

**WYROK**

**z dnia 22 września 2017 r.**

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

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie **21 września 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **11 września 2017 r.** przez wykonawcę: **I. E. G.z siedzibą w D.** w postępowaniu pn. *Dostawa akceleratora śródoperacyjnego* (nr postępowania EO/ZRIW 2722/XLI/17) prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr (...) w L.**

przy udziale wykonawcy: **T. sp. z o.o. z siedzibą w W.** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Samodzielnemu Publicznemu Szpitalowi Klinicznemu nr 1 w L. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 w L. i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego I. E. G.z siedzibą w D.** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od zamawiającego Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 1 w L. na rzecz odwołującego I. E. G.z siedzibą w D. kwotę 18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień

**Sygn. akt KIO 1893/17**

publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w L..**

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 w L. prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Dostawa akceleratora śródoperacyjnego* (nr postępowania(...)).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2017/S\_123 pod poz. 248968 30 czerwca 2017 r., tego samego dnia Zamawiający zamieścił ogłoszenie na swojej stronie internetowej, na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp

31 sierpnia 2017 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej informację o unieważnieniu prowadzonego postępowania.

11 września 2017 r. Odwołujący I. E. G.z siedzibą w D. wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 7 ust. 1, tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
2. Art. 93 ust. 1 pkt 7 – przez bezprawne unieważnienie postępowania, a tym samym niewybranie oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że możliwe było dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz podpisanie ważnej i niepodlegającej unieważnieniu umowy.
3. Art. 93 ust 3 – przez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.
2. Dokonania ponownej oceny ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ.
3. Rozstrzygnięcia postępowania oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący zrelacjonował, że według zawiadomienia dotyczącego wyniku postępowania postępowanie unieważniono jako obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą Zamawiający w formularzu oferty – formularzu cenowym pkt 4 określił „Czas reakcji na zgłoszenie awarii w okresie gwarancji – maksymalny czas podjęcia działań zmierzających do usunięcia awarii (max. 24 h) (dotyczy wysokoenergetyczny akcelerator liniowy, system planowania leczenia oraz weryfikacji i zarządzania, w dni robocze od momentu zgłoszenia reklamacji na piśmie) h, natomiast w załączniku nr 1A formularz oferty – opis przedmiotu zamówienia w pkt 59 określił to samo wymaganie w terminie maksymalnie 48 godzin. Powyższe stworzyło możliwość złożenia ofert z zaoferowanym różnym czasem reakcji na zgłoszenie awarii.* Ze względu na powyższe Zamawiający uznał, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Zamawiający podał lub opisał treść następujących postanowień specyfikacji:

Rozdział III ust. 1 i 2 SIWZ: *Przedmiot zamówienia stanowi dostawa akceleratora śródoperacyjnego (mobilnego) dla Zakładu Radioterapii przy ul (...) w L. w ramach – Programu Wieloletniego na lata 2016-2022 „Przebudowa i rozbudowa Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 1 Uniwersytetu Medycznego w L.. Szczegółowy opis przedmiotu objętego zamówieniem, jego rodzaj, gabaryty, charakterystyka, parametry techniczne i in. niezbędne – zawiera Załącznik Nr 1 A „Formularz oferty – Opis Przedmiotu Zamówienia”.*

Szczegółowe wymagania co do sposobu wypełnienia ww. załącznika Zamawiający zawarł w ust. 4-6, a następnie w ust. 7 i 8 SIWZ.

Rozdział XI ust. 1 SIWZ: *Oferta winna być sporządzona w formie pisemnej na „Formularzu oferty – Formularzu cenowym” (Załącznik Nr 1 do SIWZ) oraz „Formularzu oferty – Opis Przedmiotu Zamówienia” (Załącznik nr 1A do SIWZ).*

W ust. 15 i 16 tego Rozdziału, Zamawiający stwierdził także, że: *Oferta musi zawierać prawidłowo wypełniony załącznik Nr 1 oraz 1A do SIWZ. UWAGA: Wykonawca może wykorzystać załączone do SIWZ druki przygotowane przez Zamawiającego (formularz oferty oraz inne Załączniki). W przypadku przygotowania oferty lub złożenia oświadczeń na własnych formularzach muszą one bezwzględnie zawierać wszystkie rubryki i treść, zamieszczone w załączonych do SIWZ wzorach. Oferty Wykonawców, którzy dołączą do oferty załączniki o innej treści niż określona w SIWZ zostaną odrzucone.*

W „Załączniku Nr 1 do SIWZ – Formularz oferty – Formularz cenowy” dla zadania 1.

w ust. 4. Zamawiający sformułował wymaganie: *Czas reakcji na zgłoszenie awarii w okresie gwarancji – maksymalny czas podjęcia działań zmierzających do usunięcia awarii (max. 24 h) (dotyczy wysokoenergetyczny akcelerator liniowy, system planowania leczenia oraz weryfikacji i zarządzania, w dni robocze od momentu zgłoszenia reklamacji na piśmie) ..... h ,max 48h – dotyczy pozostałego sprzętu. Czas wykonania napraw i usterek (max. 7 dni roboczych) ..... dni roboczych, w przypadku konieczności importu części zamiennych lub podzespołów (max. 7 dni roboczych) ..... dni roboczych.*

Odwołujący zaznaczył, że pomimo ustalenia takiej treści formularza oferty, w aktualnie prowadzonym postępowaniu nie było podziału na zadania (por. rozdział III ust. 3 SIWZ). Natomiast taki podział zastosowano w unieważnionym uprzednio prowadzonym postępowaniu, w którym przewidziano 4 zadania, w tym zadanie nr 4 obejmujące dostawę akceleratorów śródoperacyjnych mobilnych (oferowanych przez Odwołującego), jak i zadanie nr 1 dotyczące dostawy akceleratorów linearnych (liniowych – będących innym sprzętem, którego Odwołujący nie oferuje), przy czym Zamawiający dopuszczał oferty częściowe na poszczególne zadania. Postępowanie to prowadzono w grudniu 2016 (pod nr(...)) {dalej również: „postępowanie LVI/16”} i unieważniono z powołaniem na art. 93 ust. 1 pkt 6 pzp z uwagi na nieotrzymanie przez Zamawiającego pełnej kwoty środków finansowych,

W formularzu cenowym, a także załączniku nr 1 do SIWZ dla zadania 1., wpisano jako przedmiot zamówienia:

- *Terapeutyczny wysokoenergetyczny akcelerator liniowy*
- *Zestaw dozometryczny*
- *Komputerowe systemy do planowania radioterapii, zarządzania akceleratorami i weryfikowania skuteczności zabiegów*

W ust. 5 zd. 1 tegoż formularza cenowego wpisano natomiast: *Czas reakcji na zgłoszenie awarii w okresie gwarancji – maksymalny czas podjęcia działań zmierzających do usunięcia awarii (max. 24 h) (dotyczy wysokoenergetyczny akcelerator liniowy, system planowania leczenia oraz weryfikacji i zarządzania, diagnostyczny tomograf komputerowy, mammograf w dni robocze od momentu zgłoszenia reklamacji na piśmie) ..... h, max 48h – dotyczy pozostałego sprzętu*

Natomiast w formularzu cenowym w załączniku nr 4 dla zadania 4. wpisano jako przedmiot zamówienia:

- *Akcelerator śródoperacyjny*

W ust. 5 zd. 1 tegoż formularza cenowego wpisano, identycznie jak w formularzu cenowym dla zadania 1: *Czas reakcji na zgłoszenie awarii w okresie gwarancji – maksymalny czas podjęcia działań zmierzających do usunięcia awarii (max. 24 h) (dotyczy wysokoenergetyczny akcelerator liniowy, system planowania leczenia oraz weryfikacji*

*i zarządzania, diagnostyczny tomograf komputerowy, mammograf w dni robocze od momentu zgłoszenia reklamacji na piśmie) ..... h, max 48h – dotyczy pozostałego sprzętu.*

Według Odwołującego nie ma zatem wątpliwości, że w postępowaniu LVI/16 sprzęt dla zadania 4. mieścił się we fragmencie „max 48h – dotyczy pozostałego sprzętu”.

Zdaniem Odwołującego potwierdzały to także wymagania ogólne w ust.13 i szczegółowe w wierszach 174. i 907. załącznika nr 5 A-D „Formularz oferty – Opis Przedmiotu Zamówienia” postępowania LVI/16 (dalej: „Formularz techniczny”):

- *Czas reakcji serwisu w okresie gwarancji oraz w okresie pogwarancyjnym, (pojawienie się pracownika serwisu w miejscu awarii lub zdalna diagnostyka urządzenia) maksimum 24 godziny w dni robocze (dotyczy wysokoenergetyczny akcelerator liniowy, system planowania leczenia oraz weryfikacji i zarządzania, diagnostyczny tomograf komputerowy, mammograf) oraz maksimum 48 godziny w dni robocze (dotyczy pozostałych urządzeń);*
- *gwarantowany czas przystąpienia do naprawy, max. 24 [h] od zgłoszenia konieczności naprawy {wiersz 174.};*
- *gwarantowany czas przystąpienia do naprawy, max. 48 [h] od zgłoszenia konieczności naprawy {wiersz 907.}.*

Według Odwołującego powyższe potwierdza jednoznacznie, że dla akceleratora mobilnego odpowiednim i wystarczającym czasem maksymalnym na przystąpienie do naprawy jest 48 h.

Odwołujący zrelacjonował także, że po unieważnieniu przetargu LVI/16 sprzęt, który stanowił przedmiot zamówienia w poszczególnych zadaniach, stał się przedmiotem odrębnych postępowań, w tym akcelerator liniowy został jako jedno z zadań objęty postępowaniem (...) {dalej również: „postępowanie XXI/17”}, które zostało już rozstrzygnięte.

Odwołujący wyciągnął wniosek, że w aktualnie prowadzonym postępowaniu Zamawiający użył formularza cenowego – załącznika nr 1 dla zadania 1 zastosowanego uprzednio w postępowaniu(...).

Odwołujący podał również, że w załączniku nr 1A „Formularz oferty – Opis Przedmiotu Zamówienia” aktualnie prowadzonego postępowania w pkt 59. zapisano: *gwarantowany czas przystąpienia do naprawy, max. 48 [h] od zgłoszenia konieczności naprawy.*

W ocenie Odwołującego z uwagi na powyższe, pomimo niezamierzonego wprowadzenia do ust. 4 zd. 1 formularza cenowego dla aktualnie prowadzonego postępowania postanowienia wskazującego na max. 24 h czas reakcji na zgłoszenie awarii w okresie gwarancyjnym, ponieważ akcelerator śródoperacyjny mobilny nie jest akceleratorem liniowym, wobec jednoznacznego wymagania dla pozostałego sprzętu (czyli innego niż akcelerator liniowy), w tym akceleratora śródoperacyjnego mobilnego, obowiązuje

dla niego maksymalnie 48 h na podjęcie działań zmierzających do usunięcia awarii.

Odwołujący zrelacjonował również, że maksymalny czas podjęcia działań zmierzających do usunięcia awarii nie stanowił kryterium oceny ofert, gdyż w rozdziale XIV. lit. A wskazano jako kryteria: 1) cenę oferty (waga 60%), 2) zapewnienie serwisu pogwarancyjnego T (waga 13%), 3).okres gwarancji (waga 7%), 4) parametr techniczne aparatów (waga 20%).

Odwołujący podniósł, że czas podjęcia działań zmierzających do usunięcia awarii nie był tak istotnym wymaganiem, jak fakt niewadliwego i prawidłowego funkcjonowania sprzętu, na co wskazuje jednoznacznie również postanowienie § 6 ust. 4 załącznika nr 5 – wzoru umowy: *Zamawiający ma prawo żądać zapłaty przez Wykonawcę kary umownej w wysokości 0,5 % wartości netto dostawy za każdy dzień opóźnienia za przekroczenie terminu związanego z wezwaniem Wykonawcy do usunięcia wszystkich wad, jak również dokonania wszelkich przeglądów okresowych i modyfikacji zaleconych przez producenta z tytułu udzielonej przez Wykonawcę gwarancji*

Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika jednoznacznie, że kluczowe są: wezwanie do usunięcia wady i ich usunięcie w terminie związanym z tym wezwaniem, a nie wymóg maksymalnego czasu podjęcia działań zmierzających do usunięcia awarii wynoszący 24h w odniesieniu do „akceleratora liniowego”, którego – jak powtórzył Odwołujący – nie ma w opisie przedmiotu zamówienia. Ze względu na powyższe nic nie stało na przeszkodzie do zawarcia ważnej i niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Odwołujący stwierdził, że ze względu na powyższe nie można się zgodzić z decyzją Zamawiającego o unieważnieniu postępowania z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp, gdyż przepis ten dopuszcza dokonanie tej czynności w wyjątkowej sytuacji (przesłanki tej nie można zatem interpretować rozszerzająco), tj. tylko gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego nie zaszła taka sytuacja, gdyż w tym postępowaniu nie można stwierdzić kumulatywnego wystąpienia: (1) wady postępowania, (2) niemożliwej do usunięcia i (3) uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zarzucił, że lakoniczność podanego uzasadnienia nie wyczerpuje przesłanki art. 93 ust. 3 pzp i prowadzi do wniosku, że Zamawiający zaniechał podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej czynności unieważnienia postępowania, gdyż zacytował postanowienia załączników do SIWZ, nie dokonując przy tym żadnej analizy postanowień SIWZ w kontekście art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp. Zdaniem Odwołującego z pisma Zamawiającego w żaden sposób nie wynika, jak rzekome wady postępowania w szczególności wpłynęły na postępowanie, w tym na jego

konkurencyjność i równe traktowanie wykonawców. Nie wskazano, na czym polega wada postępowania. Zamawiający nie wyjaśnił także, dlaczego ewentualna umowa podlegałaby unieważnieniu.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie, którego zarzutów jednak nie uznał.

W piśmie z 12 września 2017 r. Zamawiający poinformował Izbę, że kopię odwołania przekazał pozostałym wykonawcom w tym dniu.

15 września 2017 r. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej zgłoszenie przez T. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu i wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp), Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności tego przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, Izba nie stwierdziła aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp, nie składano również w tym zakresie wniosków odmiennych.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołującemu ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył jedną z dwóch ofert. Jednocześnie czynności Zamawiającego polegające na unieważnieniu postępowania narażają Odwołującego na szkodę polegającą na nieuzyskaniu

odpłatnego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Odwołanie zasługuje uwzględnieniu.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z aktualnego brzmienia tego przepisu wynika, że zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli postępowanie obarczone jest wadą, która jednocześnie, po pierwsze – jest niemożliwa do usunięcia, po drugie – uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. *De lege lata* dla umów w sprawie zamówień publicznych przyjęto bowiem konstrukcję względnej nieważności, której skutki, choć co do zasady sięgają od momentu zawarcia umowy, mogą powstać dopiero z chwilą wydania konstytutywnego orzeczenia przez Izbę lub sąd powszechny.

Jednocześnie sytuacje, w których umowa podlega unieważnieniu uregulowano w art. 146 pzp. W poprzednim stanie prawnym art. 146 ust. 1 pzp w pkt 5 i 6 określał przesłanki nieważności umowy o charakterze klauzul generalnych: gdy zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy albo w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania. W aktualnie obowiązującym brzmieniu art. 146 ust. 1 pzp w pkt od 1 do 6 wskazano wyłącznie przyczyny sprecyzowane wąsko i konkretnie (dotyczące: bezpodstawnego zastosowania niektórych trybów, braku zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w odpowiednim publikatorze, zawarcia umowy lub umowy ramowej z naruszeniem terminów *standstill*, określone nieprawidłowości w dynamicznym systemie zakupów), którymi nawet w drodze wykładni rozszerzającej nie sposób objąć wadliwości innych czynności lub zaniechań zamawiających.

Z kolei art. 146 pzp zawiera aktualnie w ust. 6 przepis o charakterze klauzuli generalnej dotyczący unieważniania umowy – przewidujący kompetencję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych {dalej: „UZP”} do wystąpienia do sądu z powództwem 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. Od strony podmiotowej legitymację czynną do żądania unieważnienia na umowy na podstawie opisanej w art. 146 ust. 6 pzp ma zatem wyłącznie Prezes UZP.

Od strony przedmiotowej zakres zastosowania tej przesłanki w porównaniu do przesłanek z dawnego art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 pzp, nawet łącznie rozważanych, jest

szerszy, gdyż aktualnie wystarczające jest, aby wada postępowania mogła mieć, a nie tylko miała, wpływ na jego wynik. Pomimo, że od strony podmiotowej jako adresata normy wskazano wyłącznie Prezesa UZP, nie sposób przyjąć, że zamawiający mają obowiązek zawierać umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo świadomości przeprowadzenia postępowania obciążonego tego typu poważnymi wadami, a następnie oczekiwać na wystąpienie przez Prezesa UZP do sądu o stwierdzenie nieważności tych umów. Taka interpretacja prowadziłaby do konieczności zawierania umów podlegających późniejszej eliminacji z obrotu prawnego, niezależnie od tego, czy stwierdzenie okoliczności skutkujących nieważnością było możliwe, a nawet nastąpiło jeszcze przed podpisaniem umowy. Stąd orzecznictwo i doktryna w przeważającej części trafnie przyjmują, że zamawiający unieważniając postępowania z powołaniem się na normę art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp – uprawnieni są do wzięcia pod uwagę nie tylko okoliczności wąsko opisanych w art. 146 ust. 1 pzp, ale mogą i powinni uwzględniać okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy mieszczące się w klauzuli generalnej art. 146 ust. 6 pzp. Przyznanie wyłącznej kompetencji Prezesowi UZP do wzruszania na drodze sądowej zawartych już umów nie powinno powodować, że zamawiający nie mogą zapobiec ich zawarciu dzięki uprzedniemu unieważnieniu prowadzonego postępowania, w razie stwierdzenia, że jest ono obciążone poważnymi i nieusuwalnymi wadami, które negatywnie rzutują na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Reasumując, art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp nie stanowi samoistnej podstawy unieważnienia postępowania, gdyż odsyła do przesłanek unieważnienia umowy opisanych w art. 146 ust. 1 i 6 pzp. Z kolei choć art. 146 ust. 6 pzp zawiera klauzulę generalną, nie oznacza to, że zakres zastosowania tego przepisu można rozciągać na wszystkie stany faktyczne obejmujące wszelkie nieprawidłowości stwierdzone przez zamawiających w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Co do zasady wszczęte postępowanie powinno się bowiem zakończyć wyłonieniem najkorzystniejszej oferty, a w konsekwencji doprowadzić do zawarcia umowy, czyli udzielenia zamówienia. Unieważnienie postępowania stanowi wyjątek od tej zasady, który nie może być interpretowany rozszerzająco. Stąd jeżeli przyczyna unieważnienia wykracza poza katalog oczywistych sytuacji jednoznacznie opisanych w pkt od 1 do 6 art. 146 ust. 1 pzp, tym bardziej musi zostać sprecyzowana na tyle dokładnie, aby nie było wątpliwości, że ma charakter rzeczywisty, jest nieusuwalna i na tyle poważna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym mieści się w zakresie zastosowania klauzuli generalnej z ust. 6 art. 146 pzp.

W rozstrzyganej sprawie decyzja o unieważnieniu zasadza się na stwierdzeniu przez

Zamawiającego, że wprowadzenie w dwóch miejscach specyfikacji rozbieżnych zapisów odnośnie maksymalnego dopuszczalnego czasu reakcji na zgłoszenie awarii w okresie gwarancyjnym spowodowało, że wykonawcy mogli w tym zakresie zaoferować różne terminy. Dopiero na rozprawie Zamawiający sprecyzował, że upatruje w tym naruszenia przez siebie art. 7 ust. 1 pzp i art. 29 pzp {bez sprecyzowania, czy chodzi o ust. 1 czy 2}.

Ponadto Izba stwierdziła, że rzeczywiście w obu złożonych ofertach odmiennie określono ten termin, co wiąże się z odmienną interpretacją przez Odwołującego i Przystępującego postanowień specyfikacji odnośnie maksymalnego terminu, który można było wskazać w ofercie, czasu reakcji na zgłoszenie awarii w okresie gwarancyjnym, rozumianego według specyfikacji jako „maksymalny czas podjęcia działań zmierzających do usunięcia awarii” {według pkt 4. załącznika nr 1 do s.i.w.z., czyli formularza oferty – formularza cenowego} lub maksymalny „gwarantowany czas przystąpienia do naprawy od zgłoszenia konieczności naprawy” {według pkt 59. załącznika nr 1A do s.i.w.z., czyli formularza oferty – opisu przedmiotu zamówienia}.

Interpretacja Odwołującego została powyżej przybliżona za odwołaniem. Sprowadza się ona do uznania, że dla tego postępowania znaczenie ma tylko ta część zdania z pkt 4 formularza oferty, która określa jako maksymalny termin 48-godzinny, co odpowiada treści pkt 59 OPZ, natomiast określony również w formularzu oferty 24-godzinny termin jest postanowieniem bezprzedmiotowym, gdyż odnosi się do akceleratora liniowego, który nie jest przedmiotem tego zamówienia, i stanowi jedynie omyłkowe przeniesienie zapisu z poprzedniego postępowania odnośnie zadania nr 1.

Natomiast według interpretacji Przystępującego w formularzu ofertowym określono dwa terminy w odniesieniu do urządzeń i oprogramowania wchodzących w skład zadania zbiorczo określanego jako „akcelerator śródoperacyjny”: (1) 24-godzinny w szczególności dla zasadniczego urządzenia jakim jest akcelerator liniowy oraz (2) 48-godzinny dla pozostałych urządzeń, czyli tych, które nie zostały wyszczególnione w poprzedniej kategorii. Co nie stoi w sprzeczności z pkt 59 OPZ, w którym wskazano jedynie, że maksymalny gwarantowany czas przystąpienia do naprawy wynosi 48 godzin od zgłoszenia konieczności naprawy, gdyż wykonawca miał następnie podać oferowany termin zgodnie z wymogami wynikającymi z treści oświadczenia zawartego w pkt 4 formularza ofertowego.

Obaj wykonawcy zgodnie z własną interpretacją wskazali oferowane terminy w pkt 4. formularza ofertowego oraz w pkt 59 OPZ. Tym samym oględnie wskazana przez Zamawiającego możliwość w praktyce wystąpiła.

Zdaniem Izby nie stanowi to jednak wystarczającego uzasadnienia dla unieważnienia przedmiotowego postępowania, gdyż stanowisko Zamawiającego można podzielić jedynie co do tego, że w postępowaniu wystąpiła wada, której nie można na tym etapie usunąć

w drodze zmiany specyfikacji, gdyż po otwarciu ofert jest to obiektywnie niemożliwe. Nie oznacza to jednak, że nie można i nie należy ustalić, jaka była ostatecznie treść specyfikacji. Tymczasem Zamawiający konsekwentnie – zarówno w treści uzasadnienia podanego wykonawcom, jak i w toku rozprawy – unikał wskazania, jaka treść odnośnie maksymalnego terminu czasu reakcji na zgłoszenie awarii w okresie gwarancji była jego intencją: czy miały to być dwa terminy (vide pkt 4. formularza oferty), czy też jednolicie dłuższy termin (vide pkt 59. OPZ). Tymczasem jest to konieczny dla poczynienia dalszych kroków w postępowaniu punkt wyjścia, gdyż w pierwszej kolejności Zamawiający winien zbadać, czy pomimo niewątpliwego uchybienia przy redagowaniu specyfikacji zamierzoną treść można było wyinterpretować, przyjmując punkt widzenia wykonawcy, do którego adresowana była specyfikacja.

Zdaniem Izby za nietrafne należy uznać stanowisko Odwołującego, jakoby zarówno wykładania historyczna (odwołująca się do treści specyfikacji z poprzedniego postępowania), jak i systemowa (odwołująca się do treści OPZ), prowadziły do jednoznacznego wniosku, że w aktualnie prowadzonym postępowaniu wymagany był termin 48-godzinny dla całości przedmiotu zamówienia określonego zbiorczo mianem „akceleratora śródoperacyjnego mobilnego”. Z wyciągu ze specyfikacji poprzednio prowadzonego postępowania wynika bowiem, że treść oświadczenia dotyczącego czasu reakcji na zgłoszenie awarii w okresie gwarancji była identyczna dla obu zadań {zadanie 1. – 1) „Terapeutyczny wysokoenergetyczny akcelerator liniowy”, 2) „Zestaw dozometryczny”, 3) „Komputerowe systemy do planowania radioterapii, zarządzania akceleratorami i weryfikowania skuteczności zabiegów”, 4) „Wyposażenie modelarni”; zadanie 4. – „Akcelerator śródoperacyjny”} i taka sama, jak w aktualnie prowadzonym postępowaniu dla „Akceleratora śródoperacyjnego”. Z kolei treść OPZ wskazywała jako maksymalny gwarantowany czas przystąpienia do naprawy: dla zdania 1. – 24 godziny, a dla zadania 4. – 48 godzin. Tym samym postanowienia obu specyfikacji odnośnie tej kwestii dla „akceleratora śródoperacyjnego” są identyczne. Łącznie powyższe okoliczności nie prowadzą jednak do jednoznacznego wniosku, który wysnuto w odwołaniu.

Tym bardziej, że nieadekwatne okazały się twierdzenia Odwołującego, jakoby w przypadku „akceleratora śródoperacyjnego” w jego skład jako zasadniczy element nie wchodził akcelerator liniowy, gdyż – jak trafnie wskazał to Przystępujący – coś zupełnie przeciwnego wynika z OPZ, gdzie w pkt 29. wymaga się, aby konstrukcja „przyspieszacza liniowego elektronów” {czyli akceleratora liniowego elektronów} była bez magnesów zakrzywiających, a Przystępujący w swojej ofercie wprost wpisał, że oferuje „akcelerator liniowy elektronowy do zabiegów radioterapii śródoperacyjnej”, co według terminologii używanej przez Odwołującego zostało w jego ofercie nazwane „Mobilnym akceleratorem

śródooperacyjnym”. Innymi słowy argumentacja odwołania w tym zakresie jest zupełnie nieprzekonująca, gdyż oczywiste jest, że czy to w wersji stacjonarnej, czy mobilnej chodzi o akcelerator liniowy.

Z kolei interpretacja Przystępującego daje prymat treści oświadczenia przygotowanego przez Zamawiającego jako element wzoru formularza oferty, w którym wskazano dwa odrębne terminy, przechodząc do porządku dziennego nad tym, że w ramach opisu przedmiotu zamówienia wskazano tylko jeden, dłuższy z tych terminów. Tymczasem co do zasady treść oferty powinna być zgodna z opisem przedmiotu zamówienia, a wzór formularza oferty stanowi dokument pomocniczy, który ma ułatwić wykonawcom uniknięcie błędu przy sporządzaniu oferty. W analizowanych postępowaniach powyższe rozgraniczenie nie jest takie jednoznaczne, gdyż ewidentnie treść przygotowanego oświadczenia nie tylko posługuje się odmienną terminologią, ale dodaje elementy treściowe, których OPZ nie zawiera, a nadto Zamawiający nakazywał uwzględnić treść przygotowanych przez siebie formularzy.

Gdyby Zamawiający uznał jednak, że interpretacja zaprezentowana przez Przystępującego odpowiada jego intencji i daje się obronić jako jedna uprawniona, wcale nie oznacza to, że oferta Odwołującego automatycznie podlegałaby odrzuceniu jako niezgodna z treścią specyfikacji, co zdawał się sugerować Zamawiający podczas rozprawy {oczywiste jest bowiem, że przy przyjęciu interpretacji Odwołującego oferta Przystępującego byłaby zgodna ze specyfikacją, skoro wskazano w niej krótszy niż maksymalny dopuszczalny termin}. Umknęło uwadze Zamawiającego, że przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty z takiego powodu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp miałby obowiązek zbadać, czy stwierdzonej w takim przypadku niezgodności nie da się usunąć na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z s.i.w.z., niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Tymczasem w przekonaniu Izby zastosowanie tego trybu byłoby w tym przypadku jak najbardziej uzasadnione i konieczne. Z uwagi na poniżej poczynione rozstrzygnięcia nie ma potrzeby szerszego rozważania tej kwestii w tym miejscu.

Jeżeli lapidarne uzasadnienie podane przez Zamawiającego traktować jako uznanie, że obie interpretacje, zarówno Odwołującego, jak i Przystępującego, są równouprawnione z uwagi na brak możliwości wskazania tej jedynej właściwej, tym bardziej nie uzasadniało to unieważnienia prowadzonego postępowania. Jak powszechnie przyjmuje się w doktrynie i orzecznictwie, niejasności i niejednoznaczności specyfikacji nie mogą działać na niekorzyść wykonawców, którzy w dobrej wierze złożyli oferty w celu uzyskania zamówienia. Tymczasem unieważnienie postępowania godzi w interes zarówno Odwołującego, jak i Przystępującego, z których każdy w tych okolicznościach podstawnie uważa, że złożył ofertę w pełni zgodną z wymaganiami specyfikacji, a czemu Zamawiający nie zaprzeczył,

skoro nie wskazał żadnej z dwóch interpretacji jako tej właściwej.

Przed wszystkim dla sprawy rozstrzygające znaczenie ma ustalenie, że o ile zaistniała w takim przypadku wada jest nieusuwalna, o tyle nie jest ona istotna. Po pierwsze – nie ma żadnego wpływu na możliwość wyboru najkorzystniejszej oferty według obowiązujących w postępowaniu kryteriów oceny ofert, wśród których jako istotny element gwarancji jakości został uznany jedynie okres gwarancji. Po drugie – pomimo oczekiwania przez Zamawiającego od wykonawców, aby podali termin, w którym zobowiązują się „podjąć działania zmierzające do usunięcia awarii” (lub bardziej konkretnie – przystąpili do naprawy) i określenia maksymalnego dopuszczalnego terminu {jak się okazało, niejednoznacznie}, trudno uznać ten aspekt gwarancji jakości za mający istotne znaczenie dla osiągnięcia rezultatu, jakim ma być naprawienie urządzenia. Otóż niesporne jest, że w tym zakresie obowiązuje jednolity 7-dniowy termin, co wynika zarówno z treści oświadczenia zawartego w formularzu ofertowym, jak i znajduje oparcie w treści opisu przedmiotu zamówienia, gdzie w pkt 60. określono, że gwarantowany czas naprawy od daty zgłoszenia konieczności naprawy może wynosić maksymalnie 7 dni. I taki termin wskazali w swoich ofertach zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący. Tym samym niezależnie od tego, czy wykonawca zareaguje w ciągu 24 czy 48 godzin, od chwili zgłoszenia awarii przez Zamawiającego rozpocznie bieg 7-dniowy termin na jej usunięcie. W tych okolicznościach brak podstaw, aby przydać terminowi przystąpienia do naprawy waloru większego niż dopełnienia pewnej formalności, którą z sobie znanych powodów wprowadził Zamawiający.

Reasumując, w ocenie Izby wada, którą stwierdził Zamawiający ma w istocie marginalne znaczenie i pozostaje bez wpływu na możliwość zarówno wyłonienia najkorzystniejszej oferty, jak i zawarcia niepodlegającej unieważnieniu z tego powodu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Na marginesie Izba zauważa, że obawy Zamawiającego co do wnoszenia przez wykonawcę, który będzie niezadowolony z wyboru oferty konkurenta, odwołania opartego na podnoszeniu jednej z możliwych interpretacji specyfikacji jako jedynej właściwej, choć mogły być uzasadnione, nie zwalniały z podjęcia czynności w celu zawarcia umowy, gdyż możliwość korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej nie stanowi podstawy do unieważnienia prowadzonego postępowania. Tego typu błędy, jakie popełnił Zamawiający w tym postępowaniu, zdarzały się i będą się zdarzały, przynajmniej tak długo, jak dokumentacja postępowania będzie zawierała w dwóch różnych miejscach postanowienia regulujące te same wymagania, co zawsze rodzi ryzyko, że nie będą one ze sobą spójne, czy to od początku, czy też na skutek zmian wprowadzonych przed upływem terminu składania ofert tylko do treści jednego z nich.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 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 ze zm.) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, które uwzględniono na podstawie rachunku złożonego przed zamknięciem rozprawy.

**Przewodniczący: .....**