

2/RB/2019

**Do wszystkich Wykonawców
uczestniczących w postępowaniu**

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. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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:

„Rozbiórka budynku administracyjnego wraz z utylizacją materiałów z rozbiórki i uprzątnięciem terenu, znajdującego się w Bolesławcu przy ulicy Zwycięstwa 9”

ponieważ postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

UZASADNIENIE

Komisja przetargowa dokonała w określonym w SIWZ terminie tj. 14.05.2019 r. otwarcia 6 złożonych ofert. Po zakończeniu publicznego otwarcia ofert i wyjściu przedstawicieli wykonawców okazało się, że w posiadaniu zamawiającego jest jeszcze 16 kopert z ofertami, które zostały złożone do dnia 30.04.2019 r. to jest w terminie i miejscu określonym postanowieniami SIWZ, które zostały zmienione w dniu 29.04.2019 r.

Koperty te nie zostały otwarte wskutek błędu pracownika zamawiającego przyjmującego oferty, który to nie przekazał ich do przewodniczącego komisji przetargowej.

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.

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 kontynuowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jedynie z udziałem ofert otwartych podczas posiedzenia komisji przetargowej z udziałem wykonawców, a z pominięciem oferty złożonej w wyznaczonym terminie, ale nie otwartej ze względu na błąd organizacyjny po stronie zamawiającego.

W takiej sytuacji kontynuowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego można byłoby uznać jako dopuszczenie się przez zamawiającego możliwości pomijania faktu złożenia oferty i tym samym wpływanie na wynik postępowania z przyczyn innych, niż dotyczące wykonawcy i złożonej przez niego oferty.

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 obarczone 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.

W związku z tym postanowiłem, jak w sentencji.

Zamawiający

Prezes Zarządu
/-/ Emil Zajac