

Olsztyn, dnia 11.12.2018r.

Dotyczy: postępowania znak: ZP.3.2018 o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z przepisami art. 39-46 ustawy o wartości szacunkowej przekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust.8 pn: **dostawa sprzętu elektronicznego oraz pomocy dydaktycznych w ramach projektu pn. Medyk początkiem twojej kariery zawodowej.**

OGŁOSZENIE

O POWTÓRZENIU CZYNNOŚCI ORAZ ODRZUCENIU OFERTY I UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA W CZĘŚCI 2

Zamawiający, działając na podstawie art. 181 ust.2 oraz 93 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz.U.2018.1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” informuje, że w dniu 11.12.2018r., na skutek wniesienia informacji do zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego, dokonał powtórzenia czynności badania ofert oraz unieważnił postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego pn. **dostawa sprzętu elektronicznego oraz pomocy dydaktycznych w ramach projektu pn. Medyk początkiem twojej kariery zawodowej w zakresie części 2 -pomoc naukowej**, na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4) i 7) ustawy Pzp w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, z uwagi na to, że postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

UZASADNIENIE

Po wyborze oferty najkorzystniejszej Wykonawca VICTORES Prawo i Zamówienia Publiczne Kamil Kwiatosiński, Skrzynno 102, 98-311 Ostrówek w dniu **07.12.2018r.** poinformował Zamawiającego, iż wybrany Wykonawca nie podał we wszystkich pozycjach formularza cenowego nazw producenta i modeli, czego zgodnie z dokumentacją przetargową żądał Zamawiający pod rygorem odrzucenia oferty, w związku z tym wybrana przez Zamawiającego na realizację części 2 oferta nr 5 złożona przez Cezetel Olsztyn Sp. z o.o. Sp. K., ul. Piłsudskiego 54, 10-450 Olsztyn powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2) ustawy Pzp. Przedmiotową informację zamawiający potraktował, jako informację o czynności niezgodnej z ustawą, o której mowa w art. 181 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający dokonał ponownej analizy złożonej oferty i stwierdził, że rzeczywiście nie zawiera, wymaganych zgodnie z §III ust. 5 nazwy producenta/modelu oferowanych urządzeń dotyczy to w szczególności:

- a) poz. 7.1 gdzie wykonawca podał zamiast modelu wskazał tytuł pozycji tj. aparat do sekwencji masażu uciskowego zestaw z kurtką i spodniami, co też uczynił wykonawca wnoszący wniosek o odrzucenie oferty
- b) poz. 27.2 akcesoria pasmanteryjne - gdzie wykonawca zamiast podać oferowanych producentów podał informację: „różni producenci”

Zamawiający przygotował wzór formularza oferty stanowiący załącznik nr 1B do SIWZ, w którym należało wskazać cenę poszczególnych elementów zamówienia, oraz element identyfikujący przedmiot oferowany przez Wykonawcę poprzez wskazanie producenta i/lub modelu produktów zaoferowanych przez Wykonawcę. Wykonawca w tabeli. Wykonawca nie wskazał, zgodnie z wymogami SIWZ, nazwy producenta i /lub modelu oferowanych produktów dla podanych powyżej pozycji, co uniemożliwia Zamawiającemu identyfikację co jest faktycznie przedmiotem oferty. Wymóg określony przez zamawiającego w SIWZ, dotyczący podania w załączniku nr 1A, 1B do SIWZ tabela nazwy producenta/modelu oferowanych urządzeń, miał na celu umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania, co jest przedmiotem oferty i czy jest on zgodny z wymogami SIWZ. Podanie producenta i/lub modelu oferowanego produktu w tym przypadku ma kluczowe znaczenie, gdyż jeden producent może mieć ma wiele typów urządzeń, o różnych parametrach technicznych. Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, prezentowanym m.in. w wyroku z dnia 29 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1292/11) *„Brak wskazania i skonkretyzowania przedmiotu dostawy na etapie składania ofert należy uznać za niezgodność treści oferty z siwz polegająca na niewłaściwym tzn. niezgodnym z wymaganiami siwz opisaniami przedmiotu dostawy. Innymi słowy, Wykonawca wbrew wymaganiom zamawiającego nie wskazał jakie konkretnie urządzenie oferuje, wskazał jedynie iż będzie to bliżej nieokreślone*

urządzenie o parametrach odpowiadających wymaganiom zamawiającego. Powyższy brak niemożliwy jest do sanowania w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jako zasadnicza niezgodność treści oferty i siwz - w ofercie nie wskazano aparatu stanowiącego zasadniczą część przedmiotu zamówienia, a jego wskazanie w trakcie oceny ofert właściwie prowadziłoby do zdefiniowania oferty na nowo. (...) zamawiający powinien mieć możliwość weryfikacji zgodności zobowiązania wykonawcy z siwz we wszystkich jego aspektach na podstawie wszystkich żądanych informacji i wymaganych części oferty". Podobnie stanowisko wyrażone zostało w wyroku z dnia 27 kwietnia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 547/10), zgodnie z którym „Formularz, w którym wykonawca określa co oferuje, co jest przedmiotem jego oferty nie jest dokumentem o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp gdyż dokumenty te należy odróżnić od samej treści oferty wykonawcy, który wskazuje w jaki sposób zrealizuje dany przedmiot zamówienia”, jak również w wyroku z dnia 19 grudnia 2011 r. (sygn. akt KIO/2584/11), zgodnie z którym: „Brak podania typu i modelu sprzętu powoduje niezgodność oferty z treścią SIWZ i oferta taka podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią specyfikacji”. Zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 2) ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt. 3) ustawy Pzp. Stwierdzona niezgodność nie może zostać poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 gdyż braki w ofercie nie mają charakteru omyłki. Wskazać bowiem należy, iż art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy Pzp, nakazuje odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ustawa nie ustaliła definicji własnej pojęcia "oferta", w związku z czym z mocy art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych zastosowanie znajdzie definicja zawarta w art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którą oświadczenie woli stanowi ofertę, jeśli zawiera istotne postanowienia umowy. Zindywidualizowany przedmiot dostawy stanowi element przedmiotowo istotny przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym nieskonkretyzowanie przedmiotu oferty - brak wskazania producenta i typu, uniemożliwia weryfikację oferty, co do zgodności z siwz, a nadto daje dużą dowolność wykonawcy na etapie realizacji umowy, jeśli zważyć na fakt, iż oferta jest integralną częścią umowy. Jednocześnie należy stwierdzić, że ewentualne wyjaśnienia treści oferty są w tej sytuacji niedopuszczalne, albowiem prowadziłyby do istotnych zmian w treści złożonej oferty - oznaczyłyby konkretyzację wskazania oferowanego urządzenia, a zatem czynność, którą wykonawca powinien dokonać konstruując złożoną ofertę. Powyższe znajduje odzwierciedlenie w wyroku z dnia 29 czerwca 2011 r. sygn. akt: KIO 1292/11, KIO uznała, iż „(...)brak wskazania i skonkretyzowania przedmiotu dostawy na etapie składania ofert należy uznać za niezgodność treści oferty z siwz polegającą na niewłaściwym, tzn. niezgodnym z wymaganiami siwz, opisanu przedmiotu dostawy”. Jak wynika z wyżej wskazanego wyroku KIO nie jest możliwe wykorzystanie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp do dokonania zmiany w treści oferty. Nie można bowiem uznać za nieistotną zmianę w treści oferty polegającą na wskazaniu nazwy producenta urządzenia lub jego modelu, nawet w przypadku gdyby nie prowadziło to do zmiany parametrów urządzenia, jakie podano w złożonej ofercie. W wydanym wyroku, odnosząc się do twierdzeń jakoby w ofercie określono rodzaj oferowanego sprzętu, KIO wskazała, iż zgodnie z art. 82 ust. 2 ustawy Pzp nie ma i nie może być innej treści oferty niż wyrażona na piśmie (ewentualnie opatrzona bezpiecznym podpisem elektronicznym) w sposób wymagany w siwz - zamawiający powinien mieć możliwość weryfikacji zgodności zobowiązania wykonawcy z siwz we wszystkich jego aspektach na podstawie wszystkich żądanych informacji i wymaganych części oferty (wraz z załącznikami), a nie tylko poprzestaniu na ogólnych deklaracjach zgodności oferty z siwz wynikających m.in. z samego faktu złożenia oferty, czy konieczności dedukowania i domyslenia się przedmiotu oferty na podstawie gwarantowanych parametrów. (por. Wyrok KIO Sygn. akt KIO 1001/15 WYROK z dnia 1 czerwca 2015 r. Obowiązkiem Wykonawcy jest zaoferowanie przedmiotu zamówienia odpowiadającego oczekiwaniom Zamawiającego wyartykułowanym w SIWZ. Jeśli treść oferty będzie niezgodna z treścią SIWZ ofertę należy odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy (wyrok z dnia 24 listopada 2010 r., sygn. akt: KIO 2480/10). Ponadto „(...) brak podania typu i modelu sprzętu powoduje niezgodność oferty z treścią SIWZ i oferta taka podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią specyfikacji” (wyrok z dnia 19 grudnia 2011 r., sygn. akt: KIO 2584/11). Dodatkowo, jeżeli Zamawiający wymaga od Wykonawców składających oferty, oprócz potwierdzenia ogólnym oświadczeniem jej zgodności z SIWZ, konkretyzacji przedmiotu oferty przez wskazanie konkretnych oferowanych rozwiązań – porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią opisu zawartego SIWZ przesądza o ich wzajemnej zgodności (wyrok KIO z dnia 3 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 120/12; KIO 143/12). Należy podkreślić, że niepodanie informacji dotyczących oferowanego asortymentu oprócz tego, że jest niezgodne z treścią SIWZ, ma charakter nieusuwalny, gdyż dokument ten nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Reasumując, wobec przygotowania oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ oraz w sposób uniemożliwiający identyfikację oferowanych materiałów i weryfikację ich zgodności z SIWZ zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę nr 5 z postępowania na realizację części 2.

Jednocześnie zamawiający informuje, że zgodnie z art. 180 ust.1 i 2 oraz 182 ust.1 pkt 2) ustawy Pzp Wykonawcy przysługuje wniesienie odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę do jego wniesienia.

W związku z powyższym zamawiający dokonał ponownej oceny pozostałych złożonych ofert i stwierdził, że:

- 1) zgodnie z art. 86 ust.3 ustawy Pzp w dniu otwarcia ofert stwierdził, iż zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia część 2 - kwotę brutto: **346.478,00 zł**. Po dokonaniu ponownej oceny ofert wg kryteriów określonych w SIWZ stwierdził, że zaoferowana przez Wykonawcę, najwyżej ocenionego, kwota za realizację zamówienia część 2 - **383.406,90 zł**, przewyższa środki, jakie zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia tj. część 2 - **346.478,00zł**. W związku z powyższym Zamawiający unieważnił postępowanie na realizację części 2 na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4) ustawy Pzp, gdyż cena oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a zamawiający nie może jej zwiększyć do ceny oferty. Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia w zakresie części 2 kwotę brutto w wysokości **346.478,00zł**, natomiast najniższa kwota za realizację przedmiotowego zamówienia z oferty najwyżej ocenionej wynosi: **383.406,90 zł**. W związku z powyższym Zamawiający stwierdził, iż na dzień rozstrzygnięcia postępowania nie ma możliwości zwiększenia kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia - część 2 z kwoty **346.478,00 zł brutto** do kwoty z oferty najwyżej ocenionej, tj.: **383.406,90 zł**, a postępowanie podlega unieważnieniu jak na wstępie.
- 2) postępowanie ulega także unieważnieniu na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7) ustawy Pzp w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, z uwagi na to, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający po ponownej analizie ofert stwierdził, iż zawarty w SIWZ opis przedmiotu zamówienia w niektórych pozycjach dla części 2 odnosił się tylko do produktów jednego producenta. Zgodnie z art. 29 ust. 3 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Z art. 29 ust. 3 Pzp wynika, że sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentu lub pochodzenia jest dopuszczalne tylko wówczas gdy niemożliwe będzie opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a zamawiający wskazując w opisie przedmiotu zamówienia znak towarowy, patent lub pochodzenie wskaże opis rozwiązania równoważnego opisanemu („a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”). W przedmiotowym przypadku Zamawiający pomimo wskazania minimalnych parametrów technicznych, które będą umożliwiały porównanie ofert na etapie ich oceny doprowadził do stanu faktycznego w którym parametry te spełniały tylko produkty, określonych producentów. Zgodnie ze stanowiskiem UZP przedstawionym w Informatorze Zamówień publicznych nr 2/2011 - *Przykłady naruszeń ustawy Pzp wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (www.uzp.gov.pl)* - „W każdym przypadku, gdy obiektywnie możliwe jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewymagający ich wskazania, zamawiający powinien się do tego zastosować. Wynika z tego, iż zamawiający nie może używać ww. określeń w każdym przypadku, musi być w stanie wykazać, iż konieczność posłużenia się ww. określeniami spowodowana jest szczególnym rodzajem zamówienia lub niemożnością opisu przedmiotu zamówienia z zastosowaniem obiektywnych cech jakościowych lub technicznych. Analiza dopuszczalności posłużenia się znakiem towarowym we wskazanych okolicznościach, wymaga posiadania kompleksowej wiedzy dotyczącej przedmiotu zamówienia, a zatem wykracza poza ramy ogólnej interpretacji przepisów ustawy Pzp. Przepis art. 29 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter przepisu *lex specialis*, oznacza to, iż w każdym przypadku, gdy zamawiający ma możliwość opisanie przedmiotu zamówienia bez konieczności posłużenia się nazwami własnymi to powinien tak postąpić”, Jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert z rozwiązaniami równoważnymi, niewystarczające jest wskazanie przez zamawiającego na konkretny znak towarowy, patent lub pochodzenie oraz wyrazów „lub równoważne”. W takim przypadku opis przedmiotu zamówienia powinien zawierać precyzyjnie określone wymagania zamawiającego w odniesieniu do dopuszczanego przez niego zakresu równoważności. Odpowiedni stopień doprecyzowania wymagań w opisie rozwiązania równoważnego umożliwia precyzyjną ocenę spełnienia warunku równoważności, tym samym umożliwia zamawiającemu bezstronna ocenę złożonych ofert. Niezbędne jest, aby taki opis był sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego

sporządzenia oferty. W przypadku opisanego przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaku towarowego, patentu lub pochodzenia oraz wskazania, że dopuszczone są oferty z rozwiązaniami równoważnymi, przy jednoczesnym braku wskazania precyzyjnych wymagań dotyczących rozwiązań równoważnych opisywanym (np. cech technicznych, jakościowych lub funkcjonalnych), zamawiający nie ma podstawy do skutecznego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia. W wyroku KIO 2753/11 i KIO 2760/11 z dnia 05 stycznia 2012r Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zakres opisu rozwiązania równoważnego, według którego oceniana będzie równoważność, musi być zawarty w opisie przedmiotu zamówienia i nie może być on precyzowany lub ujawniany dopiero na etapie badania ofert. Konieczność zawarcia w opisie przedmiotu zamówienia kryteriów równoważności, w sytuacji, gdy zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą znaków towarowych, potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 887/12 z dnia 14 maja 2012r. W wyroku KIO 1615/12 z dnia 9 sierpnia 2012r Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła natomiast, że przepis art. 29 ust. 3 „wskazuje, że przy używaniu przez zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia, ze względu na jego specyfikę, określonych znaków towarowych, patentów, pochodzenia, kiedy przedmiotu nie można opisać przy użyciu dostatecznie dokładnych określeń, zamawiający powinien wprowadzić w SIWZ sformułowanie (wyraz): „lub równoważny”. Literalnie, przy formalnym i legalnym badaniu postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dla wypełnienia wymogów wskazanej normy prawnej wystarczające jest użycie przy opisie przedmiotu zamówienia przywołanego w tym przepisie sformułowania „lub równoważny”. W stanowisku doktryny i orzecznictwie przyjęło się wskazywać, że w tym zakresie Zamawiający powinien wskazać pewne wyznaczniki dopuszczonej równoważności oferowanych w postępowaniu rozwiązań. Izba również podziela ten pogląd, wskazując jednocześnie, że z punktu widzenia późniejszego etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - etapu badania i oceny ofert - taki uszczegółowiony w stosunku do literalnego brzmienia wytycznej zawartej w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, opis równoważności jest wskazany w celu uniknięcia ewentualnych wątpliwości co do oceny równoważności oferowanego rozwiązania. Wątpliwości te mogą się bowiem pojawiać w tym zakresie w trakcie badania i oceny ofert co do tego, jakich elementów w opisie przedmiotu zamówienia dotyczyła równoważność i w jakim zakresie powinna ona być weryfikowana (co do wszystkich elementów opisu przedmiotu zamówienia, czy też w stosunku do niektórych, czy też weryfikacja ta powinna dotyczyć zgodności z konkretnym minimalnym, czy maksymalnym parametrem, czy też w określonych zakresach). Na etapie postępowania nie posiadał wiedzy, iż opis przedmiotu zamówienia jest tak sprecyzowany, iż wymogi określone przez Zamawiającego spełniają urządzenia tylko jednego producenta. Powoduje to nierówne traktowanie wykonawców i złamanie zasady uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust.1 ustawy Pzp, która stanowi fundamentalną zasadę udzielania zamówień. Dalsze prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na zasadzie nierównego traktowania wykonawców jest nie tylko niezgodne z zasadami systemu zamówień publicznych, ale również pozostaje w sprzeczności z obowiązującą zamawiającego, na podstawie przepisów o finansach publicznych, zasadą celowego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych. Należy również uznać, iż zamawiający działał pod wpływem błędu w zakresie świadomości opisu przedmiotu zamówienia, gdyż pomimo opracowania przez osoby profesjonalnie korzystające z urządzeń stanowiących przedmiot zamówienia i określenia minimalnych parametrów technicznych, jakie należy przyjąć do oceny równoważności doprowadził do sytuacji ograniczenia rynku tylko do urządzeń jednego producenta. Dotyczy to wprawdzie tylko kilku pozycji jednakże ma wpływ na wynik całości postępowania w zakresie realizacji części 2 Zamawiający był błędnie przekonany, iż podjęte przez niego starania w tym zakresie zapewniły opisanie warunków udziału w postępowaniu w sposób zapewniający realizację potrzeb zamawiającego, jak również zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający był przekonany, iż stosując zapis §IV ust. 8 SWIZ, o którym mowa wyżej, zamówienie realizuje w sposób prawidłowy. Dopiero po otwarciu ofert i wnoszonych uwagach przez wykonawców, zamawiający powziął informację, że jego interpretacja jest błędna i prowadzi do ograniczenia równego dostępu do zamówienia. Nie może budzić wątpliwości fakt, że gdyby zamawiający wiedział o zaistniałym błędzie, sprostowałby go na etapie udzielania odpowiedzi. Ograniczenie przez osoby opisujące przedmiot zamówienia do jednego producenta spowodowało, niezamierzone przez Zamawiającego ograniczenie konkurencji w postępowaniu. W związku z tym, iż nie jest możliwe, w toku badania i oceny ofert dokonywanie zmian w opisie przedmiotu zamówienia, w takim przypadku Zamawiający, co najwyżej może rozważać unieważnienie postępowania, tak jak to wynika z przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i

zostało potwierdzone w ugruntowanym orzecznictwie (wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2012 r., sygn. akt: KIO 1184/12 oraz wyrok KIO z dnia 18.04 2013r. sygn. akt KIO 532/13). Ponadto zgodnie z treścią wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 28 kwietnia 2006 r., II CA 218/06, „...wprowadzanie zmian w SIWZ dopiero po upływie terminu składania ofert stanowi rażące naruszenie Pzp i narusza warunki udziału wykonawców w postępowaniu o zamówienie publiczne.” Zamawiający poprawi przedmiotowy błąd mający bezpośredni wpływ na wynik postępowania i ponownie je ogłosi. Mając powyższe na uwadze, postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą. Zgodnie z dyspozycją art. 93 ust.1 pkt. 7) w związku z art. 146 ust. 5 i 6 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Z uwagi na fakt, iż na tym etapie prowadzonego postępowania nie ma możliwości usunięcia wadliwych postanowień specyfikacji i udzielonych Wykonawcom odpowiedzi postępowanie zostaje unieważnione. Takie stanowisko zamawiającego znajduje odzwierciedlenie w wyroku Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z dnia 26 maja 2011 r. sygn. akt I C 371/10 (LEX nr 1714131), w którym Sąd stwierdził - „(...)Każde rażące naruszenie ustawy przy wyborze ofert prowadzi do nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego, nawet, jeśli nie wpłynęło w ogóle na wynik postępowania (np. dokonanie oceny ofert za pomocą dodatkowego kryterium niewskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które dało taki sam rezultat, jak ocena ofert dokonana za pomocą kryteriów podanych w specyfikacji (...)). Należy też w świetle powyższych wywodów zauważyć z całą mocą, że zastosowanie konstrukcji prawnej przewidzianej w art. 93 ust.1 pkt.7) ustawy Pzp ma w tym konkretnym postępowaniu swe pełne usprawiedliwienie. Pamiętać, bowiem trzeba o tym, że wada postępowania, która może być przyczyną jego unieważnienia, musi mieć – co już wcześniej uwypuklono – charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie w skutek wady podlegała unieważnieniu. Taka konstrukcja przepisu odsyła do art. 146 ustawy Pzp, w którym wymienione są wszystkie przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważniania umowy. Odesłania nie można jednak ograniczać wyłącznie do ust.1 art. 146 ustawy Pzp, który zawiera zamknięty i bardzo ograniczony katalog sytuacji powodujących unieważnienie umowy. Powodowałoby to, że wystąpienie innych wad w postępowaniu nie może być powodem unieważnienia na podstawie art. 93 ust.1 pkt. 7) ustawy Pzp. Taka wykładnia prawa prowadziłaby do błędnego wniosku, że nawet wystąpienie wady w sposób oczywisty wypaczającej wynik postępowania nie daje zamawiającemu prawa do unieważnienia postępowania, podczas gdy zawarcie umowy będzie rodzić skutki w postaci dochodzenia jej nieważności lub unieważnienia przez innych wykonawców na podstawie odrębnych przepisów np. art. 189 k.p.c., czy art. 70⁵ k.c. – czego w przypadku innych wad niż określone w art. 146 Pzp ustawa nie zabrania. Tym samym wszelkie wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o ile nie dadzą się usunąć, są przesłanką unieważnienia postępowania (dla por. np. wyrok KIO z dnia 25 sierpnia 2010 r. KIO/UZP 1733/10, LEX nr 621683). „Dla powołania się na przesłankę nieważności, o której mowa w art. 146 ust. 6 [p.z.p.], nie jest konieczne stwierdzenie, iż dane działanie lub zaniechanie zamawiającego miało wpływ na wynik postępowania, gdyż wystarczające będzie samo ustalenie, iż działanie to lub zaniechanie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.” (Urząd Zamówień Publicznych, Bezskuteczność umowy zawartej z naruszeniem prawa, M.Zam.Pub. 2012/4/43-50) W wyroku KIO 1900/12 z dnia 19 września 2012r. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, iż „zamawiający są uprawnieni do badania okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania, które mieszczą się w dyspozycji art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Przeciwny pogląd prowadziłby do wniosku, że zamawiający nie może unieważnić postępowania, w którym doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp (którego nie można usunąć) mającego wpływ na wynik postępowania, jeśli nie jest to wada wymieniona w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. W konsekwencji stanowiłoby to przyzwolenie na zawieranie umów nawet w sytuacji, gdy postępowanie obarczone byłoby poważną wadą, jeśli wada ta jest nieusuwalna. Taki pogląd wydaje się nie do zaakceptowania. (por. KIO/849/11 z dnia 6 maja 2011). W związku z powyższą sytuacją Zamawiający unieważnił postępowanie w zakresie realizacji części 2.

DYREKTOR

mgr Jolanta Kłoczewska