

Warszawa, 15.06.2023 r.

Polski Instytut Sztuki Filmowej
ul. Leona Kruczkowskiego 2
00-412 Warszawa

**Wykonawcy biorący udział
w postępowaniu**

Dotyczy: postępowania o zamówienie publiczne w trybie podstawowym bez negocjacji, na podstawie art. 275 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2022.1710 ze zm.) pod nazwą „**Dostawa licencji na oprogramowanie serwerowe**” nr sprawy: 1/1/2023/ROZW (dalej: Postępowanie).

Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania

Zamawiający działając na podstawie art. 260 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, zawiadamia, że przedmiotowe Postępowanie **zostało unieważnione**.

Uzasadnienie prawne

Zamawiający na podstawie art. 255 pkt 6) Pzp w zw. z art. 457 ust. 1 Pzp w zw. z art. 70 (5) kc unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Uzasadnienie faktyczne

Zamawiający przed wszczęciem postępowania, dokonując szacowania wartości zamówienia nie uwzględnił planowanej w 2023 r. podobnej dostawy na zakup licencji na oprogramowanie biurowe. Błąd ten został ujawniony po upływie terminu składania ofert. Biorąc pod uwagę treść art. 30 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym: „*W przypadku gdy Zamawiający planuje nabycie podobnych dostaw, wartością zamówienia powinna być łączna wartość podobnych dostaw (...)*”, brak łącznego szacowania wartości zamówień podobnych dostaw skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Art. 30 ust. 2 Pzp jest wzorowany bezpośrednio na art. 5 ust. 9 dyrektywy 2014/24/UE, w którym to wprowadzono wymóg łącznego szacowania wartości dostaw obejmujących nie tylko takie same dostawy, ale także te podobne. Przez dostawy podobne należy rozumieć dostawy o identycznym lub podobnym przeznaczeniu (motyw 19 dyrektywy 2014/24/UE).

Przesłanka podobieństwa dostaw winna być rozumiana celowościowo i w sposób zbiektywizowany (dostawy podobne to takie, które mają identyczne lub podobne przeznaczenie, przy tym mowa jest o podobnym przeznaczeniu różnych przedmiotów dostawy, a nie przeznaczeniu, jakie dla przedmiotu dostawy znajdzie zamawiający). Podsumowując, w przypadku dostaw łącznemu szacowaniu podlegają te dostawy, które były lub powinny zostać przewidziane przez zamawiającego i są przedmiotowo podobne.

Przy tym należy zwrócić uwagę, iż ustalenie wartości zamówienia stanowi jedną z kluczowych czynności przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a przy jej dokonaniu zamawiający winien dochować należytej staranności. Jedną z podstawowych zasad, jaka winna towarzyszyć ustalaniu wartości zamówienia jest zakaz dzielenia zamówienia na odrębne zamówienia, jeżeli prowadziłoby to do niestosowania przepisów ustawy albo przepisów właściwych dla zamówienia określonej wartości. Prawidłowość ustalenia wartości zamówienia ma również doniosłe znaczenie dla prowadzenia postępowania – do niej bowiem odnosić się będzie zamawiający, wyznaczając warunki udziału w postępowaniu, kwotę wadium, czy wreszcie – ustalając, czy postępowanie winno być prowadzone w progach unijnych, czy krajowych. W tym ujęciu błąd na etapie ustalenia wartości zamówienia prowadzić może do wystąpienia szeregu – często niedających się usunąć – wad postępowania, które skutkować mogą wystąpieniem okoliczności, w której umowa zawarta po jego przeprowadzeniu podlegałaby unieważnieniu.

Biorąc pod uwagę powyższe należy wskazać, że w przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający zobowiązany był do przeprowadzenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego a nie zaś w trybie podstawowym, jak to też uczynił. Pomiędzy trybem przetargu nieograniczonego a trybem podstawowym występują zasadnicze różnice o czym była mowa powyżej. Jak zamawiający wskazał, ustawodawca przewidział szereg odmienności wobec tych trybów m.in. różne terminy dla składania ofert, związania ofertą, wymogów formalnych wobec Wykonawców, ale również miejsc publikacji ogłoszenia o zamówieniu. W przypadku przetargu nieograniczonego ogłoszenia publikuje się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, natomiast w przypadku zamówienia w trybie podstawowym ogłoszenie publikuje się w Biuletynie Zamówień Publicznych.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie przekazał, celem publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, ogłoszenia wszczynającego przedmiotowe postępowanie, czym naruszył dyspozycję art. 255 pkt 6) Pzp w zw. z art. 457 ust. 1 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego ma bardzo istotną rolę w procesie udzielania zamówienia publicznego, gdyż publikacja ogłoszenia stanowi uzewnętrznienie woli zamawiającego, mającej na celu zapewnienie poszanowania zasady przejrzystości postępowania i równego traktowania wykonawców. Ogłoszenia zamieszczane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej są tłumaczone na języki państw będących członkami Unii Europejskiej, i dzięki temu wykonawcy z tych Państw mają dostęp do informacji i mogą wziąć udział w przetargach organizowanych także w Polsce.

Dalsze kontynuowanie przez Zamawiającego postępowania na „Dostawę licencji na oprogramowanie serwerowe”, nr sprawy 1/1/2023/ROZW i udzielenie zamówienia w dotychczasowym trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 Pzp, biorąc pod uwagę powyższe uchybienie Zamawiającego, które jest nieusuwalne i nie może być skorygowane w żaden inny sposób, z pewnością zostałyby uznane za rażące naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i powodowałyby nieważność umowy zawartej w wyniku tego postępowania oraz skutkowałyby naruszeniem dyscypliny finansów publicznych przez Zamawiającego.

Zasadność unieważnienia postępowania przez Zamawiającego, w związku z powstałą wadą, potwierdzają następujące wyroki Krajowej Izby Odwoławczej:

➤ **Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2015 r. sygn. akt nr KIO 172/15, zgodnie z którym:**

„W ocenie Izby prowadzenie postępowania w trybie niewłaściwym prowadzi do braku możliwości udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, co narusza art. 7 ust. 3 ustawy. W konsekwencji jedyną możliwą czynnością naprawczą w rozumieniu ustawy jest zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy tj. unieważnienie przedmiotowego postępowania przez zamawiającego i jego ponowne wszczęcie we właściwym trybie postępowania.”

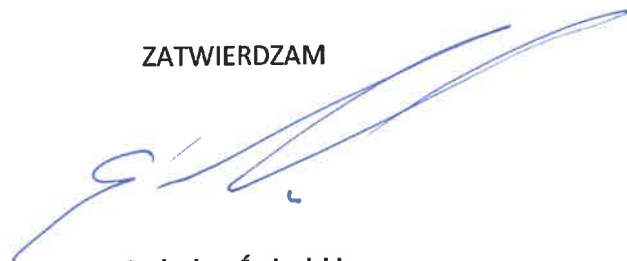
➤ **Wyroku KIO z dnia 7 lutego 2022 r. KIO 169/22, zgodnie z którym:**

„Ostatnią przesłanką prawidłowego zastosowania przepisów umożliwiających unieważnienie postępowania według ustawy Pzp jest to, że ustalona w postępowaniu wada, która jest niemożliwa do usunięcia, uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Taka konstrukcja przepisu odsyła wprost do art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, w którym wymienione są wszystkie przypadki naruszenia Pzp powodujące konieczność unieważnienia umowy. Odesłania nie można jednak ograniczać wyłącznie do przywołanego przepisu, który zawiera zamknięty i bardzo ograniczony katalog sytuacji powodujących unieważnienie umowy. Taka interpretacja skutkowałaby tym, iż wystąpienie innych wad w postępowaniu nie mogłoby być powodem jego unieważnienia. Taka wykładnia prowadziłaby do błędnego zdaniem Izby 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, czego w przypadku wad innych niż określone art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp nie zabrania. Izba zwraca uwagę, że w przepisach ustawy Pzp istnieje możliwość uznania umowy za nieważną na podstawie art. 457 ust. 5 ustawy Pzp który stanowi, że przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70 (5) ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny. Dyspozycja art. 70 (5) k.c. znajdzie zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych zawartych w wyniku jakiegokolwiek postępowania otwartego (poprzedzonego ogłoszeniem) prowadzonego w oparciu o przepisy Pzp. Możliwość żądania unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w oparciu o art. 70 (5) k.c. jest niezależna od podstaw i ograniczeń unieważnienia na podstawie przepisów Pzp. Mając świadomość, że podstawa ta nie została wskazana w odwołaniu, uwagi te mają charakter dodatkowy, co nie zmienia przekonania Izby, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu.”

Mając na uwadze powyższe Zamawiający jest zmuszony unieważnić przedmiotowe postępowanie.

Jednocześnie Zamawiający informuje, że na podstawie art. 262 Pzp, o wszczęciu kolejnego postępowania niezwłocznie zawiadomi wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w tym postępowaniu.

ZATWIERDZAM



Radosław Śmigulski
Dyrektor
Polski Instytut Sztuki Filmowej