



Rzeszów, 21.04.2017 r.

PBWR-4/2017/PEBP

Według rozdzielnika

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa portalu e-biblioteki” prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, opublikowanego w BZP pod nr 51294 - 2017 z dnia 24-03-2017 r. na stronie internetowej <http://bip.rzeszow.pbw.org.pl> i tablicy ogłoszeń w siedzibie Zamawiającego.

Na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015r. poz. 2164 t.j. ze zm.), Zamawiający **unieważnia** przedmiotowe postępowanie przetargowe ponieważ obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

UZASADNIENIE

Zamawiający w dniu 24.03.2017 r. ogłosił przedmiotowe postępowanie w Biuletynie Zamówień Publicznych i w tym samym dniu umieścił na stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia.

Termin składania ofert upłynął w dniu 7 kwietnia 2017 r. Zamawiający w tym samym dniu dokonał otwarcia złożonych ofert.

W dniu 12 kwietnia 2017 r., (już po terminie składania ofert) zamawiający otrzymał wynik kontroli przeprowadzonej przez Instytucję Zarządzającą Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Podkarpackiego. Kontrola dotyczyła prawidłowości przeprowadzenia postępowania pn. *Rozbudowa systemu Bibliotecznego (PBWR-2/2017/PEBP)* wszczętego w dniu 8 lutego 2017 r.

Po zapoznaniu się z w/w wynikiem kontroli Zamawiający dokonał weryfikacji treści SIWZ i ogłoszenia dotyczących postępowania pn.: „*Budowa portalu e-biblioteki*” (opublikowanego w BZP pod nr 51294 - 2017 z dnia 2017-03-24).

Zamawiający stwierdził wystąpienie poniższych wad.

I. Naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 5 oraz art. 41 pkt 7 ustawy Pzp, poprzez rozbieżność między ogłoszeniem o zamówieniu, a SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu (sekcja III Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym), Zamawiający nie przewidział warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie natomiast z treścią SIWZ - rozdział V. Warunki



udziału w postępowaniu - Zamawiający wskazał, iż stawia warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia Wykonawcy lub osób skierowanych do realizacji zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 41 pkt 7 ustawy Pzp - ogłoszenie o zamówieniu (...) zawiera warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia. Art. 36 ustawy Pzp zawiera z kolei minimalne wymagania odnośnie specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W szczególności zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp – SWIZ zawiera co najmniej (...): warunki udziału w postępowaniu.

Na gruncie ustawy Pzp nie sposób uznawać któregośkolwiek z tych dokumentów za istotniejszy. Rozbieżność między ogłoszeniem o zamówieniu, a SIWZ w zakresie opisu warunku udziału w postępowaniu polegająca na tym, że w ogłoszeniu takiego opisu brak, a znajduje się on w SIWZ, nie może być uznana za niemającą wpływu na wynik postępowania. (np. wyrok KIO 49/14). Informacje zawarte w treści ogłoszenia o zamówieniu, w tym przede wszystkim informacje dotyczące warunków udziału nie mogą różnić się od analogicznych wymagań sformułowanych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jedną z gwarancji przestrzegania zasady transparentności prowadzonych procedur udzielania zamówień jest zachowanie staranności w publikacji informacji o warunkach prowadzonego postępowania. W trybach rozpoczynających się publicznym zaproszeniem do składania ofert informacje m.in. na temat warunków udziału w postępowaniu muszą być zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu. Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Z tych norm prawnych należy zatem wyprowadzić: normę nakazującą zgodność postanowień SIWZ z treścią opublikowanego ogłoszenia. Niewątpliwie SIWZ może zawierać więcej treści niż ogłoszenie o zamówieniu. Taka konstatacja wynika z analizy art. 36 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 41 ustawy Pzp. Jednak w tym zakresie dla równego traktowania wykonawców musi zachodzić zgodność pomiędzy treścią ogłoszenia, a treścią SIWZ. Stanowisko powyższe znajduje potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 września 2014 r., o sygn.. KIO 1804/14 w myśl, którego norma zgodności treści SIWZ z treścią ogłoszenia wynika przede wszystkim z nakazu równego traktowania wykonawców. Nie można bowiem w ocenie Izby uznać za równe traktowanie wykonawców sytuacji, gdy wykonawcy będą brali udział w postępowaniu na odmiennych zasadach opierając się jedni na treści SIWZ, inni na treści ogłoszenia. W ocenie Izby zatem wada, która zaistniała w niniejszym postępowaniu powoduje naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy.

II. W tym samym postępowaniu Zamawiający stwierdził również naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez żądanie dokumentów, które nie były dokumentami niezbędnymi do przeprowadzenia przedmiotowego postępowania. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu (sekcja III.2.2.) - Zamawiający wskazał, iż nie przewiduje wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 ustawy Pzp. Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale VI pkt 2 *Podstawy wykluczenia* wskazuje, że Zamawiający nie przewiduje wykluczenia na podstawie przesłanek określonych w art. 24 ust. 5 ustawy Pzp. W rozdziale VII (SIWZ) pkt 2.2 - Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, zamawiający

wskazał: 1) odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy (...). Wskazany wyżej dokument w postaci odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej był dokumentem zbędnym - zamawiający może żądać tego dokumentu tylko w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 5, jeżeli jednoznacznie zastrzeże w dokumentacji postępowania, iż przewiduje wykluczenie wykonawców na podstawie przesłanek fakultatywnych wskazanych w ww. przepisie. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający żądając dokumentu potwierdzającego spełnienie przesłanki fakultatywnego wykluczenia z postępowania, której zamawiający nie przewidział na etapie jego prowadzenia - naruszył przepis art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Przywołane powyżej wystąpienie pokontrolne Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Podkarpackiego dot. prawidłowości przeprowadzenia postępowania *Rozbudowa systemu Bibliotecznego (PBWR-2/2017/PEBP)* zawierało stwierdzenie analogicznych uchybień skutkujących pomniejszeniem/naliczeniem korekty finansowej zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r., w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień.

Zamawiający stwierdził, że źródłem wystąpienia opisanych powyżej wad jest niecelowe (omyłkowe) działanie Zamawiającego polegające na nieprawidłowym sporządzeniu ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ w oparciu o robocze (nieostateczne) wersje SIWZ.

Zamawiający w oparciu o orzecznictwo KIO (np. wyrok KIO 1488/14) dokonał analizy przesłanek unieważnienia postępowania pn. „Budowa portalu e-biblioteki” określonych w art. 93 ustawy Pzp i stwierdził, że przedstawione wyżej niezgodności powodują, że postępowanie to obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Takie wady zostały wymienione w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, jednak nie wyczerpują one wszystkich wad postępowania, jakich może dopuścić się Zamawiający, a które powinny skutkować unieważnieniem postępowania. W orzecznictwie wskazuje się na to, że również okoliczności uprawniające Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu powszechnego o unieważnienie umowy stanowią przesłankę dla samodzielnego dokonania przez zamawiającego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Kluczowym argumentem przemawiającym za taką możliwością jest fakt, że zamawiający unieważniając przed zawarciem umowy postępowanie o udzielenie zamówienia obarczone wadą uprawniającą Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do żądania unieważnienia umowy, zapobiega szkodom, jakie mogą powstać w

związku z wykonaniem lub częściowym wykonaniem umowy. Oznacza to, że dodatkową przesłanką, jaką należy brać pod uwagę przy dokonywaniu oceny dopuszczalności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy jest wymóg, aby wada była wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający stwierdził, że fakt zaistnienia rozbieżności pomiędzy ogłoszeniem o zamówieniu, a specyfikacją istotnych warunków zamówienia narusza przepisy ustawy Pzp. Zamawiający wskazuje, że pomimo, iż w Ustawie Pzp nie ma normy wprost nakazującej zgodność treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z treścią ogłoszenia o zamówieniu, (podczas gdy art. 82 ust. 3 ustawy wprost wskazuje na konieczność zgodności oferty z treścią SIWZ, a art. 140 ust. 1, na tożsamość zobowiązania ofertowego ze zobowiązaniem ofertowym), to taką normę da się wyprowadzić z przepisów ustawy. Przede wszystkim można tu wskazać art. 38 ust. 4a ustawy Pzp, który nakazuje w przypadku dokonywania zmian treści SIWZ przed upływem terminu składania ofert, dokonywać także zmiany ogłoszenia o zamówieniu, o ile zmiany SIWZ wymagają zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Art. 12a ust. 2 w/w ustawy wskazuje jakie zmiany wymagają zmiany ogłoszenia o zamówieniu i przedłużenia terminu składania ofert określa. Ponadto art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Z tych norm prawnych należy zatem wyprowadzić normę nakazującą zgodność postanowień SIWZ z treścią opublikowanego ogłoszenia. Zamawiający stwierdza, że nie można uznać za równe traktowanie wykonawców sytuacji, gdy wykonawcy brali udział w postępowaniu na odmiennych zasadach opierając się jedni na treści SIWZ, inni na treści ogłoszenia. Zatem wada, która zaistniała w niniejszym postępowaniu powoduje naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy.

Drugą przesłanką dopuszczalności unieważnienia postępowania jest niemożność usunięcia wady. Zgodnie z art. 38 ust. 4 zd. 1 ustawy zamawiający może zmienić treść SIWZ Pzp jedynie przed upływem terminu składania ofert, zaś z art. 12 ustawy wynika, że również zmiana ogłoszenia może być dokonana tylko przed upływem terminu składania ofert. W niniejszym postępowaniu termin składania ofert już upłynął, zatem brak jest możliwości usunięcia wady przez zmianę, czy to treści ogłoszenia o zamówieniu, czy zmianę treści SIWZ. Trzecia i czwarta przesłanka wiążą się wzajemnie. Trzecia przesłanka stanowi, że wada ma uniemożliwiać zawarcie ważnej umowy, a czwarta, że umowa podlega unieważnieniu, jeśli stwierdzone naruszenie ma wpływ lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Zamawiający analizując tę przesłankę doszedł do wniosku, że stwierdzone naruszenia mogły mieć potencjalny wpływ na krąg podmiotów zainteresowanych udziałem w przedmiotowym postępowaniu i może mieć wpływ na jego wynik.

Mając na uwadze fakt, że:

- wszystkie przesłanki dopuszczalności z art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 ustawy zostały wypełnione, w szczególności opisane wyżej niezgodności ogłoszenia o zamówieniu z SIWZ nie mogą ulec walidacji na obecnym etapie postępowania (po terminie składania ofert).



- przedmiotowe wady skutkować będą naliczeniem korekt finansowych przez Instytucję Zarządzającą RPO WP, co jest niezgodne z zasadą dokonywania wydatków ze środków publicznych określoną w art. 44 ustawy o finansach publicznych - wydatki publiczne powinny być dokonywane: w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, w sposób umożliwiający terminową realizację zadań, w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań. Jednostki sektora finansów publicznych zawierają umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej.
- art. 93 ust. 1 ustawy Pzp określając przesłanki unieważnienia postępowania nie zakreśla zamawiającemu terminu na dokonanie takiej czynności, tym samym dopuszczalne jest dokonanie unieważnienia postępowania na tym etapie postępowania - przed czynnością oceny ofert.

Zamawiający postanowił jak na wstępie.

Zamawiający informuje, że zgodnie z art.181 ust. 1 Ustawy Pzp Wykonawca może w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie Zamawiający informuje, że niezwłocznie zostanie wszczęte nowe postępowanie w zakresie tego przedmiotu zamówienia.

Otrzymują:

1. a/a

2. Adresat:

- Ideo Sp. z o.o., ul. Nad Przyrwą 13, 35-234 Rzeszów
- Nfinity.pl Sp. z o.o., ul. Wandy 7/4, 53-320 Wrocław
- Inovatica Sp. z o.o. Sp. k., ul. Kościuszki 80/82, 90-437 Łódź
- NetPC Sp. z o.o., ul. Gradowa 11, 80-802 Gdańsk
- Aspello Sp. z o.o., al. Generała Józefa Hallera 80/2, 53-324 Wrocław
- American Systems Sp. z o.o., ul. 27 Grudnia 7, 61-737 Poznań
- OPTeam S.A., Tajęcina 113, 36-002 Jasionka

DYREKTOR
Pedagogicznej Biblioteki Wojewódzkiej
Lucyna Brymora
Lucyna Brymora