

Zakopane, dnia 16.01.2019 r.

**WSZYSCY ZAINTERESOWANI**

**Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości nieprzekraczającej równowartości kwoty 135.000 euro, w trybie przetargu nieograniczonego na: „sukcesywne dostawy produktów spożywczych, mrożonek, ryb i produktów rybnych co Centralnego Ośrodka Sportu – Ośrodka Przygotowań Olimpijskich w Zakopanem”.**

**ZAWIADOMIENIE O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA  
część 2 – mrożonki**

Centralny Ośrodek Sportu - Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Zakopanem, działając jako ZAMAWIAJĄCY, niniejszym zawiadamia Państwa o tym, że unieważnia postępowanie oznaczone jak na wstępie w zakresie zadania częściowego nr 2 – mrożonki, w którym jako najkorzystniejszą wybrano ofertę firmy SAMAR Sp. z o.o. 33-300 Nowy Sącz, ul. Tarnowska 113.

Postępowanie unieważniono na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986, ze zm. ).

Komisja przetargowa dokonała w określonym w SIWZ terminie otwarcia 2 złożonych ofert na zadanie nr 2. Po zakończeniu publicznego otwarcia ofert i wyjściu przedstawicieli wykonawców okazało się, że w posiadaniu zamawiającego jest jeszcze koperta z nadrukowaną nazwą przedmiotowego postępowania wraz z danymi adresata i nadawcy (oferta firmy WIDAN Polska Sp. z o.o. z Przemyśla). Koperta została złożona w terminie i miejscu określonym postanowieniami SIWZ. Koperta ta nie została omyłkowo jednak otwarta.

W art. 86 ust. 2 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, został wyrażony jeden z istotnych elementów zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. jawność otwarcia złożonych ofert, które musi nastąpić bezpośrednio po upływie terminu składania ofert w dacie i miejscu określonym przez zamawiającego postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wynikająca z art. 86 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych zasada jawności stanowi jedną z fundamentalnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która może być ograniczona wyłącznie w przypadkach wskazanych w ustawie. Ustawa – Prawo zamówień publicznych wskazuje jeden wyjątek od zasady jawności zawarty w art. 8 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeśli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Zachowanie zasady jawności pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Otwarcie ofert ma charakter jawny nie tylko w stosunku



**COS**  
**COS-OPO w Giżycku**  
**COS-OPO w Spałe**  
**COS-OPO w Szczyrku**  
**COS-OPO w Wałczu**  
**COS-OPO w Zakopanem**  
**COS-OPO we Władysławowie**

00-449 Warszawa ul. Łazienkowska 6a, tel.: +48 22 529 87 40  
11-500 Giżycko ul. Moniuszki 22, tel.: +48 87 428 23 35  
97-215 Inowódź, Spółka Al. Prezydenta Ignacego Mościckiego 6, tel.: +48 44 724 23 46  
43-370 Szczyrk ul. Plażowa 8, tel.: +48 33 817 84 41  
78-600 Wałcz Al. Zdobywców Wału Pomorskiego 99, tel.: +48 67 258 44 61  
34-500 Zakopane ul. Bronisława Czecha 1, tel.: +48 18 263 26 60  
84-120 Władysławów ul. Żeromskiego 52, tel.: +48 58 674 63 00

do wykonawców, ale erga omnes. W otwarciu ofert uczestniczyć mogą dowolne osoby i podmioty (przedstawiciele mediów, konkurujących wykonawców niebędących uczestnikami danego postępowania, wszystkie osoby zainteresowane). Czynność otwarcia ofert ma doniosłe znaczenie dla uczestników postępowania – pozwala wykonawcom na ustalenie kręgu podmiotów, z którymi konkurować będą o udzielenie zamówienia, oraz o potencjalnych szansach na uzyskanie zamówienia.

Ponieważ czynności publicznego otwarcia ofert nie można de facto powtórzyć, stwierdzić należy, że brak publicznego otwarcia złożonej prawidłowo oferty stanowi istotne naruszenie procedury udzielenia zamówienia publicznego, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Za niewłaściwe działanie zamawiającego należy uznać kontynuowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jedynie z udziałem ofert otwartych podczas posiedzenia komisji przetargowej z udziałem wykonawców, a z pominięciem oferty złożonej w wyznaczonym terminie, ale nie otwartej ze względu na błąd organizacyjny po stronie zamawiającego.

W takiej sytuacji kontynuowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego można byłoby uznać jako dopuszczenie się przez zamawiającego możliwości pomijania faktu złożenia oferty i tym samym wpływanie na wynik postępowania z przyczyn innych, niż dotyczące wykonawcy i złożonej przez niego oferty. Brak dokonania publicznego otwarcia prawidłowo złożonej oferty rodzi skutek w postaci braku możliwości udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, tj. dokonania wyboru oferty wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą (art. 91 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych), dlatego też przedmiotowe postępowanie winno zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

W związku z powyższym na podstawie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Katalog okoliczności powodujących, że umowa podlega unieważnieniu, co do zasady został wymieniony w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie wskazano wyłącznie przyczyny sprecyzowane wąsko i konkretnie, którymi nawet w drodze wykładni rozszerzającej nie sposób objąć wadliwości innych czynności lub zaniechań zamawiających. Z kolei w świetle art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik.

Jak czytamy w komentarzu praktycznym autorstwa Łukasza Laszczyńskiego, niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego jako przesłanka unieważnienia postępowania, ABC nr 138188: „(...) Jednak, co konsekwentnie podkreślają komentatorzy i literatura przedmiotu, odesłanie do wskazywanego wyżej przepisu art. 146 ust. 1 ustawy Pzp nie może być rozumiane jako wskazanie na jedyne przesłanki powodujące, iż umowa o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu. W tym kontekście „niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy” ma znaczenie znacznie szersze niż sześć okoliczności wymienionych w przepisie art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Przyjęcie założenia, iż jedynie te okoliczności powodują, że umowa o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu, a inna ważna przyczyna będąca niemożliwą do usunięcia wadą nie rodzi takiej konsekwencji, prowadziłoby do fałszywego wniosku, iż nawet wystąpienie wady w sposób oczywisty wypaczający sens postępowania nie dawałoby zamawiającemu prawa unieważnienia postępowania.”

Orzecznictwo i doktryna przyjmuje zatem, że zamawiający unieważniając postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp może wziąć pod uwagę nie tylko okoliczności opisane w art. 146 ust. 1 Pzp, ale musi uwzględniać okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy mieszczące się w ogólnej regule wynikającej z art. 146 ust. 6 Pzp.

Przyznanie wyłącznej kompetencji Prezesowi UZP do wzruszania na drodze sądowej zawartych już umów nie powinno skutkować dla zamawiającego brakiem możliwości

zapobieżenia 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 publicznego.

Wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, to każda niedająca się usunąć wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

W związku z tym postanowiono, jak w sentencji, postępowanie w zakresie zadania częściowego nr 2 należało unieważnić.