



RG.271.3.2020.GL.7

Lipusz, dnia 20.05.2020 r.

## Wykonawcy

*Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn. Przebudowa i odbudowa dróg gminnych w ramach Funduszu Dróg Samorządowych 2020 na terenie Gminy Lipusz. Numer ogłoszenia 533032-N-2020 data zamieszczenia: 21.04.2020 r. zmienione ogłoszeniem o zmianie ogłoszenia 540075053-N-2020 z dnia 30-04-2020 r. oraz zmienione ogłoszeniem o zmianie ogłoszenia 540075010-N-2020 z dnia 30-04-2020 r. umieszczone na portalu UZP.*

### **ZAWIADOMIENIE** **o unieważnieniu postępowania**

Działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 oraz w związku z art. 93 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2019 r., poz.18432164 ze zm. ) – dalej ustawa Pzp lub Pzp – unieważniam postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp na na zadanie pn. **Przebudowa i odbudowa dróg gminnych w ramach Funduszu Dróg Samorządowych 2020 na terenie Gminy Lipusz.**

Komisja przetargowa dokonała w określonym w SIWZ terminie tj. 12.05.2020 r. otwarcia 22 złożonych ofert. W przedmiotowym postępowaniu otwarcie ofert na zadanie pn. „Przebudowa i odbudowa dróg gminnych w ramach Funduszu Dróg Samorządowych 2020 na terenie Gminy Lipusz”, w związku z pandemią COVID-19, dokonywane było on-line, link: <https://www.youtube.com/watch?v=fhvqSiA7BiE>.

Po zakończeniu publicznego otwarcia ofert Zamawiający został poinformowany, iż w trakcie transmisji on-line z otwarcia ofert nastąpiło wielokrotnie przerwane połączenie i tym samym brak transmisji z odczytania kilku ofert.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dla przedmiotowego postępowania wskazano, że **„w związku z zagrożeniem epidemicznym zapewnia transmisję on-line z przeprowadzenia otwarcia ofert. Nie będzie możliwości fizycznej obecności osób zainteresowanych do odwołania”**.

Czynność otwarcia ofert nie była nagrywana także innym niezależnym sprzętem technicznym.

W art. 86 ust. 2 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, został wyrażony jeden z istotnych elementów zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. jawność otwarcia złożonych ofert, które musi nastąpić bezpośrednio po upływie terminu składania ofert w dacie i miejscu określonym przez zamawiającego postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wynikająca z art. 86 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych zasada jawności stanowi jedną z fundamentalnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która może być ograniczona wyłącznie w przypadkach wskazanych w ustawie. Ustawa –

Prawo zamówień publicznych wskazuje jeden wyjątek od zasady jawności zawarty w art. 8 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeśli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Zachowanie zasady jawności pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Otwarcie ofert ma charakter jawny nie tylko w stosunku do wykonawców, ale erga omnes. W otwarciu ofert uczestniczyć mogą dowolne osoby i podmioty (przedstawiciele mediów, konkurujących wykonawców niebędących uczestnikami danego postępowania, wszystkie osoby zainteresowane). Czynność otwarcia ofert ma doniosłe znaczenie dla uczestników postępowania – pozwala wykonawcom na ustalenie: kręgu podmiotów, z którymi konkurować będą o udzielenie zamówienia, oraz o potencjalnych szansach na uzyskanie zamówienia.

Z prawidłowym dokonaniem czynności otwarcia ofert ustawodawca wiąże dwa domniemania. Po pierwsze: wynikające z art. 86 ust. 1 Pzp, iż nie nastąpiło zapoznanie się z zawartością ofert przed terminem ich składania. Po drugie: wynikające z art. 84 ust. 2 Pzp, że wszystkie oferty, których ceny zostały odczytane, złożone zostały w terminie wyznaczonym przez zamawiającego i nie zachodzi konieczność ich zwrotu, skutkująca pominięciem przy dalszych czynnościach w postępowaniu.

Ponieważ czynności publicznego otwarcia ofert nie można de facto powtórzyć, stwierdzić należy, że brak publicznego otwarcia złożonej prawidłowo oferty stanowi istotne naruszenie procedury udzielenia zamówienia publicznego, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Za niewłaściwe działanie zamawiającego należy uznać brak możliwości uczestniczenia wykonawców – on-line i inne podmioty zainteresowane w transmisji z otwarcia ofert. Nie sposób zapewnić jawności otwarcia ofert w sytuacji, gdy ich twarcie następuje bez możliwości wysłuchania informacji, o których mowa w art. 86 ust. 3 i 4 Pzp przez zainteresowane podmioty, w tym wykonawców. Brak dokonania publicznego otwarcia prawidłowo złożonej oferty rodzi skutek w postaci braku możliwości udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, tj. dokonania wyboru oferty wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą (art. 91 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych), dlatego też przedmiotowe postępowanie winno zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

W związku z powyższym na podstawie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Katalog okoliczności powodujących, że umowa podlega unieważnieniu, co do zasady został wymieniony w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie wskazano wyłącznie przyczyny sprecyzowane wąsko i konkretnie, którymi nawet w drodze wykładni rozszerzającej nie sposób objąć wadliwości innych czynności lub zaniechań zamawiających. Z kolei w świetle art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik. Jak czytamy w komentarzu praktycznym autorstwa Łukasza Laszczyńskiego, niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego jako przesłanka unieważnienia postępowania, ABC nr 138188: „(...) Jednak, co konsekwentnie podkreślają komentatorzy i literatura przedmiotu, odesłanie do wskazywanego wyżej przepisu art. 146 ust. 1 ustawy Pzp nie może być rozumiane jako wskazanie na jedyne przesłanki powodujące, iż umowa o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu. W tym kontekście „niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca

zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy" ma znaczenie znacznie szersze niż sześć okoliczności wymienionych w przepisie art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Przyjęcie założenia, iż jedynie te okoliczności powodują, że umowa o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu, a inna ważna przyczyna będąca niemożliwą do usunięcia wadą nie rodzi takiej konsekwencji, prowadziłoby do fałszywego wniosku, iż nawet wystąpienie wady w sposób oczywisty wypaczający sens postępowania nie dawałoby zamawiającemu prawa unieważnienia postępowania." Orzecznictwo i doktryna przyjmuje zatem, że zamawiający unieważniając postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp może wziąć pod uwagę nie tylko okoliczności opisane w art. 146 ust. 1 Pzp, ale musi uwzględniać okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy mieszczące się w ogólnej regule wynikającej z art. 146 ust. 6 Pzp. Przyznanie wyłącznej kompetencji Prezesowi UZP do wzruszania na drodze sądowej zawartych już umów nie powinno skutkować dla zamawiającego brakiem możliwości zapobieżenia ich zawarciu przez unieważnienie prowadzonego postępowania, w razie stwierdzenia, że jest ono obciążone takimi poważnymi i nieusuwalnymi wadami, które negatywnie rzutują na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, to każda niedająca się usunąć wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy

Wobec faktu, iż czynność otwarcia ofert jest czynnością jednorazową i niepowtarzalną, a brak podania do publicznej wiadomości nazwy, adresu wykonawcy, informacji dotyczących ceny oferty i innych elementów wymienionych w art. 86 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych powoduje, że postępowanie obciążone jest wadą, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Brak publicznego otwarcia oferty stanowi nieusuwalną wadę postępowania i powoduje niemożność wyboru oferty najkorzystniejszej.

Taki też pogląd został zaprezentowany w orzecznictwie KIO np. Wyrok z dnia 19 lipca 2019 r. KIO 1261/19 (publik. LEX nr 2734028), wyrok z dnia 29 czerwca 2016 r., sygn. akt: KIO 1069/16, wyrok z dnia 4 lipca 2016 r., sygn. akt: KIO 1096/16, Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 2 lutego 2010 r., sygn. akt V Ca 2601/09).

W przekonaniu Zamawiającego, po zapoznaniu się z całokształtem zagadnień faktycznych i prawnych, naruszenie zasady jawności oraz naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegające na przerwach w transmisji-online z otwarcia ofert, jest wystarczające dla stwierdzenia, że doszło do naruszenia art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 pzp oraz art. 86 ust. 1 i 2 Pzp, które co najmniej mogło mieć wpływ na wynik postępowania prowadzonego przez Zamawiającego w każdej części zamówienia.

Wobec powyższego Zamawiający postanowił jak na wstępie.

**WÓJT**  
  
mgr Mirosław Ebertowski

Otrzymują:

- 1) wykonawcy wg rozdzielnika – e-mailem,
- 2) aa.

Miejsce udostępnienia:

- 1) <http://www.lipusz.biuletyn.net/>

