Nowy Targ, 20 marca 2020 r.

Numer sprawy: PZD-ZP.261.5.2020

ZAWIADOMIENIE O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA

Dot.: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego
Nazwa nadana zamówieniu: Pełnienie funkcji inspektora nadzoru w ramach zadania pn. Rozbudowa drogi powiatowej nr 1668K Rabka – Skawa – Naprawa w miejscowości Skawa – etap II

1. Działając na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2019 r., poz.1843) Zamawiający unieważnienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Pełnienie funkcji inspektora nadzoru w ramach zadania pn. Rozbudowa drogi powiatowej nr 1668K Rabka – Skawa – Naprawa w miejscowości Skawa – etap II

   Uzasadnienie faktyczne:

   W dniu 19 marca 2020 r. o godz. 9:00 upłynął termin składania ofert w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. Pełnienie funkcji inspektora nadzoru w ramach zadania pn. Rozbudowa drogi powiatowej nr 1668K Rabka – Skawa – Naprawa w miejscowości Skawa – etap II. Zamawiający, zgodnie z postanowieniami rozdziału XXI ust.3 pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o godz. 9:15 tego samego dnia dokonał publicznego otwarcia 6 ofert, które wpłynęły w terminie. Po dokonaniu czynności publicznego otwarcia okazało się, że przed upływem terminu składania ofert, do Zamawiającego wpłynęła jeszcze jedna oferta, złożona przez ARKADIS Sp. z o.o. S1 Sp. k., 38-120 Czudec, ul. Jasielska 11 skr. p.2.
   Z uwagi na to, że fakt złożenia oferty ARKADIS Sp. z o.o. S1 Sp. k. został stwierdzony dopiero po dokonaniu czynności otwarcia ofert, nie doszło do jej publicznego otwarcia, czym naruszono postanowienia art.86 ust.2 i 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „ustawą"). Bowiem w trakcie publicznego otwarcia, nie doszło do odczytania nazwy, adresu, informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, zwiększenia minimalnego czasu pobytu inspektora nadzoru inwestorskiego specjalności drogowej- koordynatora na budowie i warunków płatności zawartych w ofercie złożonej przez ARKADIS Sp. z o.o. S1 Sp. k.
   Czynności otwarcia ofert, jako czynności faktycznej, nie można powtórzyć. Zatem niniejsze postępowanie obarczone jest wadą niemożliwą do usunięcia uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.
   W wyroku z dnia 3 kwietnia 2019 r. sygn.. akt: KIO 503/19 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, cyt.: „*Otwarcie ofert w postepowaniu ma charakter publiczny i jawny erga omnes, udział w nim wziąć mogą nie tylko wykonawcy, którzy złożyli oferty, ale wszyscy zainteresowani - dowolne osoby i podmioty. Z tego względu otwarcie ofert ma charakter niepowtarzalny – nie ma możliwości poprawy lub uzupełnienia czynności otwarcia ofert, Pzp nie daje ku temu podstawy prawnej. Zamawiający, zgodnie z art. 86 ust. 4 Pzp, podaje nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu*

wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Czynność ta stanowi swego rodzaju przypisanie ofert do postępowania, w ramach którego zostały otworzone. Zatem z zasady równego traktowania wykonawców można wywieść zakaz uzupełniania, poprawy czy powtórnego dokonania otwarcia ofert."

Ponadto w wyroku z dnia 29 czerwca 2016 r. sygn. akt: KIO 1069/16 Krajowa Izba Odwoławcza orzekła:, cyt.: „*Brak podania do publicznej wiadomości - odczytania nazwy, adresu wykonawcy, informacji dotyczących ceny oferty i innych elementów wymienionych w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp powoduje, że postępowanie obarczone jest wadą niemożliwą do usunięcia, która to wada uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślenia wymaga, że publiczne otwarcie ofert jest czynnością faktyczną, jednokrotną, która nie może zostać powtórzona w danym postępowaniu, co w konsekwencji oznacza, że brak publicznego otwarcia ofert stanowi wadę tego postępowania, które wywiera istotny wpływ na umowę. Tego typu nieusuwalna wada istnieje zawsze, niezależnie od tego czy oferta, która nie została publicznie otwarta jest ofertą najdroższą czy też plasuje się wyżej w rankingu kryteriów oceny ofert. W analizowanej sprawie zastosowanie znajdzie przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp stanowiący przesłankę unieważnienia postępowania. Wada postępowania jest nieusuwalna, oraz wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że powoduje jej bezwzględną nieważność.*"

Natomiast w wyroku z dnia 19 lipca 2019 r. sygn. KIO 1261/19 i KIO 1267/19 Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się następująco, cyt.: „*Z aktualnego brzmienia art.93 ust.1 pkt 7 pzp wynika, że zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli postępowanie obarczone jest wadą, która, po pierwsze jest niemożliwa do usunięcia, po drugie uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. De lege lata dla umów w sprawie zamówień publicznych przyjęto zatem konstrukcję względnej nieważności, której skutki, choć co do zasady sięgają od momentu zawarcia umowy, mogą powstać dopiero z chwilą wydania konstytutywnego orzeczenia przez Izbę lub sąd powszechny. Jednocześnie sytuacje, w których umowa podlega unieważnieniu uregulowano w art.146 pzp. W poprzednim stanie prawnym, przy odmiennej konstrukcji bezwzględnej nieważności, art.146 ust.1 pzp w pkt 5 i 6 określał przesłanki nieważności umowy o charakterze klauzul generalnych: gdy zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy albo w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania. W aktualnie obowiązującym brzmieniu art.146 ust.1 pzp w pkt od 1 do 6 wskazano dla zamawiającego przyczyny ściśle skonkretyzowane {bezpodstawne zastosowanie niektórych trybów, brak zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w odpowiednim publikatorze, zawarcie umowy lub umowy ramowej z naruszeniem terminów standstill, określone nieprawidłowości w dynamicznym systemie zakupów), którymi nie sposób objąć innych czynności lub zaniechań zamawiającego . Z kolei obowiązujący obecnie art.146 pzp zawiera w ust.6 przepis o charakterze klauzuli generalnej w zakresie unieważniania umowy przewidując kompetencję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia 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. Od strony podmiotowej legitymację czynną do żądania unieważnienia umowy na tej podstawie ma zatem wyłącznie Prezes Urzędu. Natomiast od strony przedmiotowej zakres zastosowania tej przesłanki w porównaniu do przesłanek z dawnego art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6*

pzp, nawet łącznie rozważanych jest szerszy, gdyż aktualnie wystarczające jest, aby wada postępowania mogła mieć, a nie tylko miała, wpływ na jego wynik. Trudno jednak zaakceptować stanowisko, że zamawiający mają obowiązek zawierać umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo świadomości przeprowadzenia postępowania obarczonego tego typu poważnymi wadami, a następnie oczekiwać na wystąpienie przez Prezesa Urzędu do sądu o stwierdzenie nieważności tych umów. Prowadziłoby do konieczności zawierania umów podlegających późniejszej eliminacji z obrotu prawnego, niezależnie od tego, czy stwierdzenie okoliczności skutkujących nieważnością było możliwe, a nawet de facto nastąpiło jeszcze przed podpisaniem umowy. Stąd orzecznictwo i doktryna w znakomitej większości przyjmuje wykładnię celowościową art.93 ust.1 pkt 7 pzp, zgodnie z którą zamawiający przy unieważnianiu postępowania na podstawie tego przepisu uprawnieni są do wzięcia pod uwagę nie tylko wąsko opisanych w art. 146 ust. 1 pzp okoliczności, ale mogą i powinni również uwzględniać okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy mieszczące się w klauzuli generalnej art. 146 ust. 6 pzp. Reasumując, art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp nie stanowi samoistnej podstawy unieważnienia postępowania, gdyż wprost odsyła przede wszystkim do przyczyn unieważnienia umowy opisanych w art. 146 ust. 1 pzp, ale także do klauzuli generalnej z art.146 ust.6 pzp. W razie powoływania się na art.146 ust.6 pzp należy mieć na uwadze, że zakres zastosowania tego przepisu nie można rozciągać na wszystkie stany faktyczne obejmujące wszelkie nieprawidłowości stwierdzone przez zamawiających w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Zasadą jest bowiem, że wszczęte postępowanie ma się zakończyć wyłonieniem najkorzystniejszej oferty (a w konsekwencji doprowadzić do zawarcia umowy, czyli udzielenia zamówienia), a nie jego unieważnieniem. W konsekwencji jeżeli przyczyna unieważnienia wykracza poza katalog oczywistych sytuacji opisanych w pkt od 1 do 6 art. 146 ust. 1 pzp, tym bardziej musi zostać sprecyzowana na tyle dokładnie, aby nie było wątpliwości, że ma charakter rzeczywisty i jest na tyle poważna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oznacza to w szczególności, że nie jest wystarczające powołanie się jedynie na generalną zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 7 ust. 1 pzp. Konieczne jest wykazanie naruszenia przepisu ustawy pzp, które miało lub co najmniej mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji w taki ej sytuacji konieczne jest wykazanie: po pierwsze wystąpienia naruszenia konkretnego przepisu ustawy pzp regulującego udzielanie zamówień (wady postępowania) postępowania), po drugie istotnego charakteru tej wady jako wpływającej na ważność umowy, co implikuje, potrzecie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy, po czwarte nieusuwalności wady przez zastosowanie instytucji dostępnych podmiotowi prowadzącemu postępowanie. (...) Jednocześnie, jak już powyżej to wywiedziono przez przywołanie dotychczasowych wypowiedzi orzecznictwa, nie ma możliwości konwalidowania tej wady postępowania, gdyż czynność otwarcia ofert ma charakter jednokrotny i nie podlega powtórzeniu."

Wobec powyższego niniejsze postępowanie należało unieważnić.

Uzasadnienie prawne:

Art. 93 ust.1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych cyt.: „*Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: (...) postępowanie obarczone jest*

niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego."

2. Działając na podstawie art.93 ust.3 pkt 2 Prawa zamówień publicznych niniejsze zawiadomienie przekazuje się Wykonawcom, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu.

3. Działając na podstawie art.92 ust.2 Prawa zamówień publicznych niniejsze zawiadomienie zamieszcza się na stronie internetowej pod adresem: https://www.nowotarski.pl/bip/przetargi

4. „*W przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający na wniosek wykonawcy, który ubiegał się o udzielenie zamówienia, zawiadamia o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia*." – art.93 ust.5 Prawa zamówień publicznych.

5. Środki ochrony prawnej
   1) Niniejsze postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art.10 ust.1 oraz art.39 – 46 Prawa zamówień publicznych o wartości szacunkowej mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust.8 pkt.3 i 4 ustawy. Zatem w związku z art.180 ust.2 tejże ustawy cyt.: „*Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust.8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) określenia warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego; 5) opisu przedmiotu zamówienia; 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.*" od niniejszej czynności nie przysługuje odwołanie.
   2) *Wykonawca lub uczestnik konkursu może w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2.*" – art.181 ust.1 Prawa zamówień publicznych.
   3) Szczegółowe postanowienia dotyczące środków ochrony prawnej znajdują się w dziale VI ustawy – Prawo zamówień publicznych

Dyrektor
Powiatowego Zarządu Dróg w Nowym Targu
mgr inż. Tomasz Moskalik