

## INFORMACJA O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA

**Dotyczy:** *postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn. „Opracowanie dokumentacji projektowo – kosztorysowej w ramach zadania „Przebudowa drogi gminnej nr 120640C ul. Brzozowej (dokumentacja)”*  
*Numer postępowania ZP.271.5.2020*

Na podstawie art. 92 ust. 2 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843), informuję o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „**Opracowanie dokumentacji projektowo – kosztorysowej w ramach zadania „Przebudowa drogi gminnej nr 120640C ul. Brzozowej (dokumentacja)”**”. Zgodnie z dyspozycją art. 93 ust 1 pkt 7 ww. Ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego unieważnia się jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 ww. Ustawy unieważnia przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przed upływem terminu składania ofert.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyznaczył termin składania ofert na dzień 3 marca 2020 roku do godziny 11<sup>00</sup>. Otwarcie ofert Zamawiający wyznaczył na 3 marca 2020 roku na godzinę 11<sup>15</sup>.

W dniu 25 lutego 2020 roku do sekretariatu Zamawiającego wpłynęła koperta, która została w nieprawidłowy sposób oznaczona przez Wykonawcę. Informacja dotycząca prawidłowego opisu koperty została wskazana przez Zamawiającego w części X ust. 9 SIWZ Opis sposobu przygotowania ofert. W złożonej kopercie na przedniej stronie widniał tylko i wyłącznie adres Zamawiającego bez wskazania informacji, że koperta zawiera ofertę. Na tylnej stronie został umieszczony zapis „Opracowanie dokumentacji projektowo – kosztorysowej w ramach zadania pn. Przebudowa drogi gminnej nr 120640C ul. Brzozowej (dokumentacja)” Nie otwierać przed 3 marca 2020 roku godz. 11<sup>15</sup>.

W dniu 25 lutego 2020 roku pracownik Zamawiającego, który odpowiedzialny jest za otwarcie korespondencji przychodzącej nieopatrznie dokonał otwarcia korespondencji i rejestracji oferty w systemie poczty przychodzącej.

Spowodowane to było w głównej mierze nieprawidłowym opisaniem oferty przez Wykonawcę.

Wobec powyższego ustalono, że przedmiotowa koperta/oferta od dnia 25 lutego 2020 roku znajdowała się otwarta w sekretariacie Zamawiającego i doszło do zapoznania się z zawartością oferty przed terminem jej otwarcia.

Zgodnie z art. 86 ust. 1 ustawy z zawartością ofert nie można zapoznać się przed upływem terminu, odpowiednio do ich złożenia lub otwarcia (wyroki z dnia 6 października 2011 roku KIO

sygn. akt 2050/11 i sygn. akt 2066/11). Niemożność zapoznania się z treścią złożonej oferty ma charakter bezwzględny i dotyczy wszystkich osób po stronie Zamawiającego. Oznacza to, że od momentu złożenia oferty przez Wykonawcę Zamawiającemu, obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie wszystkich niezbędnych działań, aby zapoznanie się z treścią złożonej oferty przed terminem wskazanym w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ było niemożliwe.

Otwarcie ofert przed wyznaczonym terminem lub wcześniejsze ujawnienie jej treści stanowi naruszenie ustawowych zasad postępowania, w szczególności zasady równego traktowania Wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Zgodnie z orzecznictwem „Jeżeli ktokolwiek mógł się zapoznać z treścią oferty przed momentem wskazanym w SIWZ jako chwilą otwarcia ofert, to mamy do czynienia z czynem przez prawo zabronionym. W niniejszej sprawie tak właśnie było. Tego typu stwierdzenie musi prowadzić do wniosku, że w takiej sytuacji nie ma możliwości zawarcia z danym wykonawcą prawnie wiążącej umowy” (wyrok z dnia 29 marca 2005 roku, sygn. akt UZP/ZO/0-524/05).

Ponadto „norma zawarta w przepisie art. 86 ust. 1 ustawy jest skierowana do Zamawiającego, który obowiązany jest do nieujawniania ofert do chwili ich otwarcia Wykonawcom, sam również nie może się z nimi zapoznać” (wyrok z dnia 19 lutego 2010 roku, sygn. akt KIO 1924/09).

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 stycznia 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 112/07 stwierdziła również, że nie musi dojść do faktycznego zapoznania się z treścią oferty Wykonawcy wystarczy, iż istniało takie zagrożenie, Zamawiający zobowiązany jest unieważnić postępowanie. Naruszenie koperty, które sugeruje, iż z ofertą ktoś mógł się przedwcześnie zapoznać powoduje niezachowanie poufności ofert przed ich oficjalnym otwarciem i może mieć wpływ na wynik postępowania. Przedwczesne otwarcie ofert jest naruszeniem przepisów ustawy, w szczególności art. 7 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie Wykonawców.

Mając na uwadze zakaz zapoznania się z zawartością ofert przed terminem ich otwarcia wyrażony w art. 86 ust. 1 ustawy, nie ulega wątpliwości, że czynność otwarcia ofert dokonana wbrew temu zakazowi jest sprzeczna z prawem.

Ponadto, zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwa do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z powyższego przepisu wynika po pierwsze, że zaistniała w postępowaniu wada musi mieć charakter nieusuwalny, co oznacza, że nie może istnieć możliwość jej sanowania przez Zamawiającego. Po drugie, konieczne jest stwierdzenie, że zaistniała wada wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że będzie rzutować na ważność umowy, a tym samym jej prawną bezskuteczność. Konieczne jest zatem wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powyższe stanowisko jest zgodne z orzecznictwem KIO, wyrażonym m.in. w wyrokach z dnia 4 stycznia 2018 roku, sygn. akt KIO 2700/17 i z dnia 24 listopada 2017 roku, sygn. akt 2375/17.

Należy pamiętać, że art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy odnosi się do wady postępowania, która musi mieć charakter istotny oraz musi być wadą nieusuwalną (wyrok z dnia 1 lutego 2018 roku, sygn. akt KIO 108/18).

Jednocześnie, należy podkreślić, że na gruncie ustawy katalog przesłanek skutkujących nieważnością umowy wyszczególniony został w art. 146 ust. 1 ustawy. Za dodatkową przesłankę nieważności umowy, na którą Zamawiający ma prawo powołać się przy unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, zgodnie z doktryną uznaje się również art. 146 ust. 6 ustawy, który łączy możliwość unieważnienia umowy z sytuacją dokonania przez Zamawiającego czynności

lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miło lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby odwoławczej z dnia 22 marca 2013 roku, sygn. akt KIO 532/13 „Zamawiający unieważniając postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. uprawnieni są do wzięcia pod uwagę nie tylko okoliczności opisanych w art. 146 ust. 1 p.z.p., ale mogą i powinni uwzględniać okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy mieszczące się w klauzuli generalnej art. 146 ust.6 p.z.p. Przyznanie wyłącznej kompetencji Prezesowi UZP do wzruszania na drodze sądowej zawartych już umów nie powinno powodować, że zamawiający nie mogą zapobiec 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”.

Podobne stanowisko KIO zaprezentowała w wyroku z dnia 19 września 2012 roku sygn. akt KIO 1900/12 „W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ukształtował się pogląd, (...), iż podstawę do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy p.z.p. stanowi nie tylko art. 146 ust. 1 (kwalifikowane wady postępowania), ale przy ocenie podstaw do unieważnienia postępowania należy mieć również na uwadze treść art. 146 ust. 6 ustawy p.z.p. W myśl tego przepisu Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić 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 A zatem należy przyjąć, iż zamawiający są uprawnieni do badania okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania, które mieszczą się w dyspozycji art. 146 ust. 6 ustawy p.z.p. Przeciwny pogląd prowadziłby do wniosku, że zamawiający nie może unieważnić postępowania, w którym doszło do naruszenia przepisów ustawy p.z.p. (którego nie można usunąć) mającego wpływ na wynik postępowania jeśli nie jest to wada wymieniona w art. 146 ust. 1 ustawy p.z.p.”.

W związku z powyższym, **na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 ustawy, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego - postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego.**

BURMISTRZ MIASTA RYPIN

mgr Paweł Grzybowski