Sygn. akt KIO 1869/17

Sygn. akt: KIO 1869/17

WYROK
z dnia 25 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek
Członkowie: Emilia Garbala
Marek Koleśnikow

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 września 2017 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 września 2017 r. przez wykonawcę **J. C.Sp. z o.o., ul. (...), G.w** postępowaniu prowadzonym przez **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A, ul. (...), B..**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę J. C. Sp. z o.o., ul. (…) G. i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę J. C. Sp. z o.o., ul. (...),G. tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od J. C.S p. z o.o., aul. (...),G. na rzecz zamawiającego PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. (…) B. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

UZASADNIENIE

Zamawiający – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w B. prowadził postępowanie o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa środków chemicznych do uzdatniania wody dla P. S.A. Oddział Elektrownia O.i Oddział Elektrowni D.”.

W dniu 29 sierpnia 2017 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, iż dokonuje m.in. unieważnienia Części 3 postępowania publicznego nr (…) na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015r. poz. 2164 ze zm.; dalej: „Pzp”).

Wykonawca J. C. sp. z o.o. z siedzibą w G.(dalej zwany: „Odwołującym”) wniósł w dniu 8 września 2017 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) odwołanie na powyższą czynności zamawiającego, zarzucając naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7, art. 181 ust. 2 oraz art. 87 ust. 1 Pzp.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że jakkolwiek ustawodawca przewidział możliwość unieważnienia postępowania, niemniej jednak nie każda nieprawidłowa sytuacja-wada w postępowaniu, obliguje Zamawiającego do unieważnienia postępowania. Z treści art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp wynika wprost, iż koniecznym jest by była to wada niemożliwa do usunięcia i jednocześnie była wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego, zważywszy na lakoniczne uzasadnienie zaskarżonej odwołaniem czynności unieważnienia, która poza wskazaniem treści podstawy prawnej oraz stwierdzeniem, iż parametry równoważności, które Zamawiający podał w Opisie Przedmiotu Zamówienia nie odpowiadają produktowi (...), zaistniała w postępowaniu sytuacja nie dowodzi o zaistnieniu

przesłanek, które stosownie do treści art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp muszą wystąpić, by stanowić podstawę do unieważnienia postępowania.

Ponadto Odwołujący zauważył, że w Opisie Przedmiotu Zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ w Części 3 zamówienia użyto mas jonitowych (...) i (...), które są produktami Odwołującego. Jednocześnie podał, że wykonawcy mogli oferować produkt równoważny. Odwołujący podniósł, że w Opisie Przedmiotu Zamówienia w Części 3 określono w sposób rozbieżny parametr całkowitej zdolności jonowymiennej, to jest wpisano wartość > 1,3 val/dm ^{3} , podczas gdy dla masy jonitowej (...) parametr całkowitej zdolności jonowymiennej wynosi >1,4 val/dm ^{3} . W związku z powyższym Odwołujący korzystając z uprawnienia wynikającego z treści art. 38 Pzp, pismem z dnia 03.07.2017r. zwrócił się do

Zamawiającego o wyjaśnienie tej kwestii. Zamawiający dokonał korekty wartości tego parametru. Podkreślił, iż Zamawiający odnosząc się do w/w zagadnienia dysponował ogólną kartą techniczną (TDS) (...), na którą powoływała się firma P. Sp. z o.o. w piśmie z dnia 25.08.2008r. Tym samym Zamawiający już wówczas posiadał wiedzę, iż w/w karta techniczna nie stanowi parametrów gwarantowanych i ma na celu jedynie pomóc klientowi w ocenie i wyborze produktów dostarczanych przez J. C.- opis w stopce technicznej. Odwołujący zarzucił, iż Zamawiający nie skorzystał wówczas z uprawnienia wynikającego z art. 87 ust. 1 Pzp i nie wezwał Odwołującego do przedłożenia specyfikacji technicznej (Sales Specification), będącej jedynym potwierdzeniem parametrów oferowanego produktu.

Mając na uwadze powyższe okoliczności w ocenie Odwołującego, wbrew zapatrywaniom Zamawiającego, w postępowaniu nie wystąpiła wada powodująca konieczność unieważnienia umowy, a jedynie brak staranności, której powinien dochować Zamawiający przy sporządzaniu przedmiotu zamówienia, a następnie przy weryfikacji zarzutów wskazanych w piśmie firmy P. Sp. z o.o. W przypadku bowiem dochowania należytej staranności, Zamawiający w oparciu o w/w specyfikację techniczną oferowanego produktu (Sales Specification) mógłby stwierdzić, że informacje zawarte w piśmie firmy P. Sp. z o.o. nie polegają na prawdzie. Analiza bowiem w/w specyfikacji wskazuje, iż parametry masy jonitowej (...) oscylują na granicy zakresów przedstawionych w SIWZ- chociażby zawartość wody 48-49% mieści się w parametrach przedstawionych w Opisie Przedmiotu Zamówienia. Nadto masa jonitowa (...) jest produktem o wysokim stopniu sieciowania, co pozwala na minimalizację pęcznienia całkowitego do poziomu max. 22%. Ponadto dla każdego produktu istnieje możliwość wyprodukowania masy o unikatowych parametrach na podstawie tzw. specyfikacji klienta. W tych okolicznościach, w ocenie Odwołującego doszło do naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Odwołujący uzasadniając zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp stwierdził, że Zamawiający, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień w przypadku, pojawienia się u Zamawiającego wątpliwości, czy zaoferowany przez odwołującego produkt (...) spełnia wymogi w zakresie parametrów sprecyzowanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącego załącznik nr do SIWZ (Część 3), naruszył przepis art. 87 ust 1 Pzp. Zgodnie z jego treścią w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Zamawiający, nie skorzystał z w/w uprawnienia w celu weryfikacji zarzutów przedstawionych przez firmę P. Sp. z o.o. i nie wezwał Odwołującego do przedłożenia specyfikacji technicznej oferowanego produktu (Sales Specification). Zaniechanie w/w czynności miało istotny wpływ na podjętą decyzję o unieważnieniu dokonanych czynności przez zamawiającego dotyczących wstępnej oceny ofert dla Części 3 oraz decyzji o unieważnieniu postępowania w części 3 postępowania nr

(…).

W opinii Odwołującego Zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 181 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez uznanie za prawnie dopuszczalne złożenie informacji przez Wykonawcę P. Sp. z o.o. z dnia 25.08.2017r. o rzekomo niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego, a polegającej na dokonaniu zmiany SIWZ w

oparciu o zapytanie złożone przez Odwołującego w trybie art. 38 ust.1 Pzp, i w konsekwencji uznanie jej zasadności, podczas gdy biorąc pod uwagę okoliczność, iż wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, stwierdzić należy, iż w świetle art. 181 ust. 1 Pzp, Zamawiający nie miał podstaw by uznać iż P. Sp. z o.o. przysługuje uprawnienie do skorzystania z możliwości złożenia przedmiotowej informacji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

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

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Pzp".

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanej czynności Zamawiającego.

Oceniając kolejno prawidłowość przystąpienia - po stronie Zamawiającego - do postępowania wykonawcy P. sp. z o.o. Izba ustaliła, że jak wynika z akt sprawy, Zamawiający przesłał kopię odwołania ww. wykonawcy w dniu 8 września 2017 r. Zgodnie z art. 185 ust.2 zd. pierwsze Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania

odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystępuje. Wykonawca P. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, przesyłając zgłoszenie w dniu 11 września 2017r. za pośrednictwem Poczty Polskiej. Powyższa korespondencja zawierająca przystąpienie wpłynęła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2017r, co powoduje niedotrzymanie terminu na wniesienie przystąpienia. Podkreślić należy, że powyższy 3 dniowy termin uznaje się za termin dotrzymany w sytuacji doręczenia do Izby przystąpienia w terminie 3 dni od daty powiadomienia o wniesieniu odwołania, a nie w dniu nadania przesyłki pocztowej.

W związku z dokonanymi ustaleniami Izba stwierdziła, iż Wykonawca P. sp. z o.o. nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie jest „dostawa środków chemicznych do uzdatniania wody dla P.S.A. Oddział Elektrownia O. i Oddział Zespół Elektrowni D.". Przedmiot zamówienia został podzielony na trzy części: - Część 1 „ Dostawa siarczanu glinowego do PGE S.A. Oddział Elektrownia O.", Część II „ Dostawa soli trójsodowej S-triazyny do PGE S.A. Oddział Elektrownia O.", Część III „Dostawa mas jonitowych dla P.S.A. Oddział Zespół Elektrowni D. - MASA JONIT. (...) lub produkt równoważny, MASA JONIT (...), (…) lub produkt równoważny."

Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia, Zamawiający sformułował następujące wymagania dla Części 3 Zamówienia – dostawa mas jonitowych dla P.S.A. Oddział Zespół Elektrowni D.:

Lp.	Właściwości fizykochemiczne	Jednostki	Rodzaj jonitu Kationit silnie kwaśny	Anionit silnie zasadowy
1	Matryca		Styrenowa -	Styrenowa

DVB żelowa DVB żelowa

2 Grupa funkcyjna - Sulfonowa Czwartorzęd

gr. aminowa

H 3 Forma jonowa dostawy - Cl^- +

4 [val/dm 3] ≥1,3 Cl^- ≥2,0 Na Całkowita zdolność jonowymienna +

≥1,8 H +

5 Zawartość wody [%] 49 do 55 48 do 54

6 Zakres wielkości ziaren [µm] 300 do 1200 300 do 1200

7 Pęcznienie całkowite [%] Na^+ =>H^+ Cl^-=>OH^-

8+1 20+2

8 Ilość ziaren nieuszkodzonych [%] ≥95 ≥95

9 Gęstość właściwa [g/ml] 1,20+0,05 1,08+0,05

10 Gęstość w stanie dostawy [g/dm 3] 760+50 690+50

Max. temp. pracy 11 [o C] 120 60÷100

Roboczy zakres pH 12 [pH] 0 – 14 0 – 12

13 Wysokość złoża min. [mm] 800 800

14 Całkowite zużycie wody płucznej [OZ] 3 – 6 3 – 6

15 Regenerant stężenie [%] HCl 3-8 NaOH 2-5

16 Obciąż. substanc. org. g $KMnO_4$ na - 3

dm 3 masy

17 Regenerat dawka [g/dm 3] 48-160 80-160

W trakcie postępowania Odwołujący, pismem z dnia3 lipca 2017 r. zwrócił się do Zamawiającego o skorygowanie parametru całkowitej zdolności jonowymiennej dla silnego anionitu z wartości ≥1,3 val/dm3 do wartości ≥1,4 val/dm 3 . Zdaniem Odwołującego brak takiej korekty oznaczałby możliwość dostawy mas jonitowych o niższej jakości podczas, gdy dla masy jonitowej (...)-A7 parametr ten wynosi ≥1,4 val/dm 3 .

Zamawiający pismem z dnia 6 lipca 2017 r. dokonał korekty parametru określonego dla produktu równoważnego z ≥1,3 val/dm3 do wartości ≥1,4 val/dm 3 .

Żaden z wykonawców nie zakwestionował zmiany SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

W zakreślonym przez SIWZ terminie do Zamawiającego oprócz oferty Odwołującego, oferty dotyczące Części 3 zamówienia złożyli jeszcze dwaj wykonawcy, tj. P. Sp. z o.o. oraz B. sp. z o.o. Zamawiający dokonał oceny ofert i w dniu 23 sierpnia 2017 r. odrzucił oferty P. sp. z o.o. i B. sp. z o.o. ze względu na niespełnienie warunków technicznych podanych dla produktu równoważnego:

1) Firma B. sp. z o.o.

- całkowita zdolność jonowymienna ≥1,2 val/dm3 (wymagany ≥1,4 val/dm3),

2) Firma P. sp. z o.o.

- całkowita zdolność jonowymienna ≥1,3 val/dm3, (wymagany ≥1,4 val/dm3).

W odpowiedzi na zawiadomienie o odrzuceniu P. sp. z o.o. zwróciła się do Zamawiającego o „odstąpienie od tej decyzji" uzasadniając, iż Zamawiający dokonał zmiany w SIWZ w sposób niedopuszczalny, gdyż wyjaśnienie jakiego udzielił Zamawiający nie może stanowić podstawy wprowadzenia innego wymagania niż zawarte pierwotnie w SIWZ

co prowadzi do wyeliminowania możliwości pierwotnie dopuszczonego produktu. Ponadto powyższy wykonawca poinformował, że zwiększenie pojemności wymienionej z ≥1,3 val/dm 3 do ≥1,4 val/dm 3 będzie zawsze skutkowało znacznym zmniejszeniem zawartości wody w żywicy. Wskazał, że nie są mu znane ogólnie dostępne na rynku anionity silnie zasadowe, styrenowe, czwartorzędowe typu I, które przy pojemności ≥1,4 val/dm3 będą posiadały wymaganą w SIWZ zawartość wody 48-54%. Wskazał, że żywica (...)-A7 nie spełnia wymogów SIWZ zarówno w wersji pierwotnej jak i po zmianie przez Zamawiającego

parametru pojemności wymiennej, ponieważ przy całkowitej zdolności ≥1,4 val/dm3zawartość wody wynosi 42-48%. Ponadto dla mniejszej zawartości wody zwiększeniu ulega pęcznienie całkowite, które w SIWZ określono maksymalnie na 20+2%. W przypadku masy (...) pęcznienie to wynosi 25%. Zwiększenie wymogu pojemności wymiennej doprowadziło do powstania sprzeczności chemicznej – niewielka zmiana jednego parametru musi spowodować zmianę dwóch innych (równie istotnych) do wartości znacznie przekraczających wartości dopuszczalne w dokumentacji przetargowej.

Pismem z dnia 29.08.2017r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu, iż dokonuje unieważnienia podjętej czynności dotyczącej wstępnej oceny ofert dla Części 3 postępowania publicznego nr(…), zgodnie z art. 7 ust. 1, 181 ust. 2 ustawy Pzp. oraz na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W treści uzasadnienia wskazał, że postępowanie w Części 3 jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stwierdził, że wada polega na błędnie sprecyzowanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) parametrach równoważnych dla produktu (...). Parametry równoważności, które Zamawiający podał w opisie Przedmiotu Zamówienia nie odpowiadają ww. produktowi, co uniemożliwia zaoferowanie Wykonawcom produktu równoważnego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając powyżej przedstawiony stan faktyczny oraz zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, a także zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do zarzutu podniesionego w treści odwołania, dotyczącego zbyt lakonicznego uzasadnienia przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia w części 3.

Izba uznała, iż nie zostało wykazane w toku postępowania odwoławczego, aby

przesłane wykonawcom przez Zamawiającego uzasadnienie czynności unieważnienia nie zostało sporządzone w stopniu wystarczającym. Nie zostało bowiem wykazane, aby Odwołujący, nie mógł prawidłowo zidentyfikować motywów działania Zamawiającego, zdefiniować okoliczności faktycznych, na których się oparł wnosząc odwołanie. Z pełnego uzasadnienia rozpoznawanego odwołania wynika, że Odwołujący w sposób pełny i prawidłowy (zgodny z intencjami Zamawiającego) odczytał, tak uzasadnienie faktyczne, jak i prawne, decyzji Zamawiającego. Czym innym jest to, że się z nim nie zgadzał. Ważne bowiem jest to, że przekazana mu decyzja była dla niego *de facto* zrozumiała i uzasadniona w stopniu wystarczającym dla zidentyfikowania wszystkich istotnych dla skutecznego jej zaskarżenia elementów.

Izba na wstępie wskazuje, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp jest obligatoryjne. Zamawiający obowiązany jest do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy) jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ww. przesłanka unieważnienia postępowania składa się z koniunkcji trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje obowiązkiem zastosowania tego przepisu. Po pierwsze - musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania). Po drugie - wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Po trzecie - wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Wada postępowania musi mieć charakter trwały, musi rzeczywiście wystąpić i musi powodować niemożliwość zawarcia ważnej umowy.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w sytuacji wypełnienia się choćby jednej z katalogu bezwzględnych przesłanek nieważności umowy, określonych w art. 146 ust. 1 ustawy. Zgodnie z orzecznictwem w oparciu o którą umowa, w sprawie zamówienia publicznego, podlega także unieważnieniu w sytuacji wypełnienia się

szczególnej przesłanki wynikającej z art. 146 ust. 6 ustawy zgodnie z którym, określone zostało uprawnienie procesowe dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu powszechnego o unieważnieniu umowy. Ustawodawca w tym przepisie zawarł również przesłankę materialną takiego wystąpienia o unieważnieniu umowy, tj. takiego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Ustawodawca zatem przewidział, że umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega także unieważnieniu, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do określonego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Izba podkreśla w tym miejscu, że

przepis zawiera dwie podstawy materialne unieważnienia umowy.

W ocenie Izby, Zamawiający prawidłowo rozważył okoliczności jakie zaistniały w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tym samym nie naruszył zasad Prawa zamówień publicznych, bowiem konkurencyjność i równe traktowanie wykonawców zostałyby naruszone, gdyby Zamawiający nie dokonał kwestionowanej przez
Odwołującego czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia w obliczu stwierdzonych nieprawidłowości. Zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 r. sygn. akt X Ga 25/08). W rozpoznawanej sprawie Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia dla Części 3 wskazał, że przedmiotem zamówienia jest masa jonit. (...) –A7 lub produkt równoważny o wskazanych parametrach. Dokonując zmiany SIWZ, tj. zmieniając parametr całkowitej zdolności jonowymiennej z ≥1,3 val/dm ^{3} na ≥1,4 val/dm ^{3}, doprowadził do sytuacji, w której wymagań zawartych w opisie przedmiotu zamówienia nie spełniał nie tylko żaden produkt równoważny, ale nie spełniał ich także (...). Powyższe zdaniem Izby musiało doprowadzić do unieważnienia postępowania. Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego po powzięciu wiedzy o podstawach tego unieważnienia, co stanowi działanie zgodne z zasadami postępowania.

Wskazać należy, że przepis art. 29 ust. 1 Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z powyższego przepisu wynika, że podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc w taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jak wynika z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 ustawy użyty w treści tego przepisu zwrot „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie Zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji

poprzez zastosowanie określonych zwrotów opisujących sposób realizacji zamówienia. Norma prawna wyrażona w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zawiera się niejako w wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadach udzielania zamówień publicznych.

Z powyższych przepisów wynika, że opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich
czynników wpływających na nią. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i

okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 listopada 2006 r., sygn. akt III Ca 1019/06 opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia winny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy stwierdzić za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 roku sygn. akt CSK 626/13, że w przepisach Pzp ustanowiono wymóg rzetelnego określenia przedmiotu zamówienia w SIWZ. Jeżeli więc, tak jak ma to miejsce w rozpoznawanej sprawie, Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny, który doprowadził do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i wpłynął na możliwość złożenia ważnych ofert wykonawców, to miał obowiązek po stwierdzeniu tej okoliczności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W ocenie Izby prawidłowe było stanowisko Zamawiającego, że wada uzasadniająca unieważnienie postępowania we wskazanej Części 3 była istotna i nieusuwalna, a przede wszystkim nie odpowiadała rzeczywistym intencjom i potrzebom Zamawiającego.

Wada ta stanowiła skutek naruszenia przepisów Pzp, co miało wpływ na wynik postępowania a przede wszystkim na liczbę wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Mając na uwadze powyższe ustalenia stwierdzić należało, że stanowisko Odwołującego nie zasługiwało na uwzględnienie, a Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami Pzp dokonując unieważnienia postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7.

W powyższej sprawie dla oceny czynności unieważnienia postępowania podjętej przez Zamawiającego nie miała znaczenia okoliczność, iż pozostali dwaj wykonawcy którzy w postępowaniu złożyli oferty, nie wnieśli odwołania od zmienionej treści SIWZ, ani nie wnosili na podstawie art. 38 ust. 1 Pzp o wyjaśnienie jej treści. Jak bowiem słusznie zauważył na rozprawie Zamawiający bierność wykonawców w postępowaniu nie zwalniała

---

go z konieczności dbania o prawidłowy przebieg postępowania.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 181 ust. 2 Pzp stwierdzić należy, że jest on bezzasadny. Podkreślić należy, że Zamawiający w przypadku powzięcia informacji od wykonawcy bez względu na formę oraz czas jej wniesienia, jest zobowiązany ją przeanalizować i ocenić, a w

przypadku uznania, iż informacja taka ma uzasadnione podstawy, Zamawiający winien podjąć stosowne działania naprawcze.

Również za nieuzasadniony Izba uznała zarzut dotyczący zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnień w przypadku pojawienia się u Zamawiającego wątpliwości czy zaoferowany przez Odwołującego produkt (...) spełnia wymogi w zakresie parametrów sprecyzowanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącego załącznik do SIWZ. W tym miejscu zgodzić się należy z Zamawiającym, iż wada postępowania polegała na błędnie sprecyzowanych w OPZ parametrów produktu (...). Wyjaśnienia Odwołującego dotyczącego jego oferty nie prowadziłyby do usunięcia wady postępowania polegającej na błędnym sprecyzowaniu parametrów równoważnych. W ocenie Izby wyjaśnienia takie mogłyby potwierdzić jednakże, iż zmiana parametru całkowitej zdolności jonowymiennej dla silnego anionitu dokonana właśnie na wniosek Odwołującego, prowadziła do nieuzasadnionego preferowania produktu (...), a takie działania są oceniane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jako naruszające uczciwą konkurencję.

W konsekwencji powyższego, iż w postępowaniu nie doszło do naruszenia, przez Zamawiającego, wskazanych przez Odwołującego w treści odwołania art. 93 ust. 1 pkt 7, art. 87 ust. 1 oraz art. 181 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszym postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich

---

rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: ……..……...
Członkowie: ……
……