

Sygn. akt: KIO/KD 12/21

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 27 lipca 2021 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 30 czerwca 2021 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego – Urząd Miasta Pionki dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 15 czerwca 2021 r. w przedmiocie zamówienia publicznego pn. „Budowa dróg gminnych wewnętrznych – ul. Wiśniowa i ul. Dziewiątego w miejscowości Pionki” (nr postępowania IR.271.10.2020)

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik
Członkowie: Anna Packo
Aleksandra Patyk

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zgłoszone do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej jako „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”) na podstawie art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, dalej jako „ustawa Pzp”) przeprowadził kontrolę doraźną zamówienia publicznego udzielonego przez zamawiającego – Urząd Miasta Pionki (dalej jako „Zamawiający”) pn. „Budowa dróg gminnych wewnętrznych – ul. Wiśniowa i ul. Dziewiątego w miejscowości Pionki” (nr postępowania: IR.271.10.2020).

W informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 86 ust. 2 i 4 w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie otwarcia ofert w sposób niejawnny, z zakazem udziału publiczności i bez jednoczesnego zapewnienia transmisji z ww. czynności w postępowaniu, co w rezultacie prowadziło do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jako że w sprawie ziszczyły się przesłanki wynikające z tego artykułu, skutkujące koniecznością unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a także naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

W toku kontroli ustalono, iż w rozdziale II SIWZ, w pkt 11.1 Zamawiający wskazał, że oferty należy składać w siedzibie Zamawiającego, tj. w Urzędzie Miasta Pionki, Aleja Jana Pawła II 15, 26-670 Pionki, w terminie do dnia 12 października 2020 r., do godziny 11.00. W myśl pkt 11.6. SIWZ otwarcie ofert miało nastąpić 12 października 2020 r., o godzinie 11:10 w ww. miejscu. W wyjaśnieniach przesłanych do Urzędu w związku ze złożeniem wniosku o kontrolę Zamawiający wskazał, że w okolicznościach rozprzestrzenia się epidemii wywołanej zakażeniami wirusem SARS-CoV-2, wskutek wejścia w życie w dniu 10 października 2020 r. rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 października 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz. U. poz. 1758), dalej jako: „Rozporządzenie”, na podstawie § 24 ww. aktu, decyzją Burmistrza Miasta z dniem 12 października 2020 r. wstrzymana została bezpośrednia obsługa interesantów. Jak wskazał Zamawiający, stosowny komunikat w tej sprawie został zamieszczony m in. na oficjalnej stronie Urzędu Miasta Pionki oraz na drzwiach wejściowych Urzędu Miasta Pionki. W rezultacie otwarcie ofert odbyło się podczas sesji niejawnej.

Zamawiający tłumacząc okoliczności niejawnego otwarcia ofert podał, że wyznaczając termin otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu na dzień 12 października 2020 r., tj. poniedziałek, nie mógł przewidzieć, że dwa dni wcześniej, tj. w sobotę 10 października 2020

r., w drodze Rozporządzenia zostaną wprowadzone obostrzenia, w wyniku których nastąpią zmiany w funkcjonowaniu Urzędu Miasta Pionki. Zamawiający wskazał, że z przyczyn organizacyjnych i technicznych nie mógł przygotować miejsca spełniającego wymogi sanitarne, w którym mogłoby się odbyć publiczne otwarcie ofert. Zamawiający wyjaśnił również, że z ww. powodów nie mógł także przeprowadzić transmisji on-line z otwarcia ofert. Zamawiający w odpowiedzi na wezwanie Kontrolującego o podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonania niejawnego otwarcia ofert stwierdził, że w zaistniałych wówczas okolicznościach nie było możliwości uczestniczenia osób z zewnątrz w procedurze otwarcia ofert, o czym poinformował w rozmowie telefonicznej przedstawiciela jednego z oferentów, oraz zapewnił, że ww. informacja zostanie zamieszczona na stronie internetowej niezwłocznie po otwarciu ofert. Zamawiający wskazał również, że „brak oferentów podczas otarcia ofert nie jest wystarczającą przesłanką do unieważnienia postępowania zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, czynność ta nie miała wpływu na przebieg postępowania i nie miała wpływu na wybór najkorzystniejszej oferty.”

Kontrolujący wskazał, iż zgodnie z art. 86 ust. 2 ustawy Pzp otwarcie ofert jest jawne i następuje bezpośrednio po upływie terminu do ich składania, z tym że dzień, w którym upływa termin składania ofert, jest dniem ich otwarcia. W ww. przepisie prawnym wyrażony został jeden z istotnych elementów zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. jawność otwarcia złożonych ofert, które musi nastąpić bezpośrednio po upływie terminu składania ofert w dacie i miejscu określonym przez zamawiającego postanowieniami SIWZ. Podkreślenia wymaga, że ww. przepis nie przewiduje wyjątków, ma bowiem gwarantować przestrzeganie zasady jawności postępowania i równego traktowania wykonawców. W myśl cytowanej regulacji oferty muszą zostać otwarte publicznie i w sposób jawny. Z prawidłowym dokonaniem czynności otwarcia ofert ustawodawca wiąże dwa domniemania. Po pierwsze: wynikające z art. 86 ust. 1 ustawy Pzp, iż nie nastąpiło zapoznanie się z zawartością ofert przed terminem ich składania. Po drugie: wynikające z art. 86 ust. 2 ustawy Pzp, że wszystkie oferty, których ceny zostały odczytane, złożone zostały w terminie wyznaczonym przez zamawiającego i nie zachodzi konieczność ich zwrotu, skutkująca pominięciem przy dalszych czynnościach w postępowaniu. W myśl art. 86 ust. 4 ustawy 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. Kontrolujący wskazał także brzmienie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, czynność otwarcia ofert jest czynnością jednorazową i niepowtarzalną, a brak podania do publicznej wiadomości nazwy, adresu wykonawcy, informacji dotyczących ceny oferty i innych elementów wymienionych w art. 86 ust. 4 Pzp powoduje, że postępowanie obarczone jest wadą, która uniemożliwia

zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Kontrolujący zwrócił uwagę, iż w wyroku z dnia 29 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 1069/16 Izba orzekła, że „brak podania do publicznej wiadomości - odczytania nazwy, adresu wykonawcy, informacji dotyczących ceny oferty i innych elementów wymienionych w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp powoduje, że postępowanie obarczone 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. Brak dokonania publicznego otwarcia oferty złożonej przed upływem terminu składania ofert, rodzi skutek w postaci braku możliwości dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.” A zatem, brak publicznego otwarcia ofert stanowi niemożliwą do usunięcia wadę postępowania, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający obowiązany jest otworzyć w sposób jawny wszystkie oferty złożone w wymaganym terminie, a czynność otwarcia ofert nie może zostać w danym postępowaniu powtórzona. Jak podkreśliła Izba, jawna czynność otwarcia ofert ma doniosłe znaczenie dla uczestników postępowania - pozwala na ustalenie kręgu podmiotów, którzy ubiegają się o dane zamówienie. Oferta nie może zostać otwarta na niejawnym posiedzeniu komisji przetargowej, ale publicznie, w sposób jawny.

Następnie Kontrolujący wskazał, że w myśl § 24 ust. 1 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 października 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem epidemii (Dz. U. poz. 1758, dalej jako: „Rozporządzenie”) do odwołania wykonywanie zadań przez urząd administracji publicznej lub jednostkę organizacyjną wykonującą zadania o charakterze publicznym może podlegać ograniczeniu polegającym na wykonywaniu wyłącznie zadań niezbędnych do zapewnienia pomocy obywatelom. Zgodnie natomiast z § 2 tego aktu do odwołania w urzędach administracji publicznej lub jednostkach organizacyjnych wykonujących zadania o charakterze publicznym dopuszczalna liczba interesantów przebywających, w tym samym czasie, w jednym pomieszczeniu nie może być większa niż 1 osoba na jedno stanowisko obsługi, z wyłączeniem osób realizujących zadania w zakresie obsługi interesantów. Kontrolujący podniósł, iż przywołane rozporządzenie nie zawieszало działania przepisów ustawy Pzp, zatem należy stwierdzić, że z uwagi na stan epidemii wywołany zakażeniami wirusem SARS-CoV-2 i wprowadzeniem obostrzeń mających na celu zapewnienie bezpieczeństwa zdrowotnego osób, Zamawiający powinien dołożyć należytej staranności, aby organizacja sesji jawnego otwarcia ofert spełniała nie tylko wymagania ustawy Pzp, ale także nie naruszała ograniczeń

faktycznych i prawnych wynikających przepisów odrębnych. Kontrolujący zauważył, że w marcu 2020 r. Urząd Zamówień Publicznych zamieścił na stronach Urzędu opinię, iż w sytuacji zagrożenia epidemicznego, transmisja on-line z otwarciem ofert w sposób wystarczający realizuje zasadę, o której mowa w art. 86 ust. 2 ustawy Pzp. W związku z powyższym brak możliwości fizycznej obecności zainteresowanych osób przy otwarciu ofert z jednoczesnym zapewnieniem transmisji online i podaniu uprzedniej informacji o transmisji nie stanowiłoby naruszenia przepisów ustawy Pzp, zapewniając realizację obowiązków ustawowych.

Tym samym w ocenie Kontrolującego okoliczności, na które powołuje się Zamawiający, nie zwalniały go z respektowania przepisów ustawy Pzp. Przyczyny techniczne i organizacyjne, na które w wyjaśnieniach powołuje się Zamawiający, twierdząc, że uniemożliwiały mu powiadomienie uczestników postępowania i przygotowanie odpowiedniego miejsca do przeprowadzenia procedury jawnego otwarcia ofert z zachowaniem wymogów sanitarnych ograniczających zagrożenie rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2, nie uzasadniają w żaden sposób otwarcie ofert, której jest niejawnym. Zamawiający bowiem jeżeli nie był w stanie do dnia 12 października 2020 r., do upływu terminu otwarcia ofert, zorganizować sesji z udziałem publiczności, względnie transmisji online z otwarciem ofert, dostępnej dla zainteresowanych, powinien był przedłużyć termin składania ofert i otwarcia ofert, i dokonać otwarcia ofert zgodnie z przepisami w sposób jawny. Stosownie bowiem do art. 38 ust. 4 ustawy Pzp w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatem, w okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający mógł dokonać zmiany terminu składania lub otwarcia ofert, przed upływem terminu składania ofert w celu przygotowania jawnej sesji otwarcia ofert. Na marginesie Prezes Urzędu zauważył, że w wyjaśnieniach udzielonych w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa ulicy Słowackiego i ulicy Plac Konstytucji 3-go Maja w Pionkach”, Zamawiający podał, że otwarcie odbyło się zgodnie z SIWZ w terminie, tj. w dniu 12 października o godz. 12.10 i było otwarte dla wszystkich chętnych, jako że Zamawiający zdołał przygotować odpowiednie pomieszczenie spełniające wymagania reżimu sanitarnego.

Zdaniem Kontrolującego należy zatem stwierdzić, że Zamawiający, dokonując otwarcia ofert z całkowitym ograniczeniem dostępu do udziału w tej czynności osobom zainteresowanym, w tym wykonawcom, naruszył przepisy art. 86 ust. 2 i 4 ustawy Pzp, a tym samym wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp zasadę jawności, której przejawem jest jawność otwarcia ofert złożonych w danym postępowaniu. W konsekwencji powyższego Zamawiający naruszył również przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jako że w sprawie ziściły się

przesłanki wynikające z tego artykułu, skutkujące koniecznością unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz przepis art. 7 ust. 3 Pzp, udzielając zamówienia wykonawcy, którego wybór był niezgodny z przepisami ustawy Pzp.

W dniu 30 czerwca 2021 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli, nie zgadzając się z jej ustaleniami.

Wskazał, iż 10 października 2020 r. weszło w życie rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 9 października 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz. U. poz. 1758). W związku z powyższym na podstawie delegacji zawartej w § 24 ww. aktu prawnego nastąpiły obostrzenia dotyczące funkcjonowania Urzędu Miasta Pionki. Stosowny komunikat w tej sprawie został zamieszczony na oficjalnej stronie miasta Pionki, publicznie dostępnej pod adresem http://pionki.pl/aktualnosc-1290Urzad_miasta_wstrzymuje_obs_luge.html, na innych dostępnych stronach oraz został wywieszony na drzwiach wejściowych Urzędu Miasta Pionki. W związku z zaistniałą sytuacją, decyzją Burmistrza Miasta z dniem 12.10.2020 r. została wstrzymana bezpośrednia obsługa interesantów, a Komunikat w tej sprawie jasno precyzował zakaz wstępu do budynku oraz określał nowe zasady i sposoby załatwiania spraw w Urzędzie. Na skutek niedających się przewidzieć czasowo zbiegów zdarzeń związanych z rozprzestrzenianiem się pandemii Covid-19 i stanu epidemii, w krótkim czasie nastąpiła reorganizacja pracy Urzędu, praca Urzędu została ograniczona z przyczyn wynikających z ww. przepisów prawa. Wyznaczając termin otwarcia ofert na dzień 12.10.2020r. (poniedziałek), Zamawiający nie mógł przewidzieć, iż 2 dni wcześniej (w sobotę) decyzją Rozporządzenia Rady Ministrów zostaną wprowadzone obostrzenia wynikające z sytuacji wyjątkowej. Ponieważ od otwarcia Urzędu w poniedziałek 12.10.2020r do terminu składania i otwarcia ofert minęło zaledwie kilka godzin (3.5 godziny) podczas których odbywała się nowa organizacja pracy Urzędu, Zamawiający nie mógł zarówno z przyczyn technicznych i organizacyjnych powiadomić uczestników postępowania i przygotować odpowiedniego miejsca z zachowaniem wszystkich wymogów sanitarnych. Ponieważ Zamawiający jest stosunkowo niewielkim urzędem a decyzja go zaskoczyła, z powodu braku możliwości technicznych nie był w stanie w tak krótkim czasie zorganizować również transmisji online z otwarcia ofert i poinformować o tym fakcie wszystkie zainteresowane osoby, tym bardziej że termin otwarcia ofert miał nastąpić 10 minut po terminie składania ofert.

Zamawiający wskazał, iż jeden z pracowników Urzędu Miasta Pionki poinformował telefonicznie przedstawiciela jednego z oferentów, że ze względu na wprowadzone restrykcje, na chwilę obecną nie będzie możliwości uczestniczenia osób z zewnątrz w procedurze otwarcia ofert oraz zapewnił, że informacja z otwarcia ofert w przypadku zamówienia

publicznego dotyczącego Budowy ulicy Wiśniowej i ulicy Dziewiątego w Pionkach, będzie zamieszczona niezwłocznie tuż po otwarciu ofert, tj. niezwłocznie po godzinie 11.10 na stronie internetowej w uwzględnianiem: kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia; firm oraz adresów wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie; ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Zamawiający dodał, że rozmowa ta miała miejsce przed spotkaniem Burmistrza Miasta Pionki z kierownictwem urzędu na temat funkcjonowania urzędu po wydanej decyzji Burmistrza Miasta z dnia 12.10.2020 o wstrzymaniu bezpośredniej obsługi interesantów. Wg zapisów SIWZ osobą ze strony Zamawiającego uprawnioną do porozumiewania się z wykonawcami był Pan P. S.. Podany był nr telefonu 48 3414207 i adres email. W sprawie uczestnictwa w otwarciu ofert nikt z Panem P. S. się nie kontaktował. Informacji, o której mowa powyżej udzielił pracownik Zamawiającego, który nie zajmował się procedurą udzielania zamówień publicznych zgodnie z ustawą Pzp.

Zamawiający podniósł, iż decyzja o wprowadzeniu obostrzeń wynikała z sytuacji wyjątkowej, gdyż w mieście Pionki pojawiło się duże ognisko zakażeń koronawirusem Covid-19. Wg danych Państwowej Inspekcji Sanitarnej liczba osób objętych kwarantanną oraz podejrzeniem zakażenia koronawirusem w Pionkach była bardzo wysoka. Dlatego konieczne było podjęcie działań, by zagrożenie ograniczyć do niezbędnego minimum, gdyż zdrowie i życie ludzkie jest najważniejsze. Ze względu na krótki czas od otwarcia Urzędu w poniedziałek 12.10.2020r do terminu składnia i otwarcia ofert (3.5 godziny), podczas których odbywała się nowa organizacja pracy Urzędu, nie pojawiła się żadna pisemna informacja o zmianie terminu otwarcia ofert, jak również o warunkach uczestnictwa w otwarciu ofert. Informację udzieloną telefonicznie jednemu z oferentów należy traktować jako informację nieformalną, która dotyczyła stanu na chwilę udzielania telefonicznej informacji. Formalnie, zgodnie z ustawą Pzp, Zamawiający nie zmienił terminu otwarcia ofert oraz warunków uczestnictwa w otwarciu ofert. W związku z zaistniałą sytuacją, decyzją Burmistrza Miasta z dniem 12.10.2020 została wstrzymana bezpośrednia obsługa interesantów, a Komunikat w tej sprawie jasno precyzował zakaz wstępu do budynku oraz określa nowe zasady i sposoby załatwiania spraw w Urzędzie. Zgodnie z wydanym Komunikatem pracownicy Urzędu Miasta Pionki pracowali dalej normalnie, zmieniła się tylko forma obsługi interesantów. Wszyscy mieszkańcy, którzy nie mogli załatwić swojej sprawy zdalnie, mogli wrzucić swoje pisma lub dokumenty do wystawionej urny przy wejściu do budynku. W sytuacjach, gdy konieczny był kontakt pracownika z interesantem, wyznaczony pracownik schodził do wyjścia budynku i tam udzielał koniecznej pomocy lub wyjaśnień. Przy wejściu do budynku ciągły dyżur pełnił również pracownik Biura Obsługi Mieszkańców, który pomagał interesantom. Nikt, kto przyszedł do Urzędu Miasta Pionki nie może powiedzieć, że zastał zamknięte drzwi i nie mógł załatwić swojej sprawy. To samo dotyczyło składania ofert w przetargu lub zgłoszenia chęci udziału

w otwarciu ofert. Gdyby przyszły osoby do Urzędu Miasta Pionki i wyraziły wolę udziału w otwarciu ofert w postępowaniu przetargowym dla zadania pn. „Budowa dróg gminnych wewnętrznych - ulica Wiśniowa i ulica Dziewiątego w Pionkach”, Zamawiający z pewnością zapewniłby otwarcie ofert z udziałem tych osób. Sposób zapewnienia jawnego otarcia ofert byłby uzależniony od ilości osób wyrażających wolę wzięcia udziału w otwarciu ofert i musiałby uwzględniać panującą sytuację epidemiologiczną oraz wydaną decyzję Burmistrza Miasta o wstrzymaniu bezpośredniej obsługi interesantów. Jednak nikt zainteresowany udziałem w otwarciu ofert nie pojawił się w budynku Urzędu Miasta, gdzie właśnie wg SIWZ miało się odbyć otwarcie ofert. Dlatego też Zamawiający dokonał otwarcia ofert w terminie wskazanym w SIWZ.

Na podstawie ww. wyjaśnień Zamawiający wskazał, iż nie zgadza się z zarzutem naruszenia przepisów art. 86 ust. 2 i 4 w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp 2 poprzez przeprowadzenie otwarcia ofert w sposób niejawnym, z zakazem udziału publiczności i bez jednoczesnego zapewnienia transmisji z ww. czynności w postępowaniu. Zamawiający nigdy nie zakazał jawnego otwarcia ofert. Nie pojawiła się żadna pisemna informacja o zmianie terminu otwarcia ofert, jak również o warunkach uczestnictwa w otwarciu ofert. Gdyby pojawiły się w budynku Urzędu Miasta osoby wyrażające wolę wzięcia udziału w otwarciu ofert, Zamawiający zapewniłby otwarcie ofert z udziałem tych osób. Ze względu na to, iż Zamawiający w tamtym czasie znajdował się w sytuacji wyjątkowej w związku ze stanem pandemii, Zamawiający wniósł o przyjęcie jego wyjaśnień, zaistniałe trudności były niezamierzone i od niego niezależne.

Prezes Urzędu odpowiadając na zastrzeżenia Zamawiającego w piśmie z dnia 13 lipca 2021 r. podtrzymał stanowisko zaprezentowane w informacji o wyniku kontroli.

Kontrolujący wskazał, iż Zamawiający w ramach zastrzeżeń kwestionuje istotne ustalenia faktyczne sprawy, twierdząc, że w dniu 12 października 2020 r. sesja otwarcia ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa dróg gminnych wewnętrznych - ul. Wiśniowa i ul. Dziewiątego w miejscowości Pionki” była otwarta dla wykonawców i osób zainteresowanych udziałem w niej. Natomiast komunikat przeciwnej treści został telefonicznie przekazany „jednemu z oferentów” przez pracownika „Zamawiającego”, który nie zajmował się procedurą udzielania zamówień publicznych zgodnie z ustawą Pzp.” W ocenie Prezesa Urzędu nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego jakoby otwarcie ofert mogło odbyć się z udziałem przedstawicieli wykonawców oraz innych osób zainteresowanych. Nie znajduje bowiem ono potwierdzenia ani w dokumentacji kontrolowanego postępowania, ani wyjaśnieniach składanych na wezwanie Kontrolującego. Prezes Urzędu podkreślił, że przedmiotowa kontrola doraźna została wszczęta na wniosek podmiotu, któremu odmówiono udziału w przedmiotowym otwarciu ofert. Po drugie

dokumentacja kontrolowanego postępowania dowodzi, że otwarcie ofert odbyło się bez udziału osób zainteresowanych partycypowaniem w sesji otwarcia ofert. Zgodnie bowiem z przekazaną korespondencją prowadzoną w toku postępowania między Zamawiającym a wykonawcą Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Drogowych w Grójcu Sp. z o.o. (dalej jako „PRID”), w piśmie z dnia 13 października 2020 r. zatytułowanym „Informacja o naruszeniu przez zamawiającego ustawy Pzp”, wskazano, że: „W dniu 12.10.2020 r. w siedzibie Zamawiającego odbyło się otwarcie ofert w zakresie dwóch postępowań przetargowych, tj. „Przebudowa ulicy Słowackiego i ulicy Plac Konstytucji 3-go Maja” oraz „Budowa ulicy Wiśniowej i ulicy Dziewiątego w Pionkach”. Zgodnie z udostępnioną przez Zamawiającego SIWZ dla obydwu zadań jako miejsce otwarcia ofert wskazano siedzibę Zamawiającego. Zamawiający pomimo wprowadzonych obostrzeń w funkcjonowaniu urzędów nie dokonał zmian w ogłoszeniu w BZP. Pomimo podjętych starań przedstawiciele firm wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowych postępowaniach, nie zostali wpuszczeni do środka budynku, gdzie miało miejsce otwarcie ofert. Zamawiający nie zamieścił również transmisji online z otwarcia ofert, co w przypadku zagrożenia epidemicznego wystarczająco realizuje zasadę o której mowa w art. 86 ust. 2 ustawy Pzp.

Pismo wykonawcy PRID, który złożył ofertę w kontrolowanym przetargu przeczy zatem twierdzeniu Zamawiającego. Z treści ww. pisma wprost wynika, że Wykonawcy „nie zostali wpuszczeni do środka budynku, gdzie miało miejsce otwarcie ofert.” Co więcej w piśmie z dnia 14 października 2020 r., zawierającym odpowiedź na powyższe zarzuty, Zamawiający nie zaprzeczał, aby taka okoliczność nie miała miejsca. Zamiast tego Zamawiający przypomniał, że: „Komunikat Burmistrza Miasta informuje, że z dniem 12.10.2020 została wstrzymana bezpośrednia obsługa interesantów, jasno precyzuje zakaz wstępu do budynku oraz określa nowe zasady i sposoby załatwienia spraw w Urzędzie.” Zamawiający wskazał także, że: „Jak poinformowaliśmy telefonicznie Państwa przedstawiciela, że informacja z otwarcia ofert będzie zamieszczona niezwłocznie tuż po otwarciu ofert na stronie internetowej z uwzględnieniem: kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia; firm i adresów wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie; ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.” W końcu Zamawiający stwierdził, że: „(...) Brak oferentów podczas otwarcia ofert nie jest przesłanką do unieważnienia postępowania zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czynność ta nie miała wpływu na przebieg postępowania i nie będzie miała wpływu na wybór najkorzystniejszej oferty. Postępowania nie są obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowie w sprawie zamówienia publicznego.”

W ocenie Kontrolującego z treści ww. korespondencji wynika zatem bezsprzecznie, że były osoby zainteresowane udziałem w sesji otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego. Co więcej, ww. pismo wykonawcy PRID, jak również wnioski o wszczęcie kontroli doraźnej inicjujący niniejszą kontrolę, dowodzą, że oferenci nie zostali wpuszczeni na tę sesję. Kontrolujący zauważył, że w toku postępowania wyjaśniającego, a następnie kontroli doraźnej Zamawiający prezentował podobne stanowisko. W wyjaśnieniach udzielonych w piśmie z dnia 9 listopada 2020 r. skierowanym do Urzędu w toku postępowania wyjaśniającego Zamawiający powtórzył, że w związku z zaistniałą sytuacją, decyzją Burmistrza Miasta z dniem 12.10.2020 została wstrzymana bezpośrednio obsługa interesantów, a komunikat w tej sprawie jasno precyzuje zakaz wstępu do budynku oraz określa nowe zasady i sposoby załatwiania spraw w Urzędzie. Zamawiający podał również, że z przyczyn technicznych i organizacyjnych nie był w stanie przygotować odpowiedniego miejsca z zachowaniem wymogów sanitarnych. Zamawiający stwierdził: „Wyznaczając termin otwarcia ofert na dzień 12.10.2020r. (poniedziałek), nie mogliśmy przewidzieć, iż 2 dni wcześniej (w sobotę) decyzją Rozporządzenia Rady Ministrów zostaną wprowadzone obostrzenia wynikające z sytuacji wyjątkowej. Ponieważ od otwarcia Urzędu w poniedziałek 12.10.2020r. Do terminu składania i otwarcia ofert minęło zaledwie kilka godzin (3.5) godziny podczas których odbywała się nowa organizacja pracy Urzędu, nie mogliśmy zarówno z przyczyn technicznych i organizacyjnych powiadomić uczestników postępowania i przygotować odpowiedniego miejsca z zachowaniem wszystkich wymogów sanitarnych. Ponieważ jesteśmy stosunkowo niewielkim urzędem a decyzja nas zaskoczyła, z powodu braku możliwości technicznych nie byliśmy w stanie tak krótkim czasie zorganizować również transmisji online z otwarcia ofert i poinformować o tym fakcie wszystkie zainteresowane osoby, tym bardziej że termin otwarcia ofert nastąpił 10 minut po terminie składania ofert.”

Kontrolujący podkreślił ponadto, że Zamawiający wyjaśnił również, iż przedstawiciel jednego z oferentów został poinformowany, że ze względu na wprowadzone restrykcje, na chwilę obecną nie będzie możliwości uczestniczenia osób z zewnątrz w procedurze otwarcia ofert oraz zapewnił, że „informacja z otwarcia ofert w przypadku zamówienia publicznego dotyczącego Budowy ulicy Wiśniowej i ulicy Dziewiątego w Pionkach, będzie zamieszczona niezwłocznie tuż po otwarciu ofert, tj. niezwłocznie po godzinie 11.10 na stronie internetowej (...)” Zamawiający co znamienne wskazał, że „istotną kwestią jest fakt, iż Oferent ten znając trudną sytuację pandemiczną nie skontaktował się odpowiednio wcześniej z Urzędem Miasta Pionki tak by możliwe byłoby stworzenie warunków do udziału w postępowaniu.” Dalej Zamawiający wyjaśnił, iż: „Wyciągając wnioski z ww. sytuacji i zapewnienia możliwości udziału w otwarciu ofert, przygotowaliśmy większe pomieszczenie spełniające wymogi reżimu sanitarnego z oddzielnym bocznym wejściem. Drugie otwarcie ofert dla zamówienia dotyczącego przebudowy ulicy Słowackiego i ulicy Plac Konstytucji 3-go Maja w Pionkach nastąpiło w tym samym dniu o godzinie 12.10. O godzinie 12.10 podczas otwarcia ofert nie

było żadnego przedstawiciela oferentów, nikt też nie złożył wniosku o udział w otwarciu ofert w tym postępowaniu.”

Mając na uwadze powyższe, Kontrolujący zauważył, że tak w ramach korespondencji prowadzonej wykonawcą PRID, jak i w wyjaśnieniach dnia 9 listopada 2020 r. skierowanych do Urzędu, Zamawiający telefoniczną informację udzieloną przedstawicielowi ww. wykonawcy traktował jako wiążącą i nie podnosił, jakoby informacja ta została udzielona przez pracownika Zamawiającego, który nie zajmował się procedurą udzielania zamówień publicznych. W domyśle, co wydaje się Zamawiający sugerować pracownika nieupoważnionego do kontaktowania się z wykonawcami w postępowaniu. W ocenie Prezesa Urzędu wobec powyższego, wskazane w treści zastrzeżeń twierdzenia, w myśl których informację udzieloną jednemu z oferentów należałoby traktować jako niebyłą, oraz stwierdzenie Zamawiającego, że: „Gdyby pojawiły się w budynku Urzędu Miasta osoby wyrażające wolę wzięcia udziału w otwarciu ofert, Zamawiający zapewniłby otwarcie ofert z udziałem tych osób”, czy utrzymywanie, że sesja otwarcia ofert była jawna i otwarta nie znajduje oparcia ani w dokumentacji postępowania, ani nawet w wyjaśnieniach udzielonych w toku postępowania wyjaśniającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w przedmiotowej sprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba wskazuje, iż stosownie do art. 94 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) do kontroli udzielania zamówień publicznych wszczętych na podstawie ustawy uchylanej w art. 89 i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe, a zatem do przedmiotowej kontroli zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.). Zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Pzp od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń. W przepisie tym zwrócono uwagę na konieczność umotywowania zastrzeżeń co do stwierdzonych w trakcie kontroli naruszeń. Dalej należy zauważyć, że zgodnie z art. 167 ust. 3 ustawy Pzp, Izba w formie uchwały wyraża opinię w sprawie zastrzeżeń, a zatem opinia Izby w sprawie zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej stanowi wyłącznie ocenę ich zasadności (por. m.in. postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 maja 2013 roku, sygn. akt V SA/Wa 583/13). Oznacza to, że Izba weryfikuje prawidłowość stwierdzonych w kontroli naruszeń wyłącznie w oparciu o argumentację przedstawioną przez zamawiającego w zastrzeżeniach, w granicach wyznaczonych treścią zastrzeżeń.

Izba, uznając ustalenia faktyczne oraz prawne dokonane przez Kontrolującego za prawidłowe, stwierdziła, że zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej zgłoszone pismem z dnia

30 czerwca 2021 r. przez Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu zawarte w Informacji o wyniku kontroli oraz odpowiedzi na zastrzeżenia co do zaistnienia naruszenia art. 86 ust. 2 i 4 w zw. z art. 8 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, przyjmując zaprezentowaną przez Prezesa Urzędu argumentację za własną.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, z kolei w myśl ust. 3 tego przepisu zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Art. 86 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż otwarcie ofert jest jawne i następuje bezpośrednio po upływie terminu do ich składania, z tym że dzień, w którym upływa termin składania ofert, jest dniem ich otwarcia, zaś ust. 4 tego przepisu wskazuje, że 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. Zgodnie zaś z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wskazać należy, iż jedną z kluczowych zasad systemu zamówień publicznych jest jawność postępowania, która stanowi równocześnie narzędzie i gwarancję zachowania w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasada jawności funkcjonuje także w ścisłym powiązaniu z zasadą przejrzystości, gwarantującą zachowanie transparentności wszelkich informacji dotyczących wszczęcia i przebiegu postępowania oraz podejmowanych w jego ramach decyzji. Powyższe zasady mają na celu umożliwienie kontrolowania prawidłowości działań zamawiającego w ramach procesu udzielania zamówień oraz zapewnienia prawidłowego wydatkowania środków publicznych. Przejrzystość postępowania umożliwia wykonawcom faktyczne korzystanie z mechanizmów konkurencji na wspólnym rynku, pozwalając na weryfikację prawidłowości działań zamawiającego (por. A. Sołtysińska, *Europejskie Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz.* wyd. Wolters Kluwer Polska 2016).

W świetle wyżej wskazanych zasad, wszelkie oświadczenia, dokumenty i informacje dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pozostawać powinny jawne, zamawiający zaś może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (por. art. 8 ust. 2 ustawy Pzp). Jedynym z przepisów służących realizacji zasady jawności postępowania jest art. 86 ust.

2 ustawy Pzp, który wskazuje na jawność czynności otwarcia ofert. Złożone w postępowaniu oferty podlegają publicznemu otwarciu, czyli są rozpakowywane (otwierane) dopiero w miejscu i terminie wyznaczonym przez zamawiającego i zakomunikowanym w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ, a obecny podczas tej czynności może być każdy - nie tylko oferenci, ale także inne zainteresowane osoby, np. przedstawiciele mediów. Zamawiający nie jest uprawniony odmówić komukolwiek udziału w otwarciu ofert. Czynność otwarcia ofert ma doniosłe znaczenie przede wszystkim dla uczestników postępowania - pozwala wykonawcom na ustalenie kręgu podmiotów, z którymi konkurować będą o udzielenie zamówienia oraz na ocenę potencjalnych szansach na uzyskanie zamówienia. Obecność podczas otwarcia ofert daje również możliwość zweryfikowania czy nie miało miejsca zapoznanie się z zawartością ofert przed terminem ich składania (ich wcześniejsze otwarcie), jak również, czy wszystkie oferty, których ceny zostały odczytane, złożone zostały w terminie wyznaczonym przez zamawiającego i nie zachodzi konieczność ich zwrotu, skutkująca pominięciem przy dalszych czynnościach w postępowaniu. Podkreślić należy, że tylko poprzez zapewnienie prawa do uczestnictwa w czynności otwarcia ofert wykonawcom i podmiotom trzecim możliwe jest skuteczne skontrolowanie działań zamawiającego podejmowanych na tym etapie postępowania.

Mając powyższe na względzie nie można zgodzić się z Zamawiającym, który w toku kontroli wskazywał, iż niejawnie otwarcie ofert nie miało wpływu na przebieg postępowania i na wybór najkorzystniejszej oferty. Powyższego nie sposób stwierdzić właśnie z tego względu, że otwarcie ofert nie miało charakteru publicznego, co powoduje, że brak jest możliwości zweryfikowania czy otwarcie ofert miało prawidłowy przebieg, w szczególności zaś brak jest możliwości ustalenia czy nie dokonano rozpakowania ofert wcześniej albo czy nie uznano za skutecznie wniesionej oferty złożonej po terminie składania ofert. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego jest to naruszenie ustawy Pzp o charakterze istotnym, godzi ono bowiem w podstawowe zasady systemu zamówień publicznych - zasadę jawności, przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Co równie ważne, tego rodzaju uchybienia nie da się konwalidować, czynność otwarcia ofert ma bowiem charakter jednorazowy i niepowtarzalny. Powyższe powoduje, że postępowanie powinno być zostać w takiej sytuacji przez Zamawiającego unieważnione, gdyż obarczone było niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp). Jak wielokrotnie wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach, czynność otwarcia ofert jest czynnością faktyczną, jednokrotną, która nie może zostać powtórzona w danym postępowaniu. W wyroku z dnia 12 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 574/19 stwierdzono, 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. (...) Obowiązkiem zamawiającego jest zachowywanie zasad prowadzenia postępowania na wszystkich etapach postępowania, przy dokonywaniu wszystkich wymaganych przepisami ustawy czynności." Na zasadność unieważnienia postępowania w przypadku niejawnego otwarcia ofert wskazano także w wyroku z dnia 19 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1261/19.

W ocenie Izby stanowisko Zamawiającego przedstawione w zastrzeżeniach do wyniku kontroli nie zasługuje na aprobatę. Izba w całości podziela argumentację Kontrolującego przedstawioną w odpowiedzi na zastrzeżenia, w którym szczegółowo omówiono daleko idącą niekonsekwencję w wyjaśnieniach przedstawianych przez Zamawiającego. Izba, podobnie jak Prezes Urzędu, uznała twierdzenia Zamawiającego za niespójne – Zamawiający z jednej strony przyznał bowiem, że nie był w stanie zapewnić na otwarcie ofert w postępowaniu pn. „Budowa dróg gminnych wewnętrznych – ul. Wiśniowa i ul. Dziewiątego w miejscowości Pionki”, które miało miejsce 12 października 2020 r. o godz. 11:10, odpowiedniego pomieszczenia spełniającego wymogi sanitarne, przyznał, że jeden z oferentów został poinformowany telefonicznie o braku możliwości uczestnictwa w czynności otwarcia ofert, przyznał, że opublikowany został w Internecie oraz wywieszony na drzwiach wejściowych do Urzędu komunikat o wstrzymaniu obsługi i zakazie wstępu do budynku, a z drugiej strony - w kontrze do powyższych faktów - stwierdził, że „nigdy nie zakazał jawnego otwarcia ofert,” a gdyby podczas otwarcia ofert stały się jakiegokolwiek osoby, to Zamawiający zapewniłby im uczestnictwo w tej czynności. Wiarygodność powyższych twierdzeń Zamawiającego podważa także znajdujące się w dokumentach kontroli pismo wykonawcy PRID wskazujące, że wykonawcy nie zostali wpuszczeni do budynku, w którym miało miejsce otwarcie ofert.

Należy ponadto zauważyć, iż udzielając ww. wykonawcy w dniu 14 października 2020 r. odpowiedzi na informację o naruszeniu przepisów ustawy Pzp (pismo PRID z dnia 13 października 2020 r.) Zamawiający *de facto* przyznał, że otwarcie ofert miało charakter niejawny, zaś okoliczności będące tego przyczyną związane z wprowadzeniem obostrzeń i liczbą zakażeń Zamawiający w piśmie tym wskazywał jako uzasadnienie braku podstaw do unieważnienia postępowania. Zamawiający w piśmie tym wskazał, iż komunikat Burmistrza precyzował zakaz wstępu do Urzędu, a bezpośrednia obsługa interesantów została wstrzymana. Zamawiający wskazał również, że nie był w stanie zorganizować transmisji online ani nie była możliwa „zmiana terminu zamówienia” z uwagi na konieczność „terminowej realizacji zaplanowanych inwestycji”. Ponadto w piśmie wskazano, iż Zamawiający poinformował wykonawcę telefonicznie, że niezwłocznie po otwarciu ofert opublikuje niezbędne informacje na stronie internetowej, przyznano więc tym samym, że przekazano wykonawcy informacje o tym, iż nie będzie mógł uczestniczyć w otwarciu ofert. Wszystkie powyższe okoliczności w ocenie Izby jednoznacznie dowodzą, że otwarcie ofert miało miejsce

z uchybieniem zasadzie jawności postępowania. Prezentowane w zastrzeżeniach stanowisko jakoby otwarcie ofert było publiczne i każdy zainteresowany mógł w nim wziąć udział jest nie do pogodzenia ze zgromadzonym w toku kontroli materiałem dowodowym, jak i nie znajduje odzwierciedlenia w okolicznościach stanu faktycznego przedstawianych przez samego Zamawiającego w ramach wyjaśnień.

Bez znaczenia dla tak dokonanej oceny pozostają twierdzenia Zamawiającego, że osoba, która przekazała ww. wykonawcy informację o braku możliwości udziału w otwarciu ofert telefonicznie, nie była osobą dedykowaną do kontaktów w sprawie przedmiotowego zamówienia. Niezależnie od tego kto wykonawcę poinformował o braku możliwości udziału w otwarciu ofert, to osoba ta działała w imieniu Zamawiającego i Zamawiający był świadomy jej działania (sam wskazał na to w piśmie z dnia 14 października 2020 r.). W ocenie Izby nie zasługuje na aprobatę podejmowana przez Zamawiającego w ramach zgłoszonych zastrzeżeń próba usprawiedliwiania swojego działania tym, że rzekomo żaden z wykonawców nie stawiał się podczas otwarcia ofert czy też nie informował wcześniej, że ma taki zamiar. Abstrahując od okoliczności, iż na co innego wskazuje pismo wykonawcy PRID, to już w oparciu o zasady logiki i doświadczenia życiowego należy stwierdzić, iż trudno oczekiwać od osoby, której przekazano informacje o braku możliwości udziału w czynności otwarcia ofert, że mimo wszystko stawi się na takie otwarcie. Na gruncie zgromadzonych w toku kontroli dokumentów (w szczególności pisma ww. wykonawcy oraz wniosku o wszczęcie kontroli) nie budzi wątpliwości Izby, iż byli wykonawcy zainteresowani uczestnictwem w otwarciu ofert i jedynie z uwagi na działania Zamawiającego nie mogli być podczas tej czynności obecni.

Ponadto Izba wskazuje, iż jakkolwiek zgodzić należy się z tym, że Zamawiający nie mógł mieć wiedzy o tym, że dnia 10 października 2020 r. wejdzie w życie rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 9 października 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz. U. poz. 1758), to jednak niewątpliwie miał on świadomość, że wprowadzenie obostrzeń może mieć miejsce w każdej chwili, stan epidemii trwał już bowiem wówczas ponad pół roku. Zamawiający miał także wiedzę o tym, że na terytorium kraju wprowadzane są obostrzenia zależne od liczby zakażeń (oznaczone odpowiednimi kolorami strefy), stanowiło to bowiem fakt powszechnie znany, jak i zapewne był świadomy jak liczba zakażeń kształtowała się wówczas w Gminie Pionki. W tej sytuacji Zamawiający powinien odpowiednio wcześniej przygotować pomieszczenia tudzież podjąć inne działania organizacyjne w celu zachowania niezbędnych wymogów sanitarnych podczas zaplanowanych na konkretne terminy sesji otwarcia ofert. Podobnie Zamawiający powinien być w stanie zapewnić odpowiednie narzędzia techniczne, aby móc przeprowadzić transmisję online z czynności otwarcia ofert na wypadek wprowadzenia obostrzeń uniemożliwiających fizyczną obecność osób trzecich (zwłaszcza, że Komunikat Urzędu

Zamówień Publicznych wskazujący, iż brak możliwości fizycznej obecności zainteresowanych osób przy otwarciu ofert z jednoczesnym zapewnieniem transmisji online i podaniu uprzedniej informacji o transmisji - nie będzie stanowić naruszenia przepisów ustawy Pzp, został opublikowany już w dniu 16 marca 2020 r.). Izba zgodziła się z Kontrolującym, że rozporządzenie wprowadzające z dniem 10 października 2020 r. określone obostrzenia nie zawieszają działania przepisów ustawy Pzp, a Zamawiający powinien był dołożyć należytej staranności, aby organizacja sesji jawnego otwarcia ofert spełniała nie tylko wymagania ustawy Pzp, ale także nie naruszała ograniczeń faktycznych i prawnych wynikających przepisów odrębnych.

Co więcej, wiarygodność stanowiska Zamawiającego, jakoby nie był on w stanie zapewnić odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych, aby dokonać jawnego otwarcia ofert w postępowaniu pn. „Budowa dróg gminnych wewnętrznych – ul. Wiśniowa i ul. Dziewiątego w miejscowości Pionki”, podważa fakt, iż już godzinę później dokonał on jawnego otwarcia ofert w budynku Urzędu Miasta Pionki w postępowaniu dotyczącym przebudowy ulicy Słowackiego i ulicy Plac Konstytucji 3-go Maja w Pionkach. Powyższe pokazuje, że podjęcie skutecznych działań umożliwiających publiczne otwarcie ofert nie było ani utrudnione, ani czasochłonne. Pomimo tego Zamawiający nie podjął jakichkolwiek działań, aby umożliwić zainteresowanemu udział w otwarciu ofert. Zamawiający nie zdecydował się także na przesunięcie terminu składania i otwarcia ofert o czas niezbędny do przygotowania odpowiednich środków sanitarnych czy narzędzi technicznych, jednocześnie zaś nie wskazywał, aby było to niemożliwe czy obiektywnie utrudnione. Z kolei w oparciu o treści pisma Zamawiającego z dnia 14 października 2020 r. skierowanego do wykonawcy PRID można stwierdzić, że do zmiany terminu składania ofert i otwarcia ofert nie doszło wyłącznie z uwagi na „konieczność terminowej realizacji zaplanowanych inwestycji.” Nie sposób jednak uznać, aby przedłużenie ww. terminów o bardzo krótki czas niezbędny do zapewnienia jawności otwarcia ofert miało w jakikolwiek sposób wpłynąć na możliwość terminowej realizacji przedmiotowej inwestycji.

W tym stanie rzeczy Izba uznała za niezasadne zastrzeżenia Zamawiającego dotyczące informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 15 czerwca 2021 r., stwierdzającej naruszenie przez Zamawiającego art. 86 ust. 2 i 4 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na brak dokonania publicznego otwarcia ofert w postępowaniu pn. „Budowa dróg gminnych wewnętrznych – ul. Wiśniowa i ul. Dziewiątego w miejscowości Pionki” (nr postępowania IR.271.10.2020).

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....