

Sygn. akt: KIO 1069/16

WYROK

z dnia 29 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2016 r. przez **Qumak S.A., Aleje Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, ul. Nowogrodzka 1/3/5, 00-513 Warszawa**

przy udziale **Sygnity S.A., ul. F. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie.**
2. kosztami postępowania obciąża **Qumak S.A., Aleje Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Qumak S.A., Aleje Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są usługi dotyczące aplikacji Zatrudnianie Cudzoziemców (ZC). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 kwietnia 2016 roku pod nr 2016/S 077-137037.

W dniu 17 czerwca 2016 roku odwołujący - Qumak S.A.- wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnej z przepisami prawa czynności Zamawiającego polegającej na podjęciu przez Zamawiającego w dniu 9 czerwca 2016 roku nieuzasadnionej decyzji o unieważnieniu postępowanie o zamówienie publiczne.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 91 ust 1 ustawy Pzp przez zaniechanie przez Zamawiającego oceny oferty Qumak S.A. i zaniechanie wyboru oferty Qumak S.A. jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
3. art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust 6 ustawy Pzp przez unieważnienie przez Zamawiającego postępowania mimo braku podstaw prawnych.
4. art. 93 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na brak uzasadnienia decyzji Zamawiającego o unieważnieniu Postępowania, ze wskazaniem faktycznych i prawnych podstaw zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zamawiający nie wskazał wpływu lub potencjalnego wpływu opisywanej wady postępowania na jego wynik. Zamawiający skupił się jedynie na samym naruszeniu, ale w ogóle nie wskazał, jaki to ma wpływ lub choćby potencjalny wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania na podstawie art. 192§2 ustawy Pzp i nakazanie Zamawiającemu:

1. uwzględnienia odwołania w całości,
2. uchylecia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
3. dokonania oceny ofert i dokonanie wyboru oferty Qumak S.A. jako oferty najkorzystniejszej.
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów niniejszego postępowania.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że w dniu 9 czerwca 2016 r. Zamawiający podjął

decyzję o unieważnieniu postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Zamawiający poinformował oferentów, że w dniu 9 czerwca 2016 r. o godz. 12:00 Komisja Przetargowa dokonała otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu, otworzono i odczytano treść 7 ofert, złożonych w wymaganym terminie, tj. do dnia 9 czerwca 2016 r. do godz. 11.00. Do Zamawiającego wpłynęło jednak w wymaganym terminie osiem ofert, jednakże ósma oferta nie została przekazana Komisji Przetargowej przed terminem otwarcia ofert. Zdaniem Zamawiającego wystąpienie takiej wady jest nieusuwalne i ma kluczowy wpływ na wynik postępowania. W piśmie o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający wskazał, jako podstawę prawną unieważnienia przepis art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego, Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie ma podstaw do unieważnienia postępowania. Wskazał przede wszystkim, że „ósma” oferta, która nie została przekazana do Komisji Przetargowej na czas w sposób znaczący przewyższa budżet Zamawiającego i plasuje się na ostatnim miejscu w rankingu ofert, a zatem nie ma żadnego wpływu na wyniki postępowania. Budżet Zamawiającego na realizację przedmiotowego zamówienia wynosi 2 285 340,00 zł brutto, podczas gdy cena oferty nieprzekazanej na czas - firmy Przedsiębiorstwo Geodezyjno-kartograficzne OPGK Rzeszów S.A. - wynosi 4 508 589,60 zł brutto - co stanowi 197,28% środków, jakimi dysponuje Zamawiający. Powyższe, w ocenie Odwołującego, oznacza, że OPGK nie ma żadnego wpływu na wynik przedmiotowego postępowania. Odwołujący podniósł także, że oceniając okoliczności zastosowania przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp należy uwzględnić treść art. 146 ustawy Pzp, który określa przypadki nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ustawy Pzp pozwala Zamawiającemu na unieważnienie postępowania, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W obecnym stanie prawnym żadna z przesłanek wymienionych w art. 146 ustawy Pzp (w tym również przesłanka z ust 6 przywołanego art. 146 ustawy Pzp) nie miała miejsca, co oznacza, że nie ma żadnych podstaw do unieważnienia ewentualnej umowy zawartej w wyniku wyboru oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu. Na obecnym etapie postępowania prowadzonego przez Zamawiającego nie można stwierdzić, jakie okoliczności odpowiadające wskazanej przesłance miały wpływ na wynik postępowania, ponieważ nie doszło do uzyskania jakiegokolwiek wyniku postępowania. Zamawiający nie dokonał jeszcze oceny ofert, uznając z góry, iż nie może dokonać takiej oceny na skutek nie przekazania do Komisji Przetargowej na czas ósmej oferty.

To, że ósma oferta firmy Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPGK Rzeszów S.A. nie została otworzona na czas, nie stanowi żadnej wady postępowania, gdyż oferta ta nie ma

żadnego wpływu na jego wynik.

Ponadto Odwołujący wykazał, że Zamawiający swoim postępowaniem naruszył również art. 93 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na brak wystarczającego uzasadnienia swojej decyzji o unieważnieniu postępowania. Zamawiający, opierając się o dyspozycję przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie wskazał w ogóle faktycznego wpływu lub potencjalnego wpływu opisywanej wady postępowania na jego wynik. Zamawiający skupił się jedynie na samym naruszeniu, ale w ogóle nie wskazał, jaki to ma wpływ lub choćby potencjalny wpływ na wynik postępowania. Takie postępowania prowadzi do naruszenia interesów pozostałych uczestników postępowania, w tym Odwołującego, którego oferta powinna plasować się na pierwszym miejscu w rankingu. Zamawiający zobowiązany jest do dokonania oceny złożonych ofert, aby móc zweryfikować czy jego niedopatrzenie ma jakikolwiek wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

Odwołujący podkreślił, że błąd Zamawiającego, co do otworzenia na czas „ósmej” oferty nie może deprecjonować ważności całego postępowania i trudu Wykonawcy włożonego w przygotowanie oferty w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający, unieważniając w obecnej sytuacji postępowanie przetargowe musi się liczyć z odpowiedzialnością odszkodowawczą wobec oferentów zgodnie z art. 93 ust. 4 ustawy Pzp. Ponadto postępowanie Zamawiającego może prowadzić do naruszenia dyscypliny finansów publicznych przez nieuzasadnione ponowienie czynności ogłaszania przetargu.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

W dniu 9 czerwca 2016 roku Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, wskazując, że jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu Zamawiający wyjaśnił, że w dniu 9 czerwca 2016 roku o godz. 12.00 Komisja Przetargowa dokonała otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu. Otworzono i odczytano treść 7 ofert, złożonych w wymaganym terminie tj. do dnia 9 czerwca 2016 roku do godz. 11.00. Do Zamawiającego wpłynęło jednak w wymaganym terminie osiem ofert, jednakże ósma oferta nie została przekazana Komisji Przetargowej przed terminem otwarcia ofert. Wystąpienie takiej wady jest, w ocenie Zamawiającego nieusuwalne i ma kluczowy wpływ na wynik postępowania.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący, jako podmiot ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, niewątpliwie legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania a na skutek działań i zaniechań Zamawiającego, podnoszonych w odwołaniu może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co powoduje, że zostały spełnione przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniające Odwołującego się do wniesienia odwołania.

Stan faktyczny sprawy nie jest między stronami sporny. Do upływu terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu tj. do dnia 9 czerwca 2016 roku do godz.11.00 do Zamawiającego wpłynęło osiem ofert. Podczas otwarcia ofert, które miało miejsce dnia 9 czerwca o godz.12.00 Komisja Przetargowa dokonała otwarcia i odczytania siedmiu ofert. Oferta ósma, złożona przez Przedsiębiorstwo Geodezyjno - Katrograficzne OPGK Rzeszów S.A., nie została otwarta podczas publicznego otwarcia ofert, bowiem omyłkowo została uznana za zwykłą korespondencję i dostarczona do Komisji Przetargowej już po publicznym otwarciu ofert. W toku rozprawy Zamawiający wyjaśnił także, że oferta PGK OPGK Rzeszów S.A. została otwarta przez pracownika Zamawiającego po godzinie 11.00 i przed terminem wyznaczonym na otwarcie ofert.

W ocenie Izby, w sprawie ziściły się przesłanki wynikające z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, skutkujące koniecznością unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niewątpliwym jest, że w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia na skutek braku publicznego otwarcia oferty PGK OPGK Rzeszów S.A., doszło do naruszenia zasady jawności, która jest fundamentalną zasadą postępowania o zamówienie publiczne. Jawność otwarcia ofert jest jednym z praktycznych sposobów realizacji zasady jawności, wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Otwarcie ofert jest jawne i następuje bezpośrednio po upływie terminu składania ofert, z tym że dzień, w którym upływa termin składania ofert, jest dniem ich otwarcia (art. 86 ust. 2 ustawy Pzp). Istotą tego przepisu jest z jednej strony zapobieżenie rozpatrywaniu przez zamawiających ofert złożonych po upływie terminu na ich składanie a z drugiej uniemożliwienie zapoznawania się z treścią ofert przed ich otwarciem.

Jawna czynność otwarcia ofert ma także doniosłe znaczenie dla uczestników postępowania - pozwala na ustalenie kręgu podmiotów, którzy ubiegają się o dane zamówienie. Oferta nie może zostać otwarta na niejawnym posiedzeniu komisji przetargowej, ale publicznie, w sposób jawny. W analizowanej sprawie, Zamawiający nie dokonał publicznego, jawnego otwarcia jednej z ofert, która została złożona w terminie na składanie ofert a dodatkowo pracownik

Zamawiającego dokonał otwarcia tej oferty jeszcze przed terminem otwarcia ofert tj. przed godziną 12.00, co stanowi jaskrawe naruszenie przepisów art. 86 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp. Brak podania do publicznej wiadomości - odczytania nazwy, adresu wykonawcy, informacji dotyczących ceny oferty i innych elementów wymienionych w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp powoduje, że postępowanie obarczone jest wadą niemożliwą do usunięcia, która to wada uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślenia wymaga, że publiczne otwarcie ofert jest czynnością faktyczną, jednokrotną, która nie może zostać powtórzona w danym postępowaniu, co w konsekwencji oznacza, że brak publicznego otwarcia ofert stanowi wadę tego postępowania, które wywiera istotny wpływ na umowę. Tego typu nieusuwalna wada istnieje zawsze, niezależnie od tego czy oferta, która nie została publicznie otwarta jest ofertą najdroższą czy też plasuje się wyżej w rankingu kryteriów oceny ofert. Stąd niezasadne są dywagacje Odwołującego, że skoro oferta PGK OPGK Rzeszów S.A. jest ofertą najdroższą spośród złożonych ofert a dodatkowo przekraczającą znacznie budżet przeznaczony na realizację zamówienia, to błąd Zamawiającego polegający na braku publicznego otwarcia tej oferty nie ma żadnego wpływu na wynik postępowania. Brak dokonania publicznego otwarcia oferty złożonej przed upływem terminu składania ofert, rodzi skutek w postaci braku możliwości dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W analizowanej sprawie zastosowanie znajdzie przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp stanowiący przesłankę unieważnienia postępowania. Wada postępowania jest nieusuwalna, oraz wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że powoduje jej bezwzględną nieważność.

Za niezasadny Izba uznała także zarzut naruszenia art. 93 ust. 3 ustawy Pzp, wskazując, że zamawiający w piśmie z dnia 9 czerwca 2016 roku podał wystarczające uzasadnienie faktyczne i prawne swojej decyzji.

Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów, mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, stąd odwołanie należało oddalić, zgodnie z art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

