

*Lukasz Mackiewicz*

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO

Olsztyn, dnia 27 lipca 2020 r.

**OPINIA PRAWNA**

w przedmiocie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług w zakresie dowozu uczniów do szkół prowadzonych przez Gminę Olecko w roku szkolnym 2020/2021” (ogłoszenie nr 558362-N-2020)

**I. Stan faktyczny**

Gmina Olecko (dalej zwana „Zamawiającym”) w dniu 6 lipca 2020 r. ogłosiła zamówienie, którego przedmiotem jest świadczenie usług przewozowych uczniów do szkół prowadzonych przez Gminę Olecko w roku szkolnym 2020/2021. W dniu 28 lipca 2020 r. Gmina zwróciła się z prośbą o rozstrzygnięcie kwestii, czy przedmiotowe postępowanie jest dotknięte wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej umowy.

**II. Analiza prawna**

Kwestie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego reguluje m.in. przepis art. 93 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm. – dalej jako „pzp” lub „ustawa”), który wskazuje następujący katalog przyczyn unieważnienia postępowania prowadzonego w trybie ustawy:

- 1) nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3;
- 2) w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę nie złożono co najmniej dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu;

Tel.: +48 881 787 687

E-mail: lukasz.mackiewicz@onet.pl

Http: www.lukaszmackiewicz.pl

URZĄD MIEJSKI  
19-400 Olecko, Plac Wolności 3  
NIP 647-000-23-22 REGON 000523347

Stwierdzam zgodność  
z oryginałem  
Olecko, dn. 25 09 2020

1  
SEKRETARZ GMINY  
*Sławomir Hatański*

Lukasz Mackiewicz  
KANCELARIA RADCY PRAWNEGO

- 3) w postępowaniu prowadzonym w trybie licytacji elektronicznej wpłynęły mniej niż dwa wnioski o dopuszczenie do udziału w licytacji elektronicznej albo nie została złożona żadna oferta;
- 4) cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty;
- 5) w przypadkach, o których mowa w art. 91 ust. 5, zostały złożone oferty dodatkowe o takiej samej cenie;
- 6) wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;
- 7) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze treść zapytania o wydanie opinii kluczowym jest rozstrzygnięcie, czy przedmiotowe postępowanie może być unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp. Zgodnie z art. 146 pzp Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Co prawda przepis art. 146 ust. 6 ustawy przewiduje legitymację do unieważnienia umowy jedynie dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, jednak przyjmuje się, iż również sam zamawiający może na tej podstawie unieważnić postępowanie:

- „Od strony podmiotowej legitymację czynną do żądania unieważnienia na umowy na podstawie opisanej w art. 146 ust. 6 p.z.p. ma wyłącznie Prezes UZP. Pomimo tego, nie sposób przyjąć, że zamawiający mają obowiązek zawierać umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo świadomości przeprowadzenia postępowania

Tel.: +48 881 787 687

E-mail: lukasz.mackiewicz@onet.pl

Http: www.lukaszmackiewicz.pl

URZĄD MIEJSKI  
19-400 Olecko, Plac Wolności 3  
547 60 03 60

Stwierdzam zgodność  
z oryginałem

Olecko, dn. 25 09 2020

SEKRETARZ GMINY  
  
Sławomir Hatański

*Lukasz Mackiewicz*

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO

*obarczonego tego typu poważnymi wadami, a następnie oczekiwać na wystąpienie przez Prezesa UZP do sądu o stwierdzenie nieważności tych umów. Artykuł 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. nie stanowi samoistnej podstawy unieważnienia postępowania, gdyż odsyła do przesłanek unieważnienia umowy opisanych w art. 146 ust. 1 i 6 p.z.p. Z kolei choć art. 146 ust. 6 p.z.p. zawiera klauzulę generalną, nie oznacza to, że zakres zastosowania tego przepisu można rozciągać na wszystkie stany faktyczne obejmujące wszelkie nieprawidłowości stwierdzone przez zamawiających w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Co do zasady wszczęte postępowanie powinno się bowiem zakończyć wyłonieniem najkorzystniejszej oferty, a w konsekwencji doprowadzić do zawarcia umowy, czyli udzielenia zamówienia. Unieważnienie postępowania stanowi wyjątek od tej zasady, który nie może być interpretowany rozszerzająco. Stąd jeżeli przyczyna unieważnienia wykracza poza katalog sytuacji jednoznacznie opisanych w pkt od 1 do 7 art. 146 ust. 1 p.z.p., tym bardziej musi zostać sprecyzowana na tyle dokładnie, aby nie było wątpliwości, że ma charakter rzeczywisty, jest nieusuwalna i na tyle poważna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym mieści się w zakresie zastosowania klauzuli generalnej z ust. 6 art. 146 p.z.p.” (KIO 2357/17).*

Kluczową kwestią w przedmiotowym postępowaniu jest fakt, iż zamawiający wymagał złożenia oferty na cały rok szkolny 2020/2021, zatem wykonawca składający ofertę zobowiązywał się do dowozu dzieci do szkół w całym roku szkolnym, podczas gdy z dniem 31 grudnia 2020 r. potencjalnym wykonawcom wygasają zezwolenia. Zgodnie z art. 79 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2475 z późn. zm.) działalność w zakresie krajowego regularnego przewozu osób może być podejmowana i wykonywana na podstawie przepisów dotychczasowych, jednak nie dłużej niż do dnia 31 grudnia 2020 r., w krajowym transporcie drogowym. Zezwolenia na podejmowanie i wykonywanie działalności w zakresie krajowego regularnego przewozu osób w transporcie drogowym mogą być wydawane na okres nie dłuższy niż do dnia 31 grudnia 2020 r. Ponadto na dzień ogłoszenia zamówienia nie wiadomo, jak będzie się kształtowała sytuacja wykonawców dotycząca zezwoleń o których mowa w art. 5 ust. 1 ustawy z dnia

Tel.: +48 881 787 687

E-mail: lukasz.mackiewicz@onet.pl

Http: www.lukaszmackiewicz.pl

URZĄD MIEJSKI  
19-400 Olecko, Plac Wolności 3  
NIP 847-600-23-22 REGON 1400523347

Stwierdzam zgodność  
z oryginałem

Olecko, dn. 25 09 2020

SEKRETARZ GMINY

*Sławomir Hutalski*  
Sławomir Hutalski

Lukasz Mackiewicz

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO

6 września 2001 r. o transporcie drogowym (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2140 z późn. zm.) skoro w obecnym kształcie ustawa ta będzie obowiązywać do dnia 31 grudnia 2020 r. Na dzień ogłoszenia przetargu (a także na dzień sporządzenia opinii) brak jest przepisów przejściowych lub nowych przepisów określających świadczenie usług w zakresie transportu zbiorowego od dnia 1 stycznia 2021 r.

W ocenie opiniującego wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia wymagania realizacji zamówienia przez cały rok szkolny, w sytuacji braku uregulowań prawnych mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania oraz na krąg potencjalnych wykonawców. Wykonawcy składający oferty w tak ukształtowanym postępowaniu nie mają bowiem żadnych realnych podstaw do prawidłowej kalkulacji ofert, co więcej składają oferty nie mogą skutecznie zobowiązać się do świadczenia usługi przez cały okres realizacji zamówienia, ponieważ nie posiadają wiedzy, czy będą mogli takie usługi świadczyć. Powyższe może mieć również kluczowe znaczenie przy podejmowaniu rozstrzygnięcia w przedmiotowym postępowaniu, w szczególności przy ocenie ważności ofert. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna (art. 387 kodeksu cywilnego). Zatem oferta oferująca wykonanie świadczenia niemożliwego również winna być oceniana pod kątem jej nieważności. Błąd w przedmiotowym postępowaniu polega na niewłaściwym opisanu przedmiotu zamówienia, który zgodnie z art. 29 ust. 1 pzp powinien być jednoznaczny i precyzyjny, umożliwiający prawidłowe skalkulowanie oferty przez potencjalnego wykonawcę. Jak podkreśla Krajowa Izba Odwoławcza: „Naruszenia przepisów dotyczących sporządzania opisu przedmiotu zamówienia ustawodawca nie wymienił wśród przesłanek skutkujących unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 ust. 1 p.z.p. wprost, ale podstawę taką może stanowić art. 146 ust. 6 p.z.p. Skoro Prezes UZP może, w przypadku dokonania przez zamawiającego lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, wystąpić do sądu o unieważnienie umowy, to tym bardziej zamawiający, w wyniku samokontroli postępowania, może unieważnić nieprawidłowo prowadzone postępowanie. W przeciwnym wypadku powstałby stan niepewności prawnej, gdyż zamawiający zmuszeni byłiby do zawarcia umowy w sprawie

Lukasz Mackiewicz  
KANCELARIA RADCY PRAWNEGO

zamówienia publicznego w wyniku przeprowadzenia postępowań obarczonych poważnymi i nieusuwalnymi wadami i oczekiwania na to, czy Prezes UZP wystąpi do sądu o stwierdzenie nieważności takiej umowy." (KIO 2614/19).

W przypadku unieważnienia postępowania należy mieć na uwadze przepis art. 93 ust. 4 pzp, który stanowi, że w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty. Ewentualne roszczenie wykonawców jest rozstrzygane przez właściwy sąd powszechny. <sup>1</sup>

RADCA PRAWNY  
*Lukasz Mackiewicz*  
Lukasz Mackiewicz  
OL-1453

<sup>1</sup> Niniejsza opinia prawna odnosi się do stanu prawnego z dnia jej wystawienia i została wydana na podstawie informacji dostępnych na stronie internetowej Gminy Olecko. Wnioski zaprezentowane w niniejszej opinii wynikają z analizy przepisów, jednakże sąd lub inny organ wydający orzeczenie w konkretnej sprawie nie musi uwzględniać poglądów wyrażonych przez opiniującego, przez organy władzy publicznej sformułowane w związku z wydawaniem orzeczenia w innej sprawie ani stanowiska prezentowanego w literaturze prawniczej.

Tel.: +48 881 787 687

E-mail: lukasz.mackiewicz@onet.pl

Http: www.lukaszmackiewicz.pl

URZĄD MIEJSKI  
19-400 Olecko, Plac Wolności 3  
tel. 847-467-23-22 fax 006523347

Stwierdzam zgodność  
z oryginałem

Olecko, dn. 25 09 2020

SEKRETARZ GMINY

*Sławomir Hutański*  
Sławomir Hutański