

Dotyczy: postępowania znak: ZP.271.40.2017 o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z przepisami art. 39-46 ustawy o wartości szacunkowej nieprzekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust.8 na: zarządzanie cmentarzami komunalnymi w Iławie.

Ogłoszenie o unieważnieniu postępowania

Zamawiający działając na podstawie art. 93 ust.3 pkt.2) w związku z art. 93 ust.1 pkt.7) ustawy z dnia 29 stycznia 2004r Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 t.j.) zwanej dalej „ustawą PZP” zawiadamia o unieważnieniu postępowania publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zarządzanie cmentarzami komunalnymi w Iławie część 1 i 2.

UZASADNIENIE

W dniu 07 listopada 2017r. zamawiający wszczął postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na zarządzanie cmentarzami komunalnymi w Iławie. W ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia §III ust. 4 SIWZ zawarł następujący warunek „Ze względu na specyfikę zamówienia wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia nie mogą prowadzić działalności (usług pogrzebowych) pogrzebowej oraz pośredniczyć w świadczeniu takich usług celem uniknięcia konfliktu interesu”. Celem zapisu, a tym samym wymogu odnośnie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie działalności pogrzebowej było osiągnięcie założenia, iż do postępowania nie mogą przystąpić wykonawcy czynnie działający (tj. posiadający odpowiednie zaplecze techniczne) i świadczący usługi pogrzebowe w zakresie pochówków.

Do upływu składania ofert tj. do dnia 20.11.2017r godz. 10.30 zostały złożone 4 oferty. Informacja o złożonych oferta zgodnie z art. 86 ust. 5 ustawy Pzp została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego pod adresem www.bjp.umilawa.pl.

W dniu 21.11.2017r do Zamawiającego wpłynęło pismo jednego z wykonawców tj. Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowego „LAZUR” Jolanta Bartkowska, ul. Malczewskiego 20, 14-200 Iława , w którym Wykonawca informuje, że oferta nr 2 złożona przez Firmę Usługowo-Produkcyjną „TANATOS” Jadwiga Więckowska, ul. Lipowy Dwór 42, 14-200 Iława powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2) SIWZ jako niezgodna z treścią oferty, gdyż we wpisie z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej widnieje kod PKD **96.03.Z**. Zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) ten kod PKD oznacza prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie Pogrzebów i działalność pokrewną Podklasa ta obejmuje:

- a) grzebanie i kremację zwłok ludzkich i zwierzęcych oraz usługi powiązane:
- przygotowanie zwłok do pochówku lub kremacji, balsamowanie zwłok,
 - usługi zakładów pogrzebowych,
 - przeprowadzenie pogrzebu lub kremacji,
 - wynajmowanie przygotowanego miejsca w domach pogrzebowych

- b) dzierżawę lub sprzedaż grobów,
- c) opiekę i utrzymywanie grobów i mauzoleów

Zamawiający dokonał analizy zapisu zawartego w SIWZ oraz złożonych ofert i stwierdził, iż sam wnoszący pismo o odrzucenie oferty posiada taki wpis w ewidencji działalności gospodarczej, a Wykonawca, który złożył ofertę na realizację części 1 zamówienia tj. Zakład Usługowy „OPOKA” Anna Kozañ, ul. Sobieskiego 47C/6, 14-200 Łtawa, dokonał zmian w ewidencji działalności gospodarczej w dniu 15.11.2017r poprzez wykreślenie wyżej wymienionego kodu 9603Z oraz nazwy firmy z ZAKŁAD POGRZEBOWY "OPOKA" ANNA KOZAŃ na ZAKŁAD USŁUGOWY "OPOKA" ANNA KOZAŃ".

Jak wspomniano powyżej głównym celem zakazu prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie działalności pogrzebowej było osiągnięcie założenia, iż do postępowania nie mogą przystąpić wykonawcy czynnie działający (tj. posiadający odpowiednie zaplecze techniczne) i świadczący usługi pogrzebowe w zakresie pochówków, a nie wykluczanie wykonawców czy odrzucanie ofert wykonawców, którzy od wielu lat działają na rynku, a nie prowadzą czynnej działalności gospodarczej w tym zakresie posiadając jednocześnie wpis w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej z kodem PKD 96.03.Z. Samo posiadanie kodu nie świadczy o prowadzeniu takiej działalności gospodarczej.

Zamawiający dokonał ponownej analizy z dokumentacji postępowania i stwierdził, że różnica w interpretacji powyższego warunku spowodowała, iż złożone oferty są nieporównywalne i skutkują odrzuceniem ofert z postępowania. Przedmiotowa rozbieżność w interpretacji powoduje nierówne traktowanie wykonawców i złamanie zasady uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust.1 ustawy Pzp, która stanowi fundamentalną zasadę udzielania zamówienia, a także ma ewidentny wpływ na wynik postępowania, jak też ewentualną liczbę wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wynikające różnice pomiędzy stanowiskami Zamawiającego i Wykonawców (wykazane w piśmie) w jego interpretacji skutkuje tym, iż wykonawcy musieliby być inaczej traktowani, a złożone przez nich oferty musiałby być odrzucone. Dalsze prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na zasadzie nierównego traktowania wykonawców jest nie tylko niezgodne z zasadami systemu zamówień publicznych, ale również pozostaje w sprzeczności z obowiązującą Zamawiającego, na podstawie przepisów o finansach publicznych, zasadą celowego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych. Należy również uznać, iż zamawiający działał pod wpływem błędu w zakresie świadomości uszczegóławiania warunku poprzez niedookreślenie czy Zamawiający miał na myśli prowadzenie czynnej działalności gospodarczej w zakresie usług pogrzebowych czy też w ogóle posiadanie takiej działalności gospodarczej i posiadanie wpisu w tym zakresie w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej z kodem PKD 96.03.Z. Zamawiający był błędnie przekonany, iż podjęte przez niego starania w tym zakresie zapewniły opisanie warunków udziału w postępowaniu w sposób zapewniający realizację potrzeb zamawiającego i zabezpieczenie jego interesów, jak również zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Dopiero po otwarciu ofert i wnoszonych uwagach przez wykonawcę zamawiający powziął informację, że jego interpretacja jest błędna i prowadzi do jej ograniczenia. Nie może budzić wątpliwości fakt, że gdyby zamawiający wiedział o zaistniałym błędzie sprostowałby go na etapie udzielenia odpowiedzi. Jednakże żaden z wykonawców takiego działania nie podjął, a zamawiający nie posiada środków by poprosić wykonawców o to by przedstawili swoje stanowisko, jak rozumieją zapisy SIWZ. Zamawiający zobowiązany jest dążyć do realizacji zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz efektywności wydatkowania środków publicznych. Wykluczenie z postępowania większości wykonawców z uwagi na różnice interpretacyjne zapisów treści SIWZ spowodowało, iż zamawiający nieświadomie dokonał złamania tych zasad. Mając powyższe na uwadze, postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą. Zgodnie z dyspozycją art. 93 ust.1 pkt. 7) w związku z art. 146 ust. 5 i 6 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów

ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Z uwagi na fakt, iż na tym etapie prowadzonego postępowania nie ma możliwości usunięcia wadliwych zapisów specyfikacji postępowanie zostaje unieważnione.

Należy też w świetle powyższych wywodów zauważyć z całą mocą, że zastosowanie konstrukcji prawnej przewidzianej w art. 93 ust.1 pkt.7) ustawy Pzp ma w tym konkretnym postępowaniu swe pełne usprawiedliwienie. Pamiętać bowiem trzeba o tym, że wada postępowania, która może być przyczyną jego unieważnienia musi mieć – co już wcześniej uwypuklono – charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie w skutek wady podległa unieważnieniu. Taka konstrukcja przepisu odsyła do art. 146 ustawy Pzp, w którym wymienione są wszystkie przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważniania umowy. Odesłania nie można jednak ograniczać wyłącznie do ust.1 art. 146 ustawy Pzp, który zawiera zamknięty i bardzo ograniczony katalog sytuacji powodujących unieważnienie umowy. Powodowałoby to, że wystąpienie innych wad w postępowaniu nie może być powodem unieważnienia na podstawie art. 93 ust.1 pkt. 7) ustawy Pzp. Taka wykładnia prawa prowadziłaby do błędnego wniosku, że nawet wystąpienie wady w sposób oczywisty wypaczającej wynik postępowania nie daje zamawiającemu prawa do unieważnienia postępowania, podczas gdy zawarcie umowy będzie rodzić skutki w postaci dochodzenia jej nieważności lub unieważnienia przez innych wykonawców na podstawie odrębnych przepisów np. art. 189 k.p.c. czy art. 705 k.c. – czego w przypadku innych wad niż określone w art. 146 Pzp ustawa nie zabrania. Tym samym wszelkie wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o ile nie dadzą się usunąć są przesłanką unieważnienia postępowania (dla por. np. wyrok KIO z dnia 25 sierpnia 2010r KIO/UZP 1733/10, LEX nr 621683) Kierując się zatem powyższymi dyrektywami należało postanowić jak na wstępie. Zamawiający, unieważniając postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., bierze pod uwagę nie tylko okoliczności skutkujące unieważnieniem zawartej umowy, określone w art. 146 ust. 1 ustawy P.z.p Oznacza to, że stwierdzona przez zamawiającego wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem tylko i wyłącznie przepisu ustawy P.z.p., które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik. Podobne stanowisko wyraził Sąd Okręgowy w wyroku z dnia 14 sierpnia 2012 r., sygn. akt V Ca 788/12, jak również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1732/13.

Reasumując zamawiający informuje, że unieważnia postępowanie na art. 93 ust.1 pkt.7) ustawy z dnia 29 stycznia 2004r Prawo zamówień publicznych.

**z up. Burmistrza
I ZASTĘPCA BURMISTRZA**

Mariola Zdrojewska