

WYROK
z dnia 25 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący:** **Piotr Kozłowski**

Protokolant: **Patrycja Kaczmarska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 sierpnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 13 sierpnia 2010 r. przez **M. Ostrowski spółka jawna, 50-541 Wrocław, Al. Armii Krajowej 5** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego: **Zdrojowy Teatr Animacji w Jeleniej Górze, 58-560 Jelenia Góra, Park Zdrojowy 1**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża M. Ostrowski spółka jawna, 50-541 Wrocław, Al. Armii Krajowej 5 i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) kwoty wpisu uiszczzonego przez M. Ostrowski spółka jawna, 50-541 Wrocław, Al. Armii Krajowej 5,**

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Jeleniej Górze**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zdrojowy Teatr Animacji w Jeleniej Górze – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na wykonanie dostawy i montażu wyposażenia technologicznego teatru w ramach zadania *Rozbudowa Teatru Zdrojowego w Jeleniej Górze - modernizacja Teatru Zdrojowego*.

3 sierpnia 2010 r. (pismem z tej daty) Zamawiający za pośrednictwem faksu poinformował Odwołującego – M. Ostrowski spółka jawna z Wrocławia, którego ofertę uznał wcześniej za najkorzystniejszą – o unieważnieniu postępowania w części II zamówienia – *Technologia oświetlenia i elektroakustyki*, na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp.

13 sierpnia 2010 r. (pismem z 12 sierpnia 2010 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności unieważnienia postępowania przez Zamawiającego, któremu w tym samym dniu przekazał kopię odwołania.

Odwołujący zarzucił w odwołaniu, iż Zamawiający unieważnił postępowanie z naruszeniem przepisu art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy pzp ponieważ nie zaistniały okoliczności wymienione we wskazanej normie, które obligują zamawiającego do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

W związku z podniesionym zarzutem Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności dotyczącej unieważnienia postępowania.

Uzasadniając podniesiony zarzut, Odwołujący podniósł, iż treść pisma z 3 sierpnia 2010 r. nie zawiera merytorycznych informacji jaka to wada powoduje nieważność umowy. Zamawiający informuje jedynie, że otrzymał negatywną ocenę przeprowadzonego postępowania, wydaną przez bliżej nieokreślonego radcę prawnego, zgodnie z którą stwierdzono naruszenie art. 29 ust. 2 i ust. 3 ustawy pzp. Zamawiający nie podaje żadnych merytorycznych informacji wskazujących na zakres nieprawidłowości, które w jego ocenie skutkują zaistnieniem wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Ponieważ przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp koreluje przede wszystkim z art. 146 ust. 1 pzp, który określa przesłanki nieważności umowy, w ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do naruszenia przepisów ustawy we wskazanym zakresie. W zaistniałej sytuacji Odwołujący został pozbawiony możliwości konkretnego odniesienia się do okoliczności, które w ocenie Zamawiającego rzekomo uzasadniają konieczność unieważnienia postępowania gdyż pomimo przekazania przez Odwołującego

Sygn. akt KIO 1733/10

wniosku o przedstawienie kopii opinii stanowiącej podstawę unieważnienia postępowania, odmówił jej przedstawienia powołując się na klauzule zobowiązujące go do zachowania tajemnicy rzekomo zawarte w umowie o dofinansowanie przedmiotowego zamówienia ze środków Norweskiego Mechanizmu Finansowego Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej w skrócie „s.i.w.z.”) nie zawarł informacji, że wyniki przedmiotowego przetargu przed podpisaniem umowy, a po wyborze najkorzystniejszej oferty, wymagają pozytywnego zaopiniowania przez bliżej niesprecyzowanego radcę prawnego oraz że wyniki tego opiniowania objęte są tajemnicą i nie ma od nich żadnych procedur odwoławczych. Natomiast w treści umowy z 12 grudnia 2008 r. nr 47/PL0345/EOG/2008 o dofinansowanie inwestycji obejmującej przedmiot przetargu znajdują się zapisy (art. 7) zobowiązujące beneficjenta (Zamawiającego) do pełnego stosowania wszelkich właściwych przepisów prawa wspólnotowego, krajowego i miejscowego. W związku z powyższym za sprzeczne ze wskazanym zapisem uznać należy działanie Zamawiającego, który unieważnia przetarg z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w powyżej wskazany sposób.

Odnosząc się do niepopartych żadnym uzasadnieniem merytorycznym podstaw unieważnienia przetargu związanych z naruszeniem norm zawartych w art. 29 ust. 2 i ust. 3 ustawy pzp wskazać należy, iż zarówno przepis art. 29 ust. 2 jak i ust. 3 określają istotne elementy procedury postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oba wskazane przepisy regulują wymogi związane z opisem przedmiotu zamówienia. Sporządzony przez Zamawiającego a następnie zamieszczony w s.i.w.z. opis przedmiotu zamówienia bezspornie wpływa na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego też zgodnie z utrwalonym w tym zakresie piśmiennictwem i judykaturą to na Zamawiającym spoczywa obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, wykorzystania do jego opisu określeń technicznych, które są zwykle używane w danej dziedzinie, zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży. W ocenie Odwoływającego wskazane wymogi zostały przez Zamawiającego dotrzymane. Zastosowany opis przedmiotu zamówienia pozwala każdemu wykonawcy zajmującemu się realizacją dostaw systemów objętych przedmiotowym zamówieniem na skonfigurowanie sprzętu objętego przedmiotem składanej oferty w sposób odpowiadający potrzebom Zamawiającego.

W ocenie Odwoływającego sformułowania użyte w treści s.i.w.z. odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia pozwalają na zaferowanie urządzeń różnych producentów. Ugruntowane orzecznictwo wskazuje jednocześnie, iż określenie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami zawartymi w art. 29 ustawy pzp, tj. w sposób obiektywny, z

Sygn. akt KIO 1733/10

zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zdolności realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży. Powyższe potwierdza orzecznictwo Zespołu Arbitrów, m.in. wyrok ZA z dnia 28 czerwca 2000 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-602/00), który głosi, iż „wskazanie w SIWZ wymogów technicznych dotyczących przedmiotu zamówienia trudnych do spełnienia przez Odwołującego lub innego oferenta nie stanowi dostatecznej podstawy do uznania, że przedmiot zamówienia określony został w sposób naruszający zasady zawarte w ustawie" (*UZP, Ustawa o zamówieniach publicznych w świetle orzecznictwa*, Warszawa 2000, s. 65). W ocenie Odwołującego zapisy s.i.w.z. opracowanej przez Zamawiającego zgodne są z obowiązującym stanem prawnym a ocena dokonana przez opiniującego odnośnie poprawność postępowania nie uwzględnia najprawdopodobniej specyfiki Zamawiającego, jego indywidualnych potrzeb wynikających z profilu działania oraz zakresu dostawy objętej przedmiotem zamówienia, który obejmuje realizację dostawy specjalistycznych systemów składających się z różnego rodzaju sprzętu, którego wyspecyfikowanie wymaga wskazania konkretnych parametrów, które umożliwiają uczestnikom przetargu (wykonawcom) odpowiednie dobranie sprzętu tak wskazanego w opisie przez Zamawiającego jak i sprzętu równoważnego – co Zamawiający dopuścił postanowieniami s.i.w.z. Brak wskazania konkretnych urządzeń – traktowanych zgodnie z postanowieniami s.i.w.z. jako wskazania przykładowe – uniemożliwiłby wykonawcom zajmującym się sprzedażą systemów objętych przedmiotem przetargu dobór urządzeń równoważnych. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem zamawiający ma prawo dokonać opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby uzyskać oczekiwany efekt, bowiem przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych pozostawiają właśnie Zamawiającemu możliwość precyzowania cech przedmiotu zamówienia w sposób, który chroni jego obiektywny interes (tak wyrok KIO z 11 lutego 2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 1853/09).

Również w wyroku z 3 lutego 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 91/09, KIO/UZP 92/09) Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko Zamawiającego, iż konieczność zakupu oprogramowania wskazanego producenta wynika z jego uzasadnionych potrzeb, w szczególności jest związana z koniecznością zapewnienia efektywnego funkcjonowania jednostki, sprawnej i bezpiecznej realizacji jej celów oraz ekonomicznego i racjonalnego gospodarowania własnymi zasobami w trakcie eksploatacji sprzętu. W ocenie Odwołującego ustawa Prawo zamówień publicznych nie powinna być stosowana i interpretowana jedynie przez pryzmat pojmowanej absolutnie zasady zapewnienia ogólnego opisu przedmiotu zamówienia (art. 29 ust. 1) bez uwzględniania potrzeb Zamawiającego i specjalistycznego charakteru przedmiotu zamówienia, a w oderwaniu od innego celu jej regulacji, jakim jest zapewnienie dokonywania racjonalnych i celowych zakupów. Nie powinna być również stosowana w swoistej próżni legislacyjnej, nie uwzględniającej zasad wyrażonych w innych

Sygn. akt KIO 1733/10

przepisach, w szczególności wyrażonych w ustawie o finansach publicznych zasad dotyczących racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Dopuszczenie stosowania przepisów ustawy prowadzące do narzucania zamawiającym dokonywania zakupów, które nie odpowiadają jego potrzebom i utrudniają prowadzenie statutowej działalności, nie daje pogodzić się z postulatem racjonalności ustawodawcy. W przedmiotowym kontekście zaadaptować można frazę wyrażoną w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 23 lutego 2007 (sygn. akt. X Ga 23/07), iż „formalizm postępowania o udzielenie zamówienia nie jest celem samym w sobie...”, w szczególności nie wyłącza sprawnego i racjonalnego dokonywania zakupów w ramach zamówień publicznych.

Zatem Zamawiający ma prawo podania w specyficznych sytuacjach (a taka występuje przy zamawianiu specjalistycznych rozwiązań objętych przedmiotem przetargu) konkretnych parametrów zamawianych urządzeń. Działania takie nie naruszają norm zawartych w art. 29 ust. 2 i ust. 3 ustawy pzp. Dlatego też w ocenie Odwołującego opinia wydana przez radcę prawnego opiniującego przeprowadzenie postępowania nie uwzględnia specjalistycznego charakteru zamówienia a w konsekwencji neguje poprawnie przeprowadzone postępowanie i sporządzony zgodnie z obowiązującym stanem prawnym opis przedmiotu zamówienia. Na potwierdzenie nieuwzględnienia w sporządzonej opinii interpretacji stosowania art. 29 ust. 2 pzp wskazać można przykładowo na wyrok KIO z 4 grudnia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1602/09) w którym skład orzekający stwierdził, iż „Zakaz wynikający z art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie nakłada na Zamawiającego obowiązku dostępu do zamówienia przez wszystkich wykonawców działających w danym segmencie rynku. Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do określenia przedmiotu zamówienia w taki sposób, który zabezpiecza jego potrzeby. Nie chodzi tu tylko o rodzaj potrzeb, ale również konkretne wymagania co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych. Granicę swobody Zamawiającego w tym zakresie stanowi sformułowanie przez Zamawiającego takich wymogów, które mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję. Określenie wysokich, ale możliwych do spełnienia wymagań przedmiotu zamówienia, które pozostają w związku z samym zamówieniem i celem, jaki poprzez dane zamówienie zamierza osiągnąć Zamawiający nie niweczy realizacji zasady uczciwej konkurencji”.

Dodatkowo odnosząc się do ewentualnej argumentacji Zamawiającego, iż opis przedmiotu zamówienia mógł naruszać zasadę uczciwej konkurencji wskazać należy na przebieg procedury przetargu. Postępowanie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, prowadzone było w trybie podstawowym i pomimo formalnych możliwości żaden wykonawca nie zakwestionował zarówno warunków udziału w przetargu jak i opisu przedmiotu zamówienia. Ponadto wskazać należy, iż oferty w zakresie części II przetargu złożyło 3 wykonawców profesjonalnie zajmujących się realizacją dostaw systemów

Sygn. akt KIO 1733/10

objętych przedmiotowym zamówieniem. Postanowienia s.i.w.z. dla wykonawców „z branży” były zrozumiałe, jednoznaczne, precyzyjne i nie powodowały konieczności zadawania znacznej liczby dodatkowych pytań oraz jako nieograniczające konkurencji nie generowały konieczności składania odwołań na etapie poprzedzającym składanie ofert. Jako argument na potwierdzenie transparentności przetargu oraz nieograniczania konkurencji poprzez zapisy s.i.w.z. (w tym dotyczące opisu przedmiotu zamówienia) wskazać należy, iż oferty zostały złożone na różnym sprzęcie, różnych producentów a nie wyłącznie wskazanym przez Zamawiającego jako przykładowy w treści s.i.w.z.

Uwzględniając orzecznictwo KIO za prawidłową uznać można w szczególnych przypadkach sytuację, gdy ofertę może złożyć tylko jeden podmiot. Zatem przyjmując, że podstawą unieważnienia przetargu w oparciu o wydaną opinię było stwierdzenie, iż opis przedmiotu zamówienia ogranicza konkurencję, wskazać można na wyrok KIO z 5 sierpnia 2009r (sygn. akt: KIO/UZP 961/09), w którym stwierdzono, że „Jeżeli wymogi odnoszące się do przedmiotu zamówienia, stawiane przez Zamawiającego, są uzasadnione jego rzeczywistymi potrzebami, nie ma znaczenia, że ograniczony krąg dostawców (bądź nawet, w skrajnych przypadkach, tylko jeden dostawca) może zaoferować przedmiot zamówienia zgodny z opisem w SIWZ”.

19 sierpnia 2010 r. Zamawiający wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej oraz przekazał Odwołującemu odpowiedź na odwołanie – w której wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu swego stanowiska podał, iż w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania wskazał na przyczynę unieważnienia postępowania przetargowego powołując na konkluzję wynikającą z pisma Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego, które w oparciu o załączoną opinię radcy prawnego Ministerstwa Zbigniewa O., wskazało na istotne uchybienia, które według tejże opinii miały wpływ na wynik postępowania. W konsekwencji przedmiotowej opinii negatywnej, stwierdzono brak możliwości refundacji ze środków Mechanizmu Finansowego EOG wydatków, jakie wystąpiłyby po podpisaniu umowy z wyłonionym w postępowaniu Odwołującym.

Kwestie podstaw dla decyzji Zamawiającego o unieważnieniu przetargu w pierwszej kolejności podlegają regulacji przepisów obowiązującej ustawy pzp, zaś regulacje wiodące dla finansowania oraz prawa ingerencji w procedury przetargowe, wynikają *stricte* z treści zawartej umowy z Ministerstwem Kultury i Dziedzictwa Narodowego, które poprzez Departament Finansowy jest Instytucją nadzorującą i co najistotniejsze decydującą o przyznaniu refundacji środków, po dokonaniu weryfikacji procedur zamówieniowych. Nie wnikając zatem w meritum wydanej przez radcę prawnego opinii negatywnej, istotnym w sprawie jest fakt, iż Zamawiający w wyniku stwierdzonych uchybień utracił możliwość

Sygn. akt KIO 1733/10

finansowania zamówienia ze środków MF EOG, a Zamawiający nie ma prawa zawrzeć umowy, dopóki nie będzie miał w planie finansowym zabezpieczonych środków, zaś brak kwoty, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, stanowi podstawę unieważnienia postępowania. Takie stanowisko zajęła Regionalna Komisja Orzekająca w orzeczeniu z 28 lutego 2007 roku (sygn. akt F-511159/05), stwierdzając, iż brak środków finansowych stanowi uzasadnioną podstawę unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Orzeczenie wydane w sprawie naruszenia dyscypliny budżetowej musi być również wiążące dla Zamawiającego, jako ponoszącego odpowiedzialność za naruszenie przepisów ustawy budżetowej. Również w orzeczeniu Zespołu Arbitrów przy UZP (sygn. akt UZP ZO/0-866/06) stwierdza się, iż w momencie utraty zabezpieczenia środków na realizację zamówienia w trakcie prowadzonego postępowania jak i braku innych środków finansowych, zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp.

W ocenie Zamawiającego, kierującego się istniejącą praktyką orzeczniczą w tej mierze, wskazywaną w literaturze orzeczniczej tak dla prawa cywilnego, jak i stosowania prawa do ustawy Prawo zamówień publicznych, należy bezwzględnie trzymać się zasady, iż w przypadku braku środków po stronie zamawiającego, nie jest możliwe zawarcie ważnej umowy, w sytuacji gdy jedna ze stron umowy nie może spełnić świadczenia a druga strona została o tym poinformowana. Takie stanowisko uzasadnia treść art. 387 § 1 kc poprzez ustalenie, iż umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

Ugruntowane orzecznictwo wskazuje jednocześnie, iż stosownie do art. 97 ust. 1 ustawy pzp zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli obarczone jest uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów przy UZP z 15 października 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1212/07) przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp nie stanowi samodzielnej podstawy unieważnienia postępowania, albowiem przesłanki, kiedy umowa jest nieważna, zostały określone w art. 146 ust. 1 ustawy pzp. Zgodnie zaś z przesłanką opisaną w art. 146 ust. 1 pkt 6 pzp umowa jest nieważna, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miały wpływ na wynik postępowania.

Wskazując na powyższe, nie powinno budzić wątpliwości zachowanie Zamawiającego, który w wyniku stwierdzonych przez MKiDN uchybień skutkujących brakiem możliwości refundacji ze środków MF EOG wydatków, dokonał czynności unieważnienia postępowania. Podpisanie bowiem umowy z Odwołującym o świadczenie niemożliwe skutkuje jej nieważnością.

Sygn. akt KIO 1733/10

13 sierpnia 2010 r. Zamawiający wysłał do pozostałych wykonawców listem poleconym kopię odwołania wraz z wezwaniem ich do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Do dnia otwarcia rozprawy do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej żaden wykonawca nie zgłosił takiego przystąpienia.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, a zatem odwołanie podlegało rozpatrzeniu.

Po ustaleniu z urzędu, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz złożone ustnie w toku rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 28 maja 2010 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2010/S 102-155087, z tym że Zamawiający 26 maja 2010 r. przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie i na swojej stronie internetowej (www.teatr.jgora.pl), na której udostępnił również s.i.w.z.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy i wynosi 4.097.733,60 zł, co stanowi równowartość 1.067.396,09 euro.

Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną (na część II zamówienia), która zgodnie postanowieniami pkt. 5.6 s.i.w.z. stanowi jedyne kryterium oceny ofert.

7 lipca 2010 r. (pismem z tej daty) Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej w części II zamówienia – Technologia oświetlenia i elektroakustyki.

26 lipca 2010 r. do Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego – Departamentu Finansowego wpłynęła opinia prawna radcy prawnego Zbigniewa O. dotycząca

Sygn. akt KIO 1733/10

prawidłowości zrealizowanego postępowania przetargowego przeprowadzonego w ramach projektu PL0345 – Rozbudowa Teatru Zdrojowego w Jeleniej Górze – modernizacja Teatru Zdrojowego, dofinansowywanego ze środków Norweskiego Mechanizmu Finansowego/ Europejskiego Obszaru Gospodarczego, w której stwierdzono, po zweryfikowaniu dokumentów postępowania (w tym s.i.w.z. oraz złożonych ofert) pod kątem ich zgodności z wymaganiami wynikającymi z art. 7 ust. 2 umowy o dofinansowanie projektu oraz postanowieniami ustawy Prawo zamówień publicznych, iż wystąpiły w tym postępowaniu istotne uchybienia, których waga uzasadnia odmowę sfinansowania umowy ze środków Norweskiego MF/MF EOG. W uwagach szczegółowych opinii wskazano, iż w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia w części II prawie każdy element zamówienia został opisany przez wskazanie konkretnego produktu, a tak opisany sprzęt nie ma charakteru marginalnego lecz stanowi istotę przedmiotu zamówienia i w zdecydowanej większości przypadków brak jest zapisków o dopuszczeniu jakiegokolwiek równoważności, co stanowi jaskrawe naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 ustawy pzp oraz podstawowej zasady udzielania zamówień publicznych jaką jest zasada zachowania uczciwej konkurencji.

3 sierpnia 2010 r. (pismem z tej daty) Zamawiający za pośrednictwem faksu poinformował Odwołującego o unieważnieniu postępowania w części II zamówienia – Technologia oświetlenia i elektroakustyki, „z przyczyn określonych w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych”. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający podał, iż „zobligowany jest umową finansową do przedstawienia, przed podpisaniem umowy z wykonawcą, dokumentacji przetargowej w celu zaopiniowania przez radcę prawnego poprawności zrealizowania postępowania przetargowego przeprowadzonego w ramach projektu dofinansowanego ze środków Norweskiego Mechanizmu Finansowego Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Zamawiający otrzymał negatywną ocenę przeprowadzonego postępowania w wyniku naruszenia art. 29 ust. 2 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień Publicznych. W związku z powyższym postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Pismem z 11 sierpnia 2010 r. Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego Departament Finansów jako Instytucja pośrednicząca dla Priorytetu 3 „Ochrona Kulturowa Dziedzictwa Narodowego w tym transport publiczny i odnowa miast”, zawiadomiło Zamawiającego, iż „w opinii eksperta zewnętrznego – radcy prawnego weryfikującego nadesłane dokumenty, w przedmiotowym postępowaniu przetargowym wystąpiły istotne uchybienia, które miały wpływ na wynik postępowania (kserokopia opinii w załączeniu).

Sygn. akt KIO 1733/10

Konsekwencją w/w negatywnej opinii prawnej, jest brak możliwości refundacji ze środków Mechanizmu Finansowego EOG wydatków jakie wystąpiłyby po podpisaniu umowy z wyłonionym w/w postępowaniu wykonawcą”.

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 26 maja 2010 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, gdyż potwierdzenie zasadności zarzutów odwołania oznaczałoby, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, ponosząc jednocześnie szkodę. W ocenie Izby, Odwołujący legitymuje się tym interesem, gdyż złożył najkorzystniejszą ofertę pod względem ceny stanowiącej jedyne kryterium oceny ofert, która została wybrana przez Zamawiającego, zatem uwzględnienie odwołania otworzyłoby mu realną możliwość uzyskania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o jego udzielenie. Natomiast unieważnienie postępowania przez Zamawiającego naraża go na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś dowody z: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., protokołu postępowania, ofert złożonych na część II zamówienia, a także przywołanych w uzasadnieniu pism i dokumentów. Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz ustnie do protokołu.

Izba uznała natomiast, iż złożony na rozprawie przez Odwołującego na okoliczność spełnienia przez opis przedmiotu zamówienia sporządzonego przez Zamawiającego wymagań art. 29 ust 2 i 3 pzp Raport nie może wprost dowodzić tej tezy z tego powodu, iż został sporządzony przez pracownika naukowego Instytutu Telekomunikacji Teleinformatyki i Akustyki – Laboratorium Badawczego Akustyki Politechniki Wrocławskiej, gdyż z dokumentu tego nie wynika, iż dr Paweł D. jest również specjalistą w dziedzinie nauk prawnych.

Sygn. akt KIO 1733/10

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba uznała, iż odwołanie nie może zostać uwzględnione.

W ocenie Izby, nie potwierdził się zarzut, iż unieważnienie przez Zamawiającego postępowania z powołaniem się na przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp było bezpodstawne.

Wobec wprowadzenia nowelizacją z 2 grudnia 2009 r. zmian w przepisach dotyczących unieważniania umów w sprawie zamówienia publicznego, w pierwszej kolejności Izba rozważyła, czy w aktualnym stanie prawnym zamawiający jest uprawniony przy unieważnieniu postępowania do powoływania się na wady postępowania, które miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W drugiej kolejności Izba zważyła, czy w razie pozytywnej odpowiedzi na pierwsze pytanie, w przedmiotowym postępowaniu zamówieniowym doszło do naruszenia przepisów art. 29 ust. 2 i 3 ustawy pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania.

Z aktualnego brzmienia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp wynika, iż zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli postępowanie obarczone jest wadą, która, po pierwsze – jest niemożliwa do usunięcia, po drugie – uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. Wspomnieć w tym miejscu jedynie należy, iż wprowadzono zasadniczą zmianę polegającą na zmianie konstrukcji bezwzględnej nieważności umowy, potwierdzanej jedynie deklaratoryjnym orzeczeniem sądu, na konstrukcję nieważności względnej umowy, powstającej dopiero z chwilą wydania konstytutywnego orzeczenia sądu. Jednak dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy kluczowe znaczenie ma zmiana art. 146 ust. 1 pzp, który w poprzednim stanie prawnym w pkt. 5 i 6 określał przesłanki nieważności umowy o charakterze klauzul generalnych: gdy zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy (pkt. 5) albo w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania (pkt 5). W aktualnie obowiązującym brzmieniu art. 146 ust. 1 pzp w pkt. od 1 do 6 wskazano wyłącznie przyczyny wąsko i konkretnie sprecyzowane (bezpodstawne zastosowanie niektórych trybów; brak zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w odpowiednim publikatorze; zawarcie umowy lub umowy ramowej, z naruszeniem terminów standstill; konkretne nieprawidłowości w dynamicznym systemie zakupów), niepoddające się właściwie interpretacji, zwłaszcza rozszerzającej.

Mogłoby to prowadzić to wniosku, iż w aktualnym stanie prawnym zamawiający nie mogą unieważniać postępowania w przypadku stwierdzenia z własnej inicjatywy, czy też na skutek wskazania przez inne podmioty, nawet bardzo poważnych uchybień, nieobjętych

Sygn. akt KIO 1733/10

jednak dyspozycją żadnego z pkt. art. 146 ust. 1 pzp, niezależnie od tego czy mają charakter nieusuwalny i muszą prowadzić postępowanie zamówieniowe do końca, a następnie zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego, która będzie przecież ważna i skuteczna, przynajmniej do czasu stwierdzenia jej nieważności przez sąd. Jest to możliwe, gdyż aktualnie obowiązujący art. 146 pzp zawiera w ust. 6 nowy przepis o charakterze klauzuli generalnej dotyczący unieważniania umowy – przewidujący wyłączną kompetencję Prezesa UZP do wystąpienia 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. Poza ograniczeniem podmiotowym legitymacji czynnej do żądania unieważnienia umowy, zwraca uwagę szerszy przedmiotowo, niż dawnych przepisów art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 łącznie, zakres zastosowania nowego przepisu – aktualnie wystarczającym jest by wada postępowania mogła mieć, a nie tylko miała, wpływ na jego wynik.

Zatem możnaby wysnuć dalszy wniosek, że zamawiający zawierający umowy w sprawie zamówienia publicznego pomimo świadomości przeprowadzenia postępowania obarczonego tego typu wadami, skazani są na stan niepewności prawnej i oczekiwania na to, czy Prezes UZP wystąpi do sądu o stwierdzenie nieważności zawartej umowy. Stanowisko takie wydaje się trudne do zaakceptowania ze względów praktycznych – prowadziłoby do zawierania umów podlegających późniejszej eliminacji z obrotu prawnego, choć stwierdzenie okoliczności podlegania przez te umowy unieważnieniu było możliwe jeszcze przed ich zawarciem. Izba wyraża pogląd, iż zamawiający unieważniając postępowanie na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp uprawnieni są do brania pod uwagę nie tylko okoliczności skutkujących unieważnieniem zawartej umowy, określonych w art.146 ust. 1 pzp, ale mogą i powinni brać również pod uwagę podleganie unieważnieniu umowy z mocy przepisu art. 146 ust. 6 pzp. Zdaniem Izby przyznanie wyłącznej kompetencji Prezesowi UZP do wzruszania zawartych już umów, nie powinno ograniczać zamawiającym możliwości niedopuszczenia do ich zawarcia przez unieważnienie postępowania, w razie stwierdzenia, iż jest ono obarczone takimi poważnymi i nieusuwalnymi wadami, wykraczającymi jednak poza dyspozycję art. 146 ust. 1 pzp.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, w ocenie Izby nie ma wątpliwości, iż dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia z naruszeniem przepisów art. 29 ust. 2 i 3 pzp stanowi działanie z naruszeniem przepisów ustawy pzp, które co najmniej mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, to jest w szczególności na wybór oferty Odwołującego. Jednocześnie z uwagi na to, iż postępowanie nieodwracalnie wyszło już z fazy umożliwiającej zmianę postanowień s.i.w.z. – stwierdzona

Sygn. akt KIO 1733/10

wada ma charakter trwały i nieusuwalny, prowadzący do konieczności unieważnienia postępowania zamówieniowego.

Izba zważyła bowiem, iż przedmiotem tego zamówienia w części II jest dostawa i montaż wyposażenia technologicznego sceny i widowni Teatru Zdrojowego w Jeleniej Górze w zakresie „technologii oświetlenia i elektroakustyki”.

Ogólny opis przedmiotu zamówienia został zawarty w części I s.i.w.z – *Instrukcji dla wykonawców*, gdzie w pkt. 1.1 *Informacje przetargu*, Zamawiający określił, że część II zamówienia obejmuje wyposażenie technologiczne w zakresie stanowiska inspicjenta (pkt 1 części II – „Technologia inspicjenta”), oświetlenia (pkt 2 części II – „Technologia oświetlenia”) i elektroakustyki (pkt 3 części II – „Technologia elektroakustyki”). Ogólny opis wyposażenia stanowiska inspicjenta określa między innymi, że w jego zakres wchodzi panel interkomowy, tablice sygnalizacji świetlnej, sygnalizatory akcji, głośniki, dzwonki antraktowe, mikrofony, a także system do projekcji multimedialnych – można zatem uznać, że jest neutralny i obiektywny. Jednak już w ogólnym opisie technologii oświetlenia, obok określenia, że składają się na nią: konsola oświetleniowa z dwoma monitorami, kompletna szafa regulatorów oświetleniowych, rozdzielnica elektryczna oświetlenia – wskazano, że „należy dostarczyć i zamontować między innymi projektor profilowy (RJ 310 HPC, RJ 614 SX, PC RJ 310H, ETC S4 JR, RJ Cricket itp.), stroboskopy Atomic 3000, projektory ADB A56C, reflektory PC RJ 310H itp. (...), reflektor automatyczny typu SPOT (...), reflektor automatyczny typu Wash (...), maszyna do dymu typu ROBE Faze 1000 FT”. Wreszcie przy ogólnym opisie wyposażenia elektroakustycznego na wstępie wskazano, że składają się na nie „między innymi: miksery takie jak konsola typu Soundcraft VI 4, SOUND CRAFT GB2, w dalszej kolejności wskazując że obejmuje także: głośniki, kolumny, monitory, mikrofony, zestawy mikrofonowe, nadajniki-odbiorniki, słuchawki, odtwarzacze, końcówki mocy, procesory, korektory, wzmacniacze, dboxy, solitery, statywy, akcesoria itp. Na końcu ogólnego opisu przedmiotu zamówienia zawarto informację, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia przedstawiony został w części III i IV s.i.w.z.

Część III s.i.w.z. zawiera specyfikacje techniczne podzielone na wymagania ogólne i szczegółowe specyfikacje techniczne dla stanowiska inspicjenta, oświetlenia i elektroakustyki. W pkt. 1.3.6 wymagań ogólnych *de facto* przepisano opis z instrukcji dla wykonawców, ogólny opis powtórzono jeszcze raz w pkt. 1.5 wymagań ogólnych – tym razem pomijając niemal wszystkie symbole literowo-liczbowe. Natomiast w pkt. 1.6 wymagań ogólnych znajduje się istotna informacja, że „na potrzeby wykonania robót, w szczególności na potrzeby specyfikacji technicznej (w) zakresie technologii teatru, została opracowana dokumentacja robocza (rysunki i opis techniczny) załączona do Specyfikacji Technicznej jako część IV” (między innymi rysunki robocze Technologii inspicjenta z opisami

Sygn. akt KIO 1733/10

technicznymi, rysunki robocze Technologii oświetlenia z opisami technicznymi i rysunki robocze Technologii elektroakustyki z opisami technicznymi) oraz „wykonawca jest zobowiązany wykonywać wszystkie roboty ściśle według otrzymanej dokumentacji technicznej (rysunki robocze)”.

W szczegółowej specyfikacji technicznej (w skrócie „SST”) – w części pn. *Dostawa z montażem i okablowaniem*, szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla części II zawarto przede wszystkim w trzech odrębnych tabelach zawierających wyszczególnienie wszystkich elementów wyposażenia: „T.02.00 Technologia inspicjenta”, z podziałem na: „I. System inspicjenta” (wyposażenie wyszczególniono w pkt. oznaczonych od 1 do 9), „II. Zestaw do projekcji multimedialnych” (wyszczególniony w pkt. oznaczonych 1, 2, 3 i 9), „III. Prace pozostałe” (wyszczególniono je w pkt. oznaczonych od 1 do 3); „T.03.00 Technologia oświetlenia”, podzielona na: „I. System sterujący” (wyszczególniony w pkt. oznaczonych od 1 do 5), „II. Oprawy oświetlenia technologicznego” (wyszczególnione w pkt. oznaczonych od 6 do 39), „III. Wyposażenie sali prób” (wyszczególnione w pkt. oznaczonych od 40 do 51), „IV. Wyposażenie pozostałe” (wyszczególnione w pkt. oznaczonych od 45 do 51), „V. Prace pozostałe” (wyszczególniono je w pkt. oznaczonych od 52 do 54); „T.04.00 Technologia elektroakustyki”, podzielona na: „I. Miksery (wyszczególnione w pkt. oznaczonych od 1 do 3), „II. Głośniki, kolumny, monitory, statywy, akcesoria” (wyszczególnione w pkt. oznaczonych od 4 do 15), „III. Mikrofony, zestawy mikrofonowe, nadajniki odbiorniki, akcesoria mikrofonowe, statywy, kable mikrofonowe” (wyszczególnione w pkt. oznaczonych od 16 do 42), „IV. Odtwarzacze” (wyszczególnione w pkt. oznaczonych od 43 do 45), „V. Słuchawki” (wyszczególnione w pkt. oznaczonych od 46 do 47), „VI. Końcówki mocy” (wyszczególnione w pkt. oznaczonych od 48 do 50), „VII. Procesory, korektory, wzmacniacze, dboxy, solitery” (wyszczególnione w pkt. oznaczonych od 51 do 57), „VIII. Inne (laptopy, przyrządy pomiarowe, itd.)” (wyszczególnione w pkt. oznaczonych od 58 do 63).

Tabele SST zawierają bardzo dużo oznaczeń literowo-liczbowych, w szczególności druga i trzecia tabela – niemal w każdej pozycji, przy czym zaledwie w dwóch przypadkach (T.02.00 pkt. I.7, I.8), określono wyposażenie przez określenie pewnych parametrów technicznych, któremu towarzyszy dopisek „sugerowany model” (np. w pierwszym z wymienionych pkt. „2 kolumny min. 200W odsłuchowe, sugerowany model JBL”), w jednym przypadku (T.02.00 pkt II.1) zaś wskazano pewne parametry techniczne, po których pada określenie „nie gorszy niż” i wskazanie oznaczenia literowo-liczbowego i marki producenta („Rzutnik multimedialny do zamontowania w windzie. Jasność 5000 ANSI, rozdzielczość 1024 x768 (XGA), żywotność lampy 2500h, nie gorszy niż PLC-XT35L SANYO”). Zdecydowanie dominuje jednak sposób określenia przedmiotu zamówienia polegający na podaniu mniej lub bardziej dokładnego oznaczenia literowo-liczbowego (czasem z

Sygn. akt KIO 1733/10

określeniem jakichś parametrów technicznych), któremu nie towarzyszy żaden dopisek wskazujący na jego przykładowy charakter, np. w T.02.00: pkt II.3 „Mikser wizyjny DATA VIDEO SE-500 z monitorami DATA VIDEO TLM-702 z konwertorem KRAMER VP-501 XL. Kamera SONY HDR-FX 1000E. Mikser wizyjny umiejscowiony w kabinie akustyka umożliwiający miksowanie i przesyłanie obrazu z dwóch źródeł”, w T.03.00: pkt I.1 „Konsoleta oświetleniowa (MA grandMA2 light nr art. 120112) z dwoma monitorami LCD 17 cali i oprzyrządowaniem, dwiema lampami oświetlającymi konsolę, wraz ze stołem i montażem na stanowisku elektryka. Odbiornik współpracujący z konsoletą przez USB. Sterownie bezprzewodowe radiowe. Kompletnie okablowanie i wyposażenie”, pkt. II.6 „Producent Robert Juliat. Projektor profilowy RJ 310 HPC oparty na żarówce 1000/1200W GX 9,5 w komplecie z żarówką, uniwersalnym uchwytem do gobo, przesłoną irysową oraz uchwyt do wieszania, hak montażowy, linka zabezpieczająca. Dwa komplety dostarczyć w odpowiednich skrzyniach typu cas”, pkt. II.18 CLAY PAKY „Reflektor automatyczny Alfa Wash HALO 1200 – zmieniacz kolorów na lampie halogenowej 1200W, z lampą wyładowczą 1200W. Uchwyt Aliscaf. Hak montażowy. Linka zabezpieczająca”, pkt III.36 „Projektor profilowy ETC S4 11-26 oparty na żarówce 1200W GX 9,5 w komplecie z żarówką, uniwersalnym uchwytem do gobo, przesłoną irysową oraz uchwyt do wieszania, hak montażowy, linka zabezpieczająca”, pkt. III.40 „Projektor ADB A56C z soczewką płasko-wypukłą pryzmatyczną 650W, skrzydełkami, żarówką, hakiem montażowym, linką zabezpieczającą. Osiem kompletów dostarczyć w odpowiednich skrzyniach typu cas”, pkt. IV.45 „ROBE Faze 1000FT.ROBE Faze 1500 FT. Maszyna do dymu o mocy 1000W z wbudowanym wentylatorem. Płyn Regular 51”, w T.04.00: pkt I.1 „Konsoleta Soundcraft VI 4 Maksymalna ilość kanałów miksera pracujących równocześnie: 72 / 48 wejść mono zależne od zamówionej konfiguracji systemu, 35 szyn wyjściowych, pary wejść mono mogą być wzajemnie połączone w celu stworzenia kanałów stereo. Wejścia w racku lokalnym (Local Rack inputs), 16 analogowych wejść liniowych, 3 analogowe wejścia mikrofonowe/liniowe, 1 wejście mikrofonu Talkback (montowany na panelu przednim – 2 równoległe gniazda przednie/tylne), 8 par wejść AES/EBU (=16 kanałów), 64-kanały wejść MADI za pośrednictwem złącz optycznych SC”, pkt. II.4 „JBL VRX 928LA (kolumny frontowe widowni i balkonu). 2-drożny kompaktowy system liniowy, max SPL:122 dB, 400/1600W/8 omów, pasmo: 87HZ-19kHz, 8” Differential Drive + 2 x 1” ciśnieniowy driver, 2 gniazda do statywu, wykończenie obudowy DuraFlex, kąt pokrycia:100 stopni poz x 15 stopni pion, współpraca z subwooferem VRX915S, zasilanie biamp lub pasywne, stojący na statywie/sztycy lub podwieszany. Sześć kompletów dostarczyć w odpowiednich skrzyniach typu cas”, pkt. IV.44 „TASCAM DV-D01U. Odtwarzacz DVD w obudowie rack, obsługuje formaty: DVD cideo, DVD audio, VCD, SVCD, CD-DA, kompatybilny z formatami plików audio: MP3, WMA, WAV,

Sygn. akt KIO 1733/10

grafika JPG, video: ASF, MPEG-2/MPEG1, DivX”, pkt. VI.49 „ CROWN XTi 4000 (dla JBL VRX 928LA). Dwukanałowy, wyposażony w cyfrowy procesor DSP (limiter, zwrotnica sygnału, linia opóźniająca, filtry, korekcja), wyświetlacz LCD, pasmo przenoszenia 20Hz-20kHz, dynamika 105 dB, moc: 2x1600W/2 omy, 2x1200W/4omy, 2x650W/8omów, 3200W/4omy/mono, 2400W/8omów/mono, mocowanie do racka, waga 8.4 kg, protokół komunikacyjny HiQnet, zasilacz impulsowy, wysokość 2U (zasilanie VRX928LA). W obudowie krosowniczej. Trzy komplety dostarczyć w odpowiednich skrzyniach typu cas”, pkt. VIII.58 „Lenovo ThinkPad W500 [4061W4G]+ RME Fireface 800. Laptop+karta dźwiękowa zewnętrzna+oprogramowanie Samplitude 10”.

Pełne wyjaśnienie oznaczeń symboli literowo-słownych urządzeń wskazanych w specyfikacji technicznej, dla których nie wszędzie w oczywisty sposób podano markę producenta, odnaleźć można w trzech w dokumentach składających się na część IV s.i.w.z., zatytułowanych „Rysunki robocze (..)”, w których można poznać nazwy producentów tych urządzeń, między innymi, iż „Konsoleta oświetleniowa – nie gorsza niż grandMA2 light” jest produkcji firmy „MA Lighting International” a także poznać obszerniej przedstawione parametry techniczne wskazanych w specyfikacji technicznej urządzeń.

Tabele z SST zostały w niezmienione postaci przeniesione również do *Formularza nr 6 Wykaz cen ryczałtowych CZĘŚĆ II - Technologia oświetlenia i elektroakustyki*, stanowiącego załącznik do instrukcji dla wykonawców, przygotowany w celu wpisania cen jednostkowych netto, wartości brutto dla każdej pozycji wyposażenia, aż do łącznej wartości netto i brutto dla całej części. Jediną dostrzegalną różnicą jest zamieszczenie pod każdą z tabel tego formularza cenowego dopisku w następującym brzmieniu: „Przy doborze urządzeń mechaniki sceny korzystano z katalogu cen i produktów producentów. Podane symbole określają standard i należy traktować je jako równoważne lecz nie gorsze niż podane”. Dopisek ten ma swoje źródło w SST dla części I zamówienia nazwanej „Technologia mechaniki sceny”.

Zdaniem Izby, opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najważniejszych elementów przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mającym zasadnicze znaczenie dla osiągnięcia celu tego postępowania – zawarcia ważnej umowy w sprawie jego wykonania. Aby było to możliwe Zamawiający musi nie tylko opisać przedmiot zamówienia w s.i.w.z. w sposób jasny, zrozumiały i wyczerpujący, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości jaki produkt mogą zaoferować (przepis art. 29 ust. 1 pzp), ale jednocześnie ten sposób opisu nie może utrudniać uczciwej konkurencji, jak również, co do zasady, nie może polegać na wskazaniu znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (przepisy art. 29 ust. 2 i 3 pzp). Zważając na przywołane przepisy, Izba stwierdziła, iż dokonany przez Zamawiającego w

Sygn. akt KIO 1733/10

przedmiotowym postępowaniu w sposób przedstawiony powyżej opis przedmiotu zamówienia narusza dyspozycję przepisów art. 29 ust. 2 i 3 pzp.

Co prawda przepis art. 29 ust. 3 pzp *in fine* dopuszcza opis przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, jednak wyłącznie na zasadzie wyjątku, przy łącznym spełnieniu dwóch przesłanek i dopełnieniu obowiązku wynikającego tego przepisu: po pierwsze – musi to być uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, po drugie – zamawiający nie można opisać tego specyficznego przedmiotu zamówienia za pomocą innych dostatecznie dokładnych określeń, po trzecie – zamawiający ma obowiązek zamieścić po takim wskazaniu wyrazy „lub równoważny”.

Po pierwsze zatem, Odwołujący nie wykazał, iż wyposażenie technologiczne sceny i widowni teatru stanowi tak specyficzny przedmiot zamówienia, iż nie może zostać opisany przez podanie wymaganych parametrów technicznych składających się na nie urządzeń, zamiast podania nazw i typów konkretnych urządzeń określonego producenta. W szczególności fakt, iż wymienione w specyfikacji technicznej urządzenia należą do segmentu rynku profesjonalnego, stanowią tzw. „górną półkę”, nie oznacza, iż nie posiadają pewnych określonych parametrów technicznych, właściwych wyłącznie dla urządzeń tej klasy, ale pochodzących od różnych producentów.

Po drugie, nie ma znaczenia, iż taki sposób opisu przedmiotu zamówienia byłby dla Zamawiającego trudniejszy, wymagał większego nakładu pracy, czy zapewnienia przy jego tworzeniu udziału nie tylko specjalistów technicznych, ale i specjalistów od zamówień publicznych – gdyż liczy się zobiektywizowana niemożność dokonania takiego opisu, a nie przeszkody dotyczące wiedzy, umiejętności czy kwalifikacji osób działających w imieniu konkretnego zamawiającego.

Wreszcie, po trzecie, nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że przesłanki te były spełnione w niniejszym postępowaniu, to Zamawiający nie uczynił zadość obligatoryjnemu wymogowi zamieszczenia po wskazaniu nazw i oznaczeń konkretnych urządzeń dopisku „lub równoważne”, co wyraźnie i jednoznacznie wskazywałoby, że mają one jedynie charakter przykładowy. Z pewnością nie stanowi dopełnienie tego obowiązku, ani sporadyczne użycie w specyfikacji technicznej sformułowań: „nie gorsze niż” czy „sugerowany model”, ani zamieszczona w formularzu ofertowym na samym końcu tabel formułka, iż „przy doborze urządzeń mechaniki sceny korzystano z katalogu cen i produktów producentów. Podane symbole określają standard i należy traktować je jako równoważne lecz nie gorsze niż podane”. Wobec skali użycia w opisie przedmiotu zamówienia nazw i symboli konkretnych urządzeń, które użyte są w zdecydowanej większości z ponad stu punktów tabel specyfikacji technicznej części II – zaledwie kilkakrotne użycie sformułowań wskazujący na ich przykładowy charakter może prowadzić wręcz do wniosku, że w

pozostałych przypadkach mają one charakter wiążący. Ponadto *de lege lata* ustawa nie dopuszcza użycia innych sformułowań równoznacznych, lecz tylko i wyłącznie sformułowania „lub równoważne”, co zapewnia jednoznaczną identyfikację, iż mamy do czynienia z opisem dokonany przez wskazanie przykładowych urządzeń. Z kolei sformułowania zamieszczone pod tabelami w formularzu oferty, nie tylko nie zostały zamieszczone w specyfikacji technicznej, nie mówiąc już o braku takiego generalnego wskazania w instrukcji dla wykonawców, lecz są w istocie bez znaczenia. Z pierwszego zdania wprost wynika, że cała formułka dotyczy w istocie części I zamówienia – technologii mechaniki sceny, co znajduje potwierdzenie w tabeli specyfikacji technicznej dla tej części. Natomiast następne zdanie jest sformułowane w taki sposób, że jest zupełnie niezrozumiałe – nie wiadomo do czego równoważne są podane symbole określające standard, które mają być jednocześnie nie gorsze niż te podane symbole. Właśnie dla uniknięcia takich nieporozumień ustawodawca wskazuje w przepisie art. 29 ust. 3 *in fine*, iż należy użyć wyłącznie prostego i jasnego sformułowania „lub równoważne”.

W ocenie Izby, dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia mógł utrudniać uczciwą konkurencję, gdyż posługując się niemal na każdym kroku nazwami konkretnych urządzeń określonych producentów, Zamawiający nie sprecyzował w sposób prawidłowy zakresu minimalnych parametrów, które mają spełnić urządzenia innych producentów by mogły zostać uznane za równoważne. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem oraz stanowiskiem doktryny, takie „parametry równoważności” powinny być na tyle precyzyjne, przejrzyste i zrozumiałe, by, z jednej strony, zamawiający dokonujący oceny ofert mógł jednoznacznie przesądzić kwestię równoważności zaproponowanych produktów, z drugiej zaś strony, aby wykonawcy przystępujący do postępowania mieli pełną jasność co do oczekiwań zamawiającego w zakresie właściwości i istotnych cech charakteryzujących przedmiot zamówienia. Natomiast zaniechanie podania minimalnych wymagań w zakresie sposobu oceny równoważności produktów, przy jednoczesnym wskazaniu konkretnego produktu, stanowi nie tylko naruszenie dyspozycji przepisu art. 29 ust. 3 pzp, ale również może utrudniać uczciwą konkurencję, zniechęcając do udziału w postępowaniu wykonawców mogących zaoferować inne produkty tej samej klasy, jak wskazane jako referencyjne w s.i.w.z. Wbrew stanowisku Odwołującego, taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu, gdyż pomimo złożenia trzech ofert, wszyscy trzej konkurujący ze sobą wykonawcy zaoferowali urządzenia wskazane przez Zamawiającego w danym pkt. tabel specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia. Wskazane przez Odwołującego różnice pomiędzy urządzeniami wskazanymi przez Zamawiającego w pkt. III.36-39 technologii oświetlenia (projektor profilowy ETC S4 11-26, projektor profilowy ETC S4 16-35, projektor ADB A56C) a zaoferowanymi przez Odwołującego i wykonawcę LTT sp.

Sygn. akt KIO 1733/10

z o.o. z Warszawy (projektor profilowy ETC S4 15-30, projektor profilowy ETC S4 25-50), okazują się być pozornym dowodem na konkurencyjność postępowania – są to przecież, jak sam przyznał Odwołujący na rozprawie, urządzenia tego samego producenta. Natomiast jest to również dowód na to, iż Zamawiający nie określił parametrów równoważności urządzeń – niezrozumiałe jest bowiem z jakich postanowień s.i.w.z. wynika możliwość uznania, iż zaoferowane przez tych wykonawców w tych pkt. projektory „oparte na żarówce 750W” są równoważne dla wskazanych przez Zamawiającego projektorów „opartych na żarówce 1200W GX9,5”.

Okazuje się bowiem, iż nawet w przypadku urządzeń, przy których obok nazwy i typu podano szereg parametrów technicznych, nie są to parametry oceny równoważności, lecz po prostu charakterystyka techniczna tych konkretnych urządzeń. Dowodzi tego również złożony na rozprawie przez Odwołującego raport, gdyż w przypadku dwóch z trzech poddanych analizie urządzeń z opisu Zamawiającego dla technologii elektroakustyki (pkt. I.1 konsola Soundcraft VI 4, pkt. II.4 głośniki JBL VRX 928LA, pkt. VI.49 CROWN XTi), zaproponowane w tym raporcie urządzenia równoważne mają niektóre parametry w oczywisty sposób niezgodne z podanymi w specyfikacji technicznej. Głośniki D&B T10 mają parametr max SPL wynoszący 127 dB oraz pasmo przenoszenia 68 Hz - 18 kHz, podczas gdy Zamawiający określił te parametry odpowiednio na 122 dB i 87 Hz -19 kHz, natomiast wzmacniacz mocy D&B D6 ma pasmo przenoszenia 28 Hz – 24 kHz i protokół komunikacyjny CAN-Bus, podczas gdy Zamawiający wskazał pasmo przenoszenia 20 Hz – 20 kHz i protokół HiQnet. W pkt. VI raportu znajduje się co prawda wyjaśnienie dlaczego pomimo niezgodności tych parametrów, zaproponowane urządzenia są „nie gorsze” od wskazanych w specyfikacji technicznej – jednak fakt, że wykazanie możliwości zaoferowania urządzeń innych producentów niż wskazani w dokumentacji przetargowej wymagało opinii specjalistycznego laboratorium, zamiast być z góry przesądzone przez Zamawiającego, wskazuje właśnie na nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia. Konkluzja raportu brzmi „wyszukiwanie produktów zamiennych o parametrach nie gorszych niż określone w SIWZ było możliwe”, natomiast w zamówieniach publicznych wymagane jest by nie było w żaden sposób utrudnione.

Izba uznała zatem, że w istocie Zamawiający nie podał w s.i.w.z kryteriów równoważności produktów, skoro ustalenie równoważności było możliwe dopiero po złożeniu ofert i wymagało wystąpienia do laboratorium uczelni technicznej w celu ustalenia jakie urządzenia mogą być uznane za równoważne opisanym w specyfikacji technicznej. Działanie takie przeczy nie tylko dyspozycji art. 29 ust. 3 ustawy pzp, ale godzi także w podstawową zasadę systemu zamówień publicznych, jaką jest przejrzystość postępowania. Taki sposób postępowania pozostawiał Zamawiającemu niemal nieograniczoną uznaniowość co do

Sygn. akt KIO 1733/10

zakwalifikowania innego niż wskazane w s.i.w.z. urządzenia jako spełniającego jego oczekiwania. Spowodowało to, że wykonawcy zamierzający zaoferować urządzenia równoważne, z jednej strony nie mogli mieć żadnej pewności czy zostaną one uznane przez Zamawiającego za zgodne z s.i.w.z., z drugiej strony naraziło Zamawiającego na ryzyko otrzymania urządzeń w istocie nierównoważnych wskazanym w s.i.w.z. Tymczasem Zamawiający powinien wręcz stworzyć zamknięty katalog kryteriów oceny równoważności i podać go w s.i.w.z., by wykluczyć w tym zakresie jakąkolwiek uznaniowość.

Przywołane przez Odwołującego w odwołaniu i powtórzone na rozprawie tezy z uzasadnień wyroków Krajowej Izby Odwoławczej nie mogą dotyczyć przedmiotowej sprawy, gdyż, po pierwsze, zapadły w odmiennych stanach faktycznych, po drugie, w przedmiotowym postępowaniu sposób opisu przedmiotu zamówienia wynikał z braku umiejętności dokonania tego w sposób zgodny z przepisami art. 29 ust. 2 i 3 pzp, a nie z faktu konieczności uwzględnienia zobiektywizowanych i uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, powodujących konieczność ograniczenia konkurencji. Odwołujący sam przecież dowodził, powołując się na złożony w toku rozprawy raport, iż na rynku istnieją równie dobre jak wyszczególnione w s.i.w.z. urządzenia innych producentów – nie było zatem konieczności ograniczania konkurencji wyłącznie do podmiotów oferujących urządzenia referencyjne wskazane w specyfikacji technicznej przez Zamawiającego, co miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu zamówieniowym.

Pomimo niemożliwości uwzględnienia odwołania, stwierdzić należy, iż to Zamawiający ponosi pełną odpowiedzialność za powstanie nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia prowadzących do konieczności unieważnienia prowadzonego postępowania, a także za inne błędy popełnione przy prowadzeniu postępowania, których można było uniknąć, nie dając Odwołującemu powodu do wnoszenia odwołania.

Po pierwsze, Zamawiający powołując się w zawiadomieniu z 3 sierpnia 2010 r. na przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp, który zawiera klauzulę generalną wystąpienia w postępowaniu niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego – nie wskazał należycie podstawy faktycznej odpowiadającej dyspozycji tego przepisu. W zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania Zamawiający powołał się jedynie na to, iż w opinii radcy prawnego nieuczestniczącego bezpośrednio w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w jego toku doszło do naruszenia przepisów art. 29 ust. 2 i 3 pzp. Z treści uzasadnienia można wysnuć błędny wniosek, iż tą nieusuwalną wadą postępowania jest negatywna ocena prowadzonego postępowania dokonana przez Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa

Sygn. akt KIO 1733/10

Narodowego jako instytucję pośredniczącą przyznającą środki z Mechanizmu Finansowego EOG, a nie nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia.

Następnie, w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający *de facto* powołuje się na brak środków finansowych spowodowany odmową finansowania zamówienia ze środków pomocowych, jako przyczynę unieważnienia postępowania – wskazując na przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp. Tymczasem z przepisu tego, zmienionego w wyniku nowelizacji ustawy pzp z 2 grudnia 2009 r., wynika, iż Zamawiający byłby uprawniony do unieważnienia postępowania w przypadku, gdyby oferta z najniższą ceną (oferta Odwołującego) przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na finansowanie zamówienia, to jest kwotę, którą podał bezpośrednio przed otwarciem ofert, zgodnie z przepisem art. 86 ust. 3. Z dokumentacji postępowania wynika jednak, iż cena oferty Odwołującego jest niższa od tej kwoty. Natomiast ustawa pzp wyjątkowo przewiduje we wprowadzonym tą nowelizacją przepisie art. 93 ust. 1a pzp możliwość unieważnienia postępowania również po otwarciu ofert z powodu utraty środków finansowych na sfinansowanie lub współfinansowanie zamówienia pochodzących ze środków unijnych lub bezzwrotnej pomocy państw EFTA. Jednak dla skorzystania z tej podstawy unieważnienia konieczne jest przewidzenie możliwości unieważnienia postępowania na tej podstawie w dokumencie wszczynającym postępowanie. Zamawiający nie zawarł w ogłoszeniu o zamówieniu takiego postanowienia, zatem pozbawił się możliwości unieważnienia postępowania z powodu odmowy przyznania pomocowych środków finansowych z mechanizmu finansowego EOG (należącego do obszaru EFTA). Natomiast jako oczywiście błędne należy uznać rozumowanie Zamawiającego wiążące następczy brak środków finansowych z przepisem art. 387 § 1 kc i twierdzenie że w razie zawarcia umowy z Odwołującym doszłoby do zawarcia umowy o świadczenie niemożliwe.

Po trzecie, dopiero w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający dostrzegł konieczność wskazania powiązania pomiędzy przepisem art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp, który nie stanowi samodzielnej podstawy unieważnienia postępowania, a wskazanymi w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania przepisami art. 29 ust. 2 i 3 pzp, gdyż przesłanki określające kiedy umowa podlega unieważnieniu zostały określone w art. 146. Wskazał jednak na przepis art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp w brzmieniu już nieobowiązującym, zgodnie z którym umowa była nieważna, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy pzp, które miało wpływ na wynik tego postępowania. W aktualnym dla postępowania stanie prawnym przepis ten w ogóle nie może mieć zastosowania gdyż dotyczy podstaw unieważnienia umowy zawartej w wyniku zapytania o cenę. Zamawiający nie był jednak w stanie nawet na rozprawie potwierdzić domniemania Izby, iż chodziło mu o przepis art. 146 ust. 6 pzp w aktualnym brzmieniu ustawy.

Wreszcie, po czwarte, na rozprawie Zamawiający, choć do końca wnosił o oddalenie odwołania, to jednocześnie cały czas twierdził, iż dokonał opisu przedmiotu zamówienia w s.i.w.z. znając i respektując przepisy art. 29 ust. 2 i 3 pzp. Natomiast konieczność i zasadność unieważnienia postępowania wynika natomiast z negatywnej opinii instytucji przyznającej dofinansowanie, od której Zamawiający się dystansuje, ale którą zmuszony jest uznać, przyznając, że w toku postępowania doszło do „uchybień formalnych”.

Jest to postępowanie naganne, gdyż Zamawiający nie musiał, a w sytuacji w której nie przewidział możliwości unieważnienia postępowania z powodu odmowy przyznania środków pomocowych – nie powinien w ogóle powoływać się na opinię innych podmiotów jako uzasadnienie podjętej przez siebie decyzji o unieważnieniu postępowania. Działając w ten sposób i poniekąd zajmując dwa sprzeczne ze sobą stanowiska oraz zasłaniając się cudzym autorytetem przy podejmowaniu trudnych decyzji, Zamawiający naraża na szwank zaufanie do siebie jako wiarygodnego i sumiennego organizatora postępowania.

Powyżej opisane nieprawidłowości nie miały jednak wpływu na to, iż decyzja o unieważnieniu postępowania była w okolicznościach sprawy zasadna merytorycznie, a niezadowolonemu z unieważnienia postępowania Odwołującemu przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w nim, w szczególności kosztów sporządzenia oferty. Nie można jednak wykluczyć zaliczenia w poczet tych uzasadnionych kosztów, np. kosztów dojazdu do siedziby Zamawiającego na otwarcie ofert, czy też kosztów zastępstwa prawnego przed Izłą w sprawie odwołania w niniejszej sprawie. Odwołujący składając takie powództwo do sądu powszechnego będzie musiał wykazać, że unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne zostało dokonane z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, co w niniejszym stanie faktycznym bezsprzecznie miało miejsce i jest niepodważalne.

Mając powyższe na uwadze, wobec niepotwierdzenia się zarzutu podniesionego w odwołaniu, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz zgodnie z przepisem § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....