



Centralny Ośrodek Sportu - Ośrodek Przygotowań Olimpijskich im. Feliksa Stamma Cetniewo we Władysławowie

ul. Żeromskiego 52, 84-120 Władysławowo

KRS 0000374033, REGON 142733356-00035, NIP 7010273950

Bank Gospodarstwa Krajowego 68 1130 1017 0020 1470 8620 0004

Dyrektor – Michał Kowalski

Zastępca Dyrektora – Adam Budzisz

tel. +48 58 674 63 14, fax: +48 58 674 63 50

tel. +48 58 674 63 14, fax: +48 58 674 63 50

WŁ.ZPZ.271.1.2020.TS

1056, 1057, 1058,
1059

Władysławowo, dn. 24.04.2020 r.

Wykonawcy biorący udział w
postępowaniu oraz
strona internetowa Zamawiającego

Dot. przetargu nieograniczonego na zadanie pn. „Rozbiórka budynków internatów sportowych D i E oraz budowa nowego internatu sportowego w COS-OPO we Władysławowie” – Sprawa 05/2020 – informacja o nieważnieniu postępowania

INFORMACJA O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA

Niniejszym, w oparciu o dyspozycje art. 92 ust. 1 pkt. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych informujemy Państwa o unieważnieniu w/w postępowania.

Podstawa prawna unieważnienia: art. 93 ust. 1 pkt 6, art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2, w zw. z art. 146 ust 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej „ustawa” lub „PZP”.

Uzasadnienie

- w dniu **24.02.2020 r. ogłosił przetarg** nieograniczony o wartości szacunkowej poniżej progów określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa Zamówień Publicznych, dalej: PZP, na zadanie pn. „Rozbiórka budynków internatów sportowych D i E oraz budowa nowego internatu sportowego w COS-OPO we Władysławowie” o nr referencyjnym 05/20;
- w dniu **10.03.2020 r. nastąpiło otwarcie ofert**. Zamawiający poinformował o kwocie przeznaczonej na wykonanie zadania;
- od dnia **14.03.2020 r. na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej** wprowadzony został **stan zagrożenia epidemicznego** w związku z zakażeniami wirusem SARS-CoV-2 (rozporządzenie z dnia 13 marca 2020 r. Ministra Zdrowia w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego, Dz.U. poz. 433). Na podstawie przepisu § 5 ustanowiony został czasowy zakaz prowadzenia działalności m.in. polegającej na prowadzeniu obiektów noclegowych, przygotowywaniu i wydawaniu posiłków oraz działalności związanej ze sportem;
- od dnia **14.03.2020 r. działalność m.in. Centralnego Ośrodka Sportu-Ośrodka Przygotowań Olimpijskich we Władysławowie została zawieszona do odwołania** (zarządzenie nr 7/2020 Dyrektora Centralnego Ośrodka Sportu z dnia 13 marca 2020 r. w sprawie wdrożenia działań związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, zmienione zarządzeniem nr 9/2020).



COS
COS-OPO w Giżycku
COS-OPO w Spałe
COS-OPO w Szczyrku
COS-OPO w Wałczu
COS-OPO w Zakopanem
COS-OPO we Władysławowie

00-449 Warszawa ul. Łazienkowska 6a, tel.: +48 22 529 87 40
11-500 Giżycko ul. Moniuszki 22, tel.: +48 87 428 23 35
97-215 Inowódz, Spółka Al. Prezydenta Ignacego Mościckiego 6, tel.: +48 44 724 23 46
43-370 Szczyrk ul. Płazowa 8, tel.: +48 33 817 84 41
78-600 Wałcz Al. Zdobywców Wału Pomorskiego 99, tel.: +48 67 258 44 61
34-500 Zakopane ul. Bronisława Czecha 1, tel.: +48 18 201 22 74
84-120 Władysławowo ul. Żeromskiego 52, tel.: +48 58 674 63 00

- rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia **31 marca 2020 r.** w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz. U. poz. 566), na mocy którego w § 8. 1. w okresie, o którym mowa w § 2 ust. 1, ustanawia się czasowe ograniczenie: 1) prowadzenia przez przedsiębiorców w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców oraz przez inne podmioty, działalności:

a) polegającej na przygotowywaniu i podawaniu posiłków i napojów gościom siedzącym przy stołach lub gościom dokonującym własnego wyboru potraw z wystawionego menu, spożywanych na miejscu (ujętej w Polskiej Klasyfikacji Działalności w podklasie 56.10.A), z wyłączeniem realizacji usług polegających na przygotowywaniu i podawaniu żywności na wynos lub jej przygotowywaniu i dostarczaniu oraz działalności restauracyjnej lub barowej prowadzonej w środkach transportu, wykonywanej przez oddzielne jednostki,

d) związanej ze sportem, rozrywkowej i rekreacyjnej (ujętej w Polskiej Klasyfikacji Działalności w dziale 93.0), w szczególności polegającej na prowadzeniu miejsc spotkań, klubów, w tym klubów tanecznych i klubów nocnych oraz basenów, siłowni, klubów fitness,

k) związanej z prowadzeniem usług hotelarskich w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach hotelarskich oraz usługach pilotów wycieczek i przewodników turystycznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 238).

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, dalej SIWZ wraz z umową przygotowywana była w warunkach niezagrożonego funkcjonowania kraju i Zamawiającego.

Do standardowych warunków były dostosowane terminy wykonania poszczególnych prac, stanowiących etapy zamówienia. Wykonanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę zostało określone na dzień 31.07.2020 r. a rozpoczęcie robót rozbiórkowych do 1.09.2020 r. Wszystkie roboty budowlane, wraz z wyposażeniem obiektów miały zostać ukończone (wraz z prawomocnym pozwoleniem na użytkowanie) do 30.04.2022r.

Warunki opisane w SIWZ nie były adekwatne do sytuacji społeczno-gospodarczej, jaka nastąpiła po dacie ogłoszenia stanu zagrożenia epidemicznego i stanu epidemii na terenie kraju oraz całkowitego zawieszenia funkcjonowania przedsiębiorstwa Zamawiającego. Obecnie Minister Zdrowia prognozuje, że utrzymywanie stanu epidemicznego może potrwać nawet 2 lata. W tej sytuacji brak w SIWZ oraz umowie odpowiednich zastrzeżeń związanych ze stanem epidemicznym oraz niemożność dokonania zmian w umowie po dacie otwarcia ofert skutkowałaby zawarciem umowy naruszającej przepis art. 29 ust 1 i ust. 2 PZP. Ewentualna zmiana warunków wykonywania zamówienia z wybranym oferentem mogłaby doprowadzić do zarzutów nierównego traktowania pozostałych oferentów. Artykuł 29 ust. 1 PZP nakłada na zamawiającego obowiązek uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający nie był w stanie oszacować i uwzględnić nawet części ryzyk mogących mieć miejsce podczas realizacji zamówienia, bowiem stan epidemiczny i stan epidemii nigdy się nie zdarzył. Jak wynika z wyroku KIO z dnia 27.05.2014 r. sygn. 914/14 *„Niewątpliwie sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepisy art. 29 ustawy, uznać należy za takie naruszenie przepisów ustawy, które co najmniej mogło mieć wpływ na wynik postępowania, a tym samym mogłoby stanowić przyczynę wystąpienia przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, do sądu o unieważnienie umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania obarczonego taką wadą. Okoliczność ta z kolei jest jedną z tych, do których odwołuje się przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.”*

W chwili obecnej należy stwierdzić, iż postanowienia umowy (załącznik nr 6 do SIWZ – strony od nr 35 do 53 SIWZ) stanowiące istotną część niniejszego postępowania nie uwzględniają wystąpienia obecnej sytuacji epidemiologicznej oraz związanych z nią zagrożeń społeczno – gospodarczych, zamknięcia zakładu zamawiającego. Ogromne ryzyko, nie opisane w przepisach umowy występuje zarówno po stronie Zamawiającego, jak i Wykonawcy. Nie ulega zatem wątpliwości, iż wystąpienie w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego takiego ryzyka, nosi zdecydowanie

cechy istotności w kontekście jej wpływu na prowadzenie postępowania i wykonanie zamówienia nim objętego. Poważne też musiałyby być zmiany wprowadzone do zapisów umowy, aby doprowadzić ją do zgodności z obecnymi realiami prawno-gospodarczymi.

Zmiany umowy przewidziane w SIWZ w § 13 wzoru umowy stanowią katalog zamknięty. W szczególności nie przewiduje się zmian terminów wykonania zamówienia w przypadku wystąpienia absencji pracowników zarówno Wykonawcy i zamawiającego spowodowanego zachorowaniami COVID-19. Należy uwzględnić nieobecność w pracy całych zespołów pracowników z powodu choroby i przebywania na kwarantannie po obu stronach umowy a także urzędników zatwierdzających projekt budowlany pracujących zdalnie. Zamawiający nie ma wiedzy, w jaki sposób wykonawcy kalkulowali tego typu ryzyko w swoich ofertach. Świadczy o tym duży przedział kwotowy w zakresie dokumentacji projektowej: od 160.000 zł brutto do 496.452 zł brutto.

Widać z tego, że ryzyko nie wykonania w terminie tego zakresu zostało skalkulowane bardzo nierównomiernie, co świadczy o skali trudności w jego wyszacowaniu (nawet w „zwykłej” sytuacji konieczne jest przyjęcie obowiązujących terminów administracyjnych i ewentualności ich wydłużenia). Kary umowne przewidziane za nie dotrzymanie tego terminu zostały wskazane na 500 zł/za każdy dzień opóźnienia (§ 10 ust. 4 pkt. 1 wzoru umowy) i Zamawiający nie przewiduje ich miarkowania w żadnej sytuacji. To samo dotyczy pozostałych kar umownych. Kara umowna, jako jedna z podstawowych instytucji prawa zobowiązań, została zdefiniowana w art. 483 § 1 k.c. Przepis ten wskazuje, że można zastrzec w umowie, iż naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy pieniężnej. Kara umowna ma akcesoryjny charakter w stosunku do zobowiązania głównego. Jest zastrzeżoną sankcją cywilnoprawną na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Zdecydowana większość doktryny i orzecznictwa opowiada się za stanowiskiem, że kara umowna jest swoistą postacią odszkodowania i ma przede wszystkim charakter kompensacyjny. Kara umowna ma zastąpić odszkodowanie za szkodę powstałą w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania. Mimo iż wprost z przepisów wynika, że kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody (art. 484 § 1 k.c.), Zamawiający winien opisać (z zachowaniem zasady równości) w jakich obiektywnych sytuacjach może odstąpić od naliczania kar umownych.

Jednocześnie Zamawiający, jako podmiot podlegający reżimowi ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1440) nie może miarkować ani odstąpić od, przewidzianych w umowie, kar umownych. W zakresie realizowania przysługujących Zamawiającemu należności (przychodów) zastosowanie znajduje w szczególności zasada wynikająca z art. 42 ust. 5, zgodnie z którym to przepisem - jednostki sektora finansów publicznych są obowiązane do ustalania przypadających im należności pieniężnych, w tym mających charakter cywilnoprawny, oraz terminowego podejmowania w stosunku do zobowiązanych czynności zmierzających do wykonania zobowiązania.

W tej sytuacji zmiana umowy lub odstąpienie od jej istotnych postanowień już w chwili jej zawierania mogłoby prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców opisanego w art. 7 ust. 1 ustawy. Należy podkreślić, że zgodnie z treścią art. 140 ust. 1 PZP zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Zgodnie zaś z art. 140 ust. 3 PZP umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia(...). P. Granecki (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 3, Warszawa 2012) w komentarzu do PZP słusznie zauważył, że: "Zakres świadczenia wykonawcy wyznacza przede wszystkim opis przedmiotu zamówienia oraz warunki przyszłej umowy zawarte w SIWZ."

Ustawa z 31.03.2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz

wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2020 r. poz. 568 z późn. zm.) w art. 15r wprowadziła liczne zmiany w zakresie realizacji umów w sprawie zamówienia publicznego. Przepisy te dotyczą jednak **umów istniejących**, tj. zawartych na dzień wejścia ustawy w życie, czyli w dniu 31 marca 2020 r. i realizowanych, gdzie obecna sytuacja „zaskoczyła” i wykonawców i zamawiających w trakcie prowadzonych inwestycji. Nie ma przepisów regulujących postępowania trwające, w których dokonano otwarcia ofert, lecz nie doszło jeszcze do wyboru wykonawcy, a tym samym umowa nie została jeszcze podpisana. Zachodzi wysoka wątpliwość czy Zamawiający, wobec braku precyzyjnych uregulowań w zakresie opisanym w przepisie art. 15 r mógłby również stosować zapisy ustawy. W prawie polskim w pierwszej kolejności należy stosować literalne rozumienie przepisów a nie *per analogiam*.

Jednakże wskazane w w/w ustawie rozwiązania wskazują pewien kierunek co do opisywania przez Zamawiającego możliwości wprowadzania zmian do umowy w razie wystąpienia przeszkód obiektywnych związanych z istniejącym stanem epidemii. Zamawiający wychodzi z założenia, że obecnie niemożliwe jest wykonanie czynności, które mogłyby doprowadzić do uaktualnienia warunków umowy do istniejącego stanu zagrożenia epidemicznego bez naruszenia obowiązującej zasady równego traktowania wykonawców.

Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje w przepisie art. 144 PZP możliwość istotnych zmian umowy pod pewnymi warunkami. Możliwość zmiany dotyczy również wyłącznie już zawartej umowy i spowodowana winna być zaistnieniem okoliczności, których zamawiający nie mógł przewidzieć.

Wprowadzenie przez ustawodawcę przepisu 15 r w ustawie z 31.03.2020 r. świadczy o tym, że uznał on zapisy przepisu art. 144 PZP zezwalającego na istotne zmiany umowy pod pewnymi warunkami za niewystarczające w obliczu panującej w kraju i na świecie pandemii.

W związku ze sprawą należy też przypomnieć oczywisty fakt, że zamknięcie w połowie marca 2020 r. ośrodka Zamawiającego we Władystawowie skutkuje tym, że ustały jakiegokolwiek bieżące wpływy; na dzień sporządzenia niniejszej informacji generuje on wyłącznie koszty pracownicze i koszty zachowania źródła przychodów.

Opisany powyżej stan faktyczny wskazuje jednoznacznie na obowiązek Zamawiającego, na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP unieważnienia postępowania, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie *zamówienia publicznego*.

Sytuacja taka ma miejsce gdy występuje związek przyczynowy pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia umowy. Zaistniała wada winna uniemożliwiać zawarcie ważnej niepodlegającej unieważnieniu umowy. Wada postępowania, która może być przyczyną jego unieważnienia, musi mieć charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady podlegała unieważnieniu.

Zamawiający, działając zgodnie z prawem nie może samodzielnie konwalidować takiej wady. Takie wady wymienione są w przepisie art. 146 ust. 1 PZP, jednak przepis ten nie zawiera wszystkich wadliwości postępowania jakich może się dopuścić zamawiający.

Zgodnie z ust. 6 powyższego przepisu Prezes Urzędu zawsze może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

„Wszelkie wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o ile nie dadzą się usunąć, będą przesłanką unieważnienia postępowania”. (wyrok KIO 2041/19 z 25.10.2019r.).

*„Zgodnie z przepisem art. 146 ust. 6 PZP Prezes UZP może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Zatem dla powołania się na przesłankę nieważności, o której mowa w tym przepisie, nie jest konieczne stwierdzenie, iż dane działanie lub zaniechanie zamawiającego miało wpływ na wynik postępowania, gdyż wystarczające będzie samo ustalenie, iż działanie to lub zaniechanie **mogło mieć wpływ** na wynik postępowania. Wpływ na wynik postępowania w*

rozumieniu art. 146 ust. 6 PZP mają z pewnością przypadki istotnego naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1 PZP" (wyrok KIO 1209/18 z 9.07.2018 r.).

„Katalog wad postępowania, które mogą skutkować unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP jest zatem katalogiem otwartym. Nie jest również kwestionowane, iż za taką wadę należy uznać opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję”(wyrok KIO 2502/17 z 11.12.2017 r.).

W przedmiotowej sprawie zachodzi przesłanka określona w ust. 6 art. 146 PZP.

Stwierdzona wada jest na obecnym etapie postępowania nie do usunięcia. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia nie została dokonana zgodnie z przepisem art. 7 ust. 1 oraz art. 29 PZP. Zgodnie tymi przepisami postępowanie o udzielenie zamówienia winno zostać przygotowane w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości oraz przedmiot zamówienia winien zostać opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i **okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty**. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W przedmiotowej sytuacji, przez **niezawinione** działanie Zamawiającego, niemożliwe do przewidzenia, doszło do ogłoszenia SIWZ o treści, która z pewnością nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym warunki wykonania zamówienia a także utrudniło uczciwą konkurencję.

W przedmiotowej sprawie zachodzi dodatkowa, podstawa prawna unieważnienia postępowania, o której mowa w przepisie art. 93 ust. 1 pkt. 6 PZP, tj. wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie aktualnego postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. **Prowadzenie postępowania publicznego w warunkach ogłoszonego SIWZ (ogłoszenie przetargu w dniu 24.02.2020 r. przed ogłoszeniem stanu epidemicznego), bez uwzględnienia skutków prawnych i faktycznych działań związanych z ochroną zdrowia i życia obywateli nie leży w interesie publicznym.**

Dla wypełnienia powyższej normy prawnej winna wystąpić istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć.

Zaistnienie stanu zagrożenia zdrowia i życia ludzkiego na masową skalę oraz ogłoszenie po dacie ogłoszenia przetargu stanu epidemii jest zdarzeniem istotnym, okoliczności są obiektywne i nie są związane z interesem zamawiającego. Na dzień dzisiejszy nie można się posłużyć stosownym orzecznictwem adekwatnym do zaistniałej sytuacji. Dlatego też należy posłużyć się obowiązującą linią orzecniczą KIO w odniesieniu do zmiany stanu prawnego.

„Natomiast zmiana prawa jest czynnikiem zewnętrznym, niezależnym od woli zamawiającego, a sam fakt częstych zmian w przepisach nie przesądza zaliczenia ich do kategorii zdarzeń przewidywalnych, podobnie jak fakt występowania jakichkolwiek powiązań pomiędzy zamawiającym a inicjatorem zmian” (wyrok KIO z 9.05.2012 r., KIO 815/12; KIO 826/12; KIO 837/12, LEX nr 1164482).

Ustawodawca nie przesądził charakteru okoliczności uzasadniających czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6. Przyjając zatem należy, że mogą mieć one charakter okoliczności faktycznych lub prawnych.

W przedmiotowej sprawie zmiana okoliczności nastąpiła w obu w/wym. sferach. Okolicznością faktyczną jest nieprzerwane rozprzestrzenianie się choroby wirusowej, która powoduje zmiany w funkcjonowaniu państwa. Zmiany prawa związane z ochroną zdrowia i życia ludzkiego spowodowały zmiany w funkcjonowaniu podmiotów gospodarczych, z ich zawieszeniem działalności lub całkowitym zamknięciem (tak jak w przypadku Zamawiającego), ograniczeniem w przemieszczaniu się, nakazem stosowania rozwiązań chroniących zdrowie i życie ludzkie.

Istotną zmianę okoliczności powiązać można z wystąpieniem siły wyższej.

Biorąc pod uwagę ww. okoliczności, zasadny jest wniosek, że w przypadku pandemii wirusa COVID-19 można mówić o działaniu „siły wyższej”. Występują bowiem wszystkie cechy wymienione w uchwale Sądu Najwyższego z 13.12.2007 r. (III CZP 100/07), tj. mamy do czynienia z ze zdarzeniem nadzwyczajnym (jak również nadzwyczajnymi konsekwencjami tego zdarzenia); zdarzenie to można uznać w danym układzie okoliczności za niemożliwe do przewidzenia (w obiektywny sposób nie można było przewidzieć pojawienia się takiej pandemii oraz jej rozmiarów); ze względu na moc oddziaływania tego zdarzenia nie było przed skutkami tego zdarzenia skutecznej obrony (w chwili jego pojawienia się).

W związku z faktem, że na ten moment nie jesteśmy w stanie określić, jak długo potrwać utrudnienia i ograniczenia w funkcjonowaniu społecznym i gospodarczym, konieczna jest weryfikacja, w jaki sposób wystąpienie zdarzenia niosącego znamiona „siły wyższej” wpływają na realizację umów o udzielenie zamówienia publicznego.

Prowadzenie postępowania w aktualnym SIWZ nie leży w interesie publicznym:

Zgodnie z duchem prawa wynikającym z wyroku trybunału Konstytucyjnego (wyrok TK z 9.11.2010 r., K 13/07) w którym określenie: „interes publiczny” uznane zostało jako pojęcie niedookreślone, którego funkcja w procesie stosowania prawa sprowadza się do wyposażenia decydującego w możliwości reagowania na sytuacje faktycznie doniosłe prawnie, społecznie i gospodarczo, niemieszczące się w ramach oceny typowych jednostkowych stanów faktycznych. Należy kierować się zasadą elastycznego i słusznego rozstrzygania spraw. Interes publiczny winien wykraczać poza wymiar jednostkowy.

W sytuacji aktualnego SIWZ, zaciąganie zobowiązań przez zamawiającego, z których na dzień ich podjęcia nie mógłby się wywodzić w zakresie ochrony zdrowia i życia obywateli przeczy interesowi publicznemu wprost. Interes publiczny winien być oceniany z uwzględnieniem sytuacji w jakiej znalazły się zamawiający i wykonawca i uwarunkowanej nią możliwości realizacji przedsięwzięć. Nie leży w interesie publicznym podjęcie się realizacji przedsięwzięcia inwestycyjnego w warunkach aktualnego SIWZ, gdy w momencie podpisywania umowy nie uwzględnia ona sposobu postępowania mającego na celu ochronę zdrowia i życia ludzkiego. W takich okolicznościach to właśnie unieważnienie postępowania a nie podpisanie umowy na warunkach aktualnego SIWZ leży w interesie publicznym, bo zapobiega licznym negatywnym konsekwencjom zawarcia umowy w obowiązującym kształcie. (patrz: wyrok KIO z 19.10.2011 r., KIO 2163/11).

Art. 144 p.z.p. wprowadza ogólną zasadę zakazującą dokonywania istotnych zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Nie można rekomendować kontynuowania postępowania, jego rozstrzygnięcia, a dopiero potem zmiany umowy z powołaniem się na istniejący stan epidemii jako siły wyższej.

Zaznaczyć należy, że w dacie wszczęcia postępowania nie istniał stan pandemii jako zdarzenie do przewidzenia, lecz już w przypadku zawarcia umowy w czasie trwania stanu epidemii, po jej zawarciu nie będzie możliwe powołanie się na siłę wyższą w postaci stanu epidemii, gdyż ten stan nie wystąpił po dacie zawarcia umowy, stan ten już trwał.

Na zmianę umowy konieczna jest zgoda obu stron umowy. W przypadku braku zgody na zmianę umowy pozostaje skorzystanie przez stronę umowy z prawa wniesienia pozwu do sądu o zmianę umowy z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków (art. 357/1 kc). Przepis ten przewiduje bowiem, że jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażącą stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Rozwiązując umowę, sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniach stron, kierując się zasadami określonymi w zdaniu

poprzednim. Wniesienia takiego pozwu do sądu i oczekiwanie na prawomocne rozstrzygnięcie mogłoby doprowadzić do zatrzymanie i paraliżu realizacji zobowiązania. Zaznaczyć należy, że i to rozwiązanie nie jest adekwatne do sytuacji faktycznej, gdyż nadzwyczajna zmiana stosunków nastąpiła przed zawarciem umowy.

Zatem, zgodnie z przytoczonymi wyżej przepisami, zmiana umowy w obecnym etapie postępowania o zamówienie publiczne nie jest możliwa.

Prowadzenie aktualnego postępowania, według ogłoszonego SIWZ, bez uwzględnienia unormowań mających za cel ochronę życia i zdrowia ludzkiego, tj. unormowań prawnych i faktycznych wprowadzonych w celu zapobieganiu i zwalczaniu COVID-19 a także utrudnień technicznych nie leży w interesie publicznym.

W przedmiotowej sytuacji, unieważnienie postępowania prowadzi do zapobieżenia szkodom, jakie mogą powstać w związku z zawarciem umowy nieuwzględniającej stanu zagrożenia epidemicznego na terenie kraju, zamknięcia zakładu zamawiającego oraz i konsekwencjom przez ten stan spowodowanych.

Wadę taką można usunąć tylko poprzez unieważnienie niniejszego postępowania.

Podpisy komisji:

1.
2.
3.
4.
5.

DYREKTOR

Michał Kowalski

Otrzymują:

- 1059 1. Tomasz Dyczyj prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PHU FRONTEx Tomasz Dyczyj, os. Kaszubskie 19/89, 84-200 Wejherowo, e-mail biuro.frontex@wp.pl, frontex@wp.pl
- 1057 2. BYDGOSTA Sp. z o.o., ul. Fordońska 246, 85-766 Bydgoszcz biuro@bydgosta.com.pl, kontakt@pogotowieinwestycyjne.pl
- 1058 3. Mariusz Gustowski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Woj-Mar Mariusz Gustowski, Sopieszyno, ul. Kwiatowa 8, 84-200 Wejherowo e-mail mariusz.gustowski@wp.pl
- 1056 4. Artur Klejna prowadzący działalność pod nazwą POLSKA INŻYNIERIA ARTUR KLEJNA, Rybki 30, 84-300 Łębork e-mail polskainzynieria@wp.pl
5. Strona internetowa Zamawiającego
6. a/a