

Sygn. akt: KIO/KU 48/14

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 29 maja 2014 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 06.05.2014 r. (wpływ 13.05.2014 r.) zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Główny Urząd Geodezji i Kartografii
ul. Wspólna 2
00-926 Warszawa

dotyczących Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 28.04.2014 r.
(znak: UZP/DKUE/W3/420/34(5)/14/MR dot. UZP/DKUE/KU/33/14)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

Dostosowanie baz danych ewidencji gruntów i budynków (EGiB) do wymagań zintegrowanego systemu informacji o nieruchomościach oraz utworzenie dla wybranych jednostek ewidencyjnych BDOT500 i inicjalnych baz danych GESUT – części III i X

prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Ryszard Tetzlaff
Członkowie:	Agnieszka Trojanowska
	Renata Tubisz

wyraża następującą opinię:

Izba uwzględnia zastrzeżenia Zamawiającego.

Uzasadnienie

Główny Urząd Geodezji i Kartografii, ul. Wspólna 2, 00-926 Warszawa zwany dalej: „Zamawiającym” przeprowadziło postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostosowanie baz danych ewidencji gruntów i budynków (EGiB) do wymagań zintegrowanego systemu informacji o nieruchomościach oraz utworzenie dla wybranych jednostek ewidencyjnych BDOT500 i inicjalnych baz danych GESUT – części III i X” na podstawie art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”. Zamawiający zawiadomieniem z dnia 18.02.2014 r. poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania w części III, a następnie przekazał dokumentację postępowania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zwanego dalej: „Prezesem UZP” celem przeprowadzenia kontroli uprzedniej, która rozpoczęła się 02.04.2014 r.

Z ustaleń kontroli uprzedniej - pismo z dnia 28.04.2014 r. (informacja o wyniku kontroli uprzedniej) - wynikają następujące okoliczności. W zakresie pkt 1. Przedmiot zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostosowanie baz danych ewidencji gruntów i budynków (EGiB) do wymagań zintegrowanego systemu informacji o nieruchomościach oraz utworzenie dla wybranych jednostek ewidencyjnych BDOT500 i inicjalnych baz danych GESUT” został podzielony na 11 cz. Cz. III zamówienia dotyczy realizacji ww. usługi w powiecie: koszalińskim, kołobrzeskim oraz wałeckim. Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 17.02.2014 r., w cz. III zostały złożone 3 oferty:

- 1) wykonawcy Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych „Pryzmat” Sp. z o.o. z ceną ofertową 1 644 856,87 zł brutto;
- 2) konsorcjum firm: Warszawskie Przedsiębiorstwo Geodezyjne S.A. (lider), ABM Studio Geodezji i Kartografii Numerycznej M.S. z ceną ofertową 2 341 830,12 zł brutto;
- 3) konsorcjum firm: EUROSYSYSTEM S.A. (lider), Przedsiębiorstwo Miernictwa Górniczego Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne VERTICAL Sp. z o.o. z ceną ofertową 2 583 000,00 zł brutto.

Pismem z dnia 18.02.2014 r. zamawiający poinformował wykonawców, że postępowanie w cz. III zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zamawiający wskazał, że nie odczytał w cz. III zamówienia oferty Zakładu Usług Geodezyjnych i Kartograficznych „Pryzmat” Sp. z o.o.: „Wystąpienie powyższej wady jest nieusuwalne i ma kluczowy wpływ na wynik postępowania, wobec czego należy uznać, iż przedmiotowe postępowanie dotknięte jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Czynność otwarcia ofert jest czynnością

faktyczną, która ma charakter jednokrotny i nie może być ponawiana w danym postępowaniu (KIO/UZP 1344/09 z dnia 12.10.2009), co przesądza o braku możliwości konwalidowania czynności zaniechania otwarcia prawidłowo złożonej oferty. W związku z powyższym postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, Zamawiający jest zobligowany na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp do unieważnienia postępowania w części III". Dnia 19.02.2014 r. wykonawca Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych „Pryzmat” Sp. z o.o. skierował do zamawiającego pismo wzywające do wyjaśnienia przyczyn unieważnienia postępowania. Wykonawca podniósł m. in.: „(...) złożyliśmy ofertę zarówno dla części III i II, w jednym spójnym egzemplarzu dokumentacji przetargowej, którą komisja Zamawiającego otworzyła, w celu odczytania cen dla części II, która była czytana jako pierwsza, więc tym samym została otwarta i przyjęta w całości przez komisję dla części III, mimo że cena nie została przez Zamawiającego zaprotokołowana, mimo jej odczytania (dowodem jest posiadanie oferty przez Zamawiającego). (...) otwarcie ofert dla części II i III nastąpiło, więc było jednorazowe. Dlatego nie zachodzi tu konieczność dokonania kolejnego otwarcia ofert, co miałoby być wadą w tym postępowaniu upoważniającą Zamawiającego do unieważnienia postępowania przetargowego w zakresie zamówienia w części III. (...)” Pismem z dnia 26.02.2014 r. Zamawiający odpowiedział na ww. pismo, wskazując m. in.: „Zamawiający otworzył i odczytał nazwy i adresy Wykonawców, którzy złożyli oferty na część III zamówienia oraz otworzył Państwa kopertę, odczytał cenę oferty z II części, natomiast nie odczytał ceny oferty w części III zamówienia. Otwarcie ofert nie stanowi czynności prawnej, lecz jest czynnością faktyczną. Ma ono charakter jednokrotny i ze swej natury nie może być ponawiane w danym postępowaniu. W okolicznościach faktycznych sprawy brak podania ceny Państwa oferty w części III ma istotne konsekwencje prawne. Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na części i dopuścił możliwość składania ofert częściowych. Brak jest zatem podstaw do przyjęcia, że nastąpiło jawne otwarcie oferty Państwa na część III, skoro odczytano cenę oferty na część II zamówienia. Zamawiający ponownie ocenił całokształt okoliczności faktycznych analizując orzecznictwo KIO i Sądów Okręgowych, w tym szczególnie wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy sygn. akt Ca 2601/09 z dnia 2.02.2010 r. i stwierdził, że jedyne co w tej sytuacji można uczynić to unieważnienie wszystkich czynności w części III zamówienia. Każda inna decyzja Zamawiającego prowadziłaby do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. (...). Należy zauważyć, iż taka decyzja Zamawiającego nie narusza praw Państwa, bowiem w wyniku unieważnienia postępowania w części III Zamawiający zmienił postępowanie „Dostosowanie baz danych ewidencji gruntów i budynków (EGIB) do wymagań zintegrowanego systemu informacji o nieruchomościach oraz utworzenie dla wybranych jednostek ewidencyjnych BDOT500

i inicjalnych baz danych GESUT – Etap II, nr ref. BO-ZP.2510.5.2014.KN-ZSIN w ten sposób, że przeniósł unieważnioną część III do powyższego postępowania jako część VII”.

Mając na uwadze powyższy stan faktyczny stwierdził, co następuje. Stosownie do art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z powyższego przepisu wynika po pierwsze, że zaistniała w postępowaniu wada musi mieć charakter nieusuwalny, co oznacza, że nie może istnieć możliwość jej sanowania przez zamawiającego. Po drugie, konieczne jest stwierdzenie, że zaistniała wada wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że będzie rzutować na ważność tej umowy, a tym samym jej prawną bezskuteczność. Konieczne jest zatem wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na gruncie Pzp katalog przesłanek skutkujących nieważnością umowy wyszczególniony został w art. 146 ust. 1 Pzp. Za dodatkową przesłankę nieważności umowy, na którą zamawiający ma prawo powołać się przy unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp uznaje się również art. 146 ust. 6 Pzp, który łączy możliwość unieważnienia umowy z sytuacją dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Za wadę postępowania w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp nie można zatem uznać jakiegokolwiek naruszenia procedury udzielania zamówień publicznych, konieczne jest bowiem stwierdzenie w sposób niebudzący wątpliwości, że zaistniała wada jest nieusuwalna oraz że naruszenie (wada) może skutkować unieważnieniem umowy z uwagi na okoliczności wskazane w art. 146 Pzp, w tym z uwagi na to, że naruszenie miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Przenosząc powyższe ustalenia na grunt przedmiotowego postępowania zauważył, że w celu zweryfikowania poprawności działania zamawiającego polegającego na unieważnieniu postępowania należy przeanalizować, w jaki sposób okoliczność zaniechania odczytania ceny oferty Zakładu Usług Geodezyjnych i Kartograficznych „Pryzmat” Sp. z o.o. w cz. III zamówienia (a więc naruszenie art. 86 ust. 4 Pzp) wypełniła przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. W pierwszej kolejności podkreślił, że koperta zawierająca ofertę ww. wykonawcy została otwarta w sposób prawidłowy i jawny, w terminie i okolicznościach niebudzących wątpliwości. W kopercie znajdowały się dwa formularze ofertowe dotyczące dwóch części postępowania, zawierające ceny na cz. II i III zamówienia. W konsekwencji uznać należy, że Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych „Pryzmat” Sp. z o.o. złożył prawidłowo ofertę na cz. III zamówienia, a Zamawiający dokonał jej otwarcia. W opinii Prezesa UZP zaniechanie Zamawiającego polegające na braku publicznego poinformowania w momencie otwarcia ofert o złożeniu oferty na jedną z części zamówienia, (przy

niebudzącej wątpliwości okoliczności jej prawidłowego złożenia i otwarcia koperty w terminie otwarcia ofert) nie oznacza, że oferta nie została otwarta publicznie (jawnie), a tym bardziej nie oznacza, że naprawienie powyższego błędu jest niemożliwe. Zamawiający mógł bowiem, niezwłocznie po zauważeniu swojego błędu, przesłać do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu informację z prawidłowym wykazem złożonych ofert wraz z ich cenami, wyjaśniając jednocześnie okoliczności popełnienia błędu w powyższej kwestii. Nie można zatem uznać, że zaistniała wada postępowania była nieusuwalna, co z kolei jest jedną z przesłanek koniecznych do stwierdzenia zasadności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. W następnej kolejności zaistniały w sprawie stan faktyczny poddał analizie pod kątem spełnienia drugiej przesłanki koniecznej do prawidłowego zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, tj. czy wada postępowania była na tyle istotna (może mieć wpływ na wynik postępowania), że nie jest możliwe zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oferta Zakładu Usług Geodezyjnych i Kartograficznych „Pryzmat” Sp. z o.o. złożona w cz. III jest ofertą najkorzystniejszą, zatem kwestia uznania jej jako ważnej w tej części zamówienia ma kluczowe znaczenie dla stwierdzenia wpływu na wynik. Stwierdził, że wynikiem postępowania jest wybór oferty. W przedmiotowej sprawie należy zatem ocenić, jaki wpływ na wybór oferty ma fakt, że zamawiający nie odczytał na otwarciu ofert danych z jednej oferty. Okolicznościami mogącymi mieć wpływ na wynik postępowania, mogą być czynności lub zaniechania zamawiającego mające wpływ na krąg wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie np. poprzez opis przedmiotu zamówienia czy opis sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu, także poprzez opis kryteriów oceny ofert w sposób nie prowadzący do wyboru oferty najkorzystniejszej, czy też czynności lub zaniechania polegające na wadliwej ocenie złożonych ofert. Mogą to być też okoliczności polegające na otwarciu jednej lub kilku ofert przed terminem otwarcia ofert, jako budzące wątpliwości co do zachowania poufności treści takich ofert i możliwości przekazania informacji w tym zakresie innym wykonawcom, co realnie zakłócałoby uczciwą konkurencję. W tym kontekście fakt otwarcia oferty w wyznaczonym terminie, ale nieodczytanie jej danych w tym terminie, jest okolicznością, która nie wpływa ani na krąg wykonawców zainteresowanych złożeniem ofert, ani na treść innych złożonych ofert, ani na możliwość dokonania oceny wszystkich złożonych ofert. W szczególności, że na ofercie Zakładu Usług Geodezyjnych i Kartograficznych „Pryzmat” Sp. z o.o. znajduje się pieczęć Zamawiającego, potwierdzająca wpływ w dniu 14.02.2014 r., co wyklucza podejrzenie złożenia tej oferty po terminie otwarcia ofert, to jest po terminie odczytania treści innych ofert. Z okoliczności sprawy nie wynika także, aby oferta lub oferty zostały otwarte przed tym terminem. Zatem nie można znaleźć związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy brakiem odczytania na otwarciu ofert formularza oferty a wpływem na wynik postępowania. Z uwagi na powyższe

nie można uznać, że błąd Zamawiającego (polegający na zaniechaniu odczytania formularza ofertowego na część III zamówienia) miał bezpośredni wpływ na wynik postępowania, zatem nie zaistniała również druga przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp uprawniająca zamawiającego do unieważnienia postępowania na tej podstawie. O ile bowiem do naruszenia przepisu art. 86 ust. 4 Pzp bezspornie doszło, to jednak nie można uznać, że miało ono realny wpływ na sytuację wykonawców biorących udział w postępowaniu, a w szczególności na wynik postępowania. Jednocześnie zauważył, że jak wynika z listy obecności załączonej do dokumentacji postępowania, wykonawca, którego dotyczy zaniechanie zamawiającego, nie był obecny na otwarciu ofert, zatem nie mógł publicznie zgłosić zamawiającemu faktu popełnienia błędu przy odczytywaniu złożonych w cz. III ofert. Za niedopuszczalne należy w tej sytuacji uznać okoliczność obciążenia wykonawcy konsekwencjami błędu zamawiającego zważywszy, że jego oferta została złożona w sposób prawidłowy. Podsumowując stwierdził, że w przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający w sposób nieuprawniony unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, co w konsekwencji oznacza, że dopuścił się naruszenia ww. przepisu. Zalecenie usunięcia naruszenia: Prezes UZP zaleca Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w cz. III i przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert.

W zakresie pkt 2. Mając na uwadze naruszenie wskazane w punkcie 1, stwierdził należy, że Zamawiający zobligowany był do zbadania i oceny ofert złożonych w postępowaniu w cz. III zamówienia. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia musieli wykazać, że na etapie realizacji zamówienia będą dysponowali osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (na każdą część zamówienia), które spełniają następujące wymagania:

1) Kierownik projektu (1 osoba):

a) posiada uprawnienia zawodowe, o których mowa w art. 43 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. – Prawo geodezyjne i kartograficzne geodezyjne,

a) w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika przy realizacji co najmniej 2 usług, zrealizowanych i zakończonych przy jego udziale, polegających na wykonaniu modernizacji EGiB, przy czym wartość każdej z tych usług nie może być mniejsza niż 100 000,00 PLN brutto,

c) w ciągu ostatnich 10 lat przed terminem składania oferty pełnił funkcję kierownika lub uczestniczył jako specjalista ds. geodezji i kartografii przy realizacji co najmniej 1 usługi, zrealizowanej i zakończonej przy jego udziale, polegającym na opracowaniu mapy zasadniczej w postaci wektorowej lub zbiorów danych BDOT500 lub GESUT, o wartości nie mniejszej niż 50 000,00 PLN brutto;

2) Specjalista ds. geodezji i kartografii (min. 3 osoby):

a) posiada uprawnienia zawodowe, o których mowa w art. 43 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. – Prawo geodezyjne i kartograficzne,

b) w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert uczestniczył jako specjalista ds. geodezji i kartografii przy realizacji co najmniej 2 usług, zrealizowanych i zakończonych przy jego udziale, polegających na wykonaniu modernizacji EGiB, o wartości min. 100 000,00 PLN brutto każda,

c) w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert uczestniczył jako specjalista ds. geodezji i kartografii przy realizacji co najmniej 1 usługi, zrealizowanej i zakończonej przy jego udziale, polegającym na opracowaniu mapy zasadniczej w postaci wektorowej lub zbiorów danych BDOT500 lub GESUT o wartości nie mniejszej niż 50 000,00 PLN brutto. Na potwierdzenie spełniania powyższych warunków wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć dokumenty określone w § 1 ust. 1 pkt 7 i 8 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), tj.:

- wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami;

- oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień.

W toku kontroli uprzedniej zostało ustalone, że oferty wskazane poniżej zawierały następujące braki:

1) oferta Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych „Pryzmat” Sp. z o.o.:

a) w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, brakuje informacji o funkcjach, przy pełnieniu których wskazane w formularzu osoby zdobyły wymagane doświadczenie;

b) oświadczenie dotyczące posiadania wymaganych uprawnień przez osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, zawiera nieprawidłową nazwę i numer postępowania;

2) oferta konsorcjum firm reprezentowanego przez EUROSYSYSTEM S.A.:

a) brak oświadczenia dotyczącego posiadania wymaganych uprawnień przez osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia.

Zgodnie z art. 26 ust 3 Pzp, Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń lub

dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Ponadto, zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp, Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Mając na uwadze powyższe stwierdził, że Zamawiający zobligowany był do wezwania:

- 1) wykonawcy Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych „Pryzmat” Sp. z o.o. do:
 - a) wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 Pzp treści wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia;
 - b) uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp prawidłowego oświadczenia dotyczącego posiadania wymaganych uprawnień przez osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia;
- 2) konsorcjum firm reprezentowanego przez EUROSYSYSTEM S.A. do:
 - a) uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp brakującego oświadczenia dotyczącego posiadania wymaganych uprawnień przez osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Zaniechanie wezwania ww. wykonawców do wyjaśnienia lub uzupełnienia wyszczególnionych dokumentów stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Zalecenie usunięcia naruszenia: W związku z tym, że oferta Zakładu Usług Geodezyjnych i Kartograficznych „Pryzmat” Sp. z o.o. jest ofertą najkorzystniejszą, Prezes UZP zaleca wezwanie ww. wykonawcy do wyjaśnienia i uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp dokumentów wyszczególnionych powyżej.

Po zapoznaniu się z wynikami kontroli, Zamawiający zgłosił zastrzeżenia (pismo z dnia 06.05.2014 r. - wpływ 13.05.2014 r.) do wyników kontroli uprzedniej, w których podniósł co następuje. Przedmiot zamówienia został podzielony na 11 części, przy czym cz. III zamówienia dotyczyła projektu ZSIN - Faza I. W dniu 17.02.2014 r. na sesji otwarcia ofert Zamawiający otworzył i odczytał nazwy i adresy Wykonawców dla cz. III:

- 1) Lider: EUROSYSYSTEM Spółka akcyjna z siedzibą w Chorzowie ul. Armii Krajowej 9A; 41-506 Chorzów; Przedsiębiorstwo Miernictwa Górniczego Sp. z o. o. z siedzibą

w Katowicach; Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne VERTICAL Sp. z o. o. z siedzibą w Żorach;

2) Warszawskie Przedsiębiorstwo Geodezyjne S.A. ul. Nowy Świat 2; 00-497 Warszawa. Natomiast z winy nieumyślnej Zamawiający nie odczytał danych dotyczących Wykonawcy: Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych "Pryzmat" Sp. z o. o., ul. Modlińska 310/312; 03-152 Warszawa; adres do korespondencji: o/Cz-wa, ul. Solskiego 13; 14-200 Częstochowa dla cz. III, odczytał wymagane art. 86 ust. 4 Pzp. dane dotyczące tego Wykonawcy, ale tylko w zakresie cz. II zamówienia.

Na otwarciu ofert nie było przedstawiciela Wykonawcy Pryzmat Sp. z o.o., natomiast byli wszyscy pozostali Wykonawcy z cz. III zamówienia. Przedstawiciel Wykonawcy: Warszawskie Przedsiębiorstwo Geodezyjne S.A. ul. Nowy Świat 2; 00-497 Warszawa, po odczytaniu cen ofert wyszedł z Urzędu w przekonaniu, że to jego oferta jest najtańsza. Na sesji otwarcia ofert był również redaktor czasopisma Geodeta i spisał wszystkie informacje dotyczące odbytej sesji otwarcia ofert i natychmiast opublikował je na stronie internetowej

www.geoforum.pl

<http://geoforum.pl/?page=news&id=16945&link=21-chetnych-do-baz-egib-bdot500-i-gesut&menu=46879.46880&category=38>

Zestawienie złożonych ofert

firma	kwota [zł]	% budżetu GUGiK
WOJEWÓDZTWO ZACHODNIOPOMORSKIE		
część I – powiaty białogardzki, świdwiński oraz szczecinecki		
OPGK Koszalin	1 968 000	69
WPG SA, ABM SGiKN Warszawa	2 410 590	84
część II – powiaty stargardzki, pyrzycki oraz łobeski		
ZUGiK Pryzmat Warszawa	895 921	38
OPGK Olsztyn	1 603 032	68
Gispro Szczecin, WPGK Geomat Poznań, ProGIS Giżycko	1 840 000	78
OPGK Opole, Sango Poznań	2 212 770	94
PGK OPGK Rzeszów	2 827 770	120
PGP Level Siedlce	3 252 120	138
część III – powiaty koszaliński, kołobrzeski oraz wałecki		
WPG SA, ABM SGiKN Warszawa	2 341 830	84
Eurosystem Chorzów, PMG Katowice, PGK Vertical Żory	2 583 000	93
część IV – powiaty policki, gryficki oraz kamieński		
OPGK Olsztyn	1 952 137	75
Intertim Suwałki, Intertim LP Warszawa	1 970 091	76
OPGK Koszalin	2 091 000	80

OPGK Opole, Sango Poznań	2 195 550	84
OPGK Geomap Zielona Góra, Geotech Stargard Szcz.	2 263 200	87
OPGK Lublin	2 337 000	90
Radius Rumia	2 518 425	97
część V – powiaty myśliborski, choszczeński oraz sławieński		
OPEGIEKA Elbląg	2 273 040	69
Intertim Suwałki, Intertim LP Warszawa	2 939 331	89
OPGK Geomap Zielona Góra, Geotech Stargard Szcz.	2 939 700	89
OPGK Kraków	2 989 900	91
MGGP Tarnów, MGGP Aero Tarnów	3 089 345	94
Eurosystem Chorzów, PMG Katowice, PGK Vertical Żory	3 444 400	104
część VI – powiaty gryfiński, goleniowski oraz drawski		
ZUGiK Pryzmat Częstochowa	1 429 563	53
Geomar SA Szczecin	2 009 872	75
OPEGIEKA Elbląg	2 150 040	80
Gispro Szczecin, WPGK Geomat Poznań, ProGIS Giżycko	2 447 700	91
Radius Rumia	2 991 975	111
WOJEWÓDZTWO MAŁOPOLSKIE		
część VII – powiaty myślenicki, nowotarski oraz suski		
TMCE Kraków	5 143 491	78
OPGK Kraków	9 000 000	136
część VIII – powiaty chrzanowski, gorlicki oraz tatrzański		
MGGP Tarnów, MGGP Aero Tarnów	9 219 158	137
WOJEWÓDZTWO PODKARPACKIE		
część IX – powiaty sanocki, przemyski oraz lubaczowski		
PUGP Geomiar Jarosław, Geores Rzeszów	7 330 185	150
część X – powiaty strzyżowski, jasielski oraz ropczycko-sędziszowski		
OPGK Lublin	3 677 700	94
część XI – powiaty tarnobrzeski, stalowowolski oraz nizański		
Polkart Warszawa, Globmatix Lublin	4 080 090	94
PGK OPGK Rzeszów	5 302 222	123

W zestawieniu złożonych ofert podanym przez redaktora w cz. III zabrakło Wykonawcy „Pryzmat”. Wobec powyższego, informacja o braku w cz. III oferty Wykonawcy „Pryzmat” stała się wiadomością publicznie dostępną. Wykonawcy, którzy nie uczestniczyli w otwarciu ofert wystąpili o informacje z zakresu, o którym mowa w art. 86 ust. 3 i 4 Pzp.

Zamawiający na podstawie art. 86 ust. 5 Pzp przekazał wymagane informacje, ale zgodnie ze stanem faktycznym nie dotyczyły one: Zakładu Usług Geodezyjnych i Kartograficznych "Pryzmat" Sp. z o. o. ul. Modlińska 310/312; 03-152 Warszawa. Przekazanie informacji, że uczestnikiem postępowania w cz. III zamówienia był również „Pryzmat” byłoby fałszowaniem stanu faktycznego, bowiem 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*”. Jest zatem sprawą bezsporną, że Zamawiający nie podał zacytowanych wyżej informacji w odniesieniu do Wykonawcy, który złożył ofertę na część III zamówienia. W związku z tym, że czynności Zamawiającego, o których mowa w art. 86 ust. 4 Pzp nie podlegają konwalidacji, Zamawiający działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. w dniu 18.02.2014 r. unieważnił postępowanie w cz. III. Na tę czynność Zamawiającego nie wpłynęło odwołanie. W dniu 20.02.2014 r. Zamawiający zmodyfikował inne, analogiczne i będące w toku postępowanie pn: „*Dostosowanie baz danych ewidencji gruntów i budynków (EGiB) do wymagań zintegrowanego systemu informacji o nieruchomościach oraz utworzenie dla wybranych jednostek ewidencyjnych BDOT500 i inicjalnych baz danych GESUT - Etap II*”, nr ref. BO-ZP. 2510.5.2014.KN-ZSIN"II, przenosząc w całości, co do przedmiotu zamówienia unieważnioną cz. III do tego postępowania, oznaczając ją jako cz. VII zamówienia: http://www.gugik.gov.pl/data/assets/pdf_file/0010/55567/SIWZ-tekst-iednolity-z-dnia-20.02.2014.pdf Na cz. VII (Etap II) postępowania złożyli oferty następujący Wykonawcy:

- 1) Lider GISPRO Spółka z o. o., ul. Teofila Firlika 19, 71-637 Szczecin; Wielkopolskie Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne GEOMAT Sp. z o. o., ul. Zwierzyniecka 10, 60-813 Poznań; PROGIS Sp. z o. o., ul. Warszawska 8, 11-500 Giżycko;
- 2) Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne Spółka z o. o., ul. Zwycięstwa 140, 75-613 Koszalin;
- 3) Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych „Pryzmat” Sp. z o. o., ul. Modlińska 310/312,03-152 Warszawa. W dniu 25.04.2014 r. dokonano wyboru najkorzystniejszej oferty, którą złożył Wykonawca: Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych „Pryzmat” Sp. z o. o., ul. Modlińska 310/312, 03-152 Warszawa. W dniu 5.05.2014 r. minął termin na składanie odwołań w cz. VII zamówienia . Żaden z powyższych Wykonawców nie złożył odwołania. Wykonując dyspozycję zawartą w zaleceniach pokontrolnych zauważył, że unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w cz. III niniejszego zamówienia obliuguje Zamawiającego do równoczesnego unieważnienia postępowania „*Dostosowanie baz danych ewidencji gruntów i budynków (EGiB) (...)- Etap II*”, nr ref.BO-ZP.2510.5.2014.KN-ZSIN" w cz. VII zamówienia, a to nie wpłynie w żadnym razie na ekonomikę tych dwóch postępowań, ponieważ należy spodziewać się odwołań. Decyzję o unieważnieniu postępowania Zamawiający poprzedził wnikliwą analizą orzeczeń Zespołów Arbitrów,

Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych, Głównej Komisji Orzekającej, ETS, szukając przede wszystkim możliwości najlepszego rozwiązania sytuacji, powstałej wskutek wadliwej czynności podczas otwarcia ofert. Zamawiający spośród zbioru ok. 23 000 wyroków jakim dysponuje z zakresu zamówień publicznych nie znalazł żadnego, który wskazywałby na jakąkolwiek możliwość konwalidowania przedmiotowej wadliwej czynności Zamawiającego. Przeciwnie - w analizowanych wyrokach powyższe stanowisko (niemożliwość konwalidowania takiej czynności), jest konsekwentnie reprezentowane przez orzecznictwo, doktrynę, a linia orzecznicza ZA oraz KIO jest od wielu lat jednolita. Dla przykładu wskazać można orzeczenie ZA, sygn. akt: UZP/ZO/0-411/07 oraz orzeczenia KIO z dnia 12.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1344/09, z dnia 16.07.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1291/10 oraz z dnia 04.04.2011 r., sygn. akt: KIO 619/11 i 620/11. „Nie jest bowiem możliwe naprawienie wady - niewłaściwego otwarcia złożonych ofert, ponieważ otwarcie jest czynnością, której z samej natury powtórzyć nie można”. Identyczne stanowisko zajął ZA w historycznym już wyroku z dnia 18.04.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-691/05. Wśród analizowanych wyroków na szczególną uwagę zasługuje wyrok SO w Warszawie, sygn. akt: V Ca 2601/09 z dnia 02.02.2010 r., który zapadł w bardzo zbliżonym stanie faktycznym do przedmiotowego postępowania, tylko z tą różnicą że Zamawiający (w tym wyroku) dokonał czynności takich, jakie wskazane są w przedmiotowych zaleceniach pokontrolnych, czyli przesłał po terminie otwarcia ofert do wszystkich uczestników postępowania prawidłowy wykaz złożonych ofert, z czym Sąd się nie zgodził: „Po zakończeniu czynności otwarcia ofert i opuszczeniu sali przez wykonawców, omyłka ta nie mogła być naprawiona w żaden sposób, również w ten sposób jak uczynił to zamawiający. Poinformowanie innych wykonawców za pomocą faxu o złożeniu oferty przez skarżącego nie może być uznane za czynność jawną i dokonaną erga omnes. Sąd Okręgowy w całości podziela wywody KIO w zakresie niemożliwości powtórzenia czynności otwarcia oferty rejonu I i co za tym idzie nieusuwalności stwierdzonego naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Otwarcie ofert ma charakter jawny nie tylko w stosunku do Wykonawców, ale niesie ona ze sobą skutek erga omnes.” Z omawianego wyroku wynika, że decyzja Zamawiającego była słuszna, bowiem: *„Każda inna decyzja Zamawiającego prowadziłaby do naruszenia art. 7 ustawy Pzp.”*. Analiza powyższego wyroku znajduje się w publikatorze UZP: Zamówienia Publiczne w orzecznictwie Zeszyty Orzecznicze nr 6 poz.98., gdzie znajdują się wybrane wyroki, z których korzystają uczestnicy zamówień publicznych. Zamawiający ocenił, że pierwszeństwo należy przyznać zasadom prowadzenia postępowania, których Zamawiający zobowiązany jest bezwzględnie przestrzegać. Czynność otwarcia ofert opisana w art. 86 Pzp bezspornie ma charakter jednokrotny, w związku z czym nie istnieje możliwość jej powtórzenia. W niniejszym stanie faktycznym czynność otwarcia ofert została dokonana w sposób wadliwy, zatem nie istnieje możliwość jej sanowania, a tym samym nie jest

możliwe dalsze prowadzenie postępowania w sposób prawidłowy, czyli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W konsekwencji konieczne jest unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 7 Pzp. Czynność otwarcia ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest tego rodzaju czynnością, której nie można powtórzyć, albowiem naruszyłoby to zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zaniechanie otwarcia wszystkich ofert złożonych w postępowaniu niewątpliwie uniemożliwia prawidłową weryfikację wszystkich prawidłowo złożonych w postępowaniu ofert, a zatem nie tylko stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, ale przede wszystkim uniemożliwia prawidłowe zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. W zaistniałej sytuacji, zarówno Prezes UZP na podstawie art. 146 ust. 6 Pzp jak i Wykonawca działając na podstawie art. 146 ust. 5 Pzp mogą wystąpić do sądu o unieważnienie umowy. Jak bowiem podkreślił SN w wyroku z dnia 06.03.2009 r., sygn. akt: II CSK 589/08 podstawą unieważnienia umowy, a więc jej względnej nieważności na podstawie art. 705 § 1 k. c. jest negatywna ocena zachowania strony umowy zawartej w wyniku przetargu, jego uczestnika lub osoby trzeciej działającej w porozumieniu z nimi, które jest sprzeczne z prawem lub zasadami współżycia społecznego i wpłynęło na wynik przetargu. Zachowaniem sprzecznym z prawem w rozumieniu tego przepisu jest jedynie działanie, pozostające w sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami. Nie ulega wątpliwości, iż Zamawiający w niniejszym stanie faktycznym uchybił swojemu obowiązkowi polegającemu na nieodczytaniu ceny oferty złożonej na cz. III zamówienia w przedmiotowym postępowaniu przetargowym i bez wątpienia stanowi to czyn sprzeczny z prawem wpływający na wynik przetargu, ponieważ nieodczytana oferta byłaby najtańszą. Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, a więc wypełniona została dyspozycja art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. W ocenie Zamawiającego wada czynności Zamawiającego nie jest możliwa do usunięcia, bowiem nie ma możliwości ponownego dokonania czynności otwarcia ofert, gdyż jest to czynność jednorazowa, unikalna dla danego postępowania. Wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp musi prowadzić do wniosku, że wszelkie nie dające się usunąć wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, stanowią przesłankę jego unieważnienia.

Prezes UZP w odpowiedzi z dnia 21.05.2014 r. na zastrzeżenia od wyniku kontroli uprzedniej w związku z przeprowadzoną przez Prezesa UZP kontrolą uprzednią wskazał co następuje. W Informacji o wyniku kontroli zostały przytoczone i szczegółowo opisane dwie przesłanki konieczne dla prawidłowego zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Pierwszą z nich jest wystąpienie w postępowaniu niemożliwej do usunięcia wady. Bezspornym jest, że

w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający popełnił błąd polegający na nieujawnieniu faktu złożenia przez wykonawcę Pryzmat oferty w cz. III zamówienia. Punktem spornym pozostaje natomiast kwestia dotycząca możliwości naprawienia powyższego błędu przez Zamawiającego bez uszczerbku dla zasad i przepisów z dziedziny zamówień publicznych. W konsekwencji spór w tym zakresie sprowadza się do kwestii ustalenia, jakie znaczenie dla całokształtu postępowania i sytuacji wykonawców biorących w nim udział miał fakt nieujawnienia na otwarciu ofert okoliczności złożenia oferty przez wykonawcę Pryzmat i czy w związku z tym, możliwe jest konwalidowanie błędnej czynności Zamawiającego. Prezes UZP podtrzymał swoje stanowisko, zgodnie z którym zaistniała w przedmiotowym postępowaniu wada była możliwa do usunięcia poprzez niezwłoczne poinformowanie wszystkich zainteresowanych podmiotów o prawidłowym wykazie wykonawców ubiegających się o zamówienie w cz. III. Kwestią nadrzędną jest bowiem okoliczność, iż wykonawca Pryzmat złożył swoją ofertę we właściwym terminie (co potwierdza pieczętka z datą wpływu), która następnie została prawidłowo – tj. na publicznej sesji – otwarta, co potwierdza z kolei fakt poinformowania obecnych przy otwarciu o złożeniu przez ww. wykonawcę oferty w cz. II zamówienia (oferty na cz. II i III znajdowały się w tej samej kopercie). W tej sytuacji kwestią drugorzędną jest fakt opóźnienia przy przekazaniu przez Zamawiającego prawidłowej (tj. pełnej) informacji o złożonych ofertach biorącym udział w postępowaniu wykonawcom, tym bardziej, że sam fakt opóźnienia nie mógłby mieć żadnego wpływu na ich pozycję w postępowaniu. Dodatkowo, brak jakiegokolwiek realnego uszczerbku dla wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu w razie naprawienia zaistniałego błędu w sposób wskazany przez Prezesa Urzędu powoduje, że bezprzedmiotowym stają się twierdzenia o naruszeniu zasad zamówień publicznych, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Naruszeniem ww. zasad jest natomiast unieważnienie postępowania z powodu okoliczności leżących po stronie Zamawiającego i obciążenie ich skutkami wykonawcy, który w niniejszym postępowaniu został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Zweryfikowanie, na jakie części wykonawca złożył ofertę wymaga wnikliwego zapoznania się z treścią jego oferty, co w warunkach publicznego otwarcia ofert i wobec konieczności podania od razu powyższej informacji jest utrudnione i może prowadzić do niezamierzonych błędów. Nie jest jednak zasadnym przerzucanie konsekwencji powyższego błędu na wykonawców poprzez unieważnienie całego postępowania w sytuacji, gdy jest możliwe konwalidowanie tej czynności bez uszczerbku dla pozycji wykonawców, w szczególności dla faktycznej kolejności ich ofert w postępowaniu. Nie ulega przy tym wątpliwości, że czynność otwarcia ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest czynnością jednorazową, która nie może zostać powtórzona. Wynika to między innymi z faktu, iż z czynnością otwarcia ofert związane jest domniemanie, zgodnie z którym przed terminem otwarcia ofert nie nastąpiło zapoznanie się z ich zawartością.

Należy jednak ponownie podkreślić, że oferta (w dosłownym znaczeniu: koperta z ofertami) wykonawcy Pryzmat została prawidłowo otwarta na publicznej sesji, co stanowi dowód, że przed terminem otwarcia ofert nikt nie zapoznał się z jej treścią. Nie jest zatem konieczne powtarzanie czynności otwarcia ofert, a jedynie sprostowanie informacji o złożonych ofertach przekazanej podmiotom na sesji otwarcia ofert. Dla stanowiska reprezentowanego przez Prezesa UZP nie jest przy tym istotne, do jakiej liczby podmiotów dotarła pierwotna, niepełna informacja z otwarcia ofert. Poziom „medialności” błędu Zamawiającego nie ma znaczenia przy stwierdzeniu, że jego naprawienie było możliwe i nie miałooby wpływu na kształt i wynik przedmiotowego postępowania. Zatem stopień upublicznienia błędnej informacji nie może świadczyć o większej doniosłości wady postępowania i uzasadniać zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, bowiem nie stanowi przesłanki jego zastosowania. Ponadto, w opinii Prezesa UZP, późniejsze przesłanie do wykonawców poprawionej informacji z otwarcia ofert nie byłoby fałszowaniem stanu faktycznego, lecz przywracaniem stanu zgodnego z rzeczywistością, bowiem nie ulega wątpliwości, że oferta wykonawcy Pryzmat została prawidłowo złożona i otwarta. Należałoby wywieść wniosek wręcz przeciwny, tzn. że fałszowaniem stanu faktycznego byłoby utrzymywanie, że oferta wykonawcy Pryzmat nie została złożona. Drugą przesłanką prawidłowego zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp jest istnienie związku przyczynowego pomiędzy wadą postępowania a niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co w przedmiotowym stanie faktycznym oznacza konieczność wykazania, że błąd Zamawiającego miał wpływ na wynik postępowania. Innymi słowy należałoby dowieść, że konsekwencją naruszenia przez Zamawiającego art. 86 ust. 4 Pzp byłby wadliwy wynik postępowania, mając jednocześnie na uwadze, że tylko jednoznaczne stwierdzenie wpływu naruszenia na wynik postępowania może stanowić o nieważności umowy. W opinii Prezesa UZP, samo wystąpienie opisywanej wady w postępowaniu nie ma żadnego wpływu na jego wynik, bowiem – jak zostało wskazane powyżej – błąd był możliwy do naprawienia. Nie sposób uznać, że błąd naruszał prawa zainteresowanych wykonawców w tak dużym stopniu, że jedynym możliwym rozwiązaniem było unieważnienie całego postępowania. Podobnie nie można stwierdzić, że konwalidowanie czynności Zamawiającego w sposób wskazany przez Prezesa UZP narusza zasady zamówień publicznych i godzi w sytuację wykonawców. Naprawienie błędu Zamawiającego przywróciłoby bowiem stan zgodny z rzeczywistością, a więc stan jak najbardziej pożądany przez wszystkich uczestników postępowania i będący w ich interesie. Przy przyjęciu natomiast stanowiska dopuszczającego naprawienie zaistniałego błędu nie można stwierdzić wpływu wady na wynik postępowania, bowiem niezależnie od momentu dostarczenia do wykonawców pełnej informacji z otwarcia ofert, najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu pozostaje oferta Pryzmat. W konsekwencji uznał, że zaistniała w przedmiotowym postępowaniu wada nie mogła spowodować, iż niemożliwe stałoby się

zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co oznacza, że nie zaistniała druga konieczna przesłanka uprawniająca Zamawiającego do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Odnosząc się natomiast do argumentu Zamawiającego dotyczącego konieczności unieważnienia postępowania, do którego została włączona cz. III przedmiotowego zamówienia należy zauważyć, że kwestie dotyczące ekonomiki prowadzenia postępowań czy też prawdopodobieństwo skorzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej w związku z wykonaniem przez Zamawiającego zaleceń pokontrolnych pozostają bez znaczenia dla merytorycznej zasadności stwierdzonego naruszenia Pzp. Niemniej okoliczność, iż w drugim toczącym się postępowaniu, obejmującym swoim zakresem przedmiot zamówienia postępowania unieważnionego, wybrana została oferta wykonawcy Pryzmat powoduje, że Prezes UZP odstępuje od wydania Zamawiającemu zaleceń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli, podtrzymując jednakże stanowisko co do faktu naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Podtrzymał stanowisko zaprezentowane w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 28.04.2014 r. (za wyjątkiem zalecenia pokontrolnego, od którego odstępuje) i nie uwzględniam zastrzeżeń Zamawiającego.

Jednocześnie, poinformował stosownie do treści art. 167 ust. 2 Pzp, wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej o ich przekazaniu do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Na tym tle Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązana była na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wydać niniejszą uchwałę.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że należy uznać zasadność zgłoszonych przez Zamawiającego zastrzeżeń. Niewątpliwie nie miało miejsce z jego strony naruszenie art. 93 ust.1 pkt 7 Pzp. W konsekwencji Zamawiający zasadnie unieważnił cz. III postępowania, kierując się stałym i jednolitym poglądem wynikającym z przywołanego orzecznictwa ZA, KIO oraz Sądu Okręgowego. Izba stoi na stanowisku, że nie było w przedmiotowym stanie faktycznym możliwości konwalidowania błędnej czynności Zamawiającego. Nie można było bowiem konwalidować zaistniałego stanu faktycznego poprzez niezwłoczne poinformowanie wszystkich zainteresowanych o prawidłowym wykazie Wykonawców w cz. III. Nie jest bowiem tak, że kwestią drugorzędną jest fakt opóźnienia w ewentualnym przekazaniu przez Zamawiającego – pełnej informacji o złożonych ofertach biorących udział w postępowaniu. Niewątpliwie bowiem czynność otwarcia ofert ma charakter jednorazowy i ze swej natury nie podlega powtórzeniu (podobnie także wyrok KIO z dnia 19.11.2013 r., sygn. akt: KIO 2607/13), zaś w konsekwencji przyznanego przez Zamawiającego uchybienia, zaistniał brak

poinformowania – tzn. podania do publicznej wiadomości – *erga omnes*, faktu złożenia przez Wykonawcę oferty także na cz. III. Chodzi bowiem o brak podania nazwy (firmy) oraz adresu Wykonawcy (art. 86 ust. 4 Pzp), czyli mamy do czynienia z istotną informacją, w wyniku jej nie podania zmieniony został krąg podmiotów biorących udział w postępowaniu. Jej sanowanie *ex post* będzie działaniem, które w żadnym razie nie będzie się sprowadzało jedynie do czysto technicznego przesłania informacji faxem, czy też za pomocą innego nośnika. Spowoduje bowiem za „zamkniętym drzwiami” z naruszeniem jawności postępowania wtórną zmianę kręgu podmiotów. Niewątpliwie powyższe ma wpływ na wynik postępowania i może stanowić o nieważności umowy, albowiem strona przeciwna będzie w ogóle kwestionować, fakt złożenia oferty w postępowaniu przez pierwotnie pominiętego Wykonawcę, przed terminem składania ofert. Żadne ewentualne dowody, czy też okoliczności towarzyszące nie będą w stanie zmienić niniejszego stanu rzeczy, gdyż brak jest możliwości obiektywnej weryfikacji pozwalającej na wtórną zmianę kręgu podmiotów bez podejrzenia manipulacji postępowaniem przez jego organizatora, czyli Zamawiającego. Każda inna decyzja Zamawiającego niż unieważnienie cz. III prowadziłoby do naruszenia art. 7 Pzp (podobnie wyrok SO w Warszawie z dnia 02.02.2010 r., sygn. akt: V Ca 2601/09). Powyższe stanowisko Izba w całości i w sposób bezwzględny podziela.

Jednocześnie Izba wskazuje, że zastrzeżenia dotyczą czynności dalej idącej niż zaniechanie czynności będącej przedmiotem pkt 2 informacji o wyniku kontroli uprzedniej, w rezultacie Zamawiający nie był zobligowany do zbadania i oceny ofert złożonych w postępowaniu w cz. III zamówienia, skoro zasadnie unieważnił postępowanie w niniejszej części.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 i 4 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....