



Gmina Oborniki
ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 76
64 – 600 Oborniki

BZP.271.02.2020

Oborniki, dnia 15 września 2020 r.

OGŁOSZENIE O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA

/ strona internetowa zamawiającego /

dotyczy: postępowania o zamówienie publiczne, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego
pn. ***Obsługa gminnych przewozów pasażerskich Gminy Oborniki.***

Działając na podstawie art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, niniejszym ogłaszam, że powyższe postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp tj. postępowanie obarczone jest niemożliwością do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Uzasadnienie:

Podczas dokonywania czynności publicznego i jawnego otwarcia ofert Komisja Przetargowa nie dokonała pełnego otwarcia oferty nr 4 złożonej przez Konsorcjum: PRZEMYSŁAW Grażyna Czarnecka, ul. Czarnkowska 32, 64-610 Rogoźno i Zakład Usług Komunalnych i Transportowych Henryk Siwiński ZUKiT, ul. Boguniewska 8, 64-610 Rogoźno. Część oferty została załączona w plikach o formacie danych .pdf (pełnomocnictwo i potwierdzenie wpłaty wadium), które zamawiający mógł otworzyć, natomiast część oferty (formularz ofertowy i JEDZ) została załączona jako pliki w formacie danych XAdES. System komputerowy komputera obsługującego otwarcie ofert nie rozpoznawał ww. plików i niemożliwe było dokonanie ich otwarcia. Po zakończeniu procedury otwarcia ofert i dokonanej analizie technicznej, zamawiający podjął ponowną próbę otwarcia oferty nr 4 na innym komputerze (na którym zainstalowane było oprogramowanie służące do obsługi podpisu elektronicznego), która zakończyła się otwarciem oferty nr 4, w tym wszystkich plików w formacie danych XAdES.

W trakcie dokonywania analizy problemów technicznych zamawiający ustalił, że format danych XAdES to rozszerzenie tworzone podczas dokonywania podpisu elektronicznego. Plik formularza ofertowego oferty nr 4 został załączony w programie obsługującym podpis elektroniczny jako plik z formatem danych .doc i podpisany podpisem elektronicznym co spowodowało zmianę rozszerzenia na XAdES wewnętrzny. Zamawiający ustalił, że występują dwa rodzaje podpisu:

- 1) XAdES zewnętrzny (oprócz podpisywanego pliku źródłowego np. w rozszerzeniu .doc tworzy się dodatkowy plik z rozszerzeniem XAdES, który stanowi jedynie podpis elektroniczny; wówczas plik źródłowy dalej pozostaje plikiem o formacie danych .doc natomiast niezbędne jest wówczas załączenie obu plików tj. pliku źródłowego oraz podpisu elektronicznego,
- 2) XAdES wewnętrzny, który powoduje, że plik źródłowy np. w rozszerzeniu .doc zamienia się na format danych XAdES i wówczas można go otworzyć za pomocą dowolnego oprogramowania służącego do weryfikacji podpisu elektronicznego.

Zgodnie z treścią SIWZ-część I Dział XVI ust. 1 pkt 2) cyt. „Oferta powinna być sporządzona w języku polskim, z zachowaniem postaci elektronicznej w formacie danych .pdf, .doc, .docx, .rtf, .xps, .odt. i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym...” Niniejszy zapis SIWZ wynika z treści Załącznika nr 2 do Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności,



tel.: (61) 65 59 100 fax: (61) 65 59 101
www.oborniki.pl e-mail: um@oborniki.pl



minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2247). Zgodnie z treścią niniejszego Załącznika ustawodawca wymienił pliki, z jakich wykonawcy mogą korzystać podczas komunikacji z zamawiającym. W rozporządzeniu czytamy, że w przypadku “danych zawierających dokumenty tekstowe, tekstowo-graficzne lub multimedialne stosuje się **co najmniej jeden** z następujących formatów danych...”, czyli zamawiający ma możliwość ograniczenia wymienionych formatów do co najmniej jednego. (zamawiający w niniejszym postępowaniu ograniczył formaty plików do: .pdf, .doc, .docx, .rtf, .xps, .odt). Natomiast sformułowanie “co najmniej” nie funkcjonuje w sekcji: “Do elektronicznego podpisywania, weryfikacji podpisu, opatrywania pieczęcią elektroniczną i szyfrowania dokumentów elektronicznych **stosuje się...**”. Zatem zamawiający może narzucić jedynie format tekstowo/graficzny pliku. Natomiast nie może ograniczyć wyboru sposobu składania podpisu elektronicznego przez wykonawców (musi dopuścić wszystkie pliki podpisów). Co więcej, zgodnie z art. 10b ustawy Pzp zamawiający zapewnia, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia.

Powyższe potwierdza Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2019 r. (sygn. akt: KIO 176/19), w którym czytamy: „(...) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego I Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, w art. Art. 20 ust. 3 c ii) stanowi: ii) jeżeli oferta jest podpisywana z wykorzystaniem kwalifikowanego certyfikatu, który jest umieszczony na zaufanej liście, instytucje zamawiające nie mogą stosować dodatkowych wymogów mogących utrudnić oferentom korzystanie z tych podpisów. Zatem jeśli oferta została podpisana zgodnie z przepisami dotyczącymi kwalifikowanego podpisu elektronicznego, nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty Wykonawcy”. (...)” Format podpisu wybrany przez wykonawcę jest prawidłowy.

W związku z wyżej przywołanym zapisem SIWZ (zamawiający dopuścił plik w formacie danych .doc) oraz faktem, że zamawiający nie może ograniczać sposobu składania podpisu elektronicznego, wina braku otwarcia plików z rozszerzeniem XAdES oferty nr 4 nie może leżeć po stronie wykonawcy. Zamawiający uznaje więc, że podczas otwarcia ofert nie odczytano danych z formularza ofertowego oferty nr 4 z uwagi na fakt, że formularz ofertowy został zapisany jako plik z rozszerzeniem XAdES, a na komputerze obsługującym czynność otwarcia ofert nie został zainstalowany żaden program służący do obsługi podpisu elektronicznego.

W związku z powyższym procedura otwarcia oferty nr 4 nie odbyła się w sposób jawny dla wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym nie podano informacji z oferty nr 4 dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności. Z uwagi na fakt, że nie jest możliwe dokończenie przerwanej, czy nie w pełni przeprowadzonego otwarcia ofert; publiczne otwarcie ofert nie może również zostać powtórzone (jest to bowiem czynność faktyczna oraz jednokrotna), brak pełnego otwarcia oferty nr 4 w sposób bezpośredni narusza w szczególności przepis art. 8 ust. 1 oraz art. 86 ust. 2 i 4 ustawy Pzp. Jawność dokonanego otwarcia jest praktyczną formą realizacji zasady jawności wyrażonej wprost w art. 8 ustawy Pzp. Otwarcie wszystkich prawidłowo złożonych ofert nastąpić powinno najwcześniej o godzinie wskazanej przez zamawiającego. Tym samym oferta nie może zostać otwarta na niejawnym posiedzeniu komisji przetargowej, ale publicznie oraz w sposób jawny. Czynności otwarcia ofert, jako czynności faktycznej, nie można powtórzyć. Powyższe uchybienia naruszają naczelną zasadę zamówień publicznych, wynikająca z przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem postępowanie nie zostało przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Postępowanie jest tym samym obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wada postępowania jest nieusuwalna, oraz wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że powoduje jej bezwzględną nieważność, a tym samym prawną bezskuteczność.

Powyższe stanowisko zamawiającego zgodne jest z ugruntowanym w tej kwestii stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej w tym z:

- wyrokiem KIO z dnia 12 kwietnia 2019 r. (sygn. akt: KIO 574/19), w którym wskazano: „(...) W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zachodziły podstawy do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zadania nr 1. Okoliczność taka wprost wynika z przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 86 ust. 2 i 4 ustawy Pzp. Wskazać bowiem należy, co wynika z niespornego stanu faktycznego sprawy, iż zamawiający w wyznaczonym dniu i o określonej godzinie dokonał czynności publicznego i jawnego otwarcia ofert złożonych w postępowaniu, jednakże z tym zastrzeżeniem, iż w trakcie otwarcia ofert zamawiający poinformował osoby obecne na otwarciu ofert o braku możliwości otwarcia oferty nr 2. Po zakończeniu ww. procedury zamawiający, w osobach komisji przetargowej, podjął kolejną próbę otwarcia oferty nr 2, która zakończyła się sukcesem na innym komputerze, jednakże już bez udziału osób przybyłych na otwarcie ofert. Czynność ta w ocenie Izby, w sposób bezpośredni narusza w szczególności dyspozycję przepisu art. 8 ust. 1 oraz art. 86 ust. 2 i 4 ustawy Pzp, albowiem procedura otwarcia oferty nr 2 nie odbyła się w sposób jawny dla wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym nie podano nazwy (firmy) oraz adresu wykonawcy, ceny, warunków płatności oraz terminu wykonania zamówienia dla oferty nr 2. Powyższe uchybienia zamawiającego naruszyły naczelną zasadę zamówień publicznych, wynikająca z przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem postępowanie nie zostało przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, co skutkowało naruszeniem art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż zamówienia nie udzielono wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Wskazywane wyżej naruszenia wpisują się w dyspozycję przepisu art. 93 ust. 7 ustawy Pzp, który nakazuje unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podnieść bowiem należy, na co wielokrotnie wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach, iż czynność otwarcia ofert jest czynnością jednorazową i niepowtarzalną (...) Krajowa Izba Odwoławcza zdaje sobie sprawę, iż nastąpiły znaczące zmiany w procedurze udzielenia zamówienia publicznego, związane z jej elektronicznością, w tym poprzez składanie ofert w formie elektronicznej, jednakże naczelne zasady udzielania zamówień publicznych, jak do tej pory, nie uległy zmianie, co powoduje, że ich prawidłowe zastosowanie, jak najbardziej podlega badaniu przez Izbę i nie może podlegać interpretacji rozszerzającej zakres możliwego zastosowania. Okoliczność, iż oferty złożone w postaci elektronicznej, z zasady niemożliwe są do korygowania po ich złożeniu, albowiem w systemie informatycznym pozostawałby „jakiś ślad” nie może powodować uznania, że oferty składane w formie papierowej mogły być traktowane inaczej. Za każdym razem zamawiający miał i ma obowiązek ich prawidłowego zabezpieczenia, czy to przez umieszczenie ich w szafie pancерnej, czy w programie komputerowym na odpowiedniej platformie internetowej, a co za tym idzie do ich równego traktowania względem wszystkich wykonawców uczestniczących w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe zasady, w znowelizowanym Prawie zamówień publicznych, nie zostały wyłączone w związku z elektronicznością zamówień, co oznacza, że nadal aktualne są procedury publicznego i jawnego otwarcia ofert wraz z podaniem wymaganych ustawą informacji. Zaniechanie tych czynności stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp, niemożliwych do sanowania na późniejszym etapie postępowania. (...)”

- wyrokiem KIO z dnia 29.06.2016 r. (Sygn. akt: KIO 1069/16): „Do upływu terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu tj. do dnia 9 czerwca 2016 roku do godz.11.00 do Zamawiającego wpłynęło osiem ofert. Podczas otwarcia ofert, które miało miejsce dnia 9 czerwca o godz.12.00 Komisja Przetargowa dokonała otwarcia i odczytania siedmiu ofert. Oferta ósma, złożona przez Przedsiębiorstwo Geodezyjno - Kartograficzne OPGK Rzeszów S.A., nie została otwarta podczas publicznego otwarcia ofert, bowiem omyłkowo została uznana za zwykłą korespondencję i dostarczona do Komisji Przetargowej już po publicznym otwarciu ofert. (...) Brak podania do publicznej wiadomości - odczytania nazwy, adresu wykonawcy, informacji dotyczących ceny oferty i innych elementów wymienionych w art. 86 ust. 4 p.z.p. powoduje, że postępowanie obciążone jest wadą niemożliwą do usunięcia, która to wada uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podkreślenia wymaga, że publiczne otwarcie ofert jest czynnością faktyczną, jednokrotną, która nie może zostać powtórzona w danym postępowaniu, co w konsekwencji oznacza, że brak publicznego otwarcia ofert stanowi wadę tego postępowania, które wywiera istotny wpływ na umowę. Tego typu nieusuwalna wada istnieje zawsze, niezależnie od tego czy oferta, która nie została publicznie otwarta jest ofertą najdroższą czy też plasuje się wyżej w rankingu kryteriów oceny ofert.”

- wyrokiem KIO z dnia 20.03.2015 r. (Sygn. akt: KIO 432/15) w myśl którego „Zamawiający określając miejsce i termin składania ofert daje wyraz temu, że skutecznie można złożyć ofertę, dotrzymując tych konkretnych warunków i za to zamawiający ponosi odpowiedzialność. Złożenie w sposób skuteczny oferty powoduje bowiem, że na zamawiającym ciąży obowiązek dokonania jej otwarcia, zgodnie z art. 86 ust. 2 p.z.p. i podjęcia dalszych czynności. Natomiast w przypadku, mimo skutecznego złożenia oferty (w warunkach określonych przez zamawiającego), zaniechanie czynności otwarcia skutkuje, wobec braku możliwości powtórzenia tej czynności, koniecznością unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p.”

- uchwałą KIO z dnia 29.05.2014 r. (Sygn. akt: KIO/KU 48/14):
„Nie jest bowiem tak, że kwestia drugorzędna 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 „zamkniętymi drzwiami” z naruszeniem jawności postępowania wtórna 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 wtórna 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).”

BURMISTRZ OBÓRNIK

Tomasz Szrama

Sprawę prowadzi: Daria Dziabas – Kierownik Biura Zamówień Publicznych (p. 212, tel. 61 6559131, zamowienia@um.oborniki.pl)