

Pszczew, dnia 08 marca 2021 roku

ZP.271.5.2020

Informacja o unieważnieniu postępowania

Dotyczy: zamówienia publicznego na roboty budowlane prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego ZP.271.5.2020 „**Budowa sieci wodociągowej rozdzielczej Pszczew – Borowy Młyn**”

Działając w myśl art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019r. poz. 1843, z późn. zm.), dalej uPzp, Zamawiający – Gmina Pszczew informuje o **unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 uPzp**, ponieważ przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Uzasadnieni faktyczne i prawne

Zamawiający przedstawił w SIWZ niniejszego postępowania warunki udziału w postępowaniu, z których dwa dotyczyły zdolności technicznej lub zawodowej, tj.

1/ zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje osobą, która będzie pełniła funkcję kierownika budowy, z uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami w specjalności sanitarnej bez ograniczeń lub opowiadające im uprawnienia równoważne, z doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy realizacji dwóch robót budowlanych, z których każda polegała na wykonaniu sieci wodociągowej min. 3000 mb.

2/ zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał w sposób należyty co najmniej dwie roboty budowlane, z których każda polegała na wykonaniu sieci wodociągowej min. 3000 mb.

W trakcie trwania postępowania Zamawiający w dniu 18 stycznia 2021 roku odpowiedział na pytania do treści SIWZ, udzielając stosownych odpowiedzi i wyjaśnień oraz modyfikując treść SIWZ.

Modyfikacja treści SIWZ dotyczyła zdolności technicznej lub zawodowej, w następującej treści:

„Mając na uwadze odpowiedź na pytanie 26 zmieniam treść SIWZ w następującym zakresie:

w punkcie 7.1.3. ppkt 2) zdolność techniczna i zawodowa jest:

zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał w sposób należyty co najmniej dwie roboty budowlane, z których każda polegała na wykonaniu sieci wodociągowej min. 3000 mb.

powinno być:

zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał w sposób należyty co najmniej dwie roboty budowlane, z których każda polegała na wykonaniu sieci wodociągowej min. 3000 mb lub co najmniej jedną robotę polegającą na budowie sieci wodociągowej o dl. min. 3000 mb i jedną robotę polegającą na budowie sieci kanalizacji sanitarnej tłocznej PE o dl. min. 3000 mb.

Tym samym Zamawiający w zmienionym SIWZ wyraził wolę dopuszczenia do udziału w postępowaniu wszystkich potencjalnych Wykonawców spełniających powyższy zmieniony warunek **dotyczący robót budowlanych**, rozszerzając możliwość udziału w postępowaniu dla wykonawców, którzy wykonali *co najmniej jedną robotę polegającą na budowie sieci wodociągowej o dl. min. 3000 mb i jedną robotę polegającą na budowie sieci kanalizacji sanitarnej tłocznej PE o dl. min. 3000 mb.*

W toku dokonywania czynności zmiany ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający przez pomyłkę w niewłaściwym miejscu zmienił warunki udziału w postępowaniu. Mianowicie zamiast dokonać zmiany warunków udziału dotyczących robót budowlanych, jak w zmienianym SIWZ, Zamawiający dokonał zmiany ogłoszenia wprowadzając nowe warunki dla **wykazania dysponowania odpowiednią osobą, która będzie pełniła funkcję kierownika budowy**, wprowadzając następującą zmianę w ogłoszeniu:

- 1) zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje osobą, która będzie pełniła funkcję kierownika budowy, z uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami w specjalności sanitarnej bez ograniczeń lub opowiadające im uprawnienia równoważne, *z doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy realizacji dwóch robót budowlanych, z których każda polegała na wykonaniu sieci wodociągowej min. 3000 mb lub co najmniej jedną robotę polegającą na budowie sieci wodociągowej o dl. min. 3000 mb i jedną robotę polegającą na budowie sieci kanalizacji sanitarnej tłocznej PE o dl. min. 3000 mb.*

a zapis dotyczący robót budowlanych pozostał w treści:

- 2) zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał w sposób należyty *co najmniej dwie roboty budowlane, z których każda polegała na wykonaniu sieci wodociągowej min. 3000 mb*

Tym samym, zgodnie ze zmianą treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, ogłoszenie o zamówieniu posiada inne warunki udziału w postępowaniu, aniżeli warunki określone w zmienionym SIWZ. Przedmiotowe niekorespondowanie treści ogłoszenia i treści SIWZ nie zostało usunięte do czasu składania i otwarcia ofert.. Zamawiający dostrzegł przedmiotową wadę po wystosowaniu wezwania w trybie art. 26 ust. 2 (procedura odwrócona).

Przesłanka unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 uPzp opiera się na trzech okolicznościach, których łączne wystąpienie skutkuje jej zastosowaniem, mianowicie:

- musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia publicznego (wada postępowania), która w niniejszym postępowaniu polega na określeniu różnych warunków w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ. Informacje zawarte w treści SIWZ, w szczególności wszelkie informacje dotyczące warunków udziału i wymaganych dokumentów, powinny być analogiczne do wymagań sformułowanych w treści ogłoszenia o zamówieniu publicznym. Wskazują na to przepisy art. 36 oraz art. 41 uPzp. Oba wskazane przepisy regulują, że obligatoryjnymi elementami ogłoszenia oraz SIWZ muszą być informacje na temat warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania

oceny spełniania tych warunków. Rozbieżność między ogłoszeniem o zamówienie a SIWZ w zakresie opisu warunków udziału w niniejszym postępowaniu, może mieć realny wpływ na wynik postępowania. Ma na to wpływ zarówno niemożność określenia jakich ostatecznie warunków żądał Zamawiający, ale także przedmiotowa rozbieżność mogła prowadzić do tego, że część wykonawców mogła całkowicie zrezygnować z udziału w postępowaniu, ponieważ warunki zawarte w ogłoszeniu nie pozwalały na ich udział.

- wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego

Przesłanka unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 uPzp odwołuje się do podstaw unieważnienia umowy zawartych w zamkniętym katalogu art. 146 ust. 1 uPzp, oraz do innych wad postępowania, z powodu których Prezes Urzędu Zamówień Publicznych jest uprawniony do wystąpienia do sądu z powództwem o unieważnienie umowy. Przepis ten przewiduje, że Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez Zamawiającego czynności lub zaniechania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Katalog wad postępowania, które mogą skutkować unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 uPzp jest zatem katalogiem otwartym. Wszelkie wady, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o ile nie dadzą się usunąć, będą przesłanką unieważnienia postępowania (por. Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., Prawo zamówień Publicznych. Komentarz, wyd. VII). Wada w niniejszym postępowaniu, dotycząca określenia różnych warunków udziału w postępowaniu w ogłoszeniu i SIWZ skutkuje niemożliwością zawarcia umowy zgodnej z głównymi zasadami uPzp wyrażonymi w art. 7 ust. 1 – zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zgodnie z poglądem KIO wyrażonym w orzeczeniu z dnia 1 marca 2019r.) uwzględniając tzw. triadę zamówień publicznych, tj. zgodność treści ogłoszenia i SIWZ z treścią oferty i treścią umowy o zamówienie publiczne, za niedopuszczalną należy uznać sytuację rozbieżności pomiędzy treścią ogłoszenia o zamówieniu publicznych, a treścią SIWZ, która mogłaby prowadzić do złożenia ofert zgodnych z jednym z tych dokumentów, a niezgodnym z drugim (Uchwała KIO z 1.03.2019 r., KIO/KD 14/19, LEX nr 2639967). "Wyrazem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 p.z.p. jest zgodność postanowień SIWZ z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu. Dopuszczenie do rozbieżności pomiędzy tymi dokumentami ma wpływ na krąg podmiotów zainteresowanych postępowaniem, a także prowadzi do możliwości złożenia nieporównywalnych ofert przez wykonawców, który czerpią wiedzę o postępowaniu z tych dwóch różnych źródeł." (por. wyrok KIO z 16.05.2016 r., KIO 681/16, LEX nr 2054027).

- wada musi być niemożliwa do usunięcia

Wada w przedmiotowym postępowaniu ma charakter rzeczywisty i nieusuwalny. Na obecnym etapie postępowania (po terminie składania i otwarcia ofert) Zamawiający nie ma możliwości zmiany warunków udziału w postępowaniu, poprzez doprowadzenie do jednoznaczności warunków określonych w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, czym doprowadziłby do usunięcia wady. Tym samym nie będzie zgodne z przepisami uPzp udzielenie zamówienia wykonawcy, który wybrany został w ramach procedury dotkniętej wadą, polegającą na niezachowaniu w postępowaniu przestrzegania naczelnych zasad uPzp wyrażonych w art. 7 ust. 1 tejsze ustawy.

W przedmiotowym postępowaniu różne określenie warunków udziału w postępowaniu w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ prowadzi do sytuacji, w której potencjalny wykonawca mógł nie wiedzieć jakich ostatecznie warunków żądał Zamawiający lub ograniczyć udział w postępowaniu dla wykonawców, którzy nie spełnili warunków określonych w ogłoszeniu o zamówieniu.

Wskazane powyższej wady postępowania (rozbieżność pomiędzy warunkami udziału w postępowaniu w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ) wobec naruszenia podstawowych zasad

postępowania w sprawie udzielenia zamówienia uzasadniają unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 uPzp.

Wada ta ma charakter istotny i jest wadą nieusuwalną, stąd dla przywrócenia zgodności z prawem konieczne jest unieważnienie postępowania i ogłoszenia go ponownie z zachowaniem przepisów uPzp.

www.bip.pszczew.pl

WÓJT
GMINY PSZCZEW
Józef Piotrowski