

Nisko, dnia 04.05.2018 r.

ZAMAWIAJĄCY

Gmina i Miasto Nisko

Burmistrz Gminy i Miasta Nisko

Plac Wolności 14

37 – 400 Nisko

ZP.271.16.2018

ZAWIADOMIENIE O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA

na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 7 i art. 93 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.), zwanej dalej Pzp.

Dotyczy postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pod nazwą **„Udzielenie kredytu długoterminowego w wysokości 5 969 185 zł z przeznaczeniem na spłatę wcześniej zaciągniętych kredytów oraz na sfinansowanie deficytu budżetu Gminy i Miasta Nisko.”**

Zamawiający zawiadamia o unieważnieniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed upływem terminu składania ofert na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 86 ust. 1 Pzp. oraz w związku z art. 146 ust.6 Pzp.

Uzasadnienie

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyznaczył termin składania ofert do dnia 25.04.2018 r. do godz. 11:30, następnie kilkakrotnie dokonał zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) poprzez zmianę terminu składania ofert i tak:

w dniu 17.04.2018 r. - zmiana terminu składania ofert do dnia 26.04.2018 r. do godz. 11:30.

w dniu 23.04.2018 r. - zmiana terminu składania ofert do dnia 30.04.2018 r. do godz. 11:30.

w dniu 25.04.2018 r. - zmiana terminu składania ofert do dnia 07.05.2018 r. do godz. 11:30.

w dniu 30.04.2018 r. - zmiana terminu składania ofert do dnia 09.05.2018 r. do godz. 11:30.

W dniu 25 kwietnia 2018 r., tj. przed upływem terminu otwarcia ofert, doszło do przypadkowego otwarcia koperty, w której złożono ofertę do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Koperta z ofertą, wbrew instrukcji zawartej w pkt 11.7 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, nie posiadała jakichkolwiek oznaczeń, iż zawiera ofertę przetargową do przedmiotowego postępowania.

Pracownik kancelarii Biura Obsługi Interesanta w siedzibie Zamawiającego otworzył kopertę zawierającą ofertę, w dniu wpływu tej koperty, tak jak to czyni z innymi wpływającymi do tego Biura pismami, bowiem żaden zapis na kopercie nie wskazywał, iż jest to oferta do przedmiotowego postępowania przetargowego.

Gdy okazało się, że koperta zawiera ofertę, koperta ta została niezwłocznie zabezpieczona poprzez zaklejenie taśmą bezbarwną, którą następnie oznaczono datą wpływu i paraflowano.

Podkreślić należy że do przypadkowego otwarcia oferty przyczynił się sam Wykonawca, który nie zachował należytej staranności i nie opisał koperty zgodnie z wymaganiami zawartymi w pkt 11.7 SIWZ, zgodnie z którym: „Wykonawca zamieszcza ofertę w trwale zamkniętym, nienaruszonym opakowaniu opisanym w następujący sposób: **Oferta na: „Udzielenie kredytu długoterminowego w wysokości 5 969 185,00 zł. NIE OTWIERAĆ przed: 09.05.2018 godz. 12:00”** oraz z nazwą i dokładnym adresem wraz z numerami telefonów Wykonawcy (dopuszcza się złożenie pieczęci).

Zgodnie z art. 86 ust. 1 Pzp z zawartością ofert nie można zapoznać się przed upływem terminu otwarcia ofert. Niemożność zapoznania się z treścią złożonej oferty ma charakter bezwzględny i dotyczy wszystkich osób po stronie Zamawiającego. Każde otwarcie oferty sugeruje, iż z ofertą mógł się ktoś zapoznać przed terminem wyznaczonym przez Zamawiającego, a to powoduje niezachowanie poufności ofert przed ich oficjalnym otwarciem i może mieć wpływ na wynik postępowania.

Otwarcie oferty przed wyznaczonym terminem lub wcześniejsze ujawnienie jej treści stanowi naruszenie ustawowych zasad postępowania, w szczególności zasady równego traktowania Wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji - art. 7 ust. 1 ustawy.

Przypadkowe otwarcie oferty spowodowało, iż zaistniała obiektywna możliwość wyboru najkorzystniejszej oferty, z naruszeniem przepisu art. 86 ust.1 Pzp a takowe naruszenie miałoby wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie z orzecznictwem: Zamawiający nie stwierdził jednoznacznie, kiedy koperta została otwarta i kto miał możliwość zapoznać się z treścią oferty. 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 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-524/05).

W wyroku z dnia 25 stycznia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 112/07, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „1. Artykuł 86 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych wprowadza zakaz zapoznania się z zawartością ofert przed terminem ich otwarcia. Zakaz ten skierowany jest nie tylko do wykonawców, ale również do Zamawiającego i osób trzecich. Otwarcie ofert przed wyznaczonym terminem lub wcześniejsze ujawnienie ich treści stanowi poważne naruszenie ustawowych zasad postępowania. 2. Nie ma znaczenia czy z treścią oferty ktokolwiek zapoznał się przed terminem otwarcia ofert. Istotne jest, iż istniało takie zagrożenie.”

Tym samym KIO potwierdziła prawidłowość czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania.

Ponadto, zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy, poprzez przypadkowe otwarcie oferty wystąpiła możliwość zapoznania się (niezawinionego przez Zamawiającego) z treścią oferty przed upływem terminu otwarcia ofert, co jest rażącym naruszeniem ustawy, wadą, której nie można usunąć.

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 miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 marca 2013 r. 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 obciążone 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 r. 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) oraz w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w związku z art. 86 ust. 1 ustawy Pzp.

BURMISTRZ

mgr Julian Ozimek