

Kraków, dnia 1 sierpnia 2023r.

Do wszystkich Wykonawców

Dotyczy: postępowania nr NP.26.2.60.23.BM, którego przedmiotem jest wyłonienie Wykonawcy robót budowlanych i nasadzeń zieleni na terenie pomiędzy ul. Kurczaba i ul. Wielicką, w ramach realizacji zadań pn.: „Zróbmy sobie park - etap II budżet obywatelski dzielnic - edycja VIII” i „Park Kurczaba”, dla Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie.

ZAWIADOMIENIE o unieważnieniu postępowania

Szanowni Państwo,

Zamawiający informuje, iż zobowiązany był podjąć decyzję o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 255 pkt 5) ustawy Pzp, gdyż wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania i wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Istotność zmiany okoliczności, która spowodowała aktualnie brak potrzeby wykonania zamówienia i kontynuowania postępowania, uzasadniona jest interesem publicznym, a okoliczności nie były znane wcześniej, tj. przed wszczęciem postępowania. Faktycznie oznacza to, że Zamawiający działając racjonalnie nie był jej w stanie przewidzieć przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia.

Nieprzewidywalność wystąpienia istotnej zmiany okoliczności ma charakter obiektywny, a zaistnienie tych przyczyn nie było możliwe do przewidzenia przez Zamawiającego. Dodać należy, iż przyjmuje się za interes publiczny należy uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury czy porządku publicznego, co ma miejsce w przypadku niniejszego postępowania.

Za unieważnieniem postępowania przemawia pojawienie się nowych okoliczności w postaci konieczności wprowadzenia dodatkowych zmian projektowych w opracowanej dokumentacji projektowo-kosztorysowej, uwzględniających uwagi Zespołu Zadaniowego ds. Niechronionych Uczestników Ruchu powołanego Zarządzeniem nr 1283/2023 Prezydenta Miasta Krakowa, wniesionych pismem z dnia 6 lipca 2023r. (znak: TA.65.1.91.2023).

W związku z przedmiotowym pismem w dniu 27 lipca 2023 roku odbyła się wizja terenowa w miejscu planowanej inwestycji, w której uczestniczyli przedstawiciele Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie, biura projektowego oraz Pełnomocnika Prezydenta Miasta Krakowa ds. Osób z Niepełnosprawnościami - Pana Bogdana Dąsala.

Na podstawie wyżej wspomnianego pisma oraz odbytych oględzin w terenie ustalono, iż zachodzi konieczność wykonania szeregu dodatkowych zmian projektowych, które uwzględnią potrzeby osób poruszających się na wózkach oraz

osób z ograniczoną mobilnością. Zmiany te mają istotny charakter dla inwestycji ponieważ przewidują między innymi zastosowanie nawierzchni i urządzeń zabawowych niewykluczających możliwości korzystania z nich przez osoby z niepełnosprawnościami, czy też zapewniają uzyskanie normatywnych spadków podłużnych na ciągach pieszych, jak również zapewnienie pochylni umożliwiających poruszanie się osób z niepełnosprawnościami w miejscach, gdzie z uwagi na ukształtowanie terenu zaprojektowane zostały schody.

Mając na uwadze specyfikę przedmiotowego terenu (kotlina otoczona ze wszystkich stron skarpami, których minimalne pochylenie wynosi ok. 12%), jak również to, iż na terenie działki znajduje się bardzo duża ilość drzew potencjalnie kolidujących z sugerowanymi zmianami (na przedmiotowy teren zostały wydane decyzje Zespołu Parków Krajobrazowych Województwa Małopolskiego nr 45/K2022 z dnia 31.01.2022 r. i nr 398/K/2023 z dnia 23.06.2023r. dotyczące realizacji wycinek i nasadzeń zastępczych), wymagane jest ponowne przeanalizowanie i wprowadzenie zmian także w tym zakresie, co będzie wiązało się z koniecznością dodatkowych korekt projektowych niemożliwych do wprowadzenia podczas trwającego postępowania.

Należy również podkreślić, iż wprowadzone zmiany mogą zwiększyć koszty realizacji przedmiotowego zadania, w związku z czym zajdzie konieczność ponownej weryfikacji kosztorysu inwestorskiego pod względem dostępnych środków finansowych przewidzianych na realizację inwestycji, pochodzących z zadań budżetowych: ZZM/O1.150/22 „Zróbmy sobie park – etap II budżet obywatelski dzielnic – edycja VIII” oraz zadania ZZM/O1.90/23 „Park Kurczaba”.

Na szczególną uwagę zasługuje także fakt, iż wprowadzenie korekt projektowych, ukierunkowanych na maksymalizację dostępności terenu dla osób z niepełnosprawnościami przy minimalizacji ewentualnych szkód dla środowiska przyrodniczego leży w interesie publicznym, gdyż niewątpliwie realizacja przedmiotowego projektu będącego jednocześnie zadaniem budżetu obywatelskiego Miasta Krakowa ma służyć szerokiemu ogółowi mieszkańców.

Stanowisko Zamawiającego potwierdza orzecznictwo, w tymi między innymi aktualny również w obowiązującym obecnie stanie prawnym wyrok KIO 15 stycznia 2018 r. (KIO 2744/17), w którym wyrażono iż „(...) Szanując uprawnienia wykonawców w procedurach zamówieniowych, w tym przede wszystkim prawo wykonawców do wnoszenia środków ochrony prawnych w celu ochrony swych interesów, należy wskazać, iż prawa i interesy wykonawcy podlegają ochronie o tyle o ile nie godzą znacząco w interes publiczny. Korzystanie przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, które zostały im przyznane w postępowaniach powyżej tzw. progów unijnych w wyniku implementacji tzw. dyrektyw odwoławczych, znacząco przyczynia się do rzetelnego prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiających. Wykonawcy mają prawo żądać przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami ustawy Pzp, w tym zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający nie ma prawa udzielić zamówienia żadnemu wykonawcy z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Należy podkreślić, iż środki ochrony prawnej służą przede wszystkim ochronie interesów ekonomicznych wykonawców. Ustawodawstwo unijne jak i krajowe chroni te interesy, uznając je za filar rozwoju uczciwej konkurencji w gospodarce wolnorynkowej, jednak nie jest to ochrona bezgraniczna. Procedura udzielania zamówień publicznych

służyć ma przede wszystkim realizacji interesów publicznych oraz zaspokajaniu potrzeb publicznych. W przypadku przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, należy zbadać czy udzielenie danego zamówienia w dalszym ciągu leży w interesie publicznym. Przy czym nie chodzi tu o udzielenie zamówienia danemu wykonawcy, ale generalnie o udzielenie tego zamówienia jakimkolwiek wykonawcy. Oczywiście unieważnienie postępowania najbardziej szkodzi interesom ekonomicznym wykonawcy, którego oferta jest najkorzystniejsza w postępowaniu. Izba, ze względów opisanych powyżej, powinna w pełni chronić uzasadnione ekonomiczne interesy wykonawców zgodnie z przepisami ustawy Pzp, jednak nie może zapominać także o interesie publicznym, którego realizacja jest głównym zadaniem ustawy Prawo zamówień publicznych. W sytuacji konfliktu pomiędzy interesem wykonawcy a interesem publicznym, koniecznym jest rozważenie czy interes publiczny dozna na tyle znaczącego uszczerbku, aby uznać jego prymat nad interesem wykonawcy. Zastosowanie przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, nie może podlegać automatycznej weryfikacji, ale każdorazowo wymaga wnikliwej analizy i wyważenia interesów wykonawców i interesu publicznego. Nieuzasadnione korzystanie z ww. przesłanki przez zamawiających, powinno być korygowane przez Izbę w ramach środków ochrony prawnej (...). Na rynku zamówień publicznych, zdarzają się przypadki tzw. zamówień zawieszonych, czyli formalnoprawnie nie zakończonych, ale też bez możliwości zawarcia umowy. Brak możliwości zawarcia umowy wynika z braku środków lub ze zmiany potrzeb, które leżały u podstaw wszczęcia danego postępowania. Oczywistym jest, iż przepisy prawa nie mogą zezwalać zamawiającym na samowolne i dowolne unieważnienia postępowań w sytuacji, gdy z różnych względów dane postępowanie nie leży w interesie zamawiającego. Ale gdy, ten interes zamawiającego jest tożsamy z interesem publicznym, a udzielenie zamówienia godziłoby w ten interes publiczny, należy dane postępowanie unieważnić, temu zadaniu właśnie służy przesłanka unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.(...)”.

Stanowisko Zamawiającego jest uzasadnione również w tezach wyroku Krajowej Izby Odwoławczej dnia 11 kwietnia 2017 r. (KIO 593/17), który nadal należy uznać za aktualny w stanie prawnym wynikającym z nowej ustawy Pzp, gdzie Izba wyraziła pogląd, że: „(...) Istotna zmiana okoliczności w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, powodująca skutek w postaci unieważnienia postępowania, to pewne nadzwyczajne wydarzenia lub okoliczności mające wpływ na prowadzone postępowanie lub przedmiot zamówienia. Zmiana okoliczności, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, musi mieć charakter zewnętrzny wobec zamawiającego w tym znaczeniu, że jej zaistnienie jest niezależne od samego zamawiającego.(...)”.

Kwestię przewidywalności wystąpienia istotnej zmiany okoliczności analizowała także KIO stwierdzając, iż: „Aby zamawiający mógł powołać się na przesłankę unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, iż nastąpi istotna zmiana okoliczności, w wyniku której - kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym.” (wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2018 r. KIO 2526/18), a ponadto: „Sformułowanie z art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, iż wystąpiła istotna zmiana okoliczności (...) czego nie można było wcześniej przewidzieć należy w rozumieć, w ten sposób, iż przyszłe wystąpienie zmiany okoliczności, nie może być pewne lub wielce prawdopodobne w momencie wszczęcia postępowania. A zatem dane zagrożenie może być przewidywane, jednak nie jest wiadome czy wystąpi. Przyjęcie odmiennego poglądu,

doprowadziłoby do braku możliwości zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp gdyż niemalże każde zmiany okoliczności mogą być przy użyciu wyobraźni przewidywane, co jednak nie oznacza, iż rzeczywiście wystąpią.(...)” (wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2018 r. KIO 2744/17).

Podkreślić trzeba, iż przywołane przyczyny unieważnienia są bezsprzeczne i nie ma wątpliwości, że mają charakter rzeczywisty, a przy tym przy dołożeniu należytej staranności Zamawiający nie mógł ich przewidzieć na etapie ogłaszania postępowania.

Dlatego też należy wskazać, iż faktycznie w opisanych okolicznościach spełnione są opisane w ustawie przesłanki unieważnienia przedmiotowego postępowania, gdyż po pierwsze zmiana okoliczności faktycznie wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia, a po drugie jest to faktycznie zmiana istotna, czyli na tyle znacząca, że zarówno prowadzenie postępowania, jak też wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym.

W tym stanie rzeczy kontynuowanie postępowania i ewentualne dokonanie przez Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty łączyłoby się z naruszeniem podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyrażonych w przepisach ustawy Pzp i ustawy o finansach publicznych, jak również doprowadziłoby do naruszenia dyscypliny finansów publicznych, a w szczególności dotyczących gospodarności i celowości wydatkowania środków publicznych oraz norm związanych z możliwością zaciągania zobowiązań finansowych.

Mając na uwadze opisane wyżej okoliczności faktyczne i prawne uznać bezsprzecznie należy, iż unieważnienie postępowania na obecnym etapie jest konieczne i w pełni uzasadnione.

Zgodnie z przepisami ustawy Pzp od powyższej decyzji przysługuje prawo wniesienia pisemnego i umotywowanego odwołania, przy czym z uwagi na fakt, iż wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne, można je wnieść w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, gdyż informacja ta została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Odwołanie przysługuje między innymi na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie czynności w postępowaniu, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy.

Odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, przy ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa. Pisma w postępowaniu odwoławczym wnosi się w formie pisemnej albo w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej, z tym że odwołanie i przystąpienie do postępowania odwoławczego, wniesione w postaci elektronicznej, wymagają opatrzenia podpisem zaufanym. Pisma w formie pisemnej wnosi się za pośrednictwem operatora pocztowego, w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012r. - Prawo pocztowe, osobiście, za pośrednictwem postańca, a pisma w postaci elektronicznej wnosi się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Prosimy o potwierdzenie w dniu dzisiejszym odbioru czytelnego niniejszego

pisma e-mailem na adres: przetargi@zsm.krakow.pl

W razie braku wyraźnego potwierdzenia z Państwa strony w postępowaniu dowodowym Zamawiający przedłoży dowód nadania pisma przesłanego pocztą elektroniczną.

Z poważaniem,

Otrzymują:

1. Adresaci;
2. Strona internetowa i tablica ogłoszeń;
3. a/a.