



CENTRALNY OŚRODEK SPORTU

00 – 449 Warszawa ul. Łazienkowska 6a

KRS 0000374033, REGON 142733356, NIP 7010273950
Bank Gospodarstwa Krajowego 52 1130 1017 0020 1470 8620 0001

Dyrektor – Mariusz Kałużny
Zastępca Dyrektora ds. inwestycji i infrastruktury – Andrzej Kalinowski

tel. +48 22 529 87 20, fax: +48 22 628 91 79
tel. +48 22 529 87 39, fax: +48 22 529 89 09

ZPZ.381.41.2018- WA/PWZ-...../MO

Warszawa, dnia 19 listopada 2018 r.

Strony zainteresowane przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego wartość przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty wymienionej w art. 11 ust. 8 Ustawy Pzp, na wykonanie przebudowy oświetlenia w hali widowiskowo-sportowej Torwar I w Warszawie przy ul. Łazienkowskiej 6A".

Centralny Ośrodek Sportu, działając jako Zamawiający, unieważnia przedmiotowe postępowanie na mocy art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 (dalej ustawy Pzp), który stanowi, iż Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Uzasadnienie:

Przesłanka unieważnienia postępowania opisana w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp opiera się na trzech okolicznościach, których łączne wystąpienie skutkuje zastosowaniem tego przepisu, tj. musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania), **wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego**, wada musi być niemożliwa do usunięcia. Wada postępowania musi mieć charakter trwały, musi rzeczywiście wystąpić i musi powodować niemożliwość zawarcia ważnej umowy.¹

¹ wyrok KIO z dnia 25-07-2017, sygn. akt 1435/17



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 20
11-500 Giżycko ul. Moniuszki 22. tel.: +48 87 441 71 00
97-215 Inowódź, Spółka Al. Prezydenta Ignacego Mościckiego 6. tel.: +48 44 724 23 46
43-370 Szczyrk ul. Piłzowa 8. tel.: +48 33 817 84 41
78-600 Wałcz Al. Zdobyców Wału Pomorskiego 99. tel.: +48 67 258 44 61
34-500 Zakopane ul. Bronisława Czecha 1. tel.: +48 18 263 26 60
84-120 Władysławowo ul. Żeromskiego 52. tel.: +48 58 674 63 00

Zamawiający unieważnia postępowanie z powodu zajścia okoliczności, o których nie mieli wiedzy uczestnicy na etapie składania ofert, a które są opisane poniżej.

Zamawiający do dnia 19 listopada 2018 r. nie dokonał rozstrzygnięcia postępowania, a wyznaczony w SIWZ termin realizacji zamówienia upływa dnia 28 grudnia 2018 r. Brak rozstrzygnięcia postępowania związany jest ściśle z podejmowanymi działaniami przez COS dotyczącymi oceny ofert.

W postępowaniu wpłynęły następujące oferty:

1. Oferta nr 1 złożona przez innogy Polska S.A., ul. Wybrzeże Kościuszkowskie 41, 00-347 Warszawa, cena brutto: 2 725 901,21 zł, okres rękojmi na prace instalacyjne i budowlane: 60 miesięcy, okres rękojmi na zastosowane oprawy: 108 miesięcy;
2. Oferta nr 2 złożona przez: ELEKTROTIM S.A., ul. Stargardzka 8, 54-156 Wrocław, cena brutto: 3 072 540,00 zł, okres rękojmi na prace instalacyjne i budowlane: 84 miesięcy, okres rękojmi na zastosowane oprawy: 108 miesięcy;
3. Oferta nr 3 złożona przez: NOWAK DOM P. Nowak & A. Popiół-Nowak s.c., ul. Warszawska 22, 08-110 Siedlce, cena brutto: 3 013 500,00 zł, okres rękojmi na prace instalacyjne i budowlane: 60 miesięcy, okres rękojmi na zastosowane oprawy: 60 miesięcy;
4. Oferta nr 4 złożona przez Konsorcjum firm: D-Well Sp. z o.o. – lider konsorcjum, ul. Korsarska 20, 03-687 Warszawa; Efl Polaris Sp. z o.o. – partner konsorcjum, ul. Żeromskiego 12A, 05-250 Słupno, cena brutto: 1 158 660,00 zł, okres rękojmi na prace instalacyjne i budowlane: 108 miesięcy, okres rękojmi na zastosowane oprawy: 108 miesięcy.

Zamawiający po otwarciu ofert na podstawie art. 24 aa ustawy Pzp podejmował niezwłoczne wszelkie czynności związane z oceną oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum firm D-Well Sp. z o.o. i Efl Polaris Sp. z o.o., tj. badał rażąco niską cenę na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Konsorcjum na mocy art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, a następnie zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu JEDZ. Zamawiający powziął wątpliwość co do wyjaśnień uzyskanych od Konsorcjum i wezwał je ponownie zgodnie z art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnień oświadczeń złożonych w JEDZ oraz wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. W dalszej kolejności Zamawiający wezwał do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, a po otrzymaniu powyższych dokumentów na mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia projektu wstępnego natężenia oświetlenia na hali widowiskowo-sportowej Torwar I, który nie spełniał wymogów opisanych w Programie Funkcjonalno - Użytkowym.

Pomimo uzupełnienia i przestania przez Wykonawcę nowego projektu wstępnego, zgodnie z załączoną do niniejszego pisma opinią Stanisława Skrzeczyńskiego prowadzącego działalność pod firmą Inter-S Nadzory Budowlane Instalatorstwo Elektryczne Stanisław Skrzeczyński z dnia 7.11.2018 r., wstępny projekt natężenia oświetlenia złożony przez Konsorcjum firm D-Well Sp. z o.o. i Efl Polaris Sp.

z o.o. wciąż nie spełnia wymagań zapisanych w SIWZ i załącznikach. Zatem oferta konsorcjum podlegałaby odrzuceniu na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodna z SIWZ.

W dniu 5 listopada 2018 r. Zamawiający wezwał do przedłużenia terminu związania ofertą i terminu ważności wadium na przedłużony okres związania ofertą. Innogy Polska S.A. przedłużyła termin związania ofertą, pod warunkiem wydłużenia terminu realizacji zamówienia. W związku z powyższym oferta Innogy Polska S.A. podlegałaby odrzuceniu na mocy art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, z uwagi na fakt, iż przedłużenie terminu związania ofertą nie może być udzielone pod warunkiem czy też z zastrzeżeniem terminu realizacji zamówienia.

Dodać należy, iż Wykonawca NOWAK DOM P. Nowak & A. Popiół-Nowak s.c. przedłużył termin związania ofertą, jednak w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie na złożenie dokumentów, ani też do upływu terminu określonego w gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 998A794730 z dnia 25.08.2018 r., oryginał aneksu nr 1 z dnia 11.07.2018 r. nie wpłynął. Zamawiający dysponuje jedynie kopiami oświadczeń i dokumentów.

Ponadto Wykonawca Elektrotim S.A. nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wskazał w JEDZ, iż będzie polegał na potencjale podmiotu trzeciego bez określenia w jakim zakresie. Podmiot trzeci, ZG Lightning Polska Sp. z o.o., wypełnił JEDZ niezgodnie z instrukcją jak również nie wskazał, w jakim zakresie użycza potencjał Wykonawcy. Ponadto JEDZ ZG Lightning Polska Sp. z o.o. został zapisany w niedozwolonym przez Zamawiającego w SIWZ programie oraz nie dołączono upoważnienia do podpisania ww. dokumentu dla osoby: Agnieszka Joanna Żurowska.

Należy podkreślić, iż na zakres zamówienia składa się wykonanie dokumentacji projektowej, dostawa oświetlenia i wykonanie robót budowlanych. Zamawiający wyznaczając termin realizacji na 28 grudnia 2018 r. miał na uwadze umowę o dofinansowanie zamówienia, która przewiduje termin rozliczenia zamówienia do końca grudnia 2018 r.

W tym miejscu Zamawiający pragnie wskazać, iż hala widowiskowo-sportowa Torwar I, w której miały być realizowane roboty budowlane została wynajęta na organizację imprez masowych w prawie całym okresie licząc od dnia 19 listopada 2018 r. do dnia 30 czerwca 2019 r. COS zatem nie może udostępnić obiektu do realizacji robót budowlanych do 31 grudnia 2018 r. oraz w pierwszej połowie 2019 r.

miesiąc	Terminy, w których hala Torwar I nie została wynajęta, dni miesiąca
Grudzień 2018	Brak
Styczeń 2019	1-3,6-10,14,20-22,24,29-31
Luty 2019	Brak
Marzec 2019	Brak
Kwiecień 2019	20-22
Maj 2019	1,13,15,20-21,27,31

Czerwiec 2019	14
Lipiec –sierpień 2019	Przetwra techniczna, termin wolny

Decyzja dotycząca unieważnienia postępowania związana jest z faktem, iż podany zarówno w ogłoszeniu jaki i w SIWZ termin realizacji mógł wprowadzić wykonawców w błąd i jeśli inni Wykonawcy mieliby wiedzę, iż zamówienie będzie realizowane dopiero w lipcu i sierpniu 2019 r. mogliby złożyć ważne i konkurencyjne oferty.

Zamawiający ponadto wszczął postępowanie określając skrócony termin składania ofert na podstawie art. 43 ust. 2b pkt 2 ustawy Pzp. Możliwość skrócenia terminu dotyczy jedynie **stanu pilnej konieczności**, tj. sytuacji, w której konieczne jest przyspieszenie procedury z uzasadnionych przyczyn. Zgodnie z treścią art. 43 ust. 2b pkt 2 ustawy Pzp zamawiający w postępowaniu o wartości zamówienia powyżej tzw. progów unijnych może wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż 15 dni, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia i skrócenie terminu składania ofert jest uzasadnione. Przepis jest implementacją art. 27 ust. 3 dyrektywy 2014/24/ UE, na mocy którego, jeżeli ze względu na stan pilnej konieczności, należycie uzasadniony przez instytucję zamawiającą, podstawowy termin składania ofert nie może być dotrzymany, instytucja zamawiająca może wyznaczyć termin, który nie może być krótszy niż 15 dni od daty wysłania ogłoszenia o zamówieniu.

Mając na uwadze powyższe oraz przedłużającą się procedurę udzielenia zamówienia publicznego nie jest możliwe wykonanie zamówienia w wyznaczonym w SIWZ terminie. Zatem zastosowanie skróconego terminu składania ofert w tej sytuacji nie miało swojego uzasadnienia.

Dokonując pełnej analizy dyrektyw, którymi może kierować się Zamawiający należy również odnieść się do możliwości ewentualnego wydłużenia terminu realizacji umowy w ramach dopuszczalnych zmian umowy, o których mowa w art. 144 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem, iż każda zmiana umowy zawartej w związku z rozstrzygnięciem postępowania musi spełniać warunek równego traktowania i przejrzystości oferentów. Taki warunek jest spełniony w sytuacji, gdy nie zostanie zmieniony stosunek równowagi rynkowej umowy na korzyść wykonawcy ani nie spowoduje powstania sytuacji, w której ze względu na zmianę można byłoby kwestionować udzielenie zamówienia z tego powodu, **że gdyby zmienione warunki były ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielenia zamówienia, można byłoby dopuścić innych oferentów.**

Niewątpliwie podejmowane działania przez Zamawiającego w przypadku wydłużenia terminu realizacji umowy do końca sierpnia 2019 r. oraz skrócenie terminu składania ofert w postępowaniu, ze względu na pilną konieczność wykonania zamówienia, stałyby w stosunku do siebie w opozycji.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający unieważniając postępowanie na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp uznał, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wady postępowania, z powodu wystąpienia których umowa może podlegać unieważnieniu określone zostały w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, katalog ten nie ma jednak charakteru zamkniętego². Unieważnienie postępowania może nastąpić również z powołaniem się na okoliczności określone w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, które Zamawiający wziął pod uwagę w niniejszym postępowaniu. Przepis art. 146 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Należy podkreślić, iż na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ta dyrektywa zawarta w ustawie Pzp dotyczy sytuacji, która wiąże się również z warunkami i treścią zawieranej umowy, w tym jej wykonaniem w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie.

Co prawda Zamawiający ma prawo zgodnie z art. 144 ustawy Pzp do dokonywania zmian postanowień zawartej umowy, w tym i terminu realizacji zamówienia, ale takie zmiany nie mogą naruszać zasady zawartej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, co wprost wynika z hipotezy normy zawartej w art. 144 ust. 3 ustawy Pzp.

Należy podkreślić, iż umowa w chwili jej zawierania powinna być ważna i powinna umożliwić realizację zamówienia wybranemu Wykonawcy. Pogląd nakazujący zamawiającemu zawieranie nieważnych umów, tylko dlatego że wprost ustawodawca nie wyartykułował uprawnień zamawiających w tym zakresie jest niedopuszczalny i nie może się ostać. Odbywałoby się to ze szkodą dla interesu publicznego, gdyż opóźniałoby inwestycje przez spory cywilne o ważność umów.

Nie ulega także wątpliwości, że do umów w sprawie zamówień publicznych odnoszą się również wszelkie przesłanki nieważności określone w odrębnych przepisach, w tym w szczególności wskazane w Kodeksie cywilnym. Z pewnością okoliczność, o której wykonawcy nie mieli wiedzy, iż zamówienie nie musi być zrealizowane do końca roku 2018 lecz ma być zrealizowane w drugiej połowie 2019 r. i fakt, iż informacje te nie były jawne, potwierdza naruszenie zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców.

Następnie należy wskazać, iż zgodnie z art. 5 Kodeksu cywilnego nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Ponadto zgodnie z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego czynność prawna sprzeczna z ustawą lub mająca na celu obejście ustawy jest nieważna.

Wszelkie działania i czynności zamawiającego oraz ich bezpośrednie skutki, zmierzające do obejścia przepisów ustawy, w szczególności normy art. 144 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez celowe kreowanie sytuacji, w których przepisy szczególne przewidują wyjątki od jej obowiązywania, np. niedozwolone

² wyrok KIO z 06-05-2011, sygn.. akt 849/11

wydłużenie terminu realizacji zamówienia, należy uznać za niedopuszczalne, a korzystanie w takim przypadku z wynikających z przepisów szczególnych uprawnień w tym zakresie nie może być uznane za dozwolone wykonywanie prawa. Działanie to dotyczy również sytuacji dotyczących podejmowania przez podmiot prawa działań wewnętrznie sprzecznych, godzących w zaufanie wywołane u innych uczestników obrotu oraz naruszających zasady uczciwej konkurencji.

KIEROWNIK ZAMAWIAJĄCEGO