

Warszawa, 8 lipca 2020 r.

DAZ.262.9.2019

Wykonawcy

## INFORMACJA O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA

Narodowe Centrum Badań i Rozwoju (dalej: „Zamawiający”), prowadzące postępowanie (Nr 55/19/PN) o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego *na przeprowadzenie w latach 2020 - 2021 kontroli trwałości po zakończeniu realizacji projektów współfinansowanych w ramach POIG nadzorowanych przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju*, działając na podstawie art. 93 ust. 3 pkt 2, art. 92 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, zawiadamia, że w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6, art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz w związku z art. 387 §1 kodeksu cywilnego – **unieważnia przedmiotowe postępowanie, ze względu na to, że w skutek okoliczności zaistniałych po jego ogłoszeniu** w postępowaniu zaistniały wady uniemożliwiające zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, będącej wynikiem tego postępowania,

### Uzasadnienie faktyczne i prawne

Zgodnie z art. 93 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający, w przypadku zaistnienia którejkolwiek z przesłanek opisanych w tym przepisie, ma obowiązek unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Przywołany przepis nie pozostawia zatem Zamawiającemu swobody decyzji w tym zakresie (ze szczególnym zastrzeżeniem przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, która jednak nie jest podstawą przedmiotowej decyzji Zamawiającego). Zaistnienie okoliczności przesłanki wynikającej z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, powinno mieć zatem skutek niweczący dla postępowania. Niedostosowanie się przez Zamawiającego do tych regulacji może skutkować dla niego określonym rodzajem odpowiedzialności z tytułu naruszenia przepisów ustawy Pzp.

### Uzasadnienie faktyczne:

W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego do terminu składania ofert, tj. do dnia 16 marca 2020 r. do godz. 12:00, poprzez Elektroniczną Skrzynkę Podawczą ePUAP złożono 3 oferty.

Skomplikowany charakter złożonych ofert, wyjaśnienia z Wykonawcami, weryfikacja tych wyjaśnień, badanie złożonych dokumentów na wezwanie oraz sytuacja związana z COVID-19, spowodowały opóźnienie w zaplanowanym na maj br. rozstrzygnięciu postępowania oraz podpisaniu umowy.

Mając na uwadze jeszcze wyjaśnienia dokumentów na spełnienie warunków, realna możliwość podpisania umowy (uwzględniając ewentualne odwołanie) może nastąpić dopiero w październiku br.

Zamawiający mając określone terminy na wykonanie poszczególnych kontroli, które stanowią przedmiot zamówienia, zmuszony był do ich realizacji we własnym zakresie.

### **Uzasadnienie prawne:**

Zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 uPzp w związku z art. 146 ust. 6 oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

### Przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp – wada postępowania.

Odnosząc się do wskazanej podstawy unieważnienia postępowania podkreślić należy, że zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp postępowanie unieważnia się, jeżeli obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stosownie do art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Zamawiający jest zobligowany unieważnić postępowania w sytuacji, gdy:

- 1) jest ono obciążone wadą,
- 2) wada jest niemożliwa do usunięcia,
- 3) wada ma uniemożliwić zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Zamawiający, dokonując oceny stanu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stwierdził, że jego dalsze prowadzenie i udzielenie zamówienia prowadziłyby do konieczności unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego ze względu na istotną wadę. Okolicznością wskazującą na wadę niniejszego postępowania jest sytuacja, w której na tym etapie postępowania zmieniła się wielkość przedmiotu zamówienia. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający zaplanował zlecić przeprowadzenie 19 kontroli w 2020 roku, oraz w 2021 roku 11 kontroli w zamówieniu podstawowym, natomiast w prawie opcji 10 kontroli w czasie trwania umowy. W związku z koniecznością realizacji kontroli w terminach

określonych w Rocznym Planie Kontroli Trwałości POIG na rok 2020, Zamawiający musiał przeprowadzać kontrole we własnym zakresie. Dodatkowo, analiza bieżących danych dotyczących zakończenia okresu trwałości projektów POIG wykazała, iż w 2021 r. możliwe będzie skontrolowanie projektów jedynie w pierwszym miesiącu roku, co uniemożliwi przeprowadzenie kontroli w zaplanowanej wcześniej ilości. Wobec powyższego, wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu ilości kontroli uległy znaczącemu zmniejszeniu i na dzień dzisiejszy Zamawiający mógłby zlecić wykonawcy do przeprowadzenia 7 kontroli w 2020 oraz 4 kontroli w 2021 w ramach zamówienia podstawowego. W odniesieniu do pierwotnej wielkości przedmiotu zamówienia, tj. zlecenia łącznie 30 kontroli w zamówieniu podstawowym, potencjalna możliwość zlecenia kontroli na dzień dzisiejszy stanowiłaby 36,6% pierwotnego zamówienia. Zamawiający w wyniku analizy stanu postępowania stwierdził, że niedopuszczalną jest sytuacja w której podejmowane w postępowaniu czynności dotyczyłyby obecnie mniejszej o 63,4% wielkości zamówienia niż pierwotnie określona była w ogłoszeniu. Powyższe przesądza o tym, że w postępowaniu zaistniała wada postępowania, która uniemożliwia podpisanie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie przewidują w tym zakresie również możliwości konwalidacji takiego postępowania, jak też możliwości zmiany podmiotowej po stronie zamawiającego.

W orzecznictwie KIO wskazano, że w zastosowaniu przesłanki unieważnienia przewidzianej w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp możliwe jest odwołanie się także do naruszenia przepisów Kodeksu cywilnego (zob. wyrok z dnia 19 grudnia 2018 r., KIO 2526/18). Uwzględniając powyższe w tym przypadku mamy do czynienia z sytuacją określoną w art. 387 § 1 KC, tj. ewentualne zawarcie takiej umowy czyniłoby ją z mocy prawa nieważną.

Obecnie w postępowaniu nastąpiła rzeczywista zmiana podmiotowa po stronie Zamawiającego, względem założeń wyjściowych wskazanych w ogłoszeniu.

Zamawiający ma na względzie, że treść ogłoszenia miała kluczowe znaczenie dla decyzji wykonawców w przedmiocie przystąpienia do postępowania. Z tego względu wszelkie zmiany w tym zakresie podlegają szczególnie ostrożnemu podejściu ze strony Zamawiających, jako art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Przechodząc do szczegółowego wskazania okoliczności faktycznych stanowiących podstawę unieważnienia postępowania co do niedopuszczalnej zmiany podmiotowej w trakcie trwania postępowania, należy wskazać, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przez Zamawiającego w drodze ogłoszenia o zamówieniu z dnia 11 lutego 2020 r. (2020/S 029-067714) w trybie przetargu nieograniczonego, z terminem składania ofert 16 marca 2020 r.

Aktualny etap postępowania, tj. ocena podmiotowa wykonawcy, nie pozwala na zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu celem doprowadzenia do zgodności wskazania podmiotu

zamawiającego ze stanem faktycznym postępowania. Modyfikacja treści ogłoszenia o zamówieniu możliwa była bowiem tylko przed upływem terminu składania ofert. Podkreślić również należy, że wskazana wada ma charakter nieusuwalny.

Niniejsze postępowanie o udzielenie Zamówienia zostało obarczone wadą, której nie da się usunąć, ponieważ nie da się usunąć błędów dotyczących zmiany treści ogłoszenia po dokonaniu czynności niepowtarzalnych takich, jak czynność upływu terminu składania ofert, czy otwarcia ofert. Naprawienie błędu zawartego w ogłoszeniu o zamówieniu jest niedopuszczalne po upływie terminu składania i otwarciu ofert, wobec czego stwierdzona wada ma charakter nieusuwalny.

W ocenie Zamawiającego postępowanie obarczone jest nieusuwalną wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu (art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp). Wprawdzie zawarta w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania umowa nie byłaby dotknięta sankcją nieważności na mocy art. 146 ust. 1 Ustawy, gdyż wprost nie zachodzi żadna z przesłanek wymienionych w pkt 1) – 7) przywołanego ustępu, jednakże stanowi poważne naruszenie ustawy w materii fundamentalnych zasad udzielania zamówień publicznych, jak również wyczerpuje znamiona „czynności dokonanej z naruszeniem przepisów Ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania” i jako takie stanowiłoby dla Prezesa UZP podstawę do wystąpienia w trybie art. 146 ust. 6 Ustawy, do sądu o unieważnienie umowy.

Stan faktyczny wyczerpuje przesłanki zawarte w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i Zamawiający jest zobowiązany do unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto Zamawiający informuje, że zaniechał dalszych czynności oceny ofert, gdyż w przedmiotowym postępowaniu nie dochodzi do rozstrzygnięcia postępowania i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, takie wady zostały wymienione w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, jednak nie wyczerpują one wszystkich wadliwości postępowania, jakich może dopuścić się Zamawiający, a które powinny skutkować unieważnieniem postępowania. W orzecznictwie wskazuje się na to, że również okoliczności uprawniające Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu powszechnego o unieważnienie umowy stanowią przesłankę dla samodzielnego dokonania przez Zamawiającego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Oznacza to, że dodatkową przesłanką, jaką należy brać pod uwagę przy dokonywaniu oceny dopuszczalności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest wymóg, aby wada była wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania a Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji niewłaściwych działań Zamawiającego (co wyraźnie podkreśla się w orzecznictwie oraz doktrynie prawa zamówień publicznych).



W wyroku z dnia 30 grudnia 2016 r., KIO 2389/16, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada o istotnym znaczeniu. Nie może to być wada zwykła - jakkolwiek wada postępowania.”

Podsumowując, decyzja Zamawiającego o unieważnieniu niniejszego postępowania została podjęta po szczegółowej analizie wszystkich ww. okoliczności, a wskazane wyżej podstawy faktyczne znajdują uzasadnienie w obowiązujących przepisach ustawy Pzp.

Zamawiający uprzejmie informuje, że Wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przysługują środki ochrony prawnej określone w Dziale VI ustawy PZP dla trybu przetargu nieograniczonego o wartości przekraczającej 144 000 euro. Środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ przysługują również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 ustawy PZP.

**Maciej Grzegorzewski**

**Dyrektor Działu**

**Kontroli Projektów**