



MINISTERSTWO OBRONY NARODOWEJ

DEPARTAMENT ADMINISTRACYJNY

Warszawa, dnia 8 lipca 2021 r.

**INFORMACJA
O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego *na usługi zarządzania i wsparcia (Inżyniera Kontraktu) w ramach realizacji projektu pn. Budowa ogólnopolskiej platformy wysokiej jakości i dostępności e-usług publicznych w podmiotach leczniczych utworzonych i nadzorowanych przez MON, nr sprawy 28/ZP/20*, na podstawie art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 oraz 2020 r. poz. 1086), zwanej dalej „ustawą”, Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokonał:

➤ **unieważnienia postępowania:**

na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 w związku z art. 17 ust. 1 pkt 4 i art. 17 ust. 3 oraz art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 1086), (zwanej dalej „ustawą”), ponieważ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Uzasadnienie:

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 29 grudnia 2020 r. W związku z otrzymaniem przez Zamawiającego znacznej liczby wniosków o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w zakresie dotyczącym warunków udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert oraz opisu przedmiotu zamówienia, w dniu 3 lutego 2021 r. decyzją nr 24 Zastępcy Dyrektora Departamentu Administracyjnego do składu komisji przetargowej zostali powołani dodatkowi merytoryczni członkowie komisji. W dniu 18 marca 2021 r. jeden z merytorycznych członków komisji powołanych ww. decyzją przekazał oświadczenie o zaistnieniu podstawy do wyłączenia z udziału w czynnościach w postępowaniu. W oświadczeniu członek komisji jako podstawę wyłączenia wskazał art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy, tj. zaistnienie okoliczności pozostawiania z jednym z Wykonawców w stosunku prawnym lub faktycznym, który może budzić uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności (*oświadczenie zostało opatrzone datą*

11 marca 2021 r., tj. datą otwarcia ofert). Na podstawie wyjaśnień ustalono, że Wykonawcą, o którym mowa w oświadczeniu jest IV_ON sp. z o.o.

Zgodnie z art. 7 ust. 2 ustawy czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mają wykonywać osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Wyrazem tej zasady jest art. 17 ustawy, który w ust. 1 pkt 4 zawiera przesłankę o treści: „pozostają z Wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób”. Obowiązek przestrzegania zasady określonej w art. 7 ust. 2 ustawy jak i obowiązek wskazany w art. 17 ust. 2 ustawy obejmują wszystkie czynności związane z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia. Czynnościami związanymi z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, do których odnosi się art. 17 ust. 1 i 2 ustawy, będą czynności dokonywane od momentu wszczęcia postępowania (które w przetargu nieograniczonym stanowi zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej) do chwili udzielenia zamówienia publicznego (rozumianego jako podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego). W konsekwencji obowiązek złożenia oświadczenia o istnieniu lub braku istnienia okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy, dotyczy osób, które brały udział w wykonywaniu czynności podejmowanych w ramach postępowania.

Jeżeli adresatem normy zawartej w art. 17 ust. 2 ustawy są osoby biorące udział w postępowaniu, a w tym przypadku merytoryczny członek komisji, to wiedza o tym czy zachowa on obiektywizm i bezstronność w związku z okolicznościami budzącymi wątpliwości nie jest kwestią jaką należy badać w sytuacji, gdy kwestię tę rozstrzyga sama osoba składając oświadczenie. Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) z dnia 2 grudnia 2016 r., sygn. KIO 2066/16 zarówno strony (czyli Zamawiający) jak i KIO nie mają uprawnień do podważania zasadności złożonego oświadczenia, o którym mowa w art. 17 ustawy. W dniu 19 marca 2021 r. Zamawiający wyłączył z prac komisji przetargowej oraz odwołał ze składu komisji przetargowej ww. członka komisji. Dodatkowo należy wskazać, że stosownie do treści art. 17 ust. 5 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2021. poz. 289), naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niewyłączenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursu osoby podlegającej wyłączeniu z takiego postępowania lub konkursu na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych.

Istotnym faktem jest to, że obowiązek złożenia ww. oświadczenia aktualizuje się w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w chwili która pozwala na zidentyfikowanie Wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia publicznego.

Oznacza to, że jeżeli osoby przeprowadzające postępowanie zapoznają się z informacją pozwalającą na zweryfikowanie swojego powiązania z konkretnym Wykonawcą, który jest takiej osobie znany właśnie w związku z określonym powiązaniem, które rzutuje na obowiązki realizowane na rzecz Zamawiającego, to bezwzględnie osoba ta powinna zaprzestać prac w ramach postępowania.

W przedmiotowym postępowaniu, jednym z Wykonawców, którzy skierowali do Zamawiającego wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ był Wykonawca IV_ON sp. z o.o. (w dniu 26 stycznia 2021 r.). Zatem okoliczności uzasadniające wyłączenie merytorycznego członka komisji zaistniały już 3 lutego 2021 r., ponieważ treść pytań wraz z informacją o ich źródle była znana merytorycznemu członkowi komisji przetargowej. W tej sytuacji Wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu ujawnił się już na etapie zadawanych pytań do treści SIWZ i możliwa była jego identyfikacja. Należy podkreślić, że na członku komisji przetargowej spoczywa szczególny obowiązek dbałości o weryfikowanie swojego stosunku do Wykonawców w tym sprawdzenia, czy dana osoba jest tą samą osobą, z którą członka komisji przetargowej łączą relacje mogące wpływać na jego bezstronność i obiektywizm.

W związku z powyższym, merytoryczny członek komisji już od dnia powołania go do składu komisji przetargowej, tj. od 3 lutego 2021 r., a nie z chwilą dokonania otwarcia ofert, tj. 11 marca 2021 r., powziął wiadomość o zaangażowaniu Wykonawcy IV_ON sp. z o.o. w postępowanie i tym samym o istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy.

Powody wyłączenia wskazane przez merytorycznego członka komisji, a odnoszące się do relacji z Wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu, jak również kierował wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, mogły mieć wpływ na wykonywane przez niego czynności w postępowaniu na etapie przed składaniem ofert, w tym przypadku na sporządzenie odpowiedzi na pytania o wyjaśnienie treści SIWZ, zmiany treści SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert oraz opisu przedmiotu zamówienia. Okoliczności, które spowodowały decyzję o wyłączeniu z udziału w postępowaniu rzutowały również na przygotowanie argumentacji w sprawie pozostawienia bez odpowiedzi jednego wniosku o wyjaśnienie treści SWZ **dotyczącego obniżenia wymagań dostępowych dla Wykonawców.**

Mając na uwadze liczbę pytań do treści SIWZ, jak i ich zakres, wyjaśnienia, zmiany treści SIWZ oraz pozostawienie bez odpowiedzi wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ, należy stwierdzić, że czynności te miały wpływ na ukształtowanie treści wymagań Zamawiającego oraz świadczenia Wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie

oraz ograniczenie kręgu potencjalnych Wykonawców. Sytuacja, w której merytoryczny członek komisji podlegający wyłączeniu udzielał odpowiedzi na pytania zadawane do treści SIWZ, jako osoba powiązana z Wykonawcą, powoduje zaistnienie okoliczności wskazujących na wystąpienie konfliktu interesów w relacji tego Wykonawcy z merytorycznym członkiem komisji. W tych okolicznościach naruszony obowiązek wyłączenia się z postępowania z momentem ujawnienia się Wykonawcy przez zadawanie pytań do treści SIWZ miał wpływ na ukształtowanie ostatecznej treści opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu. Z tych względów czynności merytorycznego członka komisji dokonywane od momentu ujawnienia się Wykonawcy, w odniesieniu do którego materializowała się przesłanka wyłączenia się z podejmowania czynności w postępowaniu, należy określić jako mające wpływ na wynik postępowania.

Kwestia ta jest niezwykle istotna, dlatego że w przedmiotowym postępowaniu złożone zostały tylko dwie oferty, a jedna z tych ofert pochodzi od spółki IV_ON sp. z o.o., z którą powiązany jest merytoryczny członek komisji. Co więcej, w toku prowadzonych czynności badania ofert okazało się, że IV_ON sp. z o.o. to **jedyny** Wykonawca, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu i **jedyny**, który zaoferował cenę mieszczącą się w kwocie, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

Obowiązkiem osób zaangażowanych w przygotowanie lub prowadzenie postępowania po stronie Zamawiającego jest działanie w zgodzie ze stanem prawnym, niezależnie od własnych opinii, odczuć, preferencji lub interesów. Przepisy ustawy wymagają zatem, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie brały udziału osoby pozostające w określonych relacjach z Wykonawcą. Przepisy te mają gwarantować, że czynności po stronie Zamawiającego, wykonywać będą osoby, które w toku postępowania nie będą kierować się względami osobistymi, co może mieć kluczowe znaczenie dla jego wyniku. Naruszenie tej zasady w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wpływa negatywnie na zachowanie zasad zamówień publicznych, w tym w szczególności zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Realizacja powyższych zasad w okolicznościach sprawy prowadzi do wniosku, że osoba podlegająca wyłączeniu z postępowania na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy nie powinna wykonywać czynności już od momentu identyfikacji Wykonawcy w drodze wniesienia pytań do treści SIWZ. Zasada określona w art. 7 ust. 2 ustawy, nie dopuszcza do zaistnienia chociażby zagrożenia dla bezstronności i niezależności osób wykonujących czynności w postępowaniu. Niezrealizowanie tego obowiązku, tj. złożenia oświadczenia o wyłączeniu się od udziału w czynnościach dokonywanych w postępowaniu w momencie

ujawnienia się Wykonawców poprzez zadawanie pytań do treści SIWZ, stanowi naruszenie art. 7 ust. 2 w związku z art. 17 ust. 3 ustawy.

Jednocześnie wskazać należy, że zgodnie z art. 17 ust. 3 ustawy czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podjęte przez osobę podlegającą wyłączeniu po powzięciu przez nią wiadomości o okolicznościach, o których mowa w ust. 1, powtarza się, z wyjątkiem otwarcia ofert oraz innych czynności faktycznych niewpływających na wynik postępowania. Przywołany przepis ustala generalną zasadę, że czynności podjęte przez osobę podlegającą wyłączeniu podlegają obligatoryjnemu powtórzeniu. Przyjmuje się, że pod pojęciem czynności podjętych przez osobę podlegającą wyłączeniu rozumie się nie tylko czynności dokonywane przez tę osobę samodzielnie, ale również czynności dokonane przez komisję przetargową, której członkiem była osoba podlegająca wyłączeniu. Czynności podjęte przez komisję przetargową, w których brał udział członek komisji podlegający wyłączeniu powtarza się bez udziału tej osoby. Nie podlegają powtórzeniu jedynie czynności o wyłącznie faktycznym charakterze, pod warunkiem, że nie wpływają one na wynik postępowania.

W powyższej sytuacji, fakt udziału merytorycznego członka komisji podlegającego wyłączeniu w czynnościach postępowania, uznać należy za naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy. Dokonane bowiem przez Zamawiającego przed otwarciem ofert czynności udzielenia wyjaśnień treści SIWZ, zmiany treści SIWZ, pozostawienie bez odpowiedzi wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ nie mają charakteru faktycznego, ponieważ dotyczą opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji czynności te (poza otwarciem ofert) są nieskuteczne i podlegają obowiązkowi powtórzenia zgodnie z art. 17 ust. 3 ustawy, jednak ze względu na moment, w którym wyłączony został członek komisji powtórzenie tych czynności nie jest możliwe, a co za tym idzie wada ta ma charakter nieusuwalny.

W przedmiotowej sprawie udział merytorycznego członka komisji, który podlegał wyłączeniu, w czynnościach wykonywanych na etapie postępowania wskazuje, że zaistniała możliwość realnego wpływu na wynik postępowania. Ocenie w tym przypadku podlega treść oraz skutki czynności dokonanych przez osobę podlegającą wyłączeniu z punktu widzenia celu oraz zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wpływ na „wynik postępowania” będą miały zatem wszelkie czynności członków komisji, które dotyczą możliwej eliminacji z postępowania Wykonawców i ofert, które do zamówienia winny być dopuszczone oraz zamówienie uzyskać. Przy czym, pojęcie czynności „mogących wpłynąć na wynik postępowania” obejmuje także wszystkie te czynności, które zwiększają szansę danego Wykonawcy na uzyskanie zamówienia, np. skutek opisu przedmiotu zamówienia lub określenia

warunków udziału w postępowaniu, co następuje nie tylko przed wszczęciem postępowania, ale również w ramach udzielanych przez Zamawiającego wyjaśnień i zmian treści SIWZ.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Zamawiającego doszło do naruszenia przepisów ustawy przez podejmowanie czynności w postępowaniu przez osobę podlegającą wyłączeniu. Merytoryczny członek komisji czynnie biorący udział w przedmiotowym postępowaniu miał wpływ na ostateczną treść dokumentacji przetargowej, a tym samym na wynik prowadzonego postępowania, co zgodnie z art. 146 ust. 6 ustawy stanowi podstawę do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednocześnie istniejąca wada ma charakter nieusuwalny.

Zgodnie z dyspozycją art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wyżej wymieniona przesłanka unieważnienia postępowania składa się z koniunkcji trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje obowiązkiem zastosowania tego przepisu. Po pierwsze, musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania). Jednocześnie stwierdzona wada postępowania musi wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w postępowaniu z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik. Po drugie, wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Po trzecie, wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Wada postępowania musi mieć charakter trwały, musi rzeczywiście wystąpić i musi powodować niemożliwość zawarcia ważnej umowy. Ponadto wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada o istotnym znaczeniu (tak też wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2016 r., sygn. KIO 2389/16).

Zamawiający po analizie stanu faktycznego stwierdził, że wystąpiły wszystkie powyżej wymienione okoliczności. Dokonanie czynności w postępowaniu przez komisję przetargową z udziałem osoby podlegającej wyłączeniu stanowi wadę postępowania o udzielenie zamówienia, a w odniesieniu do czynności, których komisja nie może ponowić, wada ta jest nieusuwalna. Wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy ponieważ na obecnym etapie postępowania nie ma możliwości powtórzenia czynności w postępowaniu dokonanych przez merytorycznego członka komisji podlegającego wyłączeniu, które to czynności miały wpływ na wynik

postępowania. W ocenie Zamawiającego, ww. członek komisji już w dniu 3 lutego 2021 r. wiedział o zainteresowaniu Wykonawcy IV_ON sp. z o.o. przedmiotowym postępowaniem, a mimo to nie powstrzymał się od podejmowania czynności w postępowaniu. Całokształt czynności, jakie wykonywał wyłączony członek komisji w postępowaniu miał wpływ na postanowienia dokumentacji postępowania, a tym samym na wynik prowadzonego postępowania. Sam fakt współdziałania przy podejmowaniu decyzji co do zmian poszczególnych postanowień, akceptowania pewnych zaproponowanych rozwiązań wskazuje na to, że działania merytorycznego członka komisji miały wpływ na wynik postępowania. Zwłaszcza, że wyłącznie on posiadał wiedzę z zakresu spraw technicznych, której nie posiadali inni merytoryczni członkowie Komisji. Zatem biorąc udział w postępowaniu całokształt dokonywanych przez niego czynności stanowi o wpływie na wynik prowadzonego postępowania.

Mając na uwadze powyższe, postępowanie o udzielenie zamówienia zostało obarczone wadą, której nie da się usunąć, ponieważ Zamawiający nie może powtórzyć na tym etapie postępowania czynności nieskutecznych ze względu na udział w nich wyłączonego członka komisji. Obowiązujące przepisy ustawy nie przewidują w tym zakresie również możliwości na etapie badania ofert konwalidacji czynności, które miały miejsce przed terminem składania i otwarcia ofert. Wada w przedmiotowym postępowaniu ma charakter rzeczywisty i nieusuwalny, jest przy tym na tyle poważna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jednocześnie należy wskazać, że umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w sytuacji wypełnienia się szczególnej przesłanki wynikającej z art. 146 ust. 6 ustawy, zgodnie z którą określone zostało uprawnienie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu powszechnego o unieważnienie umowy. Ustawodawca w tym przepisie przewidział, że umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do określonego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Kierując się powyższym Zamawiający uznał, że doszło do wady prowadzonego postępowania, wada ta skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego i wada ta jest nieusuwalna i ma charakter trwały. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 6 czerwca 2016 r. (sygn. KIO 883/16) niemożność dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej każdorazowo należy uznać za niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, o której mowa w art. 146 ust. 6 ustawy. Wybór oferty najkorzystniejszej, prawidłowy i zgodny z procedurą udzielania zamówień, jest bowiem

wynikiem postępowania samym w sobie i celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia (co wynika z definicji art. 2 pkt 7a ustawy).

Mając na uwadze powyższe, unieważnienie postępowania jest w pełni uzasadnione i konieczne.

Podsumowując, decyzja Zamawiającego o unieważnieniu niniejszego postępowania została podjęta po szczegółowej analizie wszystkich okoliczności sprawy, a wskazane wyżej podstawy faktyczne znajdują uzasadnienie w obowiązujących przepisach ustawy.