postępowania”. Obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia ciąży na zamawiającym. Wykonawcy nie mają obowiązku poszukiwania potrzebnych informacji dla przygotowania oferty u innych źródeł niż zamawiający. Oczekiwanie od wykonawców posiadania pełnej wiedzy o przedmiocie zamówienia, w przypadku gdy zamawiający zaniechał wskazania informacji niezbędnych do

przygotowania oferty na równych warunkach przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji (zob. wyrok KIO z 19.08.2008 r., KIO/UZP 798/08). Opisanie przedmiotu zamówienia „w sposób jednoznaczny i wyczerpujący” oznacza, że opis przedmiotu zamówienia musi mieć tylko jedno znaczenie (musi być rozumiany jednakowo przez wszystkich zainteresowanych ubieganiem się o udzielenie zamówienia) i nie może budzić wątpliwości. Sformułowanie „za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń” należy odnieść do języka fachowego używanego w branży, w której działają podmioty zainteresowane ubieganiem się o udzielenie zamówienia. Uwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty ma umożliwić wykonawcom obliczenie ceny oferty zgodnie z opisem sposobu obliczenia ceny. Wymagania zawarte w opisie przedmiotu zamówienia są wiążące dla wykonawców i zamawiającego, który jest obowiązany precyzyjnie opisać przedmiot zamówienia. Jeśli nie zrobi tego zgodnie z art. 29–31, nie może powoływać się na niezgodność zaoferowanego przedmiotu zamówienia z jego opisem zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zob. wyrok KIO z 24.08.2011 r., KIO 1709/11). Niedopuszczalne jest również opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który dałby wykonawcy zbyt duży margines swobody na etapie wykonywania umowy w stosunku do wymagań zamawiającego wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zob. wyrok KIO z 20.10.2010 r., KIO 2173/10).

Opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy pzp umożliwia wykonawcy bez żadnych wątpliwości i dodatkowych interpretacji zidentyfikowanie, z jakich elementów składa się zamówienie, co będzie konieczne i niezbędne do jego realizacji, jak również pozwala obliczyć cenę oferty zgodnie z opisem sposobu obliczenia ceny zamieszczonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 66 § 1 k.c.: „Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy”. Zatem z jednej strony zamawiający obowiązany jest opisać świadczenie, jakiego oczekuje od wykonawców, a z drugiej strony wykonawcy na podstawie powyższej wiedzy mogą złożyć oferty (dokonując ich wyceny) na określonych warunkach co do np.: ceny, terminu wykonania, okresu gwarancji, cech i parametrów technicznych, cech jakościowych, cech funkcjonalnych itp. Użyte w art. 29 ust. 1 ustawy pzp sformułowanie „mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty” oznacza wszystkie informacje o przyszłym świadczeniu umożliwiające wykonawcom także obliczenie ceny oferty. W oparciu o te kryteria, Zamawiający jest zobowiązany do kompleksowego badania i oceny ofert, w tym także jej zgodności z treścią SIWZ. Nie może przerzucać tej czynności na etap realizacji zamówienia przypadający po wyborze najkorzystniejszej oferty oraz po podpisaniu umowy, ponieważ godziłoby to w sens procesu badania i oceny ofert i stanowiłoby naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców opisanych w art. 7 ust. 1 ustawy pzp (zob. wyrok KIO z 4.10.2018r., KIO 1912/18).

Warto również zwrócić uwagę, iż na podstawie art. 32 ust. 1 ustawy pzp, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Z uwagi na nieprecyzyjny i niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie, wartość

powołanego zamówienia może nie oddawać rzeczywistej wartości tegoż zamówienia.

Opis przedmiotu zamówienia w tej części zamówienia dokonany został zatem, w ocenie Zamawiającego, z naruszeniem powołanych przepisów prawa, bowiem nie był opisany w sposób precyzyjny i jednoznaczny, a czynność ta mogła mieć wpływ na wynik postępowania.

W sytuacji zaś wystąpienia choćby jednej przesłanki sformułowanej w przepisie art. 93 ust. 1 w sposób imperatywny czyni z unieważnienia obowiązek, a nie uprawnienie zamawiającego. (*Dzierżanowski Włodzimierz, Komentarz do art. 93 ustawy - Prawo zamówień publicznych [w:] Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarostaw, Stachowiak Małgorzata Prawo zamówień publicznych. Komentarz., opublikowano: LEX, 2014, stan prawny: 2014.10.19).* Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 lipca 2013r., sygn. akt KIO 1732/13, znaczenie uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania nie ogranicza się do dopełnienia formalnego wymagania art. 93 ust. 1 ustawy pzp, lecz przede wszystkim stanowi element konstytutywny podjętej decyzji o unieważnieniu postępowania, w szczególności jeżeli została ona podjęta z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy pzp. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp nie stanowi samoistnej podstawy unieważnienia postępowania, gdyż wprost odsyła przede wszystkim do przyczyn unieważnienia umowy opisanych w art. 146 ust. 1 ustawy pzp. Z kolei, jako podstawę unieważnienia w sytuacji, gdy wadliwie sporządzony opis przedmiotu zamówienia miał lub mógł mieć wpływ na wynik postępowania, należy powołać art. 146 ust. 6 ustawy pzp. Jeżeli więc w prowadzonym postępowaniu wystąpiła niemożliwa do usunięcia wada, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie ma przeszkód, aby zamawiający w ramach samokontroli unieważnił nieprawidłowo przeprowadzone postępowanie, unikając tym samym zawarcia umowy mogącej następnie być unieważnioną. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji, będących wynikiem nieprecyzyjnego i niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia. Reguła ta jednak musi być oceniana biorąc pod uwagę cel postępowania o zamówienia publiczne, którym jest zawarcie ważnej i niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie (*wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2012r., sygn. akt KIO 2428/12; por. również m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015r., sygn. akt KIO 912/15).*

Z powyższego wynika, że wada uzasadniająca unieważnienie postępowania tkwi w samym postępowaniu a jednocześnie jest istotna i nieusuwalna. W szczególności bowiem opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny i niejednoznaczny, przez co niweczy cel dla jakiego zamówienie miałoby zostać udzielone. To zaś powoduje, iż nie odpowiada rzeczywistym intencjom, możliwościom oraz potrzebom Zamawiającego. Wada ta stanowi skutek naruszenia wskazanych powyżej przepisów ustawy pzp, co mogło mieć wpływ na wynik postępowania, w szczególności na liczbę ubiegających się o zamówienie Wykonawców oraz treść ofert w zakresie zaproponowanej ceny. Wada ta jednocześnie jest niemożliwa do usunięcia w trybie i w sposób uprawniony na tle przepisów ustawy pzp i uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu zarówno na tle ustawy pzp, jak i w świetle przepisów kodeksu cywilnego. Z powyższych względów przedmiotowe

postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp, podlega unieważnieniu.

Wobec powyższego należy uznać, że wszelkie przesłanki unieważnienia postępowania oraz wymagania w zakresie uzasadnienia faktycznego i prawnego zostały przez Zamawiającego wypełnione.

RADCA PRAWNY
Bartłomiej Kuszyński
KT 3621