

Sygn. akt: KIO 2412/19

WYROK
z dnia 12 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2019 r. przez wykonawcę **SANITO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Działoszyce,**

przy udziale wykonawcy **EkoEnergia Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie czynności badania i oceny ofert;
2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Działoszyce i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Kielcach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Działoszyce – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Instalacja systemów odnawialnych źródeł energii na terenie Gminy Działoszyce i Michałów*. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 21 sierpnia 2019 r. pod numerem 2019/S 160- 394008.

W dniu 28 listopada 2019 r. wykonawca Sanito Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezzasadne przyjęcie, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny:

Przedmiot zamówienia składa się z dwóch części, z zastrzeżeniem, że oferta miała obejmować obligatoryjnie obydwie części i nie było dopuszczalne składanie tzw. ofert częściowych. Przedmiotem zamówienia w ramach części 1 jest dostawa i montaż 101 mikroinstalacji fotowoltaicznych montowanych na budynkach lub przy budynkach na terenie Gmin Działoszyce oraz Michałów. Przedmiotem zamówienia w ramach części 2 jest dostawa i montaż 164 instalacji solarnych (kolektorów słonecznych) montowanych na budynkach lub przy budynkach na terenie Gmin Działoszyce oraz Michałów. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajdował się w załączniku nr 7 do SIWZ. Dokument ten obejmował wymagania techniczne zarówno dla instalacji fotowoltaicznych (str. 2-19) oraz wymagania techniczne dla kolektorów słonecznych (str. 20-31).

W SIWZ znalazła się informacja o tym, że Zamawiający nie wymaga złożenia wraz z ofertą żadnych dokumentów technicznych wskazanych w dokumentacji projektowej oraz opisie przedmiotu zamówienia. Dokumenty, o których mowa w dokumentacji projektowej oraz opisie przedmiotu zamówienia wymagane do oferty należy dostarczyć po podpisaniu umowy. Dodatkowo we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ znalazły się postanowienia, które jednoznacznie wskazywały, że na potrzeby udziału w postępowaniu nie jest wymagane przedłożenie jakichkolwiek dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań technicznych zawartych w SIWZ. Odwołujący wskazał na §1 Umowy, zgodnie z którym *wykonawca w terminie 14 dni od dnia zawarcia umowy zobowiązany jest*

przedłożyć Zamawiającemu na potwierdzenia spełnienia warunków określonych technicznych określonych w opisie przedmiotu zamówienia. Doprecyzowaniem skutków prawnych braku przedłożenia wymaganych dokumentów na etapie realizacji umowy był z kolei § 21 ust. 2 pkt 5 Umowy, zgodnie z którym Zamawiającemu przysługuje – w terminie 14 dni – prawo do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy m.in. w sytuacji niewywiązania się z obowiązku przedłożenia dokumentów o których mowa w § 1 ust 2 lub gdy przedłożone dokumenty nie będą potwierdzały parametrów wymaganych w opisie przedmiotu zamówienia. Odstąpienie od umowy z tej przyczyny zostało dodatkowo powiązane z obowiązkiem zapłaty przez wykonawcę kary umownej w wysokości 20% wynagrodzenia brutto wynikającego z Umowy (§ 20 ust. 1 pkt 5 Umowy). Tym samym, intencją Zamawiającego wyraźnie wyartykułowaną w SIWZ była wola uzyskania od wykonawców jedynie potwierdzenia, że oferowane przez nich świadczenie spełnia wymagania określone w SIWZ oraz że akceptują wszelkie wymagania w tym zakresie. Powyższemu celowi na etapie Postępowania miała służyć deklaracja wykonawcy zawarta w formularzu ofertowym (Załącznik nr 1 do SIWZ), natomiast ewentualna szczegółowa weryfikacja przedmiotowa miała nastąpić dopiero na etapie realizacji zamówienia. Powyższe okoliczności nie budziły jakichkolwiek wątpliwości wykonawców, o czym może świadczyć fakt, że żaden z nich nie zadał pytań do treści SIWZ obowiązującej w tym zakresie.

Termin składania ofert w Postępowaniu został wyznaczony na 24 września 2019 r. We wskazanym powyżej terminie zostały złożone 2 oferty. Jedną z nich przedłożył Odwołujący, drugą – EkoEnergia Polska Sp. z o.o. Cena ofertowa Odwołującego (tj. 3.971.919,24 zł) mieściła się w budżecie, jaki Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia (tj. 4.229.955,72 zł).

W dniu 3 października 2019 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do przedłożenia wskazanych w tym wezwaniu dokumentów, które zostały dostarczone Zamawiającemu 10 października 2019 r. Tym samym, na dzień 3 października 2019 r. oferta Odwołującego została uznana przez Zamawiającego jako najwyżej oceniona. Zamawiający nie miał żadnych zastrzeżeń co do dokumentów przedłożonych przez Odwołującego.

W dniu 18 listopada 2019 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, wskazując, że postępowanie obarczone jest następującymi wadami:

- 1. Brak wskazania w formularzu ofertowym rubryki pozwalającej na podanie nazwy producenta oferowanego urządzenia.*

2. *Przy jednoczesnym wyraźnym określeniu w treści SIWZ (pkt. 3.1), iż Zamawiający nie wymaga złożenia wraz z ofertą żadnych dokumentów technicznych wskazanych w dokumentacji projektowej oraz opisie przedmiotu zamówienia, uniemożliwia to ustalenie rzeczywistej treści oferty oraz potwierdzenie jej zgodności z postanowieniami OPZ.*
3. *Nie przedstawienie kart katalogowych proponowanych urządzeń w ramach oferty powoduje, że nie ma możliwości prawidłowej weryfikacji wymagań stawianych przez Zamawiającego.*

Odwołujący podniósł, że Zamawiający uzasadniając unieważnienie postępowania powołał się w sposób bardzo lakoniczny na postanowienia SIWZ, które wskutek braku zawarcia w nich żądania dokumentów przedmiotowych, miałyby rzekomo uniemożliwiać Zamawiającemu ustalenie rzeczywistej treści ofert oraz weryfikacji ofert pod kątem stawianych przez Zamawiającego wymagań. Jednocześnie, w ocenie Odwołującego, z wyjątkiem tej ostatniej czynności, całe Postępowanie było prowadzone w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp, a w związku z tym nie jest ono obarczone jakąkolwiek wadą.

Zdaniem Odwołującego w niniejszej sprawie nie zostały spełnione przesłanki uprawniające do unieważnienia postępowania, gdyż rzekome naruszenie wskazane przez Zamawiającego z całą pewnością nie stanowi o tym, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Odwołujący podniósł, że unieważnienie postępowania byłoby zasadne w przypadku łącznego wystąpienia następujących okoliczności: postępowanie musiałyby być obarczone wadą, której nie można usunąć, a wada ta musiałaby uniemożliwiać zawarcie umowy.

W ocenie Odwołującego w szczególności druga ze wskazanych przesłanek nie została spełniona. Odwołujący wskazał, że okoliczności powodujące unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego zostały wskazane w art. 146 ust. 1 oraz w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. W pierwszym z przywołanych przepisów znalazło się enumeratywne wyliczenie wszystkich okoliczności powodujących unieważnienie umowy. Są nimi bezpodstawne i błędne zastosowanie niektórych trybów, brak zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w odpowiednim publikatorze lub przekazania ogłoszenia o zamówieniu, zawarcie umowy lub udzielenie zamówienia na podstawie umowy ramowej z naruszeniem terminów, w tym okresu *standstill* oraz określone nieprawidłowości w dynamicznym systemie zakupów. Bez wątpienia żadna z sytuacji określonych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp w niniejszym postępowaniu nie zachodzi. Drugi z przywołanych przepisów powodujących unieważnienie umowy przewiduje generalną klauzulę dotyczącą możliwości unieważnienia umowy w drodze powództwa Prezesa UZP z uwagi na naruszenia Zamawiającego mające wpływ na wynik

postępowania. Zdaniem Odwoływającego, także ten przepis nie mógłby znaleźć zastosowania do umowy zawartej w rezultacie przeprowadzonego postępowania. Odwoływający, powołując się na orzecznictwo Izby stwierdził, że nieważność mająca wynikać z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp musi dotyczyć wady nie tylko niemożliwej do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania z naruszeniem przepisu ustawy, co miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik. W tym zakresie wskazać należy, że 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.

Odwoływający podniósł, że niezależnie od braku wykazania przez Zamawiającego przesłanek niezbędnych do unieważnienia postępowania, nie zostały one spełnione w sensie materialnym. Wskazał na orzecznictwo KIO, z którego wynika, że przyczyną unieważnienia postępowania nie może być w szczególności możliwość lepszego opisanie wymagań dla prowadzonego postępowania, a z taką dokładnie sytuacją (w subiektywnym odczuciu Zamawiającego) właśnie mamy do czynienia w niniejszej sprawie. To przecież właśnie owe wymagania Zamawiający chciałby obecnie doprecyzować poprzez zażądanie wraz z ofertą dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają jego wymagania zawarte w SIWZ.

Zdaniem Odwoływającego postępowanie to nie jest obarczone nieusuwalną wadą, która miałyby powodować nieważność umowy. Umowa ta będzie jak najbardziej ważna i skuteczna prawnie, a wymaganie tzw. dokumentów przedmiotowych na etapie jej realizacji jest w pełni zgodne z przepisami Pzp. Żądanie takich dokumentów pozostaje zawsze uprawnieniem a nie obowiązkiem Zamawiającego. Mówi o tym wprost literalna treść art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którą Zamawiający może żądać wskazanych w nim dokumentów, ale nie jest w żadnym zakresie do tego zobowiązany. Nawet gdyby przyjąć, że zawarta zostałaby umowa z wykonawcą, który zaoferowałby przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami Zamawiającego, to po pierwsze, umowa taka byłaby ważna, gdyż jej zawarcie nie jest zagrożone jakimikolwiek sankcjami prawnymi, jak np. w przypadku zawarcia umów na realizację zamówienia, do którego wymagane są szczególne uprawnienia wykonawcy. Po drugie, nawet w takiej hipotetycznej sytuacji Zamawiający przewidział przecież mechanizm weryfikujący świadczenie oferowane przez wykonawcę, które w razie stwierdzenia niezgodności tego świadczenia uprawniałyby Zamawiającego do odstąpienia od umowy z wykonawcą.

Odwoływający stwierdził, że trudno byłoby oczekiwać, że którykolwiek z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia nie dokona szczegółowej weryfikacji wymagań technicznych zawartych w OPZ na potrzeby skonstruowania (ale i wyceny) oferty. Jeżeli

bowiem Zamawiający oczekiwał w ramach przedmiotu zamówienia urządzeń o określonych parametrach (wskazanych w OPZ) i nie wymagał w tym zakresie podawania w ofercie dodatkowych szczegółów, to nie powinno budzić wątpliwości, że wykonawcy składając ofertę oferują konkretne urządzenie zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Należy też raczej zakładać, że prawidłowa kalkulacja ceny musi uwzględniać świadczenie wymagane wprost przez Zamawiającego. Za realizację przedmiotu umowy przysługiwało bowiem wynagrodzenie o charakterze ryczałtowym, które było podawane przez wykonawców w formularzu ofertowym. Tym samym, wykonawcy (w tym Odwołujący) nie mogli określić w formularzu ofertowym oczekiwanego wynagrodzenia w oderwaniu od konkretnie oferowanych urządzeń. Powyższe potwierdza zatem jednoznacznie zaoferowanie przez wykonawców biorących udział w postępowaniu konkretnych urządzeń adekwatnych zarówno do ich ceny, jak i oczekiwanej przez Zamawiającego minimalnej funkcjonalności. Ponadto żaden profesjonalny wykonawca nie ryzykowałby w takiej sytuacji zaoferowaniem Zamawiającemu świadczenia niezgodnego z wymaganiami SIWZ, ponieważ w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z uprawnienia do odstąpienia od zawartej umowy, wykonawca mógłby narazić się na konsekwencje związane z objęciem go przesłankami wykluczenia w okresie 3 lat od tego zdarzenia, a także niebagatelną karą umowną.

Zdaniem Odwołującego powyższe potwierdza jednoznacznie irrelewantność braku żądania przez Zamawiającego w SIWZ określonych dokumentów dla ważności umowy obejmującej realizację zamówienia. Ponadto minimalne wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia zostały przecież zawarte przez Zamawiającego bardzo precyzyjnie w OPZ. Dla rozstrzygnięcia postępowania i zawarcia wiążącej umowy istotne znaczenie miało w tym kontekście zaoferowanie przedmiotu posiadającego określoną funkcjonalność wynikającą z OPZ. Kwestią zupełnie drugorzędną było natomiast określenie w ofercie producenta, modelu czy nazwy oferowanego produktu (czego brak Zamawiający postrzega jako wadę postępowania), co stanowiłoby wyraz formalizmu nie mającego istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia postępowania. Innymi słowy, skoro Zamawiający dokładnie określił swoje minimalne wymagania co do funkcjonalności przedmiotu zamówienia w OPZ, co już samo w sobie pozwalało na konkretyzację oferowanych przez wykonawców urządzeń, to konsekwentnie nie było konieczności podawania w formularzu ofertowym nazwy producenta, czy załączania do oferty jakichkolwiek dodatkowych dokumentów przedmiotowych.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że wszystkie niezbędne dokumenty, których złożenie było możliwe na etapie składania ofert, Odwołujący i tak przedłożył przed unieważnieniem postępowania. W dniu 13 listopada 2019 r. przedstawiciel Odwołującego przesłał do Zamawiającego e-mail zawierający karty katalogowe zaoferowanego kolektora słonecznego. Z załączonych do tego maila dokumentów jednoznacznie wynika

potwierdzenie spełnienia przez oferowane przez Odwołującego urządzenia wszystkich parametrów technicznych z SIWZ.

Odwołujący podkreślił, że to Zamawiający zobowiązany jest do zachowania należytej staranności przy przygotowywaniu dokumentacji postępowania i wykonawcy nie powinni być obciążeni konsekwencjami zaniechań Zamawiającego, jeśli zastosowali się do literalnych wymagań SIWZ przy przygotowywaniu oferty. W niniejszej sprawie najpierw Zamawiający odstąpił (do czego był w pełni uprawniony) od żądania przedstawienia wraz z ofertą dokumentów przedmiotowych. Następnie zaś, już po otwarciu ofert, uznał że jednak jest to element dla niego niezbędny. Opisana powyżej niekonsekwencja w podejściu Zamawiającego naraża wykonawców na brak pewności co do kolejnych rozstrzygnięć, co stoi w sprzeczności z mającą fundamentalne znaczenie w systemie zamówień publicznych zasadą przejrzystości postępowania (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Zdaniem Odwołującego, rzekoma wada postępowania przejawiająca się w niedokładności Zamawiającego przy sporządzaniu SIWZ, z całą pewnością nie jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, a już na pewno Zamawiający nie może tym obciążać wykonawców.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że w przypadku unieważnienia postępowania to na Zamawiającym spoczywa ciężar wykazania po pierwsze: wystąpienia naruszenia konkretnego przepisu ustawy Pzp, regulującego udzielanie zamówień (wada postępowania), po drugie: istotnego charakteru tej wady jako wpływającej na ważność umowy, po trzecie: związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy i wreszcie po czwarte: nieusuwalności wady przez zastosowanie instytucji dostępnych podmiotowi prowadzącemu postępowanie. Są to obligatoryjne elementy decyzji o unieważnieniu postępowania. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie wykazał ani istotnego charakteru wady, ani jej wpływu na ważność umowy, ani tym bardziej związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą oraz jej nieusuwalności. W tym jednak zakresie trudno się jednak Zamawiającemu dziwić, gdyż wskazane przez niego okoliczności nie stanowią wady istotnej dla wyniku postępowania, a związek przyczynowy pomiędzy wskazaną przez Zamawiającego wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy nie istnieje.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że decyzja o unieważnieniu postępowania może budzić wątpliwości w kontekście podstawowych zasad wydatkowania środków publicznych. Skoro bowiem zostały złożone ważne oferty, w pełni odpowiadające wymaganiom Zamawiającego, to decyzja o unieważnieniu postępowania, a także jej dalsze konsekwencje, nie stanowią o wydatkowaniu środków publicznych zgodnie z zasadami zawartymi w art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych. Utrzymanie w mocy decyzji o unieważnieniu postępowania spowoduje konieczność poniesienia przez Zamawiającego dodatkowych

wydatków związanych z nowym postępowaniem o tożsamym przedmiocie zamówienia, a także konieczność poniesienia dodatkowych kosztów obecnego Postępowania w związku z treścią art. 93 ust. 4 ustawy Pzp. W takim bowiem przypadku unieważnienie postępowania będzie miało miejsce z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Zamawiającego, a powyższe będzie skutkowało zaistnieniem roszczeń wykonawców o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz dokonania czynności badania i oceny ofert.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 3 SIWZ przedmiot zamówienia obejmuje:

- część 1 – instalacje fotowoltaiczne: przedmiotem zamówienia jest dostawa i montaż 101 mikroinstalacji fotowoltaicznych montowanych na budynkach lub przy budynkach na terenie Gmin Działoszyce oraz Michałów;
- część 2 - kolektory słoneczne: przedmiotem zamówienia jest dostawa i montaż 164 instalacji solarnych (kolektorów słonecznych) montowanych na budynkach lub przy budynkach na terenie Gmin Działoszyce oraz Michałów. Zakres prac obejmuje zakup kolektorów słonecznych wraz z koniecznym wyposażeniem wynikającym z montażu.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia Zamawiający zamieścił w załączniku nr 7 do SIWZ.

Jednocześnie w punkcie II.1.6 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający poinformował, że zamówienie nie jest podzielone na części.

Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu oraz SIWZ Zamawiający nie żądał od wykonawców złożenia dokumentów potwierdzających, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania Zamawiającego. Ponadto we wzorze formularza oferty Zamawiający nie wymagał wskazania producenta oferowanych urządzeń.

W załączniku nr 1 do SIWZ Zamawiający określił wzór oferty cenowej, w której należało podać łączną cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia oraz oferowany okres gwarancji. Wzór formularza cenowego zawierał m.in. następujące oświadczenie: *Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w tym ze wzorem umowy w sprawie zamówienia publicznego i uzyskaliśmy wszelkie informacje niezbędne do przygotowania niniejszej oferty. Przedstawione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunki zawarcia umowy oraz wzór umowy zostały przez nas*

zaakceptowane. Zamawiający nie wymagał podania w ofercie producenta oferowanych urządzeń.

Zgodnie z § 1 ust. 2 wzoru umowy (załącznik nr 3 do SIWZ), wykonawca w terminie 14 dni od dnia zawarcia umowy zobowiązany jest przedłożyć Zamawiającemu na potwierdzenie spełnienia warunków określonych technicznych określonych w opisie przedmiotu zamówienia. § 1 ust. 3 wzoru umowy stanowi, że niewywiązanie się z obowiązku przedłożenia dokumentów o których mowa w ust. 2 lub przedłożone dokumenty nie będą potwierdzały parametrów wymaganych w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający odstąpi od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty: oferta Odwołującego oraz oferta Przystępującego.

Pismem z 18 listopada 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania, podając następujące uzasadnienie:

Wypełniając zobowiązania wynikające z postanowień art. 93 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zwanej dalej ustawą (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm. – dalej ustawy) Zamawiający informuje, że postępowania jest obarczone następującymi wadami:

- 1) Brak wskazania w formularzu ofertowym rubryki pozwalającej na podanie nazwy producenta oferowanego urządzenia.*
- 2) Przy jednoczesnym wyraźnym określeniu w treści SIWZ (pkt. 3.1.), iż Zamawiający nie wymaga złożenia wraz z ofertą żadnych dokumentów technicznych wskazanych w dokumentacji projektowej oraz opisie przedmiotu zamówienia, uniemożliwia to ustalenie rzeczywistej treści oferty oraz potwierdzenie jej zgodności z postanowieniami OPZ.*
- 3) Nie przedstawienie kart katalogowych proponowanych urządzeń w ramach oferty powoduje, że nie ma możliwości prawidłowej weryfikacji wymagań stawianych przez Zamawiającego.*

W związku z powyższym Zamawiający unieważnia postępowanie, stosownie do zapisów art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy postępowanie unieważniono.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu

zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie 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.

Stosownie do art. 146 ust. 1 ustawy Pzp umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

- 1) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki;
- 2) nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;
- 3) zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
- 4) uniemożliwił składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego tym systemem;
- 5) uniemożliwił wykonawcom, z którymi została zawarta umowa ramowa, złożenie ofert w procedurze konkurencyjnej o udzielenie zamówienia na podstawie umowy ramowej, o ile nie wszystkie warunki zamówienia zostały określone w umowie ramowej;
- 6) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę;
- 7) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 67 ust. 12.

Ponadto zgodnie z art. 146 ust. 6 ustawy 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.

Okoliczności, które Zamawiający powołał jako przesądzające o istnieniu wady postępowania, mogą być oceniane tylko w kontekście art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, nie dotyczą one bowiem żadnej z przesłanek określonych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym należy stwierdzić, że okoliczności, w których Zamawiający upatrywał nieusuwalnej wady postępowania, uniemożliwiałyby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, jeżeli

czynności lub zaniechania Zamawiającego naruszały przepisy ustawy w stopniu mającym lub mogącym mieć wpływ na wynik postępowania.

Podkreślić należy, że przesłanki unieważnienia postępowania muszą być interpretowane ściśle, a wykazanie ich zaistnienia obciąża Zamawiającego. Rozszerzająca wykładnia tych przesłanek jest niedopuszczalna, mogłaby bowiem prowadzić do manipulowania wynikiem postępowania, w szczególności gdy unieważnienie następuje po otwarciu ofert, kiedy to zamawiający zna krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz zaoferowane przez nich warunki realizacji zamówienia.

W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie nie można dopatrzeć się wystąpienia przesłanek unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 46 ust. 6 ustawy Pzp. W szczególności stwierdzić należy, że Zamawiający w przedstawionym uzasadnieniu unieważnienia postępowania nie wykazał, aby doszło do takiego naruszenia, które miałyby co najmniej potencjalny wpływ na wynik postępowania i w konsekwencji uniemożliwiłoby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Po pierwsze nie ma żadnych wątpliwości co do tego, że zamawiający nie ma obowiązku żądać od wykonawców na etapie postępowania przetargowego przedłożenia dokumentów potwierdzających, że przedmiot oferty spełnia wymagania określone przez zamawiającego. Obowiązek taki nie wynika z żadnego przepisu prawa, wręcz przeciwnie, art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz § 13 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia kształtują jedynie uprawnienie zamawiającego do żądania określonych dokumentów. Brak takiego obowiązku został zresztą przyznany przez Przystępującego podczas rozprawy.

Dalej należy stwierdzić, że brak powyższego obowiązku jest niezależny od szczególowości informacji, jakich podania w treści oferty żądał Zamawiający. To, jak szczegółowo należy określić informacje na temat oferowanego przedmiotu zamówienia, zależy od decyzji Zamawiającego, który określa w SIWZ zakres wymaganych informacji i wzór formularza oferty. Jeżeli Zamawiający nie wymagał podania producenta oferowanych urządzeń, to można mieć wątpliwości co do tego, czy było to racjonalnie i czy z należyłą starannością Zamawiający przygotował dokumentację postępowania, brak jest jednak podstaw do utożsamiania tego z nieusuwalną wadą postępowania wpływającą na ważność umowy. Nawet jeśli brak takiego żądania był nierozsądny lub stanowił wynik zaniedbania, to okoliczność ta nie stanowi podstawy do unieważnienia postępowania, Zamawiający musiałby bowiem wykazać istnienie ustawowych przesłanek, czego w rozpoznawanej sprawie nie zrobił.

Wobec braku żądania określonych informacji i dokumentów Zamawiający badając oferty powinien polegać na oświadczeniu wykonawców co do spełniania wymagań technicznych. Zamawiający musiał mieć świadomość, że przy takiej treści SIWZ na tym właśnie polegać będzie badanie ofert. Zauważenia wymaga, że weryfikacja spełniania tych wymagań na podstawie dokumentów potwierdzających parametry techniczne przedmiotu zamówienia nastąpi po zawarciu umowy, zgodnie bowiem z § 1 ust. 2 wzoru umowy wykonawca w terminie 14 dni od dnia zawarcia umowy zobowiązany jest przedłożyć Zamawiającemu dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków określonych technicznych określonych w opisie przedmiotu zamówienia, a niewywiązanie się z obowiązku ich przedłożenia lub przedłożenie dokumentów niepotwierdzających parametrów wymaganych w opisie przedmiotu zamówienia, skutkować będzie odstąpieniem przez Zamawiającego od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Powyższe wskazuje na to, że zamiarem Zamawiającego było takie ukształtowanie obowiązków wykonawców, zgodnie z którym ostateczna weryfikacja spełniania wymagań technicznych na podstawie dokumentów nastąpi po podpisaniu umowy.

Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że uzasadnieniem unieważnienia jest okoliczność, że niemożliwa jest do ustalenia rzeczywista treść oferty. Treścią oferty jest w tym przypadku wykonanie przedmiotu zamówienia o parametrach technicznych wyspecyfikowanych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, za określoną cenę i z określonym okresem gwarancji. Podkreślić przy tym należy, że wymagania techniczne dotyczące przedmiotu zamówienia zostały przez Zamawiającego określone bardzo szczegółowo, na co zwracał uwagę zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący. Zamawiający nie wykazał, z jakim przepisem ustawy niezgodna jest tak określona treść oferty. Nie ma podstaw również mówić tu o nieporównywalności ofert, każdy z wykonawców bowiem oferował na takich samych zasadach i w ten sam sposób określony przedmiot zamówienia.

Odnosząc się do dowodów przedstawionych przez Odwołującego stwierdzić należy, że SIWZ z innych postępowań nie mogą być dowodem na potwierdzenie zasadności zarzutów podniesionych w odwołaniu. Nie zostało wykazane, jak zakończyły się postępowania, których dotyczą złożone na rozprawie specyfikacje, a nawet jeśli zostały zakończone udzieleniem zamówienia i jego realizacją, to nie wiadomo, czy prawidłowość udzielenia tych zamówień była w jakikolwiek sposób zweryfikowana. Niezależnie jednak od tego zarzuty odwołania okazały się zasadne z powodów wskazanych we wcześniejszej części uzasadnienia.

Z kolei dowód w postaci maila Przystępującego do Zamawiającego, jakkolwiek sam w sobie nie może jednoznacznie przesądzać o tym, czym kierował się Zamawiający

unieważniając postępowanie, to jednak może wskazywać, że unieważnienie to było spowodowane wnioskiem Przystępującego, a kwestia dokonania przez Zamawiającego wystarczającej analizy prawnej jest o tyle wątpliwa, że przedstawione przez niego uzasadnienie unieważnienia postępowania stanowi dokładne powtórzenie treści maila Przystępującego.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający, unieważniając przedmiotowe postępowanie, naruszył przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez jego bezpodstawne zastosowanie. Ponieważ naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Przewodniczący: