



IZ.271.40.2020

OGŁOSZENIE O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA PO DOKONANIU CZYNNOŚCI NOWYCH/POWTÓRZONYCH

Dot. postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę budynku Bursy Miejskiej w pierzei alei T. Kościuszki 8 w Częstochowie wraz z rozbiórką budynku istniejącego oraz zagospodarowaniem terenu na dz. nr 28 obręb 149.

Gmina Miasto Częstochowa, 42-217 Częstochowa, ul. Śląska 11/13, woj. śląskie, tel. 34 37 07 617, faks 34 37 07 170, e-mail: iz@czestochowa.um.gov.pl
strona internetowa: <https://bip.czestochowa.pl> uprzejmie informuje o unieważnieniu ww. postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego **po dokonaniu czynności nowych/powtórzonych** związanych z samodzielnym przedłużeniem terminu składania ofert przez wykonawców, wydaniu wyroku przez Sąd Okręgowy w Częstochowie oraz uwzględnieniu ustaleń Krajowej Izby Odwoławczej, zawartych w wyroku z dnia 3 listopada 2020 r. sygn. akt: KIO 2486/20, które Sąd Okręgowy w Częstochowie przyjął jako własne, **ponownej ocenie ofert i unieważnieniu postępowania.**

1. W ww. postępowaniu jako najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez firmę:

Konsorcjum Firm:

- 1) Przedsiębiorstwo Budowlane
CZĘSTOBUD
Damian Świącik
Al. Bohaterów Monte Cassino 40
42-200 Częstochowa
- 2) Przedsiębiorstwo Budowlane
BUDOPOL Sp. z o.o.
ul. Starowiejska 5
42-244 Jaskrów

Cena ryczałtowa brutto: 10 917 001,96 zł

Długość okresu gwarancji: 60 miesięcy

2. Czynności nowe/powtórzone:

1. Nw. firmy **samodzielnie przedłużyły termin związania ofertą** o kolejne 60 dni, tj. do dnia 10.03.2021 r. licząc od upływu terminu związania ofertą przedłużonego na wezwanie Zamawiającego przez 3 z 6 wykonawców do dnia 09.01.2021 r.:
 - 1) LK INWEST SP. Z O.O. - w formie elektronicznej w dniu 05.01.2021 r., potwierdzonej pismem złożonym w oryginale w dniu 08.01.2021 r.
 - 2) CZ.P.B.P. PRZEMYSŁÓWKA S.A. - w formie elektronicznej w dniu 07.01.2021 r., potwierdzonej pismem złożonym w oryginale w dniu 08.01.2021 r.
 - 3) Konsorcjum Firm: 1. Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD Damian Świącik
2. Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o. - pismem złożonym w oryginale w dniu 08.01.2021 r.



Nw. firmy **samodzielnie przedłużyły ważność wadium:**

- 1) CZ.P.B.P. PRZEMYSŁÓWKA S.A. - w formie elektronicznej, podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym w dniu 07.01.2021 r.
 - 2) Konsorcjum Firm: 1. Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD Damian Świącik
2. Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o. - w formie oryginału złożonego w dniu 08.01.2021 r.
2. Po otrzymaniu wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie wraz z uzasadnieniem Zamawiający przystąpił do realizacji ustaleń Krajowej Izby Odwoławczej, zawartych w wyroku z dnia 3 listopada 2020 r. sygn. akt: KIO 2486/20, które Sąd Okręgowy w Częstochowie utrzymał w mocy, na co wskazuje zapis w wyroku o treści: *"Sąd Okręgowy zważył co następuje: Skarga nie jest zasadna i jako taka podlega oddaleniu. Zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej jest bowiem prawidłowy, zaś podniesione w skardze zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Stan faktyczny w niniejszej sprawie został przez Izbę ustalony właściwie i nie był kwestionowany, zatem jej ustalenia Sąd Okręgowy przyjmuje jako własne. (...)"*

W związku z powyższym Zamawiający:

a) unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 25.09.2020 r., złożonej przez Konsorcjum Firm: 1) Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD Damian Świącik, Al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa 2) Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o., ul. Starowiejska 5, 42-244 Jaskrów z ceną ryczałtową brutto: 10 917 001,96 zł i długością okresu gwarancji: 60 miesięcy;

b) powtórzył czynność badania i oceny ofert, w tym odrzucił ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Damian Świącik prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD Damian Świącik oraz Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Jaskrowie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych o treści: "Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium".

3. **Ponowna ocena ofert** w wyniku uwzględnienia postanowień Krajowej Izby Odwoławczej, zawartych w wyroku z dnia 3 listopada 2020 r. sygn. akt: KIO 2486/20, które Sąd Okręgowy w Częstochowie wyrokiem sygn. akt V Ga 328/20 z dnia 5 lutego 2021 utrzymał w mocy **przedstawia się następująco:**

Lp.	Nr oferty	Nazwa (firma) oraz adres wykonawcy	Cena ryczałtowa brutto 98 % (liczba pkt)	Długość okresu gwarancji 2 % (liczba pkt)	Łączna ocena (liczba pkt)
1.	4/55/2020	"CZ.P.B.P. PRZEMYSŁÓWKA" SA ul. Pułaskiego 25 42-200 Częstochowa	392,00	8,00	400,00
2.	1/55/2020	LK INWEST SP. Z O.O. ul. Wojszycka 46 53-006 Wrocław	360,48	8,00	368,48
3.	5/55/2020	Kromar Import Export Sp. z o.o. ul. Oleska 280 42-161 Starokrzepice	oferta odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a) ustawy Pzp, o czym Zamawiający poinformował wykonawców pismem z dnia 10.12.2020 r., przesłanym		

			w dniu 11.12.2020 r.
4.	6/55/2020	Grupa SZYMBUD Sp. z o.o. Sp. K. ul. Częstochowska 2G 42-270 Kłomnice	oferta odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a) ustawy Pzp, o czym Zamawiający poinformował wykonawców pismem z dnia 10.12.2020 r., przesłanym w dniu 11.12.2020 r.
5.	2/55/2020	KAR-BUD Sp. z o.o. Sp. k. ul. Tęczowa 5 42-221 Częstochowa	oferta odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a) ustawy Pzp, o czym Zamawiający poinformował wykonawców pismem z dnia 10.12.2020 r., przesłanym w dniu 11.12.2020 r.
6.	3/55/2020	Konsorcjum Firm: 1) Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD Damian Świącik Al. Bohaterów Monte Cassino 40 42-200 Częstochowa 2) Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o. ul. Starowiejska 5 42-244 Jaskrów	oferta odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Pzp zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 listopada 2020 r. sygn. akt: KIO 2486/20, utrzymanym w mocy przez Sąd Okręgowy w Częstochowie

Zamawiający unieważnił postępowanie Zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie:

a) art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ cena najkorzystniejszej oferty w wys. 10 922 306,69 zł brutto przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wys. 6 975 191,50 zł brutto

oraz

b) art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 144 ust. 1e pkt. 2 lit „a” oraz art. 144 ust. 2 i art. 144 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na skróceniu o 5 miesięcy terminu wykonania zamówienia określonego w punkcie 4. SIWZ na dzień 24.06.2022 r., spowodowanym procedurą odwoławczą i brakiem możliwości wprowadzenia zmiany postanowień zawartych w umowie w zakresie zmiany terminu realizacji zamówienia, uznanych za istotne.

Zamawiający zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w SIWZ nie przewidział możliwości zmiany umowy w zakresie terminu wykonania zamówienia w okolicznościach, które miały miejsce w niniejszym postępowaniu. W konsekwencji zmiana umowy w tym zakresie jest niedopuszczalna.

Zmiana terminu wykonania zamówienia stawałaby w uprzywilejowanej sytuacji jednego z Wykonawców, z naruszeniem zasad wynikających z ustawy Pzp. Ponadto w sytuacji, gdyby termin wykonania zamówienia był inny, również krąg potencjalnych Wykonawców byłby niewątpliwie inny.

Na etapie przygotowania postępowania Zamawiający ocenił, że czas niezbędny na realizację zamówienia to od 20 do 21 miesięcy. W związku z przedłużeniem niniejszej procedury, z uwagi na postępowanie odwoławcze zakończone orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 listopada 2020 r. sygn. akt: KIO 2486/20, postępowanie sądowe zakończone wyrokiem Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 5 lutego 2021 roku sygn. akt V Ga 328/20

i rozstrzygnięciem postępowania w dniu 04.03.2021 r. termin wykonania zamówienia stał się nierealny, a brak jest podstaw prawnych do zmiany w tym zakresie.

Termin wykonania zamówienia należy uznać za istotny element świadczenia umownego Wykonawcy i jako taki nie może on podlegać zmianom. Zgodnie z poglądem wyrażonym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zawarcie umowy o świadczenie niemożliwe jest niedopuszczalne w świetle przepisów kodeksu cywilnego [dalej k.c.] i prowadzi do konieczności unieważnienia postępowania.

Jak wyżej wykazano termin wykonania zamówienia określony przez Zamawiającego jest niemożliwy do dotrzymania, a co za tym idzie strony (tj. Zamawiający i Wykonawca) zawierając umowę zawarłyby umowę o świadczenie niemożliwe pierwotnie, tj. umowę nieważną od chwili jej podpisania. Również Wykonawcy w swoich ofertach podpisując oświadczenia o zapoznaniu się z SIWZ oraz zaakceptowaniu projektu umowy zawartego w SIWZ i zobowiązaniu się do zawarcia umowy w przypadku wybrania ich oferty także zobowiązali się do wykonania zamówienia w wyznaczonym terminie.

Działanie takie prowadziłyby wprost do zmian w zawartej umowie, które są niedopuszczalne. Zmian umowy w zakresie terminu wykonania zamówienia w okolicznościach, które miały miejsce w niniejszym postępowaniu nie przewidziano w projekcie umowy – który był elementem specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto Zamawiający zastrzegł karę umowną za zwłokę w oddaniu określonego w umowie przedmiotu odbioru. W aspekcie wyżej opisanego skrócenia o 5 miesięcy terminu wykonania zamówienia, problematyczne byłoby również naliczenie przedmiotowej kary umownej i dochodzenie należności z niej wynikających. Wykonawca podpisując umowę z niemożliwym do dotrzymania terminem, a Zamawiający egzekwując literalne zapisy tejże umowy skazaliby się na konflikt, którego rozstrzygnięcie byłoby możliwe jedynie na drodze sądowej.

Zgodnie z art. 387 k.c. umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

Niemożliwość wykonania musi mieć charakter nieprzemijający i obiektywny, tj. dotyczyć wszystkich potencjalnych Wykonawców. Taka sytuacja ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Żaden z Wykonawców nie jest w stanie zrealizować umowy w określonym w SIWZ terminie. Z tego względu zostały spełnione przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp uzasadniające unieważnienie postępowania.

Czynność unieważnienia postępowania podyktowana jest przywołanymi wyżej przepisami, Zamawiający stoi na stanowisku, że wada postępowania, polegająca na wyżej opisanym skróceniu o 5 miesięcy terminu wykonania zamówienia, prowadzi do sytuacji, w której należy ogłosić nowe postępowanie – stosownie do zapisów art. 144 ust. 3 ustawy Pzp.

W przypadku, w którym Zamawiający zdecydowałby się udzielić zamówienia, zmieniając faktycznie termin wykonania zamówienia, doszłoby do sytuacji opisanej w art. 144 ust. 1e pkt 2 lit „a” - „zmiana wprowadza warunki, które gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści”.

Zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie ugruntowany został pogląd, że dla oceny, czy dana zmiana umowy o zamówienie publiczne ma charakter istotny, należy mieć na uwadze wpływ takiej zmiany na warunki konkurencji w danym postępowaniu, a w szczególności na potencjalną zmianę kręgu podmiotów (Wykonawców), którzy gdyby wiedzieli o możliwości takiej zmiany umowy byłiby zdolni bądź zainteresowani ubieganiem się o udzielenie tego zamówienia. W tym przypadku Zamawiający uznał, że inny termin wykonania zamówienia mógł znacząco wpłynąć na krąg potencjalnych Wykonawców.

W związku z powyższym, Zamawiający zobowiązany jest unieważnić postępowanie, ponieważ jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym, wobec wystąpienia przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, postępowanie zostało unieważnione.

W postępowaniu przetargowym złożono: **6 ofert**, z czego odrzucono: **4 oferty, w tym:**

- **3 oferty: za brak zgody wykonawców na przedłużenie terminu związania ofertą**, o czym Zamawiający poinformował wykonawców pismem z dnia 10.12.2020 r., przesłanym w dniu 11.12.2020 r.
- **1 ofertę: za nieprawidłowe wniesienie wadium przez wykonawcę**

i wykluczono: **0 wykonawców**.

(-) *Michał Konieczny*

*Naczelnik Wydziału Inwestycji
i Zamówień Publicznych*