

WYROK

z dnia 8 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Członkowie: Ewa Kisiel

Ernest Klauziński

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2018 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 października 2018 r. przez wykonawcę **Studiotech POLAND Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Telewizję Polską S.A. z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 15 października 2018 r. polegającej na stwierdzeniu, iż Odwołujący

podał w Specyfikacji Cenowej urządzenia niezgodne z wymogami Opisu przedmiotu zamówienia co oznacza, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 617 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset siedemnaście złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) 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:.....

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Telewizja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie prowadził na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986; dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę cyfrowych mikserów wizji.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 lipca 2018 r., pod numerem 2018/S 131-298441.

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

W dniu 7 września 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o wyborze jako najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta wykonawcy Studiotech Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Następnie w dniu 15 października 2018 r. Zamawiający poinformował, iż z przyczyn leżących po stronie wykonawcy Studiotech Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zawarcie umowy stało się niemożliwe.

W dniu 25 października 2018 r. wykonawca Studiotech Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zarzucił Zamawiającemu:

1. rażąco naruszenie art. 94 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 7 ust. 3 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie przez Zamawiającego czynności w postaci jego oświadczenia z dnia 15 października 2018 r., dotyczącego uznania, że zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, a w konsekwencji nie

zawarcie umowy dostawy cyfrowych mikserów wizji.

2.rażące naruszenie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 58 § 1 i 2 k.c. w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp wobec przyjęcia w punkcie 17.3 SIWZ mechanizmu pozwalającego Zamawiającemu na bezprawne uznawanie, wbrew obiektywnie dającym się ocenić faktom, iż wykonawca jakoby odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego lub, że zawarcie umowy stało się niemożliwe jakoby z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

3.rażące naruszenie art. 46 ust. 5 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 58 § 1 i 2 k.c. w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp wobec przyjęcia w punkcie 17.3 SIWZ mechanizmu pozwalającego Zamawiającemu na bezprawne zatrzymanie wadium, w sytuacji bezprawnego uznania, wbrew obiektywnie dającym się ocenić faktom, iż wykonawca jakoby odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego lub że zawarcie umowy stało się niemożliwe jakoby z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

W oparciu o tak przedstawione zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1.uwzględnienie odwołania,
- 2.nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego w postaci jego oświadczenia z dnia 15 października 2018 r. dotyczącego uznania, że zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Odwołującego,
- 3.zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający w Opisie przedmiotu zamówienia (dalej: OPZ) stanowiącego załącznik nr 1 do Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) postanowił w punkcie 2.2.6, iż pulpit sterujący winien posiadać co najmniej czteroznakowe, konfigurowalne wyświetlacze nazw źródeł miksera dla co najmniej 16 klawiszy bezpośredniego dostępu do źródeł niezależnie w każdym układów kontroli M/E. W samym zaś SIWZ Zamawiający zastrzegł w punkcie 17.2, iż „Niezwłocznie po wyborze oferty, a przed zawarciem umowy z Zamawiającym Wykonawca, którego ofertę wybrano zobowiązany jest, bez wezwania, przedłożyć Zamawiającemu Specyfikację Cenową zgodną w treści z Załącznikiem Nr 4 do Wzoru umowy. (...) Urządzenia wyspecyfikowane w Specyfikacji Cenowej muszą odpowiadać wymogom określonym w Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym Załącznik Nr 1 do SIWZ”, zaś w punkcie 17.3, iż „Brak przedłożenia Specyfikacji Cenowej, o której mowa w pkt. 17.2 lub podanie w treści Specyfikacji Cenowej urządzeń niezgodnych z wymogami Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ i jednocześnie Zał. Nr 1 do Wzoru umowy) lub podanie w Specyfikacji Cenowej wartości rozbieżnych z odpowiednimi wartościami podanymi w Formularzu ofertowym równoznaczne będzie - odpowiednio do przypadku - że Wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie lub, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących EO stronie Wykonawcy, ze wszelkimi tego konsekwencjami, wynikającymi z ustawy Pzp”.

Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 14 sierpnia 2018 r. złożył ofertę wykonania powyższego zamówienia publicznego za cenę 1216.638,51 zł brutto. Oferta Odwołującego nie została odrzucona w trybie art. 89 ustawy Pzp. Następnie wskazał, że Zamawiający w dniu 7 września 2018 r. poinformował go o wybraniu jego oferty jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zaznaczył, że w dniu 17 września 2018 r. upłynął termin karencji, o którym mowa w art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, dotyczący możliwości zawarcia umowy dostawy, w związku z czym Odwołujący przesłał Zamawiającemu Specyfikację Cenową, o której mowa w punkcie 17.3 SIWZ.

Zamawiający w piśmie z dnia 15 października 2018 r. poinformował wykonawców, w tym Odwołującego, że jego zdaniem „Wyspecyfikowany przez Wykonawcę (Odwołującego w pkt 10 tabeli Specyfikacji Cenowej pulpit sterujący HVS-492ROU nie spełnia wymagania punktu 2.2.6. Opisu przedmiotu zamówienia ... Zaoferowany pulpit HVS-492ROU posiada dwa układy kontroli M/E a w każdym z nich tylko po 12 klawiszy bezpośredniego dostępu do źródeł i związanych z nimi wyświetlaczy, a zatem jest niezgodny z wymaganiem określonym w OPZ”. W piśmie tym Zamawiający stwierdził również, że „Mając zatem na względzie, iż Wykonawca wskazał w przedłożonej Specyfikacji Cenowej urządzenie, które nie odpowiada wymogom określonym w Opisie przedmiotu zamówienia, Zamawiający, stosownie do zapisu pkt. 17.3 SIWZ, zmuszony jest uznać, że zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”.

Odwołujący podkreślił, że w odpowiedzi na powyższe stanowisko Zamawiającego, w piśmie z dnia 16 października 2018 r. wyjaśnił, że: „Proponowany przez nas panel 492ROU spełnia oba powyższe warunki. Mikser może pracować w trybie jednego układu kontroli M/E, co daje Zamawiającemu do dyspozycji 24 (2x12) klawisze bezpośredniego dostępu cechujące się wszystkimi wymaganymi w punkcie 2.2.1. OPZ funkcjami. W takim modzie pracy spełniony jest zarówno punkt 2.2.1. - co najmniej jeden układ kontroli, jak i punkt 2.2.6. - co najmniej 16 klawiszy”. Odwołujący wskazał, że na potwierdzenie swojego stanowiska dołączył do powyższego pisma, pismo producenta oferowanego sprzętu, w którym producent potwierdził spełnienie przez produkowany przez niego pulpit sterujący 492ROU warunków określonych OPZ. Ponadto Odwołujący wskazał, że w piśmie skierowanym do Zamawiającego zaprzeczył by uchylał się od zawarcia umowy lub by jej zawarcie było nie możliwe z przyczyn leżących po jego stronie oraz, że zgłosił gotowość do zawarcia umowy i do realizacji zadania przetargowego. Wyjaśnił, że w związku z kolejnym pismem Zamawiającego z dnia 22 października 2018 r., w którym Zamawiający nadal kwestionował zgodność

charakterystyki oferowanego przez Odwołującego sprzętu z OPZ, ponownie wystąpił do producenta oferowanego przez niego pulpitu sterującego o wyjaśnienie wątpliwości Zamawiającego. W odpowiedzi producent FOR.A Europe S.r.l. wykazał zgodność parametrów produkowanego pulpitu sterującego HVS-492ROU do miksera video HVS-490 z parametrami wskazanymi przez Zamawiającego w OPZ.

Według Odwołującego, Zamawiający dokonując czynności w dniu 15 października 2018 r., dotyczącej uznania, że zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, a w konsekwencji nie zawierając umowy w sprawie zamówienia publicznego na dostawę cyfrowych mikserów wizji naruszył przepisy ustawy Pzp oraz przepisy kodeksu cywilnego.

Odwołujący stwierdził, że wyjaśnił on wszelkie zastrzeżenia Zamawiającego odnośnie charakterystyki technicznej, właściwości i możliwości konfigurowania sprzętu jaki ma zostać dostarczony w ramach przedmiotowego zamówienia publicznego. Pulpit sterujący HVS-492ROU posiada możliwość ustawienia obu zespołów klawiszy bezpośredniego dostępu po 12 klawiszy każdy w jeden zespół klawiszy bezpośredniego dostępu (24 klawisze) dla obsługi jednego układu kontroli M/E. Pulpit ten spełnia wszystkie wymagania wskazane w punkcie 2.2 OPZ stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ. Podkreślił, iż ani w SIWZ ani w OPZ Zamawiający nie umieścił wymogu by klawisze sterujące w liczbie nie mniej niż 16 znajdowały się w jednym rzędzie. Według Odwołującego, Zamawiający bezpodstawnie zatem dokonał czynności z dnia 15 października 2018r. polegającej na uznaniu, że zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, a w konsekwencji odmówił zawarcia z Odwołującym umowy dostawy cyfrowych mikserów wizji. Bezprawnie także trwa w swoim zaniechaniu zawarcia ww. umowy, co jest z ciężącym nań obowiązkiem zawarcia takiej umowy.

Uzasadniając zarzuty zawarte w punktach nr 2 i nr 3 Odwołujący wskazał, że Zamawiający w punkcie 17.3 SIWZ stworzył wbrew przepisom ustawy Pzp mechanizm pozwalający mu na uznawanie, wbrew obiektywnie dającym się ocenić faktom, iż wykonawca jakoby odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego lub, że zawarcie umowy stało się niemożliwe jakoby z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, zaś na tej podstawie do bezprawnego zatrzymywania wadium.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 46 ust. 5 pkt 1 i 3 ustawy Pzp Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana: 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Odwołujący podkreślił, że w sytuacji uznania, że zawarcie umowy jest niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, to konieczne jest, aby przyczyny te miały charakter obiektywny. Stanowisko takie potwierdza doktryna: „brak możliwości zawarcia umowy powinien istnieć niezależnie od tego, jaki wykonawca (i jaki zamawiający) znalazłby się w podobnej sytuacji i niezależnie od ich woli w tym zakresie” („Prawo zamówień publicznych. Komentarz.” pod red. M. Jaworskiej, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2018, str. 380). W myśl art. 94 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1. Aktualnie także w stosunku do tego przepisu pozostają wyżej przedstawione rozważania dotyczące charakteru przyczyn braku możliwości zawarcia umowy, które miałyby leżeć po stronie wykonawcy.

Odwołujący wskazał także, że zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2018 r. poz. 1025, 1104 i 1629), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W myśl zaś art. 58 § 1 i 2 k.c. czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy (§ 1); nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego (§ 2).

W jego opinii, Zamawiający wbrew przytoczonym wyżej przepisom i zasadom ich stosowania, a zatem spełniając przesłankę z art. 58 § 1 k.c. nieważności czynności jako sprzecznej z prawem, przyjął w punkcie 17.3 SIWZ, iż nie dostarczenie Specyfikacji Cenowej lub jej sprzeczności z OPZ będzie równoznaczne z odmową podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego lub równoznaczne z przyjęciem, iż zawarcie takiej umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Żaden bowiem z przepisów ustawy nie zawiera powyższych postanowień zrównujących niedostarczenie wskazanych dokumentów lub sprzeczności ich treści z SIWZ ze skutkami określonymi w przytoczonych art. 46 ust. 5 pkt 1 i 3 oraz art. 94 ust. 3 ustawy Pzp.

Według Odwołującego takie działanie Zamawiającego nie zasługuje na ochronę i jeżeli nawet byłoby zgodne z treścią przepisów ustawy Pzp, to jest oczywiście niezgodne z zasadami współżycia społecznego. Podsumowując

Odwołujący stwierdził, że zachowanie Zamawiającego daleko odbiega od reguł uczciwości i rzetelności kupieckiej czy też dobrych obyczajów w stosunkach handlowych.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego odrzucenie ewentualnie jego oddalenie.

Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania, Zamawiający wskazał, że nie podziela przytoczonego przez Odwołującego stanowiska jakoby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było zakończone z chwilą podpisania umowy o realizację zamówienia publicznego, a wszelkie czynności poprzedzające podpisanie umowy podejmowane były w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jako takie podlegały kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Wskazał, że zgodnie z treścią w art. 2 pkt 7a ustawy Pzp, przez postępowanie o udzielenie zamówienia - należy rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub - w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki wynegocjowania postanowień takiej umowy. Mając na względzie treść ww. definicji, nie ulega dla Zamawiającego wątpliwości, iż moment zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego został wytyczony z chwilą osiągnięcia celu tego postępowania, tj. w postępowaniach konkurencyjnych, z chwilą dokonania wyboru oferty. Według Zamawiającego, samo zawarcie umowy (udzielenie zamówienia) jest zaś tylko i wyłącznie konsekwencją przeprowadzonego postępowania, które zakończyło się wyborem oferty najkorzystniejszej. Co za tym idzie, wszelkie czynności dokonywane przez Zamawiającego, w tym dokonywane zgodnie z pkt 17.3 SIWZ w związku z nieudaną próbą dopełnienia przez Odwołującego formalności niezbędnych do zawarcia umowy, a określonych przez Zamawiającego w pkt 17.2 SIWZ, nie mogą być uznane za czynności dokonywane w toku postępowania, gdyż nie są one dokonywane w celu wyboru oferty. Analogiczne stanowisko zaprezentowała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 stycznia 2010 r. (KIO 31/11) wskazując, iż „Istotne z punktu widzenia rozpoznawania przedmiotowej sprawy jest określenie przez ustawodawcę początkowego i końcowego momentu postępowania. Niewątpliwie, postępowanie rozpoczyna się, w zależności od wybranego trybu, publicznym ogłoszeniem, bądź przekazaniem zaproszenia. Jako koniec postępowania ustawa określa wybór oferty najkorzystniejszej, przy czym w przypadku wniesienia przez wykonawców odwołań na czynność badania i oceny ofert, należy brać pod uwagę wybór oferty najkorzystniejszej dokonany po rozpoznaniu odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą”. Zamawiający podkreślił, że stanowisko KIO nie jest li tylko interpretacją art. 2 pkt 7a ustawy Pzp, ale znajduje wprost potwierdzenie w woli i intencji ustawodawcy. Jak bowiem wskazano w uzasadnieniu do powszechnie dostępnego na stronie internetowej Sejmu RP druku sejmowego nr 2310 zawierającego projekt nowelizacji ustawy Pzp, przyjętej następnie jako ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r. Nr 223, poz. 1778), która wprowadziła m.in. definicję postępowania o udzielenie zamówienia: „Zaproponowana definicja legalna „postępowania o udzielenie zamówienia” określa wyraźnie ramy czasowe oraz cel procedur przewidzianych w ustawie - Prawo zamówień publicznych wskazując, iż rozpoczynają się one odpowiednio ogłoszeniem lub zaproszeniem do negocjacji, a ich zakończeniem jest wybór oferty najkorzystniejszej albo wynegocjowanie postanowień umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki. Określenie w ustawie zdarzeń rozpoczynających oraz kończących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pozwala na określenie czynności, które są częścią tego postępowania, co ma istotne znaczenie, albowiem wyznacza m.in. zakres zaskarżenia środkami ochrony prawnej (por. art. 180 ust. 1) oraz podleganiu wyłączeniu z postępowania (por. art. 17). Zaproponowana definicja uwzględnia zasadniczy cel postępowania o udzielenie zamówienia, którym jest wybór oferty najkorzystniejszej i usuwa wątpliwości pojawiające się dotychczas w doktrynie odnośnie momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto należy podkreślić, iż powtórzenie wyboru oferty najkorzystniejszej na skutek orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu stanowi również sposób zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

W ocenie Zamawiającego, nie bez znaczenia jest fakt, iż definicja postępowania o udzielenie zamówienia wprowadzona nowelizacją z grudnia 2009 r., mimo szeregu kolejnych nowelizacji Pzp, obowiązuje w niezmiennym kształcie do dziś, a treść ww. uzasadnienia nie pozostawia żadnych wątpliwości ani pól interpretacji co do tego, co należy rozumieć przez zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji, zdaniem Zamawiającego, skoro zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia to to nie sposób nie dojść do wniosku, że kwestionowane przez Odwołującego czynności Zamawiającego w postaci oświadczenia z dnia 15 października 2018 r. dotyczące uznania, że zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, a tym samym że Odwołujący uchyla się od zawarcia umowy oraz zatrzymanie wadium, wykonane ponad miesiąc po zakończeniu postępowania, tj. po wyborze oferty najkorzystniejszej, w ogóle nie podlegają środkowi ochrony prawnej w postaci odwołania.

Zamawiający z ostrożności procesowej podniósł, iż zarzuty Odwołującego dotyczące zapisów SIWZ, w tym pkt 17.3 SIWZ nie mogą podlegać rozpoznaniu. Wyjaśnił, że postępowanie zostało wszczęte w dniu 11 lipca 2018 r. poprzez

zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ na tablicy ogłoszeń Zamawiającego, a także na stronie internetowej Zamawiającego, w związku z czym uwzględniając ustawowy termin do wniesienia odwołania od treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ, o którym mowa w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zarzuty te są spóźnione.

Również z ostrożności procesowej Zamawiający wskazał, iż w całości podtrzymuje swoje stanowisko, że wskazane w Specyfikacji Cenowej Odwołującego urządzenie, które Odwołujący chciałby dostarczyć w ramach realizacji umowy, jest niezgodne z wymogami Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ, co w razie takiej konieczności, Zamawiający wykaże na rozprawie, przedstawiając w razie potrzeby, stosowne na to dowody.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron oraz dowody złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Następnie wskazać należy, że Izba uwzględniła opozycję Odwołującego przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy 4Visions sp. z o.o., sp. k. z siedzibą w Warszawie. Izba podzieliła w tym zakresie argumentację przedstawioną przez Odwołującego, iż wykonawca ten nie wykazał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Skład orzekający uznał, że przedmiot sporu w niniejszym postępowaniu dotyczy wyłącznie Zamawiającego i Odwołującego, a jego rozstrzygnięcie nie wpłynie w żaden sposób na sytuację wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do niniejszego postępowania. Zauważyć bowiem należy, iż oferta Przystępującego została sklasyfikowana w rankingu ofert dopiero na trzeciej pozycji, za ofertą złożoną przez Odwołującego i ofertą spółki JBD S.A. Zatem nawet w sytuacji oddalenia odwołania i uznania prawidłowości czynności Zamawiającego, Zamawiający nie mógłby w przypadku skorzystania z możliwości przewidzianej w art. 94 ust. 3 ustawy Pzp wybrać oferty Przystępującego. Wbrew twierdzeniom Przystępującego nie może on zatem zasadnie oczekiwać zawarcia z nim umowy i realizacji dostawy cyfrowych mikserów wizji w ramach powyższego zamówienia publicznego.

Ponadto Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, iż ewentualny interes Przystępującego ma charakter warunkowy, uzależniony od ewentualnej przyszłej negatywnej oceny oferty Odwołującego i spółki JBD S.A. w świetle warunków określonych w SIWZ i oraz OPZ. Przystępujący opiera więc swój rzekomy interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego na zdarzeniach przyszłych i niepewnych. Skład orzekający podziela pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 14 lutego 2017 r., o sygn. akt KIO 261/17, w którym Izba stwierdziła, że „interes o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp winien mieć charakter realny, a nie tylko hipotetyczny, gdyż tylko w takim wypadku udział danego podmiotu jako uczestnika postępowania odwoławczego należy uznać za czyniący zadość jego uzasadnionym interesom prawnym i faktycznym. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2014 r. (KIO 5/14) stwierdzić należy iż interesu nie wykaże przystępujący powołujący się jedynie na możliwość wygrania powtórzonego postępowania po unieważnieniu obecnego, gdyż nie jest wiadomym czy do ponownego wszczęcia postępowania w ogóle dojdzie”.

W konsekwencji skład orzekający uznał, że wobec nie wykazania przez Przystępującego interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego opozycja Odwołującego jest zasadna.

Izba stwierdziła ponadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się natomiast do wniosku Zamawiającego, dotyczącego odrzucenia złożonego odwołania, skład orzekający uznał, iż wniosek ten nie zasługiwał on na uwzględnienie.

Wskazać należy, że w art. 2 pkt 7a ustawy Pzp zdefiniowane zostało pojęcie postępowania o udzielenie zamówienia. W myśl tego przepisu jest to postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia lub przesłania zaproszenia do składania ofert, albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub - w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki - wynegocjowania postanowień takiej umowy.

Praktyka orzecznicza wypracowała w tym zakresie zasadne stanowisko, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się z chwilą udzielenia tego zamówienia, albo - w przypadkach określonych w art. 93 ust. 1 lub 1a ustawy Pzp - z chwilą unieważnienia postępowania. Gdyby przyjąć, że wszczęte postępowanie kończy się wraz z wyborem oferty najkorzystniejszej, jak twierdził Zamawiający to dokonywanie np. ponownego wyboru na zasadach wynikających z art. 94 ust. 3 ustawy Pzp byłoby drugim rozstrzygnięciem raz wszczętego postępowania. Nadto wątpliwym byłaby możliwość unieważnienia przez Zamawiającego już dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż byłoby to czynności po wyborze najkorzystniejszej oferty. Również uznanie czynności Zamawiającego podjętych na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp za niemieszczące się w ramach prowadzonego przez niego postępowania

powodowałoby niedopuszczalny brak jakiejkolwiek kontroli prawidłowości tych czynności w drodze wniesienia środków ochrony prawnej przez innego wykonawcę. W tym zakresie wskazać należy na uchwałę Sądu Najwyższego z 17 grudnia 2010 r., sygn. akt III CZP 103/10, w której Sąd wskazał: „Postępowanie "o udzielenie zamówienia publicznego" na gruncie ustawy Pzp, zgodnie z treścią art. 2 ust. 7a ustawy w brzmieniu obowiązującym od dnia 29 stycznia 2010 r., da się zdefiniować jako ciąg czynności faktycznych i prawnych rozpoczynający się z chwilą ogłoszenia o zamówieniu, przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy. Przepis nie określa chwili zakończenia tego postępowania, ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z powyższego wynika, że ramy czasowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego co do momentu w którym następuje zakończenie postępowania nie są jednoznaczne, szereg orzeczeń ustala ten termin na moment wyboru najkorzystniejszej oferty inne co wydaje się niewątpliwie to moment zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego.”

Skład orzekający w pełni podziela powyższe stanowisko SN, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest zakończone z chwilą podpisania umowy o realizację zamówienia publicznego. Zdaniem Izby brak jasnego określenia w ustawie terminu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia, wynikał raczej z przyczyn obiektywnych, gdyż w zależności od stanu faktycznego sprawy nie jest możliwe precyzyjne określenie dla wszystkich postępowań i trybów udzielania zamówienia jednego terminu. Niewątpliwie w art. 2 ust. 7a ustawy Pzp nie określono wprost momentu zakończenia tego postępowania, ale wskazano na cel tego postępowania tj. wybór wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Dlatego też zasadnym wydaje się przyjęcie stanowiska, że wszelkie czynności poprzedzające podpisanie umowy, podejmowane są w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jako takie pozostają w kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Stąd Zamawiający przy podejmowaniu swoich czynności podlega kontroli i nie może ich dokonywać arbitralnie z pogwałceniem podstawowych zasad ustawy Pzp, w tym przede wszystkim zasadą niedyskryminacji i uczciwej konkurencji (por. wyrok z dnia 9 marca 2017 r., o sygn. akt KIO 338/17, wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2015r., sygn. akt KIO 2626/15).

Z tego względu skład orzekający uznał, iż Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania na czynność Zamawiającego dokonaną w dniu 15 października 2018 r.

Kolejno wskazać należy, iż skład orzekający podzielił stanowisko Zamawiającego, iż zarzuty odwołania dotyczące postanowień SIWZ zawartych w punktach 17.2 oraz 17.3 są zarzutami spóźnionymi. Wskazać bowiem należy, iż niniejsze postępowanie zostało wszczęte przez Zamawiającego w dniu 11 lipca 2018 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ na tablicy ogłoszeń Zamawiającego, a także na stronie internetowej Zamawiającego. Od tego dnia wykonawcom stosownie do treści art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp przysługiwało prawo do zaskarżenia zawartych tam postanowień. Kwestionowanie więc przez Odwołującego na obecnym etapie postępowania treści SIWZ jest zatem działaniem jednocześnie niedopuszczalnym i spóźnionym.

Wskazać jednakże należy, że w sytuacji kiedy w postępowaniu odrzuceniu podlega tylko część zarzutów to odwołanie jako całość nie podlega odrzuceniu, a rozpoznaniu podlegają pozostałe (nie podlegające odrzuceniu) zarzuty. Tym samym Izba rozpoznała zarzut Odwołującego dotyczący podjętej przez Zamawiającego czynności z dnia 15 października 2018 r.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania odwołania wskazać należy, że Zamawiający odnośnie pulpitów sterujących w punkcie 2.2. OPZ wskazał na konkretne wymagania funkcjonalne. W punkcie 2.2.6. OPZ postanowił, aby pulpit sterujący posiadał co najmniej czteroznakowe, konfigurowalne wyświetlacze nazw źródeł miksera dla co najmniej 16 klawiszy bezpośredniego dostępu do źródeł i niezależnie w każdym z układów kontroli M/E.

Ponadto Zamawiający w punkcie 17.2 SIWZ ustalił, że „niezwłocznie po wyborze oferty, a przed zawarciem umowy z Zamawiającym wykonawca, którego ofertę wybrano zobowiązany jest, bez wezwania, przedłożyć Zamawiającemu specyfikację cenową zgodną w treści z załącznikiem nr 4 do wzoru umowy. Wartość netto oraz cena brutto podane w Specyfikacji Cenowej muszą być tożsame z wartością netto oraz ceną brutto podanymi w Formularzu oferty. Urządzenia wyspecyfikowane w Specyfikacji Cenowej muszą odpowiadać wymogom określonym w Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ (jednocześnie Zał. Nr 1 do Wzoru umowy).” Natomiast w punkcie 17.3 SIWZ Zamawiający postanowił, że: „Brak przedłożenia Specyfikacji Cenowej, o której mowa w pkt 17.2 lub podanie w treści Specyfikacji Cenowej urządzeń niezgodnych z wymogami Opisu przedmiotu zamówienia (...) lub podanie w Specyfikacji Cenowej wartości rozbieżnych z odpowiednimi wartościami podanymi w Formularzu ofertowym równoznaczne będzie – odpowiednio do przypadku – że Wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie lub, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, ze wszelkimi konsekwencjami wynikającymi z ustawy Pzp.”

Podkreślić również należy, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający ustalił w SIWZ, że na etapie składania ofert, dla oceny prawidłowości zaoferowanego sprzętu będzie oczekiwał tylko oświadczenia wykonawcy w tym zakresie, zawartego w punkcie nr 1 Formularza ofertowego i na tej podstawie będzie dokonywał oceny ofert. Dopiero na

etapie składania dokumentów wymaganych do podpisania umowy, czyli przedłożenia Specyfikacji Cenowej Zamawiający ustalili, że będzie dokonywał sprawdzenia zgodności zaoferowanego sprzętu z wymaganiami SIWZ.

Oceniając prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego czynności z dnia 15 października 2018r. wskazać należy, iż Zamawiający poinformował Odwołującego, że: „*wyspecyfikowany przez Wykonawcę w pkt 10 tabeli Specyfikacji Cenowej pulpit sterujący HVS-492ROU nie spełnia wymagania punktu 2.2.6. Opisu przedmiotu zamówienia: co najmniej czteroznakowe, konfigurowalne wyświetlacze nazw źródeł miksera dla co najmniej 16 klawiszy bezpośredniego dostępu do źródeł i niezależnie w każdym z układów kontroli M/E. Zaoferowany pulpit HVS-492ROU posiada dwa układy kontroli M/E a w każdym z nich tylko po 12 klawiszy bezpośredniego dostępu do źródeł i związanych z nimi wyświetlaczy, a zatem jest niezgodny z wymaganiem określonym w OPZ. Mając zatem na względzie, iż Wykonawca wskazał w przedłożonej Specyfikacji Cenowej urządzenie, które nie odpowiada wymogom określonym w Opisie przedmiotu zamówienia, Zamawiający, stosownie do zapisu pkt 17.3 SIWZ, zmuszony jest uznać, że zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy*”.

W ocenie Izby powyższe uznanie Zamawiającego, iż zaoferowane przez Odwołującego urządzenie nie spełnia wymagania wskazanych w punkcie 2.2.6. OPZ było nieprawidłowe. Wskazać bowiem należy, że Zamawiający w powołanym wyżej punkcie 2.2.6. OPZ wymagał aby zaoferowany pulpit mikserski posiadał 16 klawiszy bezpośredniego dostępu do źródeł. Skład orzekający stwierdził, iż wbrew stanowisku Zamawiającego z powyższego punktu nie wynikał natomiast wymóg, aby klawisze bezpośredniego dostępu znajdowały się w jednym rzędzie. W konsekwencji obecne stanowisko Zamawiającego nie znajduje potwierdzenia w sporządzonej SIWZ. Zamawiający chcąc uzyskać urządzenie posiadające klawisze w jednym rzędzie winien ten wymóg jasno skonkretyzować w SIWZ. Skoro takiego wymogu nie było i nie wynikał on w sposób wyraźny z dokonanego opisu przedmiotu zamówienia, to obecnie nie można zarzucać Odwołującemu, iż zaoferowane przez niego urządzenie wymogów tych nie spełnia.

Izba jako dowód dopuściła pismo producenta pulpitu sterującego HVS-492ROU, będącego odpowiedzią na stanowisko Zamawiającego, w którym producent wskazał, że: „*system kontroli M/E nie może być identyfikowany przez pojedynczy rząd przycisków oraz T-bar (...) Otrzymana przez nas specyfikacja odnosi się tylko do 16 klawiszy bezpośredniego dostępu do źródeł, bez odniesienia do faktu, że dostęp ten powinien znajdować się w jednym rzędzie, co jest dodatkowym wymaganiem, o którym dowiedzieliśmy się z pisma (...) Potwierdzamy możliwość bezpośredniego dostępu do źródeł dla 1 M/E poprzez konfigurację panelu sterowania. (...) Raz jeszcze potwierdzamy, że HVS-492ROU jest w pełni zgodny z ... Specyfikacją przetargową*”.

Odnosząc się natomiast do przedłożonego przez Zamawiającego dowodu, wskazać należy, iż Odwołujący na rozprawie wskazywał, iż oferował on urządzenie HVS-492ROU w konfiguracji 1M/E, a nie jak wskazał Zamawiający jako 2M/E”.

W konsekwencji powyższych rozważań, skład orzekający Izby uznał, iż zaoferowany przez Odwołującego pulpit sterujący we wskazanej przez niego konfiguracji spełniał wymogi zawarte w punkcie 2.2.6 bowiem pulpit sterujący HVS-492ROU posiada możliwość ustawienia obu zespołów klawiszy bezpośredniego dostępu po 12 klawiszy każdy w jeden zespół klawiszy bezpośredniego dostępu (24 klawisze) dla obsługi jednego układu kontroli M/E, a tym samym Zamawiający niezasadnie uznał, iż zawarcie umowy jest niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W związku z powyższym niezasadne było również zatrzymanie na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp wniesionego przez Odwołującego wadium w kwocie 35.000 zł wraz z odsetkami. Izba co prawda nie może nakazać zawarcia umowy, ale w rozpoznawanym stanie faktycznym nie można mówić o tym, że podpisanie umowy nie może dojść do skutku z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. W złożonej ofercie Odwołujący oświadczył, że oferuje sprzęt zgodny z wymaganiami SIWZ, co zostało przez wykonawcę potwierdzone w Specyfikacji Cenowej. Izba nie dopatryła się niezgodności oferowanego sprzętu z wymaganiami Zamawiającego opisanym w SIWZ. W związku z tym brak jest podstaw do tego, aby Zamawiający nie zawarł z wykonawcą umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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. z 2018r., poz. 972).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....