Płock 2020.04.09.

AG-371/1/2020

Wykonawcy

w/m

dotyczy zamówienia publicznego pod nazwą: **"Usługa polegająca na aranżacji pomieszczeń ekspozycji stałych Sztuka dwudziestolecia międzywojennego - art déco i Wielcy Płocczanie - Themersonowie w nowym gmachu MMP przy ul. Kolegialnej 6 w Płocku".**

Zamawiający – Muzeum Mazowieckie w Płocku z siedzibą w Płocku przy ul. Tumskiej 8 działając na podstawie art. 93 ust.1 pkt. 7) w związku z art. 86 ust.2 i ust.4 oraz art. 7 ust.1 i ust.3 i art.8 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych unieważnia postępowanie na realizację zadania wskazanego jak wyżej.

**Podstawa Prawna:**

Zgodnie z art. 86 ust.2 i ust. 4 ustawy PZP Zamawiający dokonuje otwarcia ofert w sposób jawny w dniu, w którym wyznaczył termin na otwarcie ofert – Rozdział XII pkt.2 SIWZ. Podczas otwarcia ofert podaje się nazwy firm oraz adresy wykonawców, informacje dotyczące ceny, termin wykonania zadania, okres gwarancji i warunki płatności.

W dobie elektronizacji zamówień publicznych zdarzają się różne przeszkody techniczne w dokonaniu otwarcia ofert. Aktualnie obowiązujące orzecznictwo KIO nie aprobuje praktyki Zamawiających związanej z „ zawieszaniem sesji otwarcia ofert” do czasu wyjaśnienia problemów technicznych. W Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 3/2019 oraz 4/2019 (od strony 46 i następne) widnieją orzeczenia wskazujące na brak podstaw prawnych do „ zawieszania sesji otwarcia ofert do czasu wyjaśnienia problemów technicznych”. Wynika to faktu, że problemy takie nie są rozwiązywanie w tym samym dniu co otwarcie ofert a z reguły w innym czasie.

Taka sytuacja miała miejsce u Zamawiającego, który miał 4 złożone ofert, ale w dniu otwarcia potrafił otworzyć tylko 3 o czym zawiadomił na stronie internetowej wykonawców w dniu 7 kwietnia 2020r.

Otwarcie oferty w dniu następnym po sugestii przesłanej przez miniPortal Zamawiającemu nie stanowi już o wypełnieniu przesłanek wskazanych w art. 86 ust. 2 i ust.4. Zgodnie z tym artykułem w ust.2 ustawodawca wyraźnie napisał, że otwarcie ofert następuje w dniu ich składania. Nie istnieje zatem możliwość otwarcia oferty w dniu następnym.

Uznanie oferty otwartej w dniu następnym naruszałoby zasadę naczelną prawa zamówień publicznych wyrażoną w art. 7 ust.1 i 3 ustawy PZP. Postepowanie przeprowadza się w sposób przejrzysty, nie naruszający konkurencji, uczciwy z zachowaniem równego traktowania wykonawców. Zamówienie można udzielić tylko wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Na tym polega także zasada jawności postępowania zastrzeżona w art. 8 ust.1 ustawy PZP.

Jeżeli zatem Zamawiający dokonałby dalszego procedowania w niniejszym postępowaniu z naruszeniem ww przepisów doszłoby do wybrania wykonawcy z naruszeniem przepisów prawa a co za tym idzie zawarcia umowy , która mogłaby być uznana za nieważną.

Unieważnienie przedmiotowego postępowania musi zatem nastąpić, ponieważ zgodnie z art. 93 ust.1 pkt. 7) ustawy PZP postepowanie obarczone jest wadą niemożliwą do usunięcia, która uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu.

Wielokrotnie KIO wyrażało pogląd oparty także w orzecznictwie sądów powszechnych RP, iż czynność otwarcia ofert jest czynnością nie powtarzalną ( której nie można powtórzyć) a tym samym jest czynnością nienaprawialną. Zatem w stosunku do czynności nieusuwalnych, niepowtarzalnych, wadliwych a mających wpływ na wynik postępowania nie istnieje możliwość zawarcia prawnie skutecznej umowy.

**Wyroki KIO:** **574/19 z 12 kwietnia 2019r**, **19 lipca 2019 r. sygn. akt KIO 1261/19, KIO 1267/19.**

**Podstawa faktyczna:**

W dniu 6 kwietnia 2020r Zamawiający o godzinie 12, 30 przystąpił w swojej siedzibie do otwarcia ofert w trybie postępowania elektronicznego. W postępowaniu brały udział 4 oferty.

Wszystkie znajdowały się w prawidłowej formie elektronicznej z tym zastrzeżeniem, że trzy oferty posiadały podobną pojemność elektroniczną pliku a jedna oferta odbiegała znacznie od pozostałych. Po dokonaniu kilku prób bezskutecznego otwarcia oferty o znacznie mniejszej pojemności elektronicznej pliku - Zamawiający skontaktował się z miniPortalem zarówno telefonicznie jak i mailowo. W dniu 7 kwietnia 2020r zamawiający otrzymał od miniPortalu maila wskazującego na podjęcie ponownej próby otwarcia oferty w innym pomieszczeniu na innym komputerze a następnie przesłanie „ skrinów” otwarcia do miniPortalu. Zamawiający powyższe wykonał jednak bez udziału komisji przetargowej, której udział już dnia następnego był wyłączony z powodu Pandemii ogłoszonej przez WHO oraz stan epidemii ogłoszony przez rząd RP. W chwili obecnej muzeum jest zamknięte a jego pracownicy pracują w systemie zdalnym oraz zmianowym.

Oferta została otwarta i uplasowała się na 3 miejscu z uwagi na cenę oraz warunki gwarancji i rękojmi. Ponieważ Zamawiający przeprowadza procedurę z art. 24 aa ustawy PZP czyli tzw. Procedurę odwróconą to można byłoby przypuszczać, że oferta podmiotu uplasowanego na 3 pozycji jest bez wpływu na wynik postępowania. Otóż jest to zdaniem Zamawiającego błędne rozumowanie, bowiem w przypadku braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez dwie pierwsze oferty lub braku podpisania umowy przez dwóch pierwszych wykonawców właśnie ta trzecia miałaby szansę brać udział w postępowaniu co byłoby już niedopuszczalne z uwagi na błędy związane z otwarciem ofert.

Kolejną sprawą jest fakt, że do dnia dzisiejszego Zamawiający nie otrzymał odpowiedzi miniPortalu w sprawie ustalenia na czym polegała wada otwarcia pliku oraz po czyjej stronie leży błąd.

Gdyby przyjąć, że błąd otwarcia pliku z ofertą leży po stronie Zamawiającego wówczas z zaleceniami urzędu zamówień publicznych ( informator 3/2019) należy rozważać unieważnienie postępowania. Natomiast, jeżeli błąd leżałby po stronie Wykonawcy wówczas ofertę należy uznać za niezłożoną. W takiej sytuacji plik otwarty po terminie nie brałby i tak udziału w postępowaniu.

**W sprawie będącej przedmiotem wyroku KIO z 14 grudnia 2016 r., KIO 2303/16,** KIO **Nie nakazała dokonania ponownego czynności zaniechanej (powtórzenia otwarcia ofert) , uznając, że czynność otwarcia ofert jest czynnością jednorazową, faktyczną, której powtórzenie nie jest możliwe w innym dniu niż wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ.**

Oferta otwarta dotyczył firmy TRIAS AVI sp. Z .o.o z siedzibą w Warszawie, ul. Kabaretowa 21, 01-942 Warszawa. Niniejszą informację Zamawiający podaje w oparciu o wyrok KIO z 22 listopada 2013 r., KIO 2462/12) oraz 7 czerwca 2016 r., KIO 894/16), 2 sierpnia 2016 r., KIO 1327/16,.

Reasumując: Biorąc pod uwagę ,że przedmiotowa oferta jednak się otworzyła tyle ,że po dniu otwarcia ofert oraz biorąc pod uwagę fakt,że czynności otwarcia ofert nie można powtórzyć przedmiotowa oferta firmy TRIAS AVI sp.z.o.o z Warszawy nie może brać udziału w dalszej części postępowania. Wybranie innej oferty z pominięciem wykonawcy TRIAS AVIL sp z.o.o lub z uwzględnieniem wykonawcy TRIAS AVIL spz.o.o mogłoby przyczynić się do uznania dalszych czynności Zamawiającego za naruszające prawo zamówień publicznych , mających istotny wpływ na wynik postępowania a tym samym mogłoby doprowadzić do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu. Z tych też względów Zamawiający dokonuje unieważnienia postępowania.

Dyrektor

Muzeum Mazowieckiego w Płocku

Leonard Sobieraj