

**WYROK**  
**z dnia 25 lipca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2016 r. przez Odwołującego – wykonawcę J.R.J. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą JOLIMPEX J.R.J. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Jednostkę Wojskową Nr 2063 w Warszawie, przy udziale wykonawcy Amad sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
  - 1.1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w części 1 zamówienia,
  - 1.2. odrzucenie oferty wykonawcy Amad sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w części 1 zamówienia,
  - 1.3. ponowne badanie i ocenę ofert niepodlegających odrzuceniu w części 1 zamówienia.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Jednostka Wojskowa Nr 2063 w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z podziałem na części na zakup i dostawę materiałów biurowych dla instytucji będących na zaopatrzeniu logistycznym Jednostki Wojskowej 2063 (znak sprawy nr sprawy 012/16), zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2016/S 054-090220.

W dniu 30 czerwca 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o jego unieważnieniu w części 1 zamówienia, na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W dniu 11 lipca 2016 r. do Prezesa Izby wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę J.R.J. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą JOLIMPEX J.R.J. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”), w którym zaskarżono:

1. unieważnienie Postępowania,
2. zaniechanie dokonania oceny ofert,
3. zaniechanie wyboru oferty Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający dopuścił się naruszenia:

1. art. 7 ust. 1 Pzp przez uwzględnienie wniosku wykonawcy Amad sp. z o.o. (dalej „Wykonawca A”), pomimo iż temu wykonawcy nie przysługiwało uprawnienie wynikające z przepisu art. 181 ust. 1 Pzp,
2. art. 7 ust. 1 i art. 14 Pzp w zw. z art. 56, 65 i 66 K.c. oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, polegającego na wewnątrznie sprzecznej i nielogicznej wykładni postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) w sposób nie wynikający z zasad wykładni językowej i w sposób sprzeczny z doświadczeniem życiowym,

3. art. 7 ust. 3 Pzp przez zaniechanie udzielenia zamówienia Odwołującemu, pomimo że złożona przez niego oferta była ważna, najkorzystniejsza i podlegała ocenie zgodnie z SIWZ,
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie oceny oferty Wykonawcy A i odrzucenia tej oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ,
5. art. 91 Pzp przez zaniechanie dokonania oceny oferty Odwołującego w oparciu o treść SIWZ i uznania jej za ofertę najkorzystniejszą,
6. art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp przez unieważnienie Postępowania, pomimo iż nie było obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy i nie istniały żadne przesłanki uprawdopodobniające możliwość unieważnienia zawartej umowy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania,
2. dokonania oceny złożonych ofert,
3. wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej i niepodlegającej odrzuceniu,

a nadto o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego oraz kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym, według norm przepisanych.

Odwołujący podkreślił, że zaskarżone czynności są sprzeczne z jego interesem w uzyskaniu zamówienia oraz prowadzą do poniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania i dokonania oceny oferty, oferta Odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą, na podstawie której Zamawiający będzie mógł zawrzeć ważną umowę. Odwołujący zauważył ponadto, że jest uczestnikiem Postępowania i nie został z niego skutecznie wykluczony, a jego oferta odrzucona, a dodatkowo złożył ofertę sklasyfikowaną na miejscu umożliwiającym mu uzyskanie zamówienia lub skutecznie formalnie zakwestionowanie ofert, które mogą być uznane przez Zamawiającego za korzystniejsze.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, że w przypadku ponownej oceny ofert w wyniku złożonego odwołania, oferta Wykonawcy A powinna zostać odrzucona z powodu wskazanego przez Zamawiającego w piśmie z dnia 15 czerwca 2016 r., który w zakresie poz. 24 oferty pozostaje nadal aktualny.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że Zamawiający wskazał w uzasadnieniu swojej decyzji o unieważnieniu Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt.

7 Pzp, jakoby wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy był omyłkowy opis przedmiotu zamówienia w poz. 55-57 i 144.

W pozycjach 55-57, zgodnie z uzasadnieniem Zamawiającego, został omyłkowo wskazany w opisie przedmiotu zamówienia wkład UMR-85, który w ocenie Zamawiającego jest dedykowany do długopisu UMN-152. Natomiast w pozycji 144 Zamawiający omyłkowo wpisał „Wkład czerwony UMR-85 do długopisu UMN-207 lub równoważny”. W całym uzasadnieniu Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, w jakim zakresie stwierdzone według Zamawiającego omyłki wypełniają dyspozycję art. 93 ust.1 pkt. 7 Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, że Zamawiający rażąco naruszył dyspozycję art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp. W przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, na zamawiającym ciąży ciężar wykazania:

1. wystąpienia naruszenia konkretnego przepisu Pzp regulującego udzielanie zamówień (wada postępowania),
2. istotnego charakteru tej wady jako wpływającej na ważność umowy,
3. związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy,
4. nieusuwalności wady przez zastosowanie instytucji dostępnych zamawiającemu.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie wskazał żadnego z ww. elementów w uzasadnieniu czynności unieważnienia Postępowania. Zamawiający z rażącym naruszeniem Pzp wskazał okoliczności nielogiczne, nieodwołujące się do przepisów prawa oraz niewpływające na ważność zawartej umowy. Nie wskazał również żadnego przepisu prawa, którego naruszenie pozostawałoby w związku przyczynowo-skutkowym z potencjalnym ryzykiem unieważnienia zawartej umowy. Zdaniem Odwołującego Zamawiający całkowicie pominął ten aspekt i tylko z tego względu, już bez odwołania się do merytorycznych podstaw unieważnienia Postępowania, należy uznać czynność Zamawiającego za naruszającą przepisy Pzp w sposób rażący, a odwołanie za podlegające uwzględnieniu w całości.

Odwołujący podkreślił, że zasadą jest prowadzenie postępowania zakończone wyłonieniem najkorzystniejszej oferty i zawarciem umowy, a nie jego unieważnieniem. Unieważnienie postępowania stanowi wyjątek, co do którego zamawiający powinien stosować wyjątkową staranność w ocenie przesłanek zastosowania art. 93 Pzp.

Zamawiający wskazał, że podstawą unieważnienia Postępowania było omyłkowe wpisanie w pozycjach 55-57 informacji o wkładzie UMR-85, który jest dedykowany do długopisu UMN-152. Można domniemywać, gdyż nie zostało to jednoznacznie określone przez Zamawiającego, że podstawą unieważnienia był błędny opis przedmiotu zamówienia w zakresie niewymaganych przez Zamawiającego artykułów. Przedmiotowe pozycje zostały przez Zamawiającego opisane w następujący sposób:

„[...]Długopis żelowy UMN-207 kolor, średnica kulki piszącej 0,7 mm, grubość linii ok. 0,4 mm, wymienny wkład UMR-85, UMR-87, szybko schnący tusz: pigmentowy, wodoodporny i odporny na blaknięcie lub równoważny.[...]”.

Nie ma żadnych wątpliwości, że przedmiotem zamówienia był długopis żelowy UMN-207 o określonym kolorze i parametrach technicznych – w tym zakresie wystarczająca jest wykładnia językowa treści SIWZ. Jednocześnie do długopisu powinien pasować wkład wskazany w SIWZ. W pozycjach 55-57 przedmiotem zamówienia nie były wkłady, ale długopisy. Co do wkładów należy wskazać, że nie dotyczą ich tzw. wymiary, gdyż dotyczą one długopisu, na co wskazuje wykładnia językowa tych postanowień SIWZ. Jednocześnie, ze względu na okoliczność, że wkłady w tych pozycjach nie były przedmiotem zamówienia, wykonawca nie był zobowiązany do ich zaoferowania. Odwołujący miał zapewnić wyłącznie, aby zaoferowany długopis umożliwiał wymianę na jeden ze wskazanych w SIWZ wkładów. Odwołujący zasygnalizował, że od strony technicznej kwestionowany przez Zamawiającego wkład (UMR-85) pasuje do wskazanego długopisu. W takiej sytuacji całkowicie niezrozumiała jest postawa Zamawiającego, który stwierdził, że postanowienie to budziło jakieś wątpliwości, a co najważniejsze stanowiło nieusuwalną wadę Postępowania skutkującą jego unieważnieniem. Postanowienia dotyczące pozycji 55-57 nie budziły żadnych wątpliwości, na co wskazuje również fakt, że żaden z wykonawców, w trybie art. 38 Pzp, nie zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ w tym zakresie.

Odnosnie pozycji 144, w której Zamawiający oczekiwał dostarczenia jednego wkładu UMR-85 do długopisu UMN-207 lub równoważnego Odwołujący wskazał, że opisany wkład pasuje fizycznie do wskazanego długopisu. Wydane *post ante* oświadczenie nieupoważnionego przedstawiciela dystrybutora budzi poważne wątpliwości co do swojego obiektywizmu, gdyż jednoznacznie popiera wnioski zgłoszone przez Wykonawcę A w piśmie z dnia 17 czerwca 2016 r.

Odwołujący podkreślił, że ww. oświadczenie podmiotu trzeciego nie ma mocy wyjaśniającej treść SIWZ w aspekcie sformułowanych przez Zamawiającego oczekiwań. Praktyką rynkową jest przesyłanie przez wykonawców do dystrybutorów lub importerów

artykułów biurowych opisów asortymentu przygotowanych przez Zamawiającego, w celu doboru produktów zgodnych z SIWZ. W tym przypadku żaden z wykonawców nie miał wątpliwości odnośnie poz. 144, które dopiero na etapie oceny ofert powziął Zamawiający na podstawie oświadczeń podmiotów trzecich. Także w tym przypadku Zamawiający nie wskazał jakie przepisy Pzp zostały naruszone i w jaki sposób naruszenie tych przepisów mogło stanowić podstawę unieważnienia umowy.

Nie bez znaczenia pozostaje również fakt działania Zamawiającego w oparciu o pismo Wykonawcy A, który wskazał, że podstawą jego działania był art. 181 Pzp. Zgodnie z ust. 1 *in fine* Wykonawca A mógł skorzystać z niego wyłącznie w przypadku, w którym nie przysługiwało mu odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 Pzp. W Postępowaniu przepis ten nie miał zastosowania, gdyż wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. W takiej sytuacji Wykonawca A nie był uprawniony do złożenia omawianego wniosku, a czynności Zamawiającego o niego oparte są nieważne z mocy prawa.

Należy również zwrócić uwagę, że przedmiotem zamówienia jest dostawa materiałów piśmienniczych, które są produktami standardowymi, zatem istotna jest przede wszystkim funkcjonalność oferowanego produktu, umożliwiająca zaspokojenie potrzeb Zamawiającego. Dotyczy to długopisów wskazanych w poz. 55-57, co do których Zamawiający mógł podjąć decyzję o dodatkowym zakupie wkładów wymiennych, czy też poz. 144, w której opisany wkład wymienny pasuje do wskazanego modelu długopisu. Cel Postępowania zostanie osiągnięty – Zamawiający będzie mógł dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, zawrzeć ważną umowę i otrzymać w konsekwencji produkty wskazane w SIWZ.

Nie bez znaczenia pozostaje również okoliczność, że na podstawie dostępnych powszechnie informacji, Zamawiający mógł ustalić, że wskazane w SIWZ wkłady UMR-85 pasują również do określonych w poz. 55-57 długopisów.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, że oferta Wykonawcy A podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp i za prawidłowe należy uznać okoliczności wskazane przez Zamawiającego odnośnie poz. 24 oferty, w piśmie z dnia 15 czerwca 2016 r. informującym o jej odrzuceniu. Fakt unieważnienia czynności oceny ofert, a następnie unieważnienie całego Postępowania nic nie zmienia w tym zakresie – zarzut ten pozostaje nadal aktualny, tym bardziej że Wykonawca A zgodził się z tymi argumentami, rezygnując z wniesienia odwołania.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Na rozprawie wskazywał na różnice w parametrach technicznych wkładów UMR-85 i UMR-87 i stwierdził, że w opisie przedmiotu zamówienia w poz. 55-57 i 144 formularza asortymentowo-cenowego omyłkowo wskazał na pierwszy z ww. wkładów, który dedykowany jest do długopisu nieobjętego przedmiotem zamówienia. Podkreślał również, że wyłącznie stosowanie wkładów dedykowanych danemu modelowi długopisu powoduje zachowanie uprawnień gwarancyjnych względem ich producenta.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca Amad sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach (dalej „Wykonawca A”), wnosząc o oddalenie odwołania.

Na rozprawie Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w odwołaniu, a nadto wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z:

1. oględzin rzeczy – długopisów o symbolach UMN-152 i UMN-207 oraz wkładów UMR-85 i UMR-87, na okoliczność fizycznego dopasowania wkładu UMR-85 do długopisu UMN-207,
2. oświadczenia importera długopisów UMN-207 – na okoliczność jw.,
3. wyciągu z umowy i formularza asortymentowo-cenowego z poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę materiałów biurowych, na okoliczność tożsamości opisu przedmiotu zamówienia w poprzednim i obecnym Postępowaniu.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Wykonawcy A zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba postanowiła dopuścić Wykonawcę A (dalej również „Przystępujący”) w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego stwierdzając, że spełnione zostały przesłanki, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp.

Skład orzekający uznał ponadto, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, oferty Odwołującego, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 15 czerwca 2016 r., pisma Wykonawcy A z 17 czerwca 2016 r., pisma Zamawiającego z dnia 23 czerwca 2016 r., zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 30 czerwca 2016 r.,



dokumentów załączonych do odwołania i złożonych przez Odwołującego do akt postępowania odwoławczego na rozprawie, a nadto z dokonanych na rozprawie oględzin rzeczy.

Na tej podstawie ustalono, że poz. 55-57 i 144 formularza asortymentowo-cenowego miały następującą treść:

Poz. 55-57 – Długopis żelowy UMN-207 czarny (poz. 56 – czerwony, poz. 57 – niebieski), średnica kulki piszącej 0,7 mm, grubość linii ok. 0,4 mm, wymienny wkład UMR-85, UMR-87, szybkoschnący tusz: pigmentowy, wodoodporny i odporny na blaknięcie lub równoważny.

Poz. 144 – Wkład czerwony UMR-85 do długopisu UMN-207 lub równoważny.

Odwołujący w ofercie, w kolumnie dotyczącej oferowanego asortymentu, skopiował powyższe opisy.

Pismem z dnia 15 czerwca 2016 r. Zamawiający poinformował o wyborze w części 1 zamówienia oferty Odwołującego i o odrzuceniu oferty Przystępującego, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, w związku z asortymentem zaoferowanym w poz. 24, 33 i 144 formularza asortymentowo-cenowego.

Pismem z dnia 17 czerwca 2016 r. Wykonawca A, działając na podstawie przepisu art. 181 ust. 1 Pzp, poinformował Zamawiającego o naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 7 ust. 1 i art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Uzasadniając stwierdzone naruszenia Przystępujący wskazał na niezgodność treści oferty Odwołującego z SIWZ w zakresie poz. 33, 55-57 i 144 formularza asortymentowo-cenowego. Ponadto stwierdził, że na rynku nie istnieje produkt, który łącznie spełniałby parametry opisane w poz. 33, wobec czego Postępowanie podlega unieważnieniu.

W konsekwencji Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu wyników Postępowania (pismo z dnia 23 czerwca 2016 r.), a następnie – pismem z dnia 30 czerwca 2016 r. – o unieważnieniu Postępowania w części 1 zamówienia na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Uzasadniając powyższą decyzję Zamawiający wyjaśnił, że w poz. 55-57 i 144 formularza asortymentowo-cenowego omyłkowo wskazał na wkład UMR-85, który nie jest wkładem dedykowanym długopisowi UMN-207, do którego odnosiły się ww. pozycje.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie należało uwzględnić.

Na wstępie podkreślić należy, że celem każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór oferty najkorzystniejszej, zawarcie umowy i realizacja zamówienia. Ustawodawca przewidział wprawdzie możliwość unieważnienia takiego postępowania, tym niemniej należy ją traktować jak wyjątek od reguły, a przesłanki unieważnienia interpretować ściśle. Unieważnienie postępowania niweczy bowiem wysiłki zarówno zamawiającego (przygotowanie i przeprowadzenie procedury), jak i wykonawcy (przygotowanie oferty).

Jedną z przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest nieusuwalna wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Skład orzekający stwierdził, że lakoniczne uzasadnienie zaskarżonej odwołaniem decyzji składające się z przytoczenia treści podstawy prawnej i wskazania na omyłkowe zawarcie w opisie przedmiotu zamówienia określonych informacji nie dowodzi istnienia podstawy uprawniającej do unieważnienia Postępowania, co stanowi naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Jedynie na marginesie Izba wyraża wątpliwość, czy w takiej sytuacji Zamawiający w ogóle sprostął obowiązkowi podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dla podjętej przez niego decyzji (zob. art. 93 ust. 3 Pzp).

Skład orzekający nie kwestionuje, że Postępowanie dotknięte było uchybieniem niemożliwym do usunięcia po upływie terminu składania ofert, a polegającym na omyłkowym zamieszczeniu w opisie przedmiotu zamówienia dla poz. 55-57 i 144 informacji, które nie powinny się tam znaleźć (symboli wkładów dedykowanych długopisom, których Zamawiający nie zamierzał w ramach Postępowania kupować). Należy jednak zauważyć, że nie jest to – wbrew zapatrywaniom Zamawiającego – wada powodująca konieczność unieważnienia umowy, a jedynie brak staranności Zamawiającego, która powinna towarzyszyć sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia. Można oczywiście hipotetycznie rozważać, czy wadą, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, nie byłoby takie opisanie przedmiotu zamówienia, w efekcie którego wskazywałby on na produkt nieistniejący na rynku, a umowa zobowiązująca wykonawcę do jego dostawy dotyczyłaby tym samym świadczenia niemożliwego, tym niemniej okoliczności takie *ad casum* nie zachodziły. Trzeba mieć na uwadze, że przedmiotem zamówienia w poz. 55-57 były długopisy, nie zaś wkłady, a rzekomy błąd dotyczył wyłącznie dopisania symbolu wkładu, do którego nie odnosiły się scharakteryzowane w tych pozycjach parametry techniczne. Towarzysząca temu obawa Zamawiającego, że będą mu dostarczane długopisy UMN-207 z wkładami UMR-85, które przeznaczone są do innego typu długopisu, pozbawiona była podstaw, skoro – po pierwsze – parametry w postaci średnicy kulki piszącej, czy grubości linii

charakteryzowały wkład UMR-87, po drugie zaś – Zamawiającemu na podstawie § 1 ust. 3 wzoru umowy przysługuje uprawnienie do dokonywania odbioru jakościowego.

W zakresie poz. 144 stwierdzono natomiast, że Zamawiający ograniczył opis wkładu jedynie do symbolu, bez podania określonych parametrów technicznych. Przyjmując nawet, że ujęty w niej wkład UMR-85 nie jest przeznaczony do długopisu UMN-207 i Zamawiającemu wkład taki nie jest w ogóle potrzebny, to unieważnianie Postępowania ze względu na „wadę”, której wartość kwotowa wynosi (wg. oferty Odwołującego) 5,09 zł (słownie: pięć złotych 09/100) pozbawione jest racjonalnych podstaw.

W odniesieniu do kwestii związanej z gwarancją na zamawiane wyroby skład orzekający stwierdził, że nie została ona podniesiona w treści uzasadnienia decyzji o unieważnieniu Postępowania, wobec czego nie mogła być wzięta pod uwagę. Izba dokonuje bowiem oceny zaskarżonej czynności tylko w takim kształcie, w jakim została ona podjęta przez Zamawiającego i oznajmiona wykonawcom. Jedynie na marginesie zasygnalizować zatem należy, że Zamawiający błędnie wskazywał na 5-letnią gwarancję producenta, skoro w § 6 ust. 1 wzoru umowy przewidział 12-miesięczną gwarancję wykonawcy. Okoliczność w jaki sposób wykonawca będzie realizował obowiązki gwarancyjne względem Zamawiającego (np. czy będzie wykonywał je sam, czy angażował w nie producenta oferowanego asortymentu) nie zmienia faktu, że w roli gwaranta w stosunkach z Zamawiającym występować będzie wykonawca, z którym zawarta zostanie umowa, a nie producent.

Reasumując, Izba dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, z uwagi na nieuprawnione unieważnienie Postępowania w oparciu o omówione powyżej okoliczności, co skutkowało nakazaniem unieważnienia tej czynności. Nie sposób jednak mówić przy tym o naruszeniu przez Zamawiającego przepisu art. 91 Pzp, ponieważ nie można wykluczyć, że w efekcie ponownego badania i oceny ofert nie dojdzie jednak do wyboru oferty najkorzystniejszej, chociażby ze względu na ujawnienie się innych, nieobjętych kognicją Izby w tym postępowaniu odwoławczym, okoliczności uzasadniających unieważnienie Postępowania.

Skład orzekający stwierdził, że Zamawiający nie naruszył również przepisu art. 7 ust. 1 i art. 14 Pzp w zw. z art. 56, 65 i 66 K.c. oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. Nie dopatrzono się w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu Postępowania wewnętrznie sprzecznej i nielogicznej wykładni postanowień SIWZ, a jedynie wskazania powodów, które nie mieszczą się w dyspozycji przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Chybiony był również zarzut naruszenia art. 181 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Nie sposób w ogóle wmówić o naruszeniu przez Zamawiającego pierwszej z przywołanych regulacji w sytuacji, gdy jest ona adresowana do wykonawcy (uczestnika konkursu). Co więcej, Zamawiający wprawdzie unieważnił Postępowanie, tym niemniej nie wydaje się uprawnione twierdzenie, że było to następstwem interwencji Przystępującego, skoro nie zachodzi tożsamość pomiędzy uzasadnieniem decyzji Zamawiającego, a uzasadnieniem żądania Wykonawcy A. Należy wreszcie zauważyć, że informowanie zamawiających o wnioskach z audytu ofert konkurencji jest powszechną i akceptowaną praktyką (sam Odwołujący korzystał z tego uprawnienia w Postępowaniu). Okoliczność, że Przystępujący powołał się na niewątpliwie nieznaną zastosowania w tej sprawie przepis art. 181 ust. 1 Pzp, nie zmienia przedstawionych powyżej zapatrywań, w szczególności nie skutkuje – jak chciał tego Odwołujący – nieważnością czynności podjętych przez Zamawiającego na podstawie takiego zawiadomienia.

Zasadny okazał się natomiast zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy A z uwagi na zaferowanie w poz. 24 formularza asortymentowo-cenowego cienkopisu z tuszem, który nie jest permanentny. Okoliczność ta została w istocie przyznana przez Przystępującego, co wynika nie tylko z jego postawy w toku Postępowania (nie odwołał się od pierwotnego odrzucenia jego oferty, ani od późniejszego unieważnienia Postępowania), ale przede wszystkim z treści pisma zawierającego zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego i z samej okoliczności wspierania stanowiska Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym. Świadczy to o towarzyszącym Wykonawcy A przekonaniu o braku możliwości uzyskania zamówienia w Postępowaniu.

Odnosząc się po krótkce do dowodów Izba uznała, że żaden z nich nie był przydatny dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania. Ukierunkowane były one na kwestie techniczne (np. możliwość fizycznego dopasowania wkładu UMR-85 do długopisu UMN-207, jakie wkłady dedykowane są określonym długopisom oraz jakie są konsekwencje używania wkładów od innych modeli długopisów), podczas gdy rozstrzygnięcia wymagał problem natury prawnej, tj. czy okoliczności wskazane przez Zamawiającego uzasadniały unieważnienie Postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. a) 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.2010.41.238).

**Przewodniczący:** .....