

Katowice, 30.12.2020

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący:
GRZEGORZ ŁAGAN
prowadzący działalność gospodarczą pod firmą
HIGIENA-KATOWICE Grzegorz Łagan
ul. Szarych Szeregów 30a
40 -750 Katowice
tel. 501 778 150
fax. /32/ 35 00 541
e-mail: higiena-katowice@wp.pl

Zamawiający:
**DOLNOŚLĄSKIE CENTRUM CHORÓB PŁUC
WE WROCŁAWIU**
53-439 Wrocław
Ul. Grabiszyńska 105

Tel. 71 33 49 510
Faks 71 33 49 420
e-mail: j.uscienna@dcchp.pl
dcchp@dcchp.pl

Strona internetowa Zamawiającego:
<https://dcchp.pl/>

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 180 ust. 2 pkt. 4) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (tj. Dz. U. z 2017 poz. 1579) - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „Ustawą” lub „Pzp” oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (tj. Dz. U. 2014 poz. 964), wnoszę odwołanie od niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego w postępowaniu dotyczącym: „Dostawy środków ochrony osobistej z listy pakietów, transportem Wykonawcy lub na jego koszt”, znak sprawy: BZP.3810.48.2020.JU (dalej "Postępowanie") prowadzonego przez DOLNOŚLĄSKIE CENTRUM CHORÓB PŁUC WE WROCŁAWIU przy ul. Grabiszyńska 105 (dalej „Zamawiający”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Informacji Publicznej w dniu 24/07/2020 roku pod numerem 2020/S 145-356583, znak sprawy: BZP.3810.48.2020.JU.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy - poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania w zakresie pakietu nr 1,
2. naruszenie art. 7 ustawy - poprzez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosi o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie części nr. 1,
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części nr. 1,
4. dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr. 1,

Odwołujący powziął informację o unieważnieniu postępowania w zakresie pakietu nr 1 w dniu 21 grudnia 2020r. Tym samym termin do wniesienia odwołania określony w art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy został dotrzymany.

UZASADNIENIE

I. Interes prawny:

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Zgodnie ze stanowiskiem zaprezentowanym m. in. w komentarzu do ustawy wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych, zachowującym aktualność także w obecnie obowiązującym stanie prawnym: za utrwalony uznaje się pogląd, według którego interes prawny wnoszącego środek odwoławczy lub skargę do sądu doznał uszczerbku (lub mógł doznać uszczerbku) w konkretnym postępowaniu, w którym uczestniczy, polegającego na tym, że traci możliwość uznania jego oferty za ofertę najkorzystniejszą

(W. Łysakowski [w] Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Tomasza Czajkowskiego, Urząd Zamówień Publicznych 2007, wyd. III, str. 504, teza 7). Analogicznie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 141/09): Przepis [art. 179 ust. 1 ustawy] ten jednoznacznie stwierdza, że warunkiem wniesienia protestu jest wykazanie przez podmiot uprawniony uszczerbku interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia. Oznacza to utrzymanie przyjętego już wcześniej w polskim systemie zamówień publicznych rozwiązania, według którego korzystający z każdego ze środków ochrony prawnej jest obowiązany wykazać, że: (a)zamawiający naruszył przepisy ustawy, (b) w wyniku tego naruszenia jego interes prawny doznał lub mógł doznać uszczerbku, (c) między obu wymienionymi przesłankami

a możliwością uzyskania przedmiotowego zamówienia istnieje związek przyczynowy. Odwołujący jest profesjonalnym podmiotem od wielu lat funkcjonującym na rynku dostaw będących przedmiotem zamówienia. Odwołujący złożył ofertę spełniającą wszystkie wymagania Zamawiającego opisane w SIWZ. Jednakże w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający w sposób nieuprawniony unieważnił postępowanie, czym naraża Odwołującego na poniesienie szkody. W orzecznictwie KIO za szkodę uważa się natomiast niemożność uzyskania zamówienia na skutek niezgodnych z prawem działań Zamawiającego.

W przypadku zamówień publicznych za szkodę uznaje się zasadniczo pozbawienie korzyści wynikających z uzyskania zamówienia. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, z dnia 5 sierpnia 2011 r., KIO 1557/11

II. Zamawiający przeprowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem były „Dostawy środków ochrony osobistej z listy pakietów, transportem Wykonawcy lub na jego koszt”, znak sprawy: BZP.3810.48.2020.JU

III. W dniu 21 grudnia 2020r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej (oraz przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu) informację o unieważnieniu postępowania w

zakresie zadania nr 1 . Zamawiający wskazuje jako uzasadnienie:

Uzasadnienie faktyczne:

W zakresie pakietu nr 1 (płyn do dezynfekcji rąk) postępowanie obarczone jest wadą niemożliwą do usunięcia w postaci określenia warunków zawartych w opisie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby być uznany za sprzeczny z art. 7 pzp

Uzasadnienie prawne:

art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art.146 ust. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. „Prawo zamówień publicznych” (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 288)

Dowód: Unieważnienie postępowania w zakresie pakietu nr 1

IV. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Mimo, iż unieważnienie postępowania, na podstawie przesłanek wymienionych w art. 93 ustawy jest obligatoryjne, nie można zapomnieć, że ich interpretacja powinna być dokonana przez zamawiającego w sposób „ściśły, przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej a udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było prawidłowe, spoczywa zawsze na Zamawiającym", (za wyrokiem KIO z dnia 13 stycznia 2012 r. KIO 2808/11).

Jednocześnie, zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zgodnie z tą fundamentalną zasadą, należy wskazać, że obowiązkiem Zamawiającego jest powiadomienie wykonawców o unieważnieniu postępowania. Unieważniając postępowanie, Zamawiający jest zobowiązany do przesłania uzasadnienia faktycznego i prawnego swojej decyzji. Uzasadnienie to powinno pozwolić wykonawcy na poznanie podstaw unieważnienia postępowania, odnoszących się do okoliczności konkretnej sprawy. Powyższe potwierdza szereg orzeczeń KIO, która stoi na stanowisku, że rolą zamawiającego jest uzasadnienie unieważnienia postępowania

w sposób należyty:

- 1) „Izba zważyła, że lakoniczność i ogólnikowość zacytowanego uzasadnienia faktycznego, prowadzącego się do przywołania (z kosmetycznymi zmianami) fragmentu regulacji art. 29 ust. 1 ustawy, uniemożliwiła Odwołującemu merytoryczne zakwestionowanie decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie, gdyż poza wskazaniem na art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, Zamawiający powołał się na bliżej niesprecyzowaną wadę opisu przedmiotu zamówienia. W tych okolicznościach podniesiony w odwołaniu zarzut zaniechania przez Zamawiającego podania uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania jest nie tylko oczywiście zasadny, ale i wystarczający dla uwzględnienia odwołania. Podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania nie jest jedynie dopełnieniem wymagania formalnego z art. 93 ust. 3 ustawy, lecz stanowi element konstytutywny decyzji o unieważnieniu postępowania, w szczególności, jeżeli została ona podjęta z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy" (wyrok KIO z dnia 22 marca 2013 r.)
- 2) „Reasumując, skoro decyzja o unieważnieniu postępowania uniemożliwiła wykonawcom dokonanie oceny tej czynności, bowiem nie zawierała uzasadnienia faktycznego, odnoszącego się do okoliczności konkretnej sprawy, to stwierdzić należy, że przedmiotowa decyzja jest wadliwa, co z kolei przesądza o naruszeniu przepisu art. 93 ust. 3 ustawy. Okoliczność, iż przedmiotowa decyzja nie poddaje się ocenie może mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, bowiem jest możliwe, że przyczyny, które Zamawiający zobowiązany jest podać KIO 523/13) nie znajdują potwierdzenia i decyzja o unieważnieniu może okazać się niesłuszna (art. 192 ust 2 ustawy)" (wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2013 r. KIO 763/13)

3) *Odwołujący zarzucał, że przedstawione wykonawcom uzasadnienie miało charakter zdawkowych i niezrozumiałych stwierdzeń, i nie wyczerpywało definicji uzasadnienia faktycznego i prawnego, które wskazywałyoby na upoważnienie zamawiającego do unieważnienia przedmiotowego przetargu. W odniesieniu do powyższego zarzutu, należało uwzględnić treść przepisu art 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp nakazującego powiadomienie o unieważnieniu postępowania wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty ~ podając uzasadnienie faktyczne i prawne czynność unieważnienia postępowania art. 93 ust. 1 ustawy Pzp, może podlegać weryfikacji - w przypadku skorzystania przez wykonawcę z prawa do wniesienia środków ochrony prawnej. Na zamawiającego został, więc nałożony obowiązek zawiadomienia wykonawców o podjętej czynności. W zawiadomieniu tym nie wystarczy podać tylko podstawy prawnej z ograniczeniem do przytoczenia dyspozycji normy prawnej, wraz z informacją o niezasadnych wymaganiach w SIWZ, czy odwołać się do "określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób odbiegający od uzasadnionych potrzeb Zamawiającego," w żaden sposób nie sprecyzowanych. Niezbędne jest dokładne poinformowanie o okolicznościach faktycznych, wyczerpujących przesłankę zawartą w przywoływanym, jako podstawa unieważnienia przetargu przepisie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. (...) Z przedstawionego uzasadnienia faktycznego nie sposób było wywieść, z czego wynikało, że zamawiający uznał, że zachodzą wady proceduralne, uniemożliwiające zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. W konsekwencji Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że uzasadnienie faktyczne decyzji zamawiającego zawarte w piśmie z 14 czerwca 2016 r.. ograniczające się do przytaczanych wyżej ogólnikowych stwierdzeń o nieodpowiedniości wymagań stawianych wykonawcom w tym postępowaniu, nie może być uznane za prawidłowe uzasadnienie faktyczne i prawne, realizujące cel normy art. 93 ust. 3 pkt 2 Pzp. (...) Treść zawiadomienia, z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu (tak też podają wyroki: KIO z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 522/11; z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1066/10). Z tego względu brak precyzyjnego wskazania, z czego wynika czynność unieważnienia postępowania, prowadzi do wniosku, iż zamawiający w istocie nie poinformował odwołującego o przyczynie unieważnienia przetargu. Na zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego swoich decyzji w taki sposób, aby wykonawca miał pełną wiedzę na temat przyczyn podjętych czynności, które rzutują na uprawnienia wykonawcy, wynikające z faktu złożenia oferty. Wykonawca nie ma obowiązku domyślać się, jakie to ustalenia legły u podstaw wnioskowania, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do wyeliminowania wadą. Nie stanowi wypełnienia dyspozycji normy art. 93 ust. 3 pkt 2 Pzp podawanie przez zamawiającego dopiero na rozprawie uzasadnienia faktycznego podjętych czynności (tak też wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1620/11 oraz sygn. akt KIO 1625/11). (wyrok KIO z dnia 6 lipca 2016 r. KIO 1114/16)*

W tym miejscu warto podkreślić, że Zamawiający do dnia dzisiejszego tzn. 30.12.2020. nie podał faktycznego uzasadnienia swojej decyzji. Na dzień składania odwołania, informacja ta nie znalazła się również na stronie internetowej Zamawiającego, a Odwołujący nie posiada informacji, czy uzasadnienie to w ogóle istnieje.

V. Analizując przesłane Odwołującemu w dniu 21.12.2020r. pismo dotyczące unieważnienia postępowania, należy wskazać, że Zamawiający nie wykazał mimo iż to na nim spoczywa ciężar dowodu istnienia przesłanek i związku przyczynowego obligujących do unieważnienia postępowania. Należy podkreślić, bowiem, że zastosowanie art.93 ust. 1 pkt 7 ustawy wymaga spełnienia określonych przesłanek, czego Zamawiający nie spełnił. Zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do

usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powyższe powoduje, iż przepis ten koreluje z przepisem art. 146 ust. 1 Pzp, Przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp może mieć zastosowanie wówczas, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przesłanka określona tym przepisem składa się z koniunkcji trzech okoliczności.

Po pierwsze musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania). Po drugie wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Po trzecie wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Wada postępowania musi mieć charakter trwały, musi rzeczywiście wystąpić i musi powodować niemożliwość zawarcia ważnej umowy. Nie może być to jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie. Konieczne jest, więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. W dodatku wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Należy uznać, że wszystkie wymienione w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp przypadki naruszeń ustawy odnoszące się do prowadzenia postępowania są wadą w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a więc taką, która skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania. Zgodnie ze stanowiskiem przedstawicieli doktryny wada uzasadniająca unieważnienie postępowania powinna tkwić w samym postępowaniu, a jednocześnie być istotna i nieusuwalna. Tylko w takim przypadku może nastąpić odwołanie się Zamawiającego do przesłanki opisanej w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, jako przyczyny unieważnienia postępowania. Treść powyższego przepisu w zestawieniu z art. 146 ust. 6 Pzp pozwala wysnuć wniosek, że rygor unieważnienia postępowania ustawodawca przewidział w szczególności wobec czynności Zamawiającego, które spowodowały naruszenie ustawy i miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania, a jednocześnie wada ta jest nieusuwalna. (KIO 767/12) W orzecznictwie podkreśla się również, że przyczyna wskazana, jako podstawa unieważnienia postępowania musi być rzeczywista, prawdziwa:

- 1) *„Choć art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych 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. Zasadą jest, że wszczęte postępowanie ma się zakończyć wyłonieniem najkorzystniejszej oferty (a w konsekwencji doprowadzić do zawarcia umowy, czyli udzielenia zamówienia), a nie unieważnieniem. W konsekwencji jeżeli przyczyna unieważnienia wykracza poza katalog oczywistych sytuacji opisanych w pkt od 1 do 6 art. 146 ust. 1 Prawo zamówień publicznych, tym bardziej musi zostać sprecyzowana na tyle dokładnie, aby nie było wątpliwości, że ma charakter rzeczywisty i jest na tyle poważna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.” (KIO 532/13, teza Legalis),*
- 2) *„Art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga stwierdzenia zaistnienia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy jest naruszenie przepisów, które w przypadku zawarcia umowy wywołuje skutek prawny w postaci jej nieważności. Wada ta musi być nieusuwalna, wywierać taki wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, który powoduje jej bezwzględną nieważność. (...) Brzmienie art. 146 ust. 6 ustawy Prawa zamówień publicznych, przez pryzmat, którego należy odczytywać przepis art. 93 ust. pkt 7 ustawy nie pozostawia wątpliwości, że ustawodawca rygor nieważności umowy przewidział nie dla każdego przypadku naruszenia w toku postępowania o udzielenie*

zamówienia publicznego przepisów tej ustawy, ale jedynie do przypadków naruszenia, które miało wpływ na wynik postępowania." (KIO 480/12, tezy Legalis),

- 3) *„Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą*

do usunięcia wadą uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Bezwzględne przesłanki unieważnienia postępowania w sprawie zamówienia publicznego określa art 146 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, natomiast względna przesłanka unieważnienia umowy określona jest w art. 146 ust. 6 ustawy, dlatego przy ocenie zasadności unieważnienia postępowania niezbędne jest ustalenie, czy w przypadku, gdyby postępowanie było przez zamawiającego dalej prowadzone i doszłoby do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, umowa taka nie zostałaby unieważniona na podstawie powołanych przepisów ustawy." (KIO 417/12, teza Legalis),

- 4) *„Nie każde naruszenie przepisów ustawy, nawet, jeśli - ze względu na etap, w którym znajduje się postępowanie - nie jest możliwe do usunięcia, stanowi okoliczność uzasadniającą unieważnienie umowy na podstawie art 146 ust 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), a zarazem unieważnienie postępowania na podstawie art 93 ust 1 pkt 7 tej ustawy. Okolicznością taką jest jedynie niezgodna z ustawą czynność lub zaniechanie, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Wykazanie takiego wpływu obciąża zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że nie może być to wpływ bliżej nieokreślony i nieuprawdopodobniony." (KIO 393/12)*

VI. Warto przypomnieć, że zgodnie z obowiązującym orzecznictwem, Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji działań Zamawiającego podjętych w toku postępowania: *„Wykonawca składając ofertę sporządzoną zgodnie z wymogami specyfikacji nie może być narażony na negatywne konsekwencje braku przewidzenia przez zamawiającego w specyfikacji jakiejś sytuacji." (KIO 1297/14).*

VII. Mając powyższe na uwadze należy również wskazać, że Zamawiający, jako gospodarz postępowania ma obowiązek działać w toku oceny i badania ofert z najwyższą starannością, tak, aby zapewnić spełnienie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji opisanych w art. 7 ust. 1 ustawy: *„Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych." (KIO 693/14, KIO 694/14).*

VIII. Kwestia związana z powołaniem się na przesłankę wskazaną w art. 93 ust 1 pkt, 7 jako podstawę do unieważnienia postępowania, rozpatrywana była przez Sąd Okręgowy Warszawa-Prawa, gdzie w wyroku z 30 sierpnia 2010 r. (IV Ca 831/10) Sąd wskazał, że zgodnie z art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Katalog przesłanek z art. 93 ustawy jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco, co oznacza, że z żadnej innej przyczyny lub bez podania przyczyn zamawiający nie może unieważnić postępowania. Sposób opisu przedmiotu zamówienia w pakiecie Nr ... jest jednoznaczny i nie budzi żadnych wątpliwości. Przedmiotem zamówienia był lek cytostatyczny o chemicznej nazwie ... a Zamawiający wskazał w SIWZ

formę, dawkę i ilość. W takiej sytuacji oferta Skarżącego spełnia wymogi SIWZ. Zamawiający przyznał, że wadliwie opisał przedmiot zamówienia z uwagi na brak odpowiedniej wiedzy (w dacie formułowania SIWZ). Okoliczność ta jednak nie może działać na korzyść oferentów, a kryteria unieważnienia przetargu wynikają z przepisów ustawy, a nie z uznania Zamawiającego. Z pism Zamawiającego wynika, że w chwili unieważnienia przetargu w zakresie zadania Nr ... nie powoływał się na naruszenie konkretnych przepisów ustawy i fakt, że naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania(...) niedostosowanie przedmiotu zamówienia do własnych potrzeb - co podkreślał Zamawiający - nie stanowiło naruszenia przepisów ustawy. Powołany wyrok jest o tyle istotny, gdyż dotyczy de facto sprawy bardzo podobnej.

KIO za wiążące uważa powyższe orzeczenie, co potwierdzone zostało przez nią wielokrotnie:

- 1) *„Tym samym zamawiający miał prawo uwzględnić okoliczności wskazane w art. 146 ust 6 w zw. z art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp przy ocenie, czy zachodzi przesłanka unieważnienia postępowania z uwagi na nieusuwalną wadę postępowania, która stanowić może podstawę do unieważnienia umowy przez Prezesa UZP. Jest jednak zobowiązany taką wadę wykazać. Izba podziela stanowisko wyrażone w przywoływanym przez odwołującego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 marca 2011 r. sygn. akt KIO 582/11 iż, choć przepis art 146 ust 6 ustawy Pzp zawiera klauzulę generalną, nie oznacza to, iż zakres zastosowania tego przepisu można rozciągać na wszystkie stany faktyczne obejmujące wszelkie nieprawidłowości zamawiających w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Zasadą jest, bowiem, że wszczęte postępowanie ma doprowadzić do wyłonienia najkorzystniejszej oferty, a nie zakończyć się unieważnieniem. Nie można także zupełnie pominąć okoliczności, iż w aktualnym stanie prawnym, wobec literalnej treści art 146 ust 1 ustawy Pzp, możliwości unieważnienia postępowania z powołaniem się na wpływ tych nieprawidłowości na zawartą umowę zostały przez ustawodawcę dla zamawiających znacząco ograniczone, co wskazuje na konieczność daleko idącej ostrożności przy powoływaniu się przez nich na inne niż wskazane w art. 146 ust 1 ustawy Pzp, podstawy podlegania umowy unieważnieniu. Tym bardziej, zatem niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej przepisu art 146 ust 6 ustawy Pzp, która pozwalałaby zamawiającym na unieważnienie postępowania z powołaniem się na jakiegokolwiek wady prowadzonych przez nich postępowań. Mogłoby to, bowiem wprost prowadzić do zagrożenia przestrzegania zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, szczególnie w sytuacji, gdy stwierdzenie wad postępowania miało miejsce już po ujawnieniu listy wykonawców, którzy mogą uzyskać dane zamówienie (jak również - jak w niniejszym postępowaniu - w oparciu o analizę złożonych przez nich ofert), a zamawiający miał możliwość sanacji swoich nieprawidłowości w toku postępowania, lecz z przyczyn leżących po jego stronie tego zaniechał!” (KIO 1033/11)*
- 2) *„Adekwatne stanowisko jak w rozpoznawanej sprawie, zajął Sąd Okręgowy Warszawa Praga w Warszawie w wyroku z dnia 30 sierpnia 2010 r. sygn. akt IV Ca 831/10, w którym orzekł, że jeżeli wykonawca złożył ofertę zgodną z wymaganiami siwz, brak jest podstaw do unieważnienia postępowania, nawet w sytuacji, gdy zamawiający przyznał, że wadliwie opisał przedmiot zamówienia z uwagi na brak odpowiedniej wiedzy w dacie formułowania siwz. Sąd uznał, że okoliczność ta nie może działać na niekorzyść wykonawców, a kryteria unieważnienia przetargu wynikają z przepisów ustawy Pzp, a nie z uznania zamawiającego. Reasumując, Izba uznała, że odwołujący wykazał zasadność zarzutów zawartych w odwołaniu, co skutkuje uwzględnieniem odwołania i nakazania dokonania stosownych czynności, na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i pkt 1 ustawy Pzp.” (KIO 1100/11).*
- 3) *„Stąd skoro Zamawiający ogłosił i przeprowadził postępowanie o zamówienie publiczne, którego warunki zostały przez wykonawców spełnione winien dokonać wyboru oferty*

najkorzystniejszej - w oparciu o założone kryterium ceny przy spełnianiu warunków wynikających z zastrzeżonych norm. Reasumując, unieważnienie postępowania dokonane przez Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia faktycznego i prawnego, i jako takie winno być unieważnione. Nie zostały spełnione przesłanki wynikające z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, bowiem brak podstaw dla twierdzenia, iż w postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą i to uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, w tym w trybie o art. 146 ust. 6 Pzp. Zakresu stosowania art. 146 ust 6 Pzp nie można rozciągać na wszystkie stany faktyczne obejmujące wszelkie nieprawidłowości w toku postępowań o udzielenia zamówień publicznych. Niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej art. 146 ust 6 Pzp, która pozwalałaby Zamawiającym na unieważnienie postępowania z powołaniem się na jakiegokolwiek wady prowadzonych postępowań. Mogłoby to wprost prowadzić do zagrożenia przestrzegania zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców." (KIO 2593/13)

- 4) „Ustawodawca nie wymienił literalnie w ustawie przypadków, kiedy postępowanie zawiera nieusuwalną wadę, ta kwestia musi być odnoszona do każdego przypadku indywidualnie. Oceniając powyższe należy mieć na względzie, iż zasadnicze znaczenie przy ocenie zasadności unieważnienia postępowania, ma potrzeba poszanowania praw wykonawców, którzy uznali za wiążące postanowienia SIWZ, a potem złożyli zgodne z nimi oferty. Zamawiający nie może, zatem swobodnie pozbawiać wykonawców uzyskania zamówienia ze względu na ryzyko unieważnienia umowy, wynikające z braku dołożenia należytej staranności w formułowaniu w szczególności warunków udziału, opisu przedmiotu zamówienia, sposobu kalkulowania i obliczania ceny ofertowej itp." (KIO 281/17)
- 5) Brak należytej staranności w formułowaniu SIWZ przez Zamawiającego, którego konsekwencjom mógł zapobiec (ewidentnie w przedmiotowym stanie faktycznym, w kontekście zadanych pytań - wpływ z dnia 12.07.2011 r., jak i udzielonych odpowiedzi z dnia 15 i 18.07.2011 r.), skutkująca w konsekwencji unieważnieniem z mocy art. 146 ust. 6 Pzp jest niedopuszczalna i nie może działać na niekorzyść Wykonawców, którzy postanowienia SIWZ ustalone przez Zamawiającego uznali za wiążące i złożyli oferty zgodne z ich brzmieniem. Należy "ostrożnie" interpretować podstawy do unieważnienia postępowania w oparciu o nieprawidłowości opisu przedmiotu zamówienia z winy Zamawiającego". (KIO 2028/11)

Należy również wskazać za KIO że, „Zakres podstaw unieważnienia wynikający z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) nie pozwala na stwierdzenie, że każde naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania rodzi po stronie zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania. Art. 93 ust. 1 pkt 7 tej ustawy wskazuje, bowiem, że wada, poza wpływem na wynik postępowania, musi mieć także charakter nieusuwalny." (KIO 2789/10)

IX. Na marginesie warto podkreślić, że orzecznictwo bardzo szeroko omawia również problematykę niezgodności treści oferty z treścią SIWZ:

- 1) „Sprzeczność treści oferty z treścią siwz zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów." (KiO 962/13),
- 2) „Niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie." (KIO 734/14)

- 3) *"Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaofferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego."* (KIO 2971/13)
- 4) *"Zarówno treść Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty, jako najkorzystniejszej. Wobec tego - co do zasady - porównanie zaofferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści Specyfikacji jest z nią zgodna."* (KIO 642/14),
- 5) *"Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się do merytorycznego aspektu zaofferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań Zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, właściwości, warunków realizacji i innych elementów, którym Zamawiający nadał rangę istotnych - dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami Zamawiającego."* (KIO 77/14)

Stworzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, spowodował, że Odwołujący złożył ofertę, zgodnie z wymaganiami w nim wskazanymi. Nie sposób, więc nie zgodzić się z twierdzeniem, że Odwołujący złożył ofertę ważną, odpowiadającą opisowi przedmiotu zamówienia.

X. Celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jest zawarcie umowy, jednakże odwołanie się do celu jest zasadne wtedy, gdy cel, w jakim prowadzone jest postępowanie jest możliwy do osiągnięcia. W przedmiotowej sytuacji, cel ten jest jak najbardziej do osiągnięcia, a Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za błędy Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący stwierdza, że odwołanie jest uzasadnione i wnosi o jego uwzględnienie.

Załączniki:

1. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
2. dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu;
3. Odpis CEIDG;
4. Dowód – pismo o unieważnieniu postępowania