



Kielce, dnia 23 grudnia 2020 roku

Numer referencyjny: KO.212.1.2020.PR

**Do wszystkich Wykonawców  
uczestniczących w postępowaniu**

Dotyczy przetargu nieograniczonego pn.:

„Wymiana więźby i pokrycia dachowego na budynku Muzeum Zabawek i Zabawy w Kielcach, przy pl. Wolności 2, na działce nr 1184 wpisanego do Rejestru Zabytków Nieruchomych woj. świętokrzyskiego pod nr A.396 - etap III”

**INFORMACJA O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE  
ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO**

Zamawiający, Muzeum Zabawek i Zabawy w Kielcach na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) w związku z art. 7 ust. 1 i art. 86 ust. 4 - ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) zwaną dalej pzp lub ustawą Prawo zamówień publicznych – Zamawiający, informuje, że **unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego** pn.: „Wymiana więźby i pokrycia dachowego na budynku Muzeum Zabawek i Zabawy w Kielcach, przy pl. Wolności 2, na działce nr 1184 wpisanego do Rejestru Zabytków Nieruchomych woj. świętokrzyskiego pod nr A.396 - etap III” ponieważ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą unie-



możliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

### **Uzasadnienie unieważnienia postępowania:**

Zamawiający, Muzeum Zabawek i Zabawy w Kielcach (zwanym dalej Muzeum) w dniu 19.11.2020 roku wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego dla wskazanego powyżej zadania inwestycyjnego. W dniu 07.12.2020 roku o godzinie 12:00 w siedzibie Muzeum - odbyło się publiczne otwarcie ofert w formie transmisji on-line (co zostało wskazane w treści SIWZ w związku z „zagrożeniem epidemicznym”) złożonych w powyższym postępowaniu. W postępowaniu wpłynęło 5 (pięć) ofert.

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w Części VIII, punkcie 4.4. wskazał, że:

*„Podczas otwarcia ofert zostaną odczytane informacje wymienione w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp.”*

Natomiast w punkcie 4.5 podano (w sposób co do zasady zgodny z treścią art. 86 ust.5 pzp), iż:

*„Niezwłocznie po otwarciu ofert Zamawiający zamieszcza na stronie internetowej informacje dotyczące:*

- a) kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,*
- b) firm oraz adresów wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie,*
- c) ceny, okresu gwarancji i rękojmi zawarte w ofertach.”*

Zgodnie z art. 86 ust. 4 pzp, podczas otwarcia ofert podaje się nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.





MUZEUM ZABAWEK I ZABAWY



W celu dochowania wymogów określonych w art. 86 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający powinien po otwarciu ofert najpierw podać, a następnie zamieścić na stronie internetowej wyłącznie te informacje, o których mowa wprost w w/w przepisie. Regulacja powyższa pełni bez wątpienia funkcję informacyjną, ale przede wszystkim funkcję **gwarancyjną**. Ma ona zapewnić, że zamawiający nie będzie na późniejszym etapie zmieniał informacji, które ustawodawca uznał za istotne dla przebiegu postępowania, prowadząc w konsekwencji do zmiany treści oferty.

W sytuacji niniejszego postępowania podczas otwarcia ofert on-line w przypadku odczytywania pierwszej z ofert podano nazwę wykonawcy, adres oraz informację dotyczącą ceny, **zabrakło zaś informacji odnoszącej się do okresu gwarancji i rękojmi**, która to była jednym z kryteriów oceny ofert. W przypadku drugiej oferty podano nazwę wykonawcy, **nie podano adresu**, podano natomiast informacje dotyczące ceny oraz odnoszące się do okresu gwarancji i rękojmi. Odnośnie trzeciej oferty podano nazwę wykonawcy, adres oraz informację dotyczącą ceny, okresu gwarancji i rękojmi. Również w przypadku czwartej i piątej oferty podano nazwę wykonawcy, adres oraz informację dotyczącą ceny, okresu gwarancji i rękojmi.

Następnie niezwłocznie po otwarciu ofert zamawiający zamieścił na stronie internetowej, powołując się na art. 86 ust. 5 pzp, informację z otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu w dniu 07.12.2020r.. W tej informacji Zamawiający podał firmy wykonawców (nazwy wraz z adresami), zaoferowaną przez każdego z nich cenę oraz zaoferowaną gwarancję i rękojmię. **Jeżeli chodzi o kryterium oceny ofert w postaci gwarancji i rękojmi, to w przypadku każdego z wykonawców wskazano okres 120 m-cy.**

Powyższe okoliczności zostały udokumentowane przez Zamawiającego w postaci pliku binarnego zawierającego zapis audio – video, który został udo-



stępniony publicznie i jest dostępny dla każdego zainteresowanego jako informacja publiczna. Już tylko z samego realnego przebiegu oraz przytoczonego opisu publicznego otwarcia ofert, który odbył się w trybie on -line (ze względu na panujący w kraju stan epidemii) wynika, że nie zostały dochowane wszystkie wymogi określone w art. 86 ust.4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Uchybienie nastąpiło w zakresie odczytywania oferty pierwszej w przedmiocie braku odczytania okresu gwarancji i rękojmi (*de facto* jako oświadczenia, którego Wykonawca nr 1 nie wpisał do formularza ofertowego, a zamieszczonego na odrębnej karcie załączonej do oferty, która nie posiadała oznaczenia numerycznego jako kolejnej karty składającej się na treść oferty), jak również w przypadku oferty drugiej, gdzie nie podano adresu oferenta. Brak przekazania powyższych informacji stanowi brak publicznego odczytania informacji wymaganych dyspozycją przepisu art. 86 pzp. Ponadto po otwarciu ofert Zamawiający zamieścił na stronie internetowej informację z otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu, zaś w tej informacji podał również dane, które nie zostały odczytane i podane do wiadomości publicznej podczas czynności otwarcia ofert. W pisemnej informacji Zamawiający podał bowiem firmy wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu tj. nazwy wraz z adresami wraz z zaoferowaną przez każdego z nich ceną i zaoferowaną długością okresu gwarancji i rękojmi, gdzie w przypadku każdego z wykonawców wskazano okres 120 m-cy.

Powyższy stan faktyczny nakazuje uznać, iż mamy do czynienia z dość istotnym naruszeniem zarówno art. 86 ust. 4 pzp, jak i wzajemną relacją tejże regulacji z art. 86 ust.5 pzp w zakresie w jakim nastąpiła przytoczona (dość istotna) niespójność w postępowaniu Zamawiającego. Jeżeli wziąć pod uwagę jedynie powyższe uchybienia, to mamy do czynienia z sytuacją wpływającą bezpośrednio na zachowanie uczciwej konkurencji i naruszenie **równego** trak-





towania wykonawców oraz prowadzenia postępowania zgodnie z zasadami proporcjonalności i **przejrzystości**, co w przypadku dalszego kontynuowania postępowania może w sposób ewidentny skutkować naruszeniem art. 7 pzp.

Należy z całą doniosłością podkreślić, iż oświadczenie woli wykonawcy, co do okresu oferowanego terminu gwarancji i rękojmi, jako jedno z kryterium oceny ofert podlega punktacji i ocenie, a zatem ma istotny wpływ na wynik postępowania. Dokonanie jakiegokolwiek formalnej "manipulacji" czy też zmiany, bądź doprowadzenie do powstania wątpliwości z powodu braku przejrzystości postępowania w tym zakresie przez Zamawiającego będzie miało bardzo istotny wpływ na treść oferty, a tym samym może mieć znaczący wpływ na wynik postępowania. Każde zachowanie ze strony zamawiającego mające jakiegokolwiek oddziaływanie na powyższą okoliczność (z naruszeniem zasad określonych w przepisach ustawy pzp) będzie bowiem decydowało o pozycji wykonawcy w rankingu po dokonaniu przez zamawiającego oceny ofert (lub dalszym pozostawaniu przez wykonawcę w postępowaniu), a więc o możliwości uzyskania przez wykonawcę zamówienia. W związku z czym są to uchybienia, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania. Zatem przywołane uchybienia dokonane w toku niniejszego postępowania powodują, że całe postępowanie staje się obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Należy podkreślić, iż nie jest również możliwe niejako poprawianie treści oferty - nawet w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp - z uwagi na fakt, iż czynność ta spowodowałaby istotne zmiany w treści oferty. Skoro zatem zamawiający podczas otwarcia ofert nie odczytał informacji (*de facto* nie zamieszczonej w formularzu oferty nr 1, a zawartej z załączniku, który dodatkowo nie został ponumerowany przez wykonawcę) w zakresie gwarancji i rękojmi (jednego



MUZEUM ZABAWEK I ZABAWY



z dwóch kryteriów oceny ofert, a zarazem informacji wymaganej zgodnie z art. 86 ust. 4 pzp), to nie mógł niezwłocznie po otwarciu ofert zamieścić na stronie internetowej, powołując się na art. 86 ust. 5 pzp, informacji z otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu **w bardzo istotnym stopniu odbiegającej od faktycznych czynności, które zostały dokonane.** Należy również podkreślić, iż nie jest przy tym istotne, że formularz oferty przygotowany przez zamawiającego nie zawierał do wypełnienia rubryki pozwalającej wskazać termin gwarancji i rękojmi. Albowiem obowiązkiem wykonawcy, wynikającym z art. 82 ust. 3 pzp jest, aby treść oferty odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Skoro zatem zamawiający w części VII SIWZ Kryteria Oceny Ofert w pkt. .5.2. w dopisku:

„UWAGA:

- *W przypadku nie wpisania przez Wykonawcę w Formularzu Oferty okresu gwarancji i rękojmi – Zamawiający przyjmie minimalny wymagany okres gwarancji i rękojmi wynoszący 60 miesięcy i przyzna Wykonawcy „zero” punktów w tym kryterium;”*

wskazał skutki nie wpisania przez Wykonawcę w Formularzu Oferty okresu gwarancji i rękojmi, to **nie miał prawa tym samym zamieścić na stronie internetowej, powołując się na art. 86 ust. 5 pzp, informacji z otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu, że zaoferowana przez oferenta nr 1 gwarancja i rękojnia wynosi 120 miesięcy.** Po pierwsze taka informacja nie została podana podczas otwarcia ofert, po drugie nie została zamieszczona w formularzu oferty, a po trzecie sam oferent nie poczynił należytych kroków, aby dokument złożony wraz z ofertą mógł być w myśl art. 7 pzp tj. zasady przejrzystości postępowania uznany w sposób ewidentny, nie budząc żadnych wątpliwości, za część złożonej przez niego oferty.

Przywołując natomiast ugruntowane poglądy zarówno doktryny jak i orzecznictwa należy wskazać, iż Otwarcie ofert w postępowaniu ma charakter







MUZEUM ZABAWEK I ZABAWY



publiczny i jawny erga omnes, udział w nim wziąć mogą nie tylko wykonawcy, którzy złożyli oferty, ale wszyscy zainteresowani - dowolne osoby i podmioty. Z tego względu otwarcie ofert ma charakter niepowtarzalny - **nie ma możliwości poprawy lub uzupełnienia czynności otwarcia ofert, Pzp nie daje ku temu podstawy prawnej.** Zamawiający, zgodnie z art. 86 ust. 4 p.z.p., podaje nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Czynność ta stanowi swego rodzaju przypisanie ofert do postępowania, w ramach którego zostały otworzone. Zatem z zasady równego traktowania wykonawców można wywieść **zakaz** uzupełniania, poprawy czy powtórnego dokonania otwarcia ofert. Ponadto brak podania jednej z danych określonych w art. 86 ust. 4 pzp, to jest bardzo istotnej informacji, powoduje, że w wyniku jej niepodania *de facto* zmieniona została kolejność (co ma istotne znaczenie dla zastosowania art. 24 aa pzp) podmiotów biorących udział w postępowaniu. Jej sanowanie po oficjalnym otwarciu, a niejako *ex post* jest działaniem, które nie sprowadza się jedynie do czysto technicznego podania informacji na stronie internetowej, czy też za pomocą innego środka (nośnika). Powoduje bowiem za "zamkniętymi drzwiami" z naruszeniem jawności postępowania wtórną zmianę kolejności podmiotów. Powyższe ma wpływ na wynik postępowania i może stanowić o nieważności umowy, albowiem w tych okolicznościach każdy może zakwestionować, fakt złożenia oferty o określonej treści przez wykonawcę. Żadne ewentualne dowody, czy też okoliczności towarzyszące nie są w stanie zmienić niniejszego stanu rzeczy, gdyż brak jest możliwości obiektywnej weryfikacji pozwalającej na wtórną zmianę przekazanych informacji bez podejrzenia manipulacji postępowaniem przez zamawiającego. Każda inna decyzja zamawiającego niż unieważnienie danej części zamówienia prowadziłaby do naruszenia art. 7 pzp.



MUZEUM ZABAWEK I ZABAWY



Wady powyższe uniemożliwiają przejrzyste prowadzenie postępowania, a co za tym idzie zawarcie umowy bez naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający dokonując wyboru którejkolwiek oferty doprowadziłby do wyboru Wykonawcy z naruszeniem art. 91 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, (por. także.: Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej w sprawach sygn. akt BDF1.4800.95.2015 z dnia 28.09.2015 r.).

Działanie Zamawiającego polegające na „modyfikowaniu i dopuszczaniu do rozbieżności” pomiędzy rzeczywistym stanem faktycznym (tj. danym zawartymi w dokumentach), a ujawnianymi w postępowaniu informacjami jest powszechnie niedopuszczalne. Zniwelowanie stwierdzonych w niniejszym postępowaniu nieprawidłowości w zakresie dotyczącym udzielonych publicznie informacji nie jest możliwe. Błąd ten w obecnej fazie postępowania jest nieusuwalny i jedynym możliwym rozstrzygnięciem, w kontekście zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 oraz art. 86 ust. 4 pzp, jest unieważnienie postępowania.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne należy stwierdzić, iż została wyczerpana przesłanka unieważnienia postępowania o udzielenia zamówienia publicznego, określona w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, prowadzi do wniosku, że niemożliwą do usunięcia wadą jest każda wada niedająca się usunąć, uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy.





W orzecznictwie wyraźnie się wskazuje, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie odwołuje się wyłącznie do art. 146 ustawy Pzp, a tym samym przesłanki określone w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp nie stanowią wyłącznej podstawy do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (zob. wyrok KIO z dnia 19.01.2011 r., KIO 34/11). Odniesienie *"niemożliwe; do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego"* wyłącznie do przesłanek unieważnienia umowy określonych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, prowadziłoby do nieracjonalnego i jednocześnie niemożliwego do zaakceptowania wniosku, że nawet wystąpienie nieusuwalnej wady w sposób oczywisty mającej wpływ na wynik postępowania, ale niewymienionej w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, uniemożliwiłoby Zamawiającemu unieważnienie postępowania nakładając na niego obowiązek zawarcia umowy.

W wyroku z dnia 19 września 2012 r., sygn. akt KIO 1900/12, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że Zamawiający są uprawnieni do badania okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania, które mieszczą się w dyspozycji art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Przeciwny pogląd prowadziłby do wniosku, że zamawiający nie może unieważnić postępowania, w którym doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp (zaistnienie błędu, którego nie można usunąć), mającego wpływ na wynik postępowania, jeśli nie jest to wada wymieniona w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający, podczas oceny zaistnienia przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, powinien brać pod uwagę nie tylko okoliczności z katalogu wskazanego w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, ale również, potencjalne ziszczenie się przesłanek warunkujących czynności Prezesa UZP, o których mowa w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, a tym samym zapobieżenia zawarciu umów, które podlegałyby unieważnieniu na drodze sądowej (*por. m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 grudnia 2013r., sygn. akt KIO 2730/13 oraz orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej sygn. akt BDF1.4800.95.2015 z dnia 28.09.2015 r.*).



W przedmiotowym postępowaniu czynności wykonane zostały niewłaściwie (są obarczone błędem), co w ocenie Zamawiającego ma wpływ na wynik postępowania, a tym samym została spełniona przesłanka, o której mowa w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej "Zamawiający w każdej chwili, aż do momentu podpisania umowy, w razie stwierdzenia, że któraś z jego czynności - w szczególności istotnych dla wyniku postępowania - została wykonana wadliwie, a czynność ta może na danym etapie zamówienia zostać unieważniona, dokonana lub powtórzona, ma prawo skorygować swoje wadliwe działanie lub zaniechanie" (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 2776/14).

Powyższe błędy w postępowaniu zostały dostrzeżone przez Zamawiającego w chwili obecnej. Natomiast na tym etapie postępowania nie można dokonać poprawy czy powtórnego dokonania otwarcia ofert.

Zgodnie z utrwalonymi poglądami doktryny oraz orzecznictwem Zamawiający, jedynie może dokonać unieważnienia postępowania. Zaistniała wada jest wadą na tym etapie nieusuwalną, prowadzącą do braku możliwości prawidłowego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Postępowanie, które obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego - podlega unieważnieniu.

Biorąc powyższe pod uwagę należało doprowadzić do unieważnienia powyższego postępowania.

23.12.2020

DYREKTOR  
Nona Daria Dyktyńska