



Nowa Dęba, dnia 11 września 2020r.

Znak sprawy: OB4/2020

ZAWIADOMIENIE O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA

Działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) w związku z art. 146 ust. 6 w związku z art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych, Zamawiający – 33 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Nowej Dębie, **zawiadamia o unieważnieniu postępowania** w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego, o wartości szacunkowej **powyżej 428 000 euro**. pn. „Usługa ochrony mienia realizowana w formie stałej, bezpośredniej ochrony fizycznej terenów, obszarów, obiektów i urządzeń stanowiących jego wyposażenie w jednostkach i instytucjach będących na zaopatrzeniu 33 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Nowej Dębie z podziałem na 12 części”. Znak sprawy: OB4/2020.

PODSTAWA PRAWNA

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo Zamówień Publicznych, „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

W ocenie Zamawiającego w niniejszym postępowaniu na skutek skrócenia przepisane terminu referencyjnego wymaganego dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia, zaistniała sytuacja, wyczerpująca przesłanki określone w art. 146 ust. 6 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, zgodnie z którym Prezes Urzędu 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.

Uwzględniając przytoczone powyżej podstawy prawne, należy wskazać, że Zamawiający wszczynając wskazane na wstępie postępowanie przekazał do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej i zamieścił na swojej stronie podmiotowej Ogłoszenie o zamówieniu w którym określił warunki udziału w postępowaniu m.in. w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, wskazując, iż Wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia musi wykazać, że

w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania Wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – **w sposób należyty wykonał** co najmniej **5 usług** obejmujących ochronę osób i mienia przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne, które **nieprzerwanie trwały minimum 12 miesięcy** (*słownie dwanaście miesięcy*) i wartość każdej z nich wynosiła **co najmniej 100 000,00 zł brutto** (*słownie sto tysięcy złotych 00/100*). Na potwierdzenie tak postawionego warunku, Zamawiający żądał przedłożenia wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania Wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Zgodnie natomiast z § 3 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w przypadku zamówień publicznych udzielanych w dziedzinach obronności, wykaz usług dotyczy okresu ostatnich 5 lat. Opisana wada postępowania na obecnym etapie jego prowadzenia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, który zakończył się w dniu 26 czerwca 2020 r., jest niemożliwa do usunięcia, a uwzględniając wagę przedmiotowego uchybienia mającego bezpośredni wpływ na krąg wykonawców dopuszczonych do wzięcia w nim udziału, należy stwierdzić, że poprzez sprzeczne z przywołanym powyżej postanowieniem rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, doszło do naruszenia jednej z naczelných zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji, bowiem w przypadku ukształtowania warunku udziału w postępowaniu zgodnie z literą prawa, w postępowaniu tym mogli wziąć udział wykonawcy posiadający doświadczenie w określonych usługach w okresie szerszym, aniżeli w sposób nieuprawniony zawężony przez Zamawiającego.

Zgodnie z ustaloną linią orzeczniczą „(...) Postępowanie winno podlegać unieważnieniu, jeśli obarczone jest wadą niemożliwą do usunięcia, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Za wadę niemożliwą do usunięcia należy uznać tylko taką wadę, której zamawiający nie jest w stanie usunąć z własnej inicjatywy, poprzez dokonanie czynności określonych w prawie zamówień publicznych. Musi to być zatem wada powodująca zdarzenie nieodwracalne, którego konsekwencji Zamawiający nie jest w stanie naprawić poprzez własne działania. Nie każda wada postępowania wywołuje skutek w postaci obligatoryjnego unieważnienia procedury. Dla zastosowania tego skrajnego rozwiązania wymagane jest, by wada była bezwzględnie nieusuwalna, przy czym wadą w rozumieniu tego przepisu jest nieusuwalna wada samego postępowania, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia, że podlegać może unieważnieniu. Przestanka unieważnienia postępowania wynikająca z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp powinna być

rozumiana wąsko, a niemożliwa do usunięcia wada to taka, która dotyczy czynności niedającej się unieważnić lub powtórzyć. Podstawa unieważnienia całego postępowania może zachodzić w szczególności, kiedy jeszcze przed otwarciem ofert zaistnieje wada postępowania, a mimo to oferty zostaną otwarte (...)” - wyrok KIO z dnia 2 marca 2017 r. sygn. akt KIO 281/17. Zamawiający w niniejszym postępowaniu stwierdził zaistnienie nieuprawnionego skrócenia okresu referencyjnego, żądanego od wykonawców doświadczenia już po złożeniu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a tym samym Zamawiający nie ma już prawnej możliwości dokonać ewentualnych zmian zapisów ogłoszenia o zamówieniu kreującego warunki udziału w postępowaniu. W związku z powyższym, przy uwzględnieniu wagi stwierdzonego naruszenia, jedynym legalnie dopuszczalnym rozwiązaniem stało się unieważnienie postępowania, dotkniętego wadą.

W świetle przywołanego na wstępie przepisu stanowiącego podstawę unieważnienia postępowania należy stwierdzić, że „Przesłanka unieważnienia postępowania określona w tym przepisie składa się z koniunkcji trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje koniecznością zastosowania przepisu. Po pierwsze, musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania). Po drugie, wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. A zatem nie może to być jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie, ale wada powodująca niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożliwością zawarcia umowy. Po trzecie wada ta musi być niemożliwa do usunięcia.” – wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 741/13. Jeżeli więc Zamawiający w sposób niedopuszczalny ograniczył okres referencyjny w zakresie doświadczenia żądanego od wykonawców, przez co doprowadził do sytuacji w której wystąpiło potencjalne zagrożenie uczciwej konkurencji to zgodnie z poglądem ukształtowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej był on zobowiązany do zastosowania dyspozycji art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. W myśl tego ostatniego 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. Wskazane powyżej ukształtowanie warunku udziału w postępowaniu, dokonane przez Zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, bezsprzecznie w sposób nieuprawniony wpłynęło na wynik postępowania, chociażby poprzez zawężenie kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, polegające na uniemożliwieniu udziału w postępowaniu wykonawców nieposiadających doświadczenia w okresie 3-letnim, ale legitymujących się takim doświadczeniem w okresie 5-letnim, tym samym Zamawiający uniemożliwił potencjalnym wykonawcom rzetelną ocenę w zakresie decyzji o przystąpieniu do przedmiotowego postępowania. Powyższe determinuje bezpośrednio przełożenie na wpływ czynności Zamawiającego naruszających prawo na wynik postępowania. Jeżeli więc przyjąć, że zamawiający są uprawnieni do badania okoliczności skutkujących unieważnieniem

postępowania, które mieszczą się w dyspozycji art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, bowiem przeciwny pogląd prowadziłby do wniosku, że zamawiający nie może unieważnić postępowania, w którym doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp (którego nie można usunąć) mającego wpływ na wynik postępowania, jeśli nie jest to wada wymieniona w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, to w konsekwencji stanowiłoby to przyzwolenie na zawieranie umów nawet w sytuacji, gdy postępowanie obciążone byłoby poważną wadą, jeśli wada ta jest nieusuwalna. Taki pogląd wydaje się nie do zaakceptowania. Przyznanie Prezesowi Urzędu wyłącznej kompetencji do wzruszania zawartych umów, nie powinno ograniczać możliwości zamawiających do unieważnienia postępowania, w przypadku stwierdzenia, że jest ono obciążone tak poważnymi nieusuwalnymi wadami, wpływającymi na ważność umowy o zamówienie publiczne, które jednak wykraczają poza dyspozycję przepisu art. 146 ust. 1 pkt 1-6 ustawy Pzp - wyrok KIO z dnia 2 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1033/11, z dnia 31 marca 2011 r., sygn. akt KIO 582/11, z dnia 2 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1037/11, z dnia 29 września 2011 r., sygn. akt 2028/11, z dnia 19 września 2012 r., sygn. akt KIO 1900/12.

Mając na uwadze powyższe, zasadnym jest przyjęcie, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało obciążone wadą, której nie da się usunąć, ponieważ nie da się usunąć błędów dotyczących treści Ogłoszenia o zamówieniu po dokonaniu czynności niepowtarzalnych takich jak czynność składania i otwarcia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Ponadto pomiędzy dokonaniem przez Zamawiającego w/w czynności dotyczących kluczowych etapów postępowania, a wynikiem postępowania zaistniał realny związek mający wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej i skutkować może wystąpieniem z wnioskiem o unieważnienie umowy.

W związku z powyższym, Zamawiający unieważnia wskazane na wstępie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

KOMENDANT 33 WOG

ppłk Piotr STĘPŃIAK