

Sygn. akt KIO/UZP 624/08

WYROK
z dnia 7 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Stanisław Sadowy
Klaudia Szczytowska - Maziarz
Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu rozprawie w dniu 07.07.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Biuro Techniczno Handlowe Rafał Rytwiński, Poznań, Osiedle Kosmonautów 1/17** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Krakowski Zarząd Komunalny w Krakowie, Kraków, ul. Centralna 53 F** protestu z dnia 9 czerwca 2008 r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie odwołującego się oraz **xxx** - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1 . Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Biuro Techniczno Handlowe Rafał Rytwiński, Poznań, Osiedle Kosmonautów 1/17,**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Biuro Techniczno Handlowe Rafał Rytwiński, Poznań, Osiedle Kosmonautów 1/17,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Biuro Techniczno Handlowe Rafał Rytwiński, Poznań, Osiedle Kosmonautów 1/17.**

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej 206 000 euro na: „Dostawę i instalacje wyposażenia wnętrz zgodnie z ich przeznaczeniem w obiekcie Młodzieżowego Centrum Sportu i Edukacji w Krakowie Nowej Hucie" (znak sprawy 20/IV/2008) zostało wszczęte przez Krakowski Zarząd Komunalny w Krakowie, ul. Centralna 53 F, 31-586 Kraków zwany dalej: „Zamawiającym” ogłoszeniem w Dzienniku Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2008/S 82-111402 w dniu 26.04.2008 r.

W dniu 05.06.2008 r. Zamawiający faxem przekazał jednemu uczestnikowi przedmiotowego postępowania, tj. Rafałowi Rytwińskiemu prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą Biuro Techniczno Handlowe Rafał Rytwiński z siedzibą w Poznaniu

(61-621), Osiedle Kosmonautów 1 m 17 zwanemu dalej: „*Protestującym*” lub „*Odwołującym*”; informacje o unieważnieniu postępowania zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655) zwanej dalej: „*Pzp*”. Powyższy uznał, iż jest ono obarczone wadą uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podniósł, że zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp zawarta w wyniku przedmiotowego postępowania umowa, byłaby nieważna, ponieważ w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania. Zamawiający wskazał, iż naruszył art. 7 ust.1 Pzp, który nakazuje przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie potencjalnych Wykonawców.

Wyjaśnił, iż przedmiotem zamówienia była dostawa i instalacja wyposażenia wnętrz. Analiza dokumentacji przetargowej, jak wskazał Zamawiający, wykazała, że bardzo duża różnorodność zamawianego asortymentu takiego jak wyposażenie siłowni, wyposażenie kuchni, meble biurowe, laptopy, klimatyzatory oraz siedziska do trybun w jednym zamówieniu ogranicza konkurencję. Rynek Wykonawców w poszczególnych grupach zamawianego asortymentu jest bardzo szeroki, funkcjonuje wiele firm w branży komputerowej, meblarskiej czy sportowej. Zgrupowanie wielobranżowego wyposażenia w jednym postępowaniu uniemożliwia udział w nim Wykonawcom specjalizującym się w poszczególnych branżach. Zamawiający powinien umożliwić Wykonawcom złożenie ofert w grupach asortymentu, tym samym gwarantując należyłą konkurencję i równe traktowanie Wykonawców zainteresowanych dostawą, co przewidywalnie miałyby równie odzwierciedlenie w cenie ofert.

W dniu 11.06.2008 r. na podstawie art. 180 ust 1 i 2 Pzp, Protestujący wniósł protest na czynności Zamawiającego powodujące naruszenie podstawowych zapisów Pzp, wskutek czego doznał uszczerbku jego interes prawny, tj.:

1. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez bezprawne unieważnienie postępowania albowiem nie zachodzi ustawowa przesłanka dokonania tej czynności postępowania;
2. naruszenie art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 z późn. zm.) zwanej dalej: „*uondfp*”;
3. naruszenie art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc. w związku z art. 14 Pzp, tj. poprzez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście;
4. Takowe działanie Zamawiającego stanowi, zdaniem Protestującego, jednocześnie złamanie art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm. Dz. U. 2001. Nr 28, poz. 319) zwanej dalej:

„Konstytucją RP”, która stanowi, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względów na ważny interes publiczny.

Wnosił o:

1. Unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
2. Dokonanie oceny oferty Protestującego i nadanie jej waloru oferty najkorzystniejszej albowiem wyczerpuje ona ustawowe przesłanki pojęcia „oferty najkorzystniejszej”, ergo o dokonania zaniechanych czynności zgodnych z ustawą PZP;
3. Udzielenia Protestującemu niniejszego zamówienia publicznego.

Protestujący w ramach uzasadnienia zanegował zasadność argumentacji Zamawiającego podanej w unieważnieniu przedmiotowego postępowania.

Po pierwsze, dlatego iż to do Zamawiającego należy decyzja czy łączy przedmiot zamówienia w jedną całość, albowiem żaden przepis ustawy tego nie zabrania. Podnosi, iż podział niniejszego zamówienia mógłby zostać potraktowany jako świadome i celowe dzielenie zamówienia publicznego, sprzeczne z art. 32 ust. 2 Pzp, celem zniżenia wartości poszczególnych części lub uniknięcia stosowania przepisów o przetargu unijnym.

Po drugie, ponieważ ewentualna decyzja o takim a nie innym kształcie przetargu, może zapaść, ale przed jego ogłoszeniem, a unieważnienia postępowania w chwili obecnej jest rażącym naruszeniem podstawowych zasad Pzp. Albowiem uczciwa konkurencja i równość, jak zauważa Protestujący, to też zasady które należy stosować we wzajemnych stosunkach pomiędzy Zamawiającym i wykonawcami. Nadto, Zamawiający nie ma żadnego dowodu na okoliczność, że ograniczył konkurencję, w trakcie trwania przetargu nie było jakiegokolwiek protestu ze strony potencjalnych wykonawców, którzy chcieliby rozdzielenia, przedmiotu zamówienia na „pakiety - części” lub nawet nie było takowych zapytań.

Po trzecie, gdyż Zamawiający w swoim piśmie użył supozycji czasu niedokonanego, co wprost oznacza, że opiera się na domysłach i konfabulacjach, dotyczących czasu przyszłego i zdarzeń niepewnych.

Po czwarte, z uwagi na fakt, iż analiza przeprowadzanych dotychczas postępowań przetargowych przez tego samego Zamawiającego w ostatnim czasie, jak chociażby dotyczącego dostawy komputerów (sygnatura 24/IV/2008), czy na wykonanie okolicznościowej dekoracji Miasta Krakowa (4/I/2008) pozwala wprost sformułować wniosek, że ilość składanych ofert, tym samym zainteresowanie tymi przetargami było znikome, a w niektórych częściach nie złożono nawet ani jednej oferty.

Po piąte, ponieważ uznał decyzje Zamawiającego za pochopną, albowiem po czasie 40 dni koniecznych na oczekiwanie pomiędzy ogłoszeniem postępowania a złożeniem ofert, po tym jak wpływa jedna oferta Protestującego, Zamawiającemu wystarcza 24 godziny, aby

unieważnić przetarg z powodu nie wady oferty, bo jej nie ma, ale rzekomej pozornej wady postępowania.

Nadto, Protestujący wskazał, iż przedstawiciel Zamawiającego namawiał go do złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, z uwagi na wykonywane wcześniej zamówienia u niniejszego i każdorazowo dokonywanie tego z najwyższą starannością, co zaświadczały posiadane przez niego referencje (tu przywołuje umowę z dnia 16.04.2008 r. na dostawę oraz instalację wyposażenia meblowego - Tor kajakarstwa górskiego, ul. Kolna 2 w Krakowie).

Zdaniem Protestującego, Zamawiający nie udowodnił naruszenia jakiegokolwiek przepisu prawa, ani nawet okoliczności takich nie uprawdopodobnił.

Analizując działanie Zamawiającego, Protestujący poddał wykładni art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, jako przepis, który można odczytywać tylko i wyłącznie w połączeniu z treścią art. 146 ust. 1 Pzp, który enumeratywnie i zawężająco definiuje przypadki nieważności umów. Zauważa, iż nie ma w nim mowy o tzw.: „zgrupowaniu wielobranżowego wyposażenia w jednym postępowaniu”, lecz tylko np. o wyborze oferty z rażącym naruszeniem prawa (art. 146 ust. 1 pkt 5 Pzp) lub o naruszeniu przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania (art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp). Zamawiający nie udowodnił, a nawet wskazał, rażącego naruszenia prawa, ani nie przywołał przepisu którego naruszenie miało wpływ na wynik postępowania. Oznacza to, zdaniem Protestującego, że jego działanie jest pozorne, nakierowane na bezprawne unicestwienie postępowania, aby w kolejnym przetargu, udzielić zamówienia wykonawcy który poznał ceny swojej konkurencji i będzie mógł z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji złożyć ofertę odnosząc się do cen zaoferowanych w „pierwszej edycji przetargu”. Takie zachowanie Zamawiającego, jego zdaniem może wskazywać na naruszenie zasady równości i oraz tzw. znowę przetargową.

W powyższej analizie, Protestujący powołał się na tezy nr 1, 7 i 8 strona 320 - 322 Komentarza do Prawa Zamówień Publicznych pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, UZP, W-wa 2007 r.

Protestujący przedstawił także tezę, iż poprzez swoje działanie Zamawiający wypełnia przesłanki art. 17 ust. 3 uo ndfp, który stanowi, że w/w czynem jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania.

Dodatkowo za treścią art. 58 § 1 k. c, stwierdził, iż: „czynność prawna sprzeczna z prawem albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna.” W świetle art. 5 k. c. nie można bowiem czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Jeżeli tak jest, to zgodnie z art. 5 k. c. takie działania uprawnionego nie są zgodne z art. 58 § 2 k. c,

który stanowi wprost, że: „nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego”.

Odnosząc się do interesu prawnego, stwierdził także, iż zmiana decyzji Zamawiającego o unieważnieniu przedmiotowego postępowania doprowadzi do stworzenia Protestującemu możliwości ubiegania się o zamówienie, tym bardziej, że jego oferta jest jedyną złożoną w postępowaniu, oferta Protestującego jest ważna i posiada ustawowy walor oferty najkorzystniejszej.

Powyższe tezy poparł wyrokami Zespołów Arbitrów: sygn. akt: UZP/ZO/0-646/05 oraz sygn. akt: UZP/ZO/0-2032/05. Wskazując, że w tym ostatnim stwierdzono m.in.:

„Zamawiający jako podstawę prawa unieważnienia postępowania przywołał art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Przepis ten nakazuje Zamawiającemu unieważnienie postępowania w przypadku, gdy jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis ten obejmuje swoją dyspozycją tylko takie sytuacje, którym prawo przypisuje skutek w postaci nieważności umowy z powodu wad postępowania, w szczególności chodzi tu o przesłanki wskazane w art. 146 ust 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Katalog przesłanek decydujących o nieważności umów - wbrew pogładowi Zamawiającego - ma charakter zamknięty, co oznacza, że wystąpienie innych niż wymienione w cytowanym przepisie naruszeń ustawy nie powoduje nieważności umowy. W ocenie Zespołu Arbitrów wskazana przez Zamawiającego przyczyna nieważności postępowania nie mieści się w kategorii przesłanek, których zaistnienie powoduje bezwzględną nieważność czynności prawnej (umowy).”

Protestujący podniósł także, iż jego zdaniem, próbę unieważnienia postępowania, uznać należy, za ściganą na podstawie kodeksu karnego, i zagrożoną karą pozbawienia wolności do lat 3, próbę udaremnienia lub utrudnienia przetargu publicznego (art. 305 § 1 Kk.), gdyż w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do wyczerpania dyspozycji art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, stąd decyzja Zamawiającego o unieważnieniu przetargu obarczona jest wadą, przez co Protestujący zmuszony został do złożenia niniejszego protestu.

Na powyższą okoliczność wskazał również artykuł z RZECZPOSPOLITEJ (Rzeczpospolita, Prawo co dnia,) pt.: „Nie można bezpodstawnie unieważniać”.

Protestujący stwierdził ponadto, iż niedopuszczalne jest unieważnienie postępowania z innych powodów niż wskazane w art. 93 ust. 1 Pzp, gdyż prowadzi to lub może prowadzić do złamania zasad stanowiących fundament systemu zamówień publicznych. Ze względu na cele, jakie spełnia instytucja unieważnienia postępowania, jak również mając na względzie ograniczenie swobody Zamawiających odnośnie unieważnienia postępowań o udzielenie zamówień publicznych, ustawodawca uznał w art. 17 ust. 3 uondfp za naruszenie dyscypliny finansów publicznych unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłankę upoważniającą do unieważnienia tego postępowania.

Uznał wybór najkorzystniejszej oferty w przetargu publicznym za publiczne przyrzeczenie podpisania umowy. Zaś unieważnienie za udaremnienie tego skutku i doprowadzenie do stanu wyrządzenia szkody w finansach publicznych.

Protestujący poinformował także Zamawiającego o przesłaniu do wiadomości protestu: Właściwemu Rzecznikowi dyscypliny finansów publicznych, Departamentowi Kontroli Urzędu Zamówień Publicznych oraz Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie. Ponadto poinformował go o wystąpieniu do sadu cywilnego z roszczeniem odszkodowawczym w pełnej wysokości obejmującym nie tylko koszty uczestnictwa w postępowaniu i przygotowaniu oferty (art.93 ust.4 Pzp), ale także w zakresie wszystkich utraconych korzyści (art. 415 k. c.).

W dniu 13.06.2008 r. Zamawiający faxem przekazał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym, jak również poinformował o zawieszeniu terminu związania ofertą.

Z uwagi na złożenie oferty tylko przez Protestującego, nie miało miejsce żadne przystąpienie.

W dniu 18.06.2008 r. faxem Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie. Po pierwsze wskazał, iż w związku z ustawą o finansach publicznych nakazującą min. racjonalne gospodarowanie środkami publicznymi mając na uwadze fakt, iż w przedmiotowym zamówieniu nie uzyskano efektu konkurencyjności poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia bez rozdzielenia zamówienia na części tak, by umożliwić składanie ofert wyspecjalizowanym wykonawcom (hurtownie komputerowe, firmy produkujące meble kuchenne, zakłady oferujące meble biurowe, sklepy sprzedające siedziska do hal sportowych oraz hurtownie oferujące wyposażenie do siłowni) Zamawiający uznał, iż jedynym sposobem sanacji wad prowadzonego postępowania jest jego unieważnienie.

Poprzez nie wyodrębnienie części zamówień i umożliwienie składania ofert na poszczególne asortymenty np. tylko na wyposażanie siłowni, tylko na meble do kuchni, tylko na komputery itp. Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Pzp nakazujący zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie potencjalnych wykonawców.

Po drugie, podniósł, iż w toku postępowania został naruszony przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i nieprzestrzeganie art. 29 ust. 1 - 3 Pzp, zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając

wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jednocześnie przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, oraz nie można go opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Opis przedmiotu zamówienia podany przez Zamawiającego powinien w sposób precyzyjny i jednoznaczny określać istotne właściwości fizyczne, funkcjonalne i inne, mające istotne znaczenie dla zamawiającego. W razie potrzeby Zamawiający może posiłkować się przy określeniu przedmiotu umowy planami, rysunkami lub projektami.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przygotowując opis przedmiotu zamówienia (załącznik nr 5) do SIWZ:

1) opisując zestawienie wyposażenia do siłowni posłużył się nr katalogowymi firmy OLIMP i to w sytuacji, gdy nie zachodziła przesłanka do posłużenia się wskazaniem miejsca pochodzenia (od konkretnego dostawcy), bowiem opisanie tej części przedmiotu zamówienia nie wymagało posługiwania się takim oznaczeniem,

2) opisując sprzęt komputerowy napisał „laptop z oprogramowaniem, system operacyjny, edytor tekstu, arkusz kalkulacyjny i program antywirusowy” bez podania jakichkolwiek parametrów komputera np. prędkość procesora, pojemność dysku twardego, rodzaj karty graficznej itp. Poprzez tak nieprecyzyjne opisanie wymaganego asortymentu, jak stwierdził, naruszono art. 29 Pzp. Powyższy opis przedmiotu zamówienia, naruszający m.in. art. 29 Pzp miał zasadniczy i podstawowy wpływ na sporządzanie oferty i prowadził do naruszenia, które może mieć wpływ na wynik postępowania. Opis przedmiotu zamówienia w SIWZ służy bowiem do przygotowania ofert, szczególnie w zakresie obliczenia ceny. Wadliwy, to jest zbyt ogólnikowy opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia Zamawiającemu porównanie ofert, a więc i wybór oferty najkorzystniejszej w zgodzie z art. 91 Pzp.

Brak szczegółowych wymagań co do przedmiotu zamówienia oraz brak w ofercie dokładnej charakterystyki asortymentu doprowadza do pytania czy wykonawcy mogą wiedzieć, co w istocie jest przedmiotem zamówienia, tym bardziej, że w toku postępowania żaden z wykonawców nie zadał pisemnych zapytań do SIWZ w celu uszczegółowienia wymaganego asortymentu.

Wykonawcy składający ofertę w tak przygotowanym postępowaniu mogą dostarczyć zupełnie inny asortyment niż oczekiwany przez Zamawiającego, a powodem tego jest wyłącznie wadliwy opis przedmiotu zamówienia w SIWZ.

Wobec powyższych wyjaśnień, zdaniem Zamawiającego postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy. Ponadto, wskazał, że nie jest wiadomym co wykonawca konkretnie proponuje w swojej ofercie ponieważ oferta

Protestującego także nie zawiera dokładnej charakterystyki proponowanego wyposażenia z podaniem np. konkretnych modeli.

Zamawiający wyjaśnił, iż ma prawo przyznać się do błędu i ratować pieniądze publiczne poprzez unieważnienie przedmiotowego przetargu, aby móc rozpiścić nowy na zasadach umożliwiających konkurencję, a tym samym obniżenie cen asortymentu. W interesie wykonawcy oraz Zamawiającego jest dokładne opisanie przedmiotu zamówienia i ogłoszenie ponownie przetargu z możliwością składania ofert na poszczególne części asortymentu.

Protestujący zauważył również, iż powinien mieć na uwadze także art. 191 ust. 3 Pzp, który nakazuje arbitrom Krajowej Izby Odwoławczej zbadać okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania z urzędu.

W dniu 23.06.2008 r. (pocztą) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i wnioski z protestu.

Ustosunkowując się do rozstrzygnięcia i twierdzenia, że Zamawiający powinien podzielić zamówienie, a pozwala to uzyskać konkurencyjność ofert i wpłynięcie na efekt cenowy, zwrócił uwagę na fakt, że nikt nie oprotestował tak sporządzonej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, zarzucając Zamawiającemu naruszenie uczciwej konkurencji i zasady równości. Nikt nawet nie zwrócił się z takim zapytaniem do Zamawiającego. Uznając niniejszym dywagacje Zamawiającego za pozbawione jakichkolwiek podstaw prawnych.

Odwołujący podniósł, iż cena złożonej oferty jest niższa niż ilość środków jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie niniejszego zamówienia, tym samym uwagi na temat efektu cenowego i ratowania pieniądza publicznego pozbawione są sensu i wskazują na rażąco swobodne stosowanie prawa, gdzie Zamawiający podejmuje „decyzje jak chce”.

Ponadto, Odwołujący wskazał na fakt, że Zamawiający „za wszelką cenę” chce wyeliminować jego z postępowania, o czym świadczy, w jego mniemaniu inne fragmenty pisma o oddaleniu protestu, w którym dostrzega, że przy opisie przedmiotu zamówienia oparł się o numery katalogowe firmy Olimpia, czego jakoby nie powinien zrobić lub że nie określił precyzyjnych parametrów komputera. Odwołujący podniósł w odwołaniu, iż to co w końcu jakoby zaskutkowało rzeczona wada, tj. tym że oferty byłyby nieporównywalne było widoczne przed składaniem ofert i nie rozumie on działania Zamawiającego, który uznaje wadliwość opisu przedmiotu zamówienia dopiero po upływie terminu składania ofert. Stwierdził, jednocześnie, iż fakt ten jednak nie miał wpływu na wynik postępowania.

Odwołujący zauważył, iż Zamawiający zapomniał, że nie zachodzi obawa nieporównywalności ofert, a więc sam wytrącił sobie swoje argumenty. Wnioskuje, iż jeżeli Zamawiający w końcu czegoś nie opisuje w sposób nadzwyczaj precyzyjny, to oznacza, że

nie ma w tym zakresie szczególnych potrzeb i preferencji, a zależy mu na rzeczach o ustalonych standardach jakości, rozwiązaniach powszechnie stosowanych w danej dziedzinie i uśrednionej jakości. Wniosek niniejszy wsnuwa z treści kodeksu cywilnego z przepisów o wykonaniu zobowiązań w oparciu o art. 14 Pzp.

Uznał zarzut Zamawiającego, że Wykonawcy z uwagi na brak precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, mogą nie wiedzieć na co złożyć ofertę, za nieprawdziwy i nie pociągający negatywnego skutku po stronie tego Wykonawcy, który jako profesjonalista wiedział jak sporządzić ofertę i jak ją skalkulować. Oferta jest ważna, mieści się cenowo w ilości środków jaką posiada Zamawiający, a więc winien on dokonać rozstrzygnięcia postępowania, a nie je unieważniać.

Podkreślił pozorność działania Zamawiającego i chęć udaremnienia postępowania „za wszelką cenę”, albowiem jak sam pisze, ma on złudzenia, że nowe postępowanie „przygotuje tak dobrze”, że nie będzie żadnego protestu i szybko je zakończy bez protestów i odwołań. Twierdzenie takie jest pozbawione jakichkolwiek podstaw faktycznych i prawnych, i de facto stanowi wyraz życzeń i złudzeń co do stanów przyszłych i niepewnych. Niemniej absolutnie nie może stanowić podstawy unieważnienia ogłoszonego postępowania, albowiem „rozpisanie przetargu publicznego” stanowi przyrzeczenie zawarcia umowy i Zamawiający nie może, „ot tak po prostu” stracić zainteresowania dotychczas prowadzonym postępowaniem i unieważnić go bez istotnej, prawem określonej przyczyny.

Zamawiający, zdaniem Odwołującego, ogłaszając przetarg i otwierając oferty, poprzez swoje działanie „uprawomocnił tekst specyfikacji” i na jego podstawie winien rozstrzygnąć postępowanie i udzielić zamówienia.

Kopia odwołania wraz z załącznikami została przekazana Zamawiającemu w dniu 23.06.2008 r.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, w szczególności zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym: SIWZ, ofertą, dowodem i po wysłuchaniu stron na rozprawie, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania. Odwołujący złożył ofertę, która pozostała jedyną ważną niepodlegającą odrzuceniu w przedmiotowym postępowaniu i zgodnie z kryteriami oceny musiałaby być uznana za

najkorzystniejszą, działanie Zamawiającego odbiera mu możliwość uzyskania niniejszego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W toku rozprawy KIO dopuściła jako dowód SIWZ postępowania na dostawę wraz z instalacją wyposażenia meblowego, gabinetu hydro i fizykoterapii oraz sauny (Znak sprawy: 13/III/2007) – przedłożoną przez Odwołującego.

Odnosnie wniosku Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z dokumentacji dostarczonej przez Zamawiającego na okoliczność tego rodzaju, czy przedstawiciel Zamawiającego pan Miłosz Ś. miał stosowne pełnomocnictwo do podpisania pisma unieważniającego przedmiotowe postępowanie w dacie 05.06.2008 r., Izba z uwagi na brak stosownego pełnomocnictwa w dokumentacji, opierając się na oświadczeniu złożonym podczas rozprawy przez Zamawiającego stwierdziła, iż brak jest podstaw do uznania nieważności czynności unieważnienia z mocy prawa. Izba uznała oświadczenie Zamawiającego o uprawnieniu wynikającym z zarządzenia wewnętrznego wobec wskazanej osoby z racji jej funkcji, do podpisywania informacji o unieważnieniu postępowania za wiarygodne. Ewentualne uwzględnienie odwołania z powyższej podstawy i nakazanie ponownej oceny i badania ofert, Izba uznała za nieuzasadnione i prowadzące w efekcie do ponownego unieważnienia. Ponadto, Izba wzięła pod uwagę fakt, iż kierownik Zamawiającego podpisał protokół Druk ZP-1 zatwierdzając tym samym unieważnienie postępowania.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez bezprawne unieważnienie postępowania z uwagi na nie istnienie ustawowej przesłanki dokonania tej czynności postępowania, jak również zarzutu naruszenie art. 17 ust. 3 uondfp, które z uwagi na ich charakter rozpatrzyła łącznie.

Izba podkreśla, iż zaistnienie którejkolwiek z przesłanek wymienionych w art. 93 ust. 1 Pzp skutkuje dla Zamawiającego bezwzględną koniecznością unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (zamknięty katalog „istotnych przyczyn”). Z drugiej jednak strony, skorzystanie przez Zamawiającego z wymienionych przesłanek nie może być dowolne i musi znaleźć swoje uzasadnienie w stanie faktycznym, zaistniałym w danym postępowaniu. Czynność unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne powinna znaleźć swoje odzwierciedlenie w uzasadnieniu faktycznym i prawnym, które Zamawiający przekazuje jednocześnie wszystkim wykonawcom, którzy ubiegali się o dane zamówienie, łącznie z decyzją o unieważnieniu postępowania.

Podjęcie przez Zamawiającego niewłaściwej decyzji o unieważnieniu postępowania – bezpodstawne unieważnienie postępowania, jak również nie unieważnienie postępowania w przypadku zaistnienia choćby jednej z wymienionych w art. 93 ust. 1 Pzp przesłanek – rodzi dla Zamawiającego również odpowiedzialność w trybie uondfp. Stosownie do treści art. 17 ust. 3 tej ustawy, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania.

Izba wskazuje, iż odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w trybie przywołanej ustawy ponoszą obok kierowników jednostek sektora finansów publicznych również pracownicy tych jednostek, którym powierzono określone obowiązki czy czynności przewidziane w przepisach o zamówieniach publicznych, a także osoby gospodarujące środkami publicznymi przekazanymi jednostkom nie zaliczanym do sektora finansów publicznych (art. 4 uondfp).

Powyższy stan rzeczy jest o tyle istotny, iż art. 93 ust.1 Pzp jest jednym z przepisów na podstawie, którego można zrekonstruować zasadę, zgodnie z którą: „Zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie w celu jego udzielenia”. (...) Innymi słowy, w sytuacji wszczęcia przez zamawiającego postępowania obowiązany jest on doprowadzić postępowanie do końca, tj. wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie udzielenia zamówienia publicznego”. (P. Wiśniewski: „Zasady prawa zamówień publicznych – wybrane zagadnienia” Kwartalnik PZP, Nr 1 (16)/2008, str.38). Wynika więc z tego, iż celem organizowania przetargu jest udzielenie zamówienia publicznego. „W związku z tym nie jest możliwe unieważnienie postępowania bez wskazania wystąpienia istotnej przyczyny, zwłaszcza w sytuacji, gdy cel ten jest możliwy do osiągnięcia, a jedynie nie ma woli do zawarcia umowy”. (G. Czaban: „Orzecznictwo zespołu arbitrów może powodować utratę środków unijnych”, Inwestor Publiczny Nr 1/2007, str.8).

Art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp stanowi obowiązek unieważnienia postępowania przez Zamawiającego, gdy postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z treści tego przepisu wynika konieczność jego analizy w związku z wyliczeniem naruszeń postępowania skutkujących nieważnością umowy, dokonanych w art. 146 ust. 1 Pzp. Wymienione w tym przepisie przypadki wskazują sytuacje, w których zachodzi bezwzględna konieczność unieważnienia postępowania. Wśród takich przypadków jest opisana w art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp okoliczność, kiedy

w postępowaniu o zamówienie publiczne doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, a następnie naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, oraz sytuacja określona art. 146 ust. 1 pkt 5, który odwołuje się do dokonania wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy.

Zgodnie z doktryną: „Wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy to inaczej naruszanie przepisów, które w przypadku zawarcia umowy skutkować będzie jej nieważnością. Z wykładni sformułowania „obarczone” wynika, iż musi być to wada, której nie można konwalidować, która obciąża postępowanie w sposób nieodwracalny. Zatem chodzi o taką wadę, której nie można „naprawić” w tym postępowaniu, a postępowanie zmierza do zawarcia nieważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego”. (teza nr 8 komentarza do art. 93 Pzp, Marcin Butkiewicz: „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz”, Wydawnictwo Ius Publicum 2006, wersja CD). Inny jej przedstawiciel z kolei stwierdził, iż: „ (...) unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt. 7 Pzp jest następstwem pojawienia się w nim nieusuwalnej wady samego postępowania, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, iż powoduje jej bezwzględną nieważność. (G. Czaban: „Orzecznictwo zespołu arbitrów może powodować utratę środków unijnych”, Inwestor Publiczny Nr 1/2007, str.8-9).

Istotę wady, określił także Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 04.11.2005 r., sygn. akt: II Ca 941/05, gdzie stwierdził, iż: „wadą w rozumieniu ww. przepisu jest nieusuwalna wada samego postępowania, która wywiera istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia, że powoduje jej bezwzględną nieważność. Wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy jest obiektywna niemożność dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty”.

Przykładem wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję (postanowienie Zespołu Arbitrów z dnia 13.01.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-14/06; wyr. ZA z 13.09.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2505/05) (G. Wicik, P. Wiśniewski: „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz. Suplement aktualizacyjny”, C. H. Beck, W-wa 2007, s. 497).

Analizując art. 146 ust.1 pkt 6 Pzp należy stwierdzić, iż gdyby opis przedmiotu zamówienia był prawidłowy wówczas wynik przetargu byłby inny, wybrana zostałaby oferta innego wykonawcy, gdyż inny zdecydowanie szerszy byłby krąg podmiotów obrotu gospodarczego (odbiorców) do których skierowany zostałby przedmiotowy przetarg. Izba naturalnie dopuszcza możliwość wyboru oferty Odwołującego, ale jest zobowiązana do rozpatrywania interesu wszystkich uczestników obrotu gospodarczego. Wobec powyższego Izba uznała, że stwierdzone naruszenie tj. wadliwy opis przedmiotu zamówienia stanowi

naruszenie ustawy, tzn. Pzp będące przeszkodą w zawarciu ważnej umowy, powoduje, iż zamówienie zostałyby udzielone innemu wykonawcy, niż miałyby to miejsce w sytuacji, gdyby naruszenie nie zostało popełnione (w tym względzie Izba wzięła pod uwagę stanowisko piśmiennictwa odnośnie art. 146 ust.1 pkt 6 Pzp - M Stachowiak, J. Jerzykowski, W Dzierżanowski: „Prawo zamówień publicznych – komentarz”, Zakamycze 2005, teza 8, str. 321). Jednocześnie, Izba wskazuje iż ewentualny wybór oferty najkorzystniejszej stanowiłby przesłankę naruszenia art. 146 ust.1 pkt 5 Pzp, gdyż wybór oferty nastąpiłby z rażącym naruszeniem art. 29 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Podobnie Opinia prawna Urzędu Zamówień Publicznych (Opinia prawna nr 15:

<http://www.uzp.gov.pl/zagadnienia-merytoryczne/prawo-polskie/opinie-prawne/aktualne/opis-przedmiotu-zamowienia>):

„Art. 29 ust.1 prawa zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. (.....)

Do wyjątków dopuszczających odmienny od uregulowanego art. 29 ust. 1 prawa zamówień publicznych opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia należy art. 29 ust. 3 prawa zamówień publicznych. Jednakże, ze względu na to, iż przepis ten ma charakter wyjątkowy, może być on stosowany tylko w wyjątkowych sytuacjach i interpretowany ściśle: gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń a opisowi towarzyszą wyrazy "lub równoważne" albo podobne, co nadaje wymienionym konkretnym produktom charakter przykładowy. W przypadku dopuszczenia składania ofert równoważnych zamawiający jest zobowiązany do dokładnego określenia wymagań dotyczących takich ofert. (....)

Zamawiający wskazując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na konkretny produkt a pomijając minimalne wymagania dające obraz realnych oczekiwań co do oferowanego produktu, nie tylko narusza zasadę określoną w art. 29 ust. 1 pkt. 3 ustawy, ale także zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego dostępu do zamówienia publicznego określone art. 7 ust. 1 Pzp, zniechęcając do udziału w postępowaniu wykonawców oferujących produkty innych marek.

Zamawiający narusza ustawę - Prawo zamówień publicznych także wówczas jeżeli, mimo, że istnieją sposoby opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, opisuje go

poprzez wskazanie na znak towarowy lub wskazanie innych parametrów przesądających o wyborze konkretnej marki.(.....)

Jeżeli więc zamawiający opisał przedmiot zamówienia nie w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty jak wymaga tego ustawa, ale poprzez wskazanie znaku towarowego, mimo, iż nie było to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia ani tym, że nie mógł on opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń - dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem przepisów prawa zamówień publicznych.

W konsekwencji wybór taki nie może prowadzić do zawarcia ważnej umowy. Zamawiający stwierdzając tę okoliczność, ma obowiązek unieważnienia postępowania”.

W tym miejscu należy wskazać, iż zdaniem Izby, Zamawiający w niniejszej sprawie nie dokonał szczegółowego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia. Opis zamówienia winien być na tyle oczywisty i niebudzący jakichkolwiek wątpliwości, by mógł stanowić podstawę do złożenia przez zainteresowane podmioty porównywalnych ofert. (tak: E. Norek: „Prawo Zamówień Publicznych Komentarz”, Lexis Nexis 2005, s. 68). Ponadto, Izba miała na względzie zasadę neutralności opisu przedmiotu zamówienia wynikająca z art. 29 ust.2 Pzp, zgodnie z którą przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przy czym, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Podobnie Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 25.01.2006 r., sygn. akt: II Ca 693/05 (niepubl.), który stwierdził, iż: „przepis ten (art. 29 ust.2 Pzp – dopisek autora) nie wymaga faktycznego wykazania, lecz uznaje za wystarczające uprawdopodobnienie utrudnienia uczciwej konkurencji.(...)”.

W tym względzie, Izba przywołuje także wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 09.11.2005 r., sygn. akt: II Ca 587/05 (niepubl.) zgodnie z którym: „Zakazane jest formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę bądź też, które eliminowałyby konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodując sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych”.

Opis przedmiotu zamówienia zawarty w załączniku nr 5 do SIWZ budzi wiele wątpliwości, a wskazane przez Zamawiającego kwestie z nim związane należy traktować jako przykładowe, dające tylko wybiórczy obraz szerszego stanu, tj. braku wyczerpującego opisu, czy też w innych miejscach jego zupełnego braku, jak i załączenia do postępowania opisu, który bezwzględnie, poprzez wskazanie w określonych fragmentach na model katalogowy albo numer katalogowy OLIMP, utrudniają uczciwa konkurencje.

Powyższe, jest tym bardziej naganne, iż sam Zamawiający przyznał, iż:

„opisując zestawienie wyposażenia do siłowni posłużył się nr katalogowymi firmy OLIMP i to w sytuacji, gdy nie zachodziła przesłanka do posłużenia się wskazaniem miejsca pochodzenia (od konkretnego dostawcy), bowiem opisanie tej części przedmiotu zamówienia nie wymagało posługiwania się takim oznaczeniem”. Niniejsze bowiem świadczy o tym, iż mimo stosowania w pewnych fragmentach opisu przedmiotu zamówienia według wynikającej z art. 29 ust.3 Pzp, na co wskazuje także zapis z pierwszej strony załącznika nr 5 do SIWZ: „Powyższe zestawienie zostało wykonane w oparciu o elementy katalogowe. Zamawiający dopuszcza zastosowanie elementów analogicznych lub równoważnych pod warunkiem zachowania parametrów technicznych i jakościowych wyżej wymienionego asortymentu” dopuszczający równoważny przedmiot zamówienia, działanie Zamawiającego, jak sam wprost przyznał, było nieuzasadnione i naruszało art. 29 ust.3 Pzp (nie zaistniały łącznie przesłanki: specyfika przedmiotu zamówienia i niemożność opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń).

Izba także zauważa, iż samo użycie nr katalogowego danej firmy, czy też modelu katalogowego jest przejawem bezpośredniej dyskryminacji, tudzież uprzywilejowania, co należy wnioskować na podstawie orzecznictwa Zespołów Arbitrów (wyrok z dnia 06.04.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-592/05) wskazującego, iż jest nim posłużenie się nazwą katalogową produktu.

Tezy Odwołującego, oceniające opis przedmiotu zamówienia przygotowany przez Zamawiającego: „że nie ma (on – dopisek autora) w tym zakresie szczególnych potrzeb i preferencji, a zależy mu na rzeczach o ustalonych standardach jakości, rozwiązaniach powszechnie stosowanych w danej dziedzinie i uśrednionej jakości. Wniosek niniejszy wysnuwa z treści kodeksu cywilnego z przepisów o wykonaniu zobowiązań w oparciu o art. 14 Pzp.” jest błędny. Powyższe kwestie są uregulowane w sposób nie budzący wątpliwości w Pzp (m.in. art. 29) i odwoływanie się do przepisów kodeksy cywilnego jest bezprzedmiotowe.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego względem konieczności przeprowadzenia nowego postępowania, Izba stwierdza co następuje:

Po pierwsze, określenie przedmiotu postępowania o udzielenie zamówienia jest zawsze decyzją własną Zamawiającego. To bowiem Zamawiający decyduje o tym, co ma być przedmiotem określonego zamówienia. W tej materii Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 09.11.2005 r., sygn. akt: II Ca 587/05.

Po drugie, z przepisów Pzp wynika, że Zamawiający samodzielnie dokonuje oceny swoich potrzeb i stosownie do tych potrzeb opisuje – z zastrzeżeniem zasad określonych w art. 29 Pzp – przedmiot zamówienia (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 31.01.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-215/06).

Po trzecie, ocena powyższych potrzeb ma miejsce przed wszczęciem danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a wyjątkowo może być zmieniana w trybie art. 38 ust. 4 Pzp do terminu składania ofert.

Po czwarte, art. 83 ust.2 i 3 Pzp daje Zamawiającemu uprawnienie dopuszczenia składania ofert częściowych, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny. Ponadto, może on określić maksymalną liczbę części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca. Niniejsze musi mieć miejsce z uwzględnieniem art. 32 ust.2 i 4 Pzp.

Odnosząc niniejsze do przedmiotowego stanu faktycznego Izba stwierdza, co następuje:

Po pierwsze, wskazana wada, tj. naruszenie art. 29 Pzp miała miejsce od dnia wszczęcia postępowania i umieszczenia SIWZ wraz z opisem przedmiotu zamówienia na stronie internetowej Zamawiającego. Działanie Zamawiającego, który dostrzegł powyższe uchybienie dopiero po terminie składania ofert jest naganne i wskazuje w sposób nie budzący wątpliwości na jego pełną odpowiedzialność w tym zakresie. Odwołujący w żaden sposób nie przyczynił się do zaistnienia okoliczności skutkujących koniecznością unieważnienia.

Po drugie, teza o konieczności przeprowadzenia nowego postępowania z możliwością składania ofert częściowych, gdyż zwiększy to jego konkurencyjność i pozwoli uzyskać większą ilość ofert, jest jedynie domniemaniem. Zdaniem Izby, prawdziwy efekt konkurencyjności i znaczniejszy odzew ze strony Wykonawców, Zamawiający osiągnie nie poprzez wydzielanie kolejnych części zamówienia, ale poprzez opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 Pzp. Forma taka, jak w obecnym postępowaniu, czy też inna proponowana przez niego, ma charakter drugorzędny.

Po trzecie, efekt nieporównywalności i, jak pisze Zamawiający, sytuacja, gdy: „nie jest wiadomym co wykonawca konkretnie proponuje w swojej ofercie”, to rezultat tylko i wyłącznie jego błędnego opisu przedmiotu zamówienia. W tym miejscu Izba podkreśla, iż zgodnie z art. 17 ust.1 pkt 3 uodfp naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot lub warunki zostały określone

w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji. Wobec powyższego każde kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wszczynane przez Zamawiającego musi mieć na względzie także wskazany przepis.

Po czwarte, powołany przez Odwołującego dowód, tj. SIWZ postępowania na dostawę wraz z instalacją wyposażenia meblowego, gabinetu hydro i fizykoterapii oraz sauny (Znak sprawy: 13/III/2007) wskazuje na naganną praktykę istniejącą u Zamawiającego. Jej ewentualne kontynuowanie daje podstawę do wystąpienia przez Wykonawców do Departamentu Kontroli Urzędu Zamówień Publicznych z wnioskiem o przeprowadzenie kontroli następczej w trybie art. 170 ust. 1 Pzp.

Po piąte, wskazany wcześniej zapis: „(...) Zamawiający dopuszcza zastosowanie elementów analogicznych lub równoważnych pod warunkiem zachowania parametrów technicznych i jakościowych wyżej wymienionego asortymentu” de facto wymaga zachowania parametrów technicznych i jakościowych takich samych jak wyżej wymienionego asortymentu a dopuszczenie zastosowania elementów analogicznych lub równoważnych jest pozorne. Ponadto, brak jest precyzyjnego określenia przez Zamawiającego parametrów technicznych i wymogów jakościowych dotyczących ofert równoważnych, samo wskazanie na zapis z Części I pkt. 1 c) SIWZ (str.2) dopuszczający składanie ofert równoważnych jest niewystarczające.

Po szóste, odnosząc się do powołanego podczas rozprawy orzeczenia KIO/UZP 540/541/08 z dnia 20.06.2008 r., Izba stwierdza, że zakres wadliwości przedmiotu zamówienia sporządzonego przez Zamawiającego jest takiego rodzaju i skali, iż wskazane orzeczenie nie może mieć zastosowania.

W związku z powyższym, Izba uznała, iż konieczne było postępowanie Zamawiającego polegające na unieważnieniu postępowania na zasadzie art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp.

Izba wskazuje, iż niezadowolonemu z unieważnienia postępowania Wykonawcy, w tym wypadku Odwołującemu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności chodzi tu o koszty sporządzenia oferty. Nie można jednak wykluczyć, że będą to przykładowo również koszty dojazdu do siedziby Zamawiającego na otwarcie ofert, czy też koszty zastępstwa prawnego w sprawie odwołania rozpatrywanego w danym postępowaniu przez KIO. Wykonawca składający takie powództwo będzie musiał wykazać przed sądem powszechnym, 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.

Podobnie orzecznictwo Zespołów Arbitrów oraz KIO: „Do uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu zaliczyć można np. koszty przygotowania oferty, koszty jej doręczenia, koszty próbek, dojazdu Odwołującego na otwarcie ofert (Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 20.06.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1372/05). Do powyższych kosztów można z całą pewnością zaliczyć każdorazowy koszt kuriera lub transportu stacji roboczej do testów w obie strony, noclegu i wyżywienia osób towarzyszących, jeśli takowe były oraz inne uzasadnione koszty których wykazanie jest możliwe” (Wyrok KIO z dnia 18.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 76/08).

Z uwagi na niepotwierdzenie się zarzutu naruszenia art. 93 ust.1 pkt 7 Pzp, jak również art. 13 ust.4 uoifp, Izba uznała za nieudowodnione zarzuty naruszenia art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc w związku z art. 14 Pzp, tj. poprzez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście, jak również zarzutu działanie Zamawiającego stanowiącego złamanie art. 22, jak również w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji RP, tj. ograniczenia wolności działalności gospodarczej dopuszczalnej tylko w drodze ustawy i tylko ze względów na ważny interes publiczny. Ponadto Izba stwierdza, iż powołanie się na art. 58 § 1 i 2 kc, czyli zarzut bezprawnie dokonanej czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście odnosi się w swej treści do przepisów kodeksu cywilnego i wymaga wskazania przepisu kodeksu cywilnego, który został naruszony lub którego obejście miało miejsce. Wobec powyższego, Odwołujący nie wykazał zasadności podniesionego zarzutu, tym bardziej, iż czynność miała miejsce pomiędzy profesjonalistami obrotu gospodarczego, mającymi obowiązek znać przepisy.

Izba podkreśla, iż wydając powyższe orzeczenie miała na względzie także art. 191 ust.3 zd. 2 Pzp, gdyż nawet uwzględniając zarzuty Odwołującego byłaby zmuszona unieważnić postępowanie z urzędu z uwagi na zaistnienie przesłanek wynikających z art. 93 ust.1 pkt 7 w związku z art. 146 ust.1 pkt 5 i 6 Pzp oraz w związku z art. 29 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

W tym zakresie Izba powołuje się także na stanowisko zawarte w Informacji o wynikach obligatoryjnych kontroli uprzednich Prezesa UZP zakończonych w okresie od 01.07.2007 r. do 31.12.2007 r., gdzie opis przedmiotu zamówienia, dokonany z naruszeniem art. 29 ust.3 Pzp jest wskazany jako naruszenie skutkujące zaleceniem unieważnienia postępowania, str. 14-15, jak również w Informacji o wynikach kontroli uprzednich zakończonych w okresie od 01.01.2005 r. do 30.06.2005 r., gdzie niekompletny opis przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie art. 29 ust.1 Pzp (str. 8).

Mając powyższe na uwadze, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji nie uwzględniając odwołań.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*