

**Nr sprawy: ZP/004/2021**

*Do wszystkich wykonawców  
[https://platformazakupowa.pl/pn/amuz\\_krakow](https://platformazakupowa.pl/pn/amuz_krakow)*

**Informacja o unieważnieniu postępowania w części nr 1 zamówienia (nagrania audio)**

Dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na **wykonanie nagrań audio i wideo orkiestr Akademii Muzycznej im. Krzysztofa Pendereckiego w Krakowie w okresie marzec - maj 2021r. - nr zamówienia ZP/004/2021** prowadzonego przez Akademię Muzyczną im. Krzysztofa Pendereckiego w Krakowie im. Krzysztofa Pendereckiego w Krakowie

Zamawiający - Akademia Muzyczna im. Krzysztofa Pendereckiego w Krakowie działając na podstawie art. 260 ust. 1 i 2 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, informuje, że w oparciu o art. 255 pkt 6 w związku z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – unieważnia przedmiotowe postępowanie w zakresie części nr 1 (nagrania audio).

**Uzasadnienie prawne:** Zamawiający unieważnia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 w związku z art. 457 ust. 1 pkt 1 oraz w związku z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, ponieważ postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

**Uzasadnienie faktyczne:** Zgodnie z art. 255 ustawy Pzp Zamawiający, w przypadku zaistnienia którejkolwiek z przesłanek opisanych w tym przepisie, ma obowiązek unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Przywołany przepis nie pozostawia zatem Zamawiającemu swobody decyzji w tym zakresie. Zaistnienie okoliczności przesłanki wynikającej z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp powinno mieć zatem skutek niweczący dla postępowania. Zamawiający dokonując oceny stanu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stwierdził że w zakresie części pierwszej (nagrania audio), jego dalsze prowadzenie i udzielenie zamówienia prowadziłoby do konieczności unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego ze względu na jego istotną wadę. Niniejsze postępowanie było inne niż dotychczas ogłaszane przez Zamawiającego w tym zakresie. Jego wymaganiem był cykl nagrań live audio (część nr 1 zamówienia) i video (część nr 2 zamówienia). Rejestrowane miały być koncerty różnych zespołów, wykonujących muzykę o różnej stylistyce (od poważnej do rozrywkowej), odbywające się w różnych przestrzeniach. W tym zadaniu Zamawiający oczekiwał nie tylko profesjonalizmu i doświadczenia w takich właśnie rejestracjach, ale także elastycznego podejścia, sprawnej organizacji i odpowiedniego zaplecza technicznego. Niestety zaproponowane w SWZ zapisy dotyczące nagrań audio nie przedstawiły tych potrzeb w sposób właściwy. Przedstawiona dla części zamówienia nr 1 (nagrania audio) specyfikacja sprzętowa mogła sprawiać wrażenie sztywnych i niezrozumiałych wymagań i choć nie miała na celu "wymuszania" techniki rejestracji dźwięku, mogła być w ten sposób odczytana. Dodatkowo zależność wymagań technicznych od składu instrumentów i rodzaju koncertu nie została przedstawiona wystarczająco czytelnie. Tym samym, brak adekwatnego opisu przedmiotu zamówienia i zarazem warunków udziału w postępowaniu zachowujących właściwą proporcję do przedmiotu zamówienia, w stosunku do faktycznych oczekiwań Zamawiającego stanowią o merytorycznej wadzie postępowania.

Opis przedmiotu zamówienia oraz warunków dostępowych są najważniejszymi elementami SWZ, warunkującymi złożenie prawidłowej i niepodlegającej odrzuceniu oferty przez zainteresowanych wykonawców. Niewłaściwy, niepełny, niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia lub wadliwie ukształtowane, nieproporcjonalne merytorycznie warunki udziału w postępowaniu mogą spowodować, że rozwiązania przedstawione w ofertach nie będą spełniały oczekiwań Zamawiającego – co ma miejsce w okolicznościach rozpatrywanego przypadku, czy też do zaistnienia sporów między stronami zamówienia już na etapie realizacji umowy zawartej w wyniku takiego postępowania. Nadto z uwagi na upływ terminu składania ofert w postępowaniu, niemożliwym jest konwalidowanie przedmiotowego stanu rzeczy w części nr 1 zamówienia, co musi skutkować unieważnieniem tego zakresu postępowania.

Przepis art. 255 pkt 6 ustawy Pzp jest skorelowany z art. 457 ust. 1 tej ustawy, w którym zostały określone przesłanki powodujące unieważnienie umowy, w tym w pkt 1 ustawodawca przewidział podstawy unieważniania umowy zawartej w wyniku postępowania obciążonego wadami. Umowa zawarta w uwarunkowaniach tego przepisu powinna być wyeliminowana z obrotu prawnego, a zatem niniejsze działania Zamawiającego zmierzające do unieważnienia wadliwego postępowania są w pełni uprawnione.

Stanowisko reprezentowane przez Zamawiającego znajduje potwierdzenie w zachowujących aktualność orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej wydanych na gruncie art. 93 ust. 1 pkt 7 uchylonej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Na przestrzeni wielu lat obowiązywania powołanego wyżej przepisu, powielonego w obecnie obowiązującym Prawie zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2019 z późn.zm.) wykreowała się jednolita linia orzecznicza Izby, stąd na poparcie prawidłowości i słuszności podjętej przez Zamawiającego decyzji warto przytoczyć kilka reprezentatywnych wyroków.

Chociażby w wyroku z dnia 9 października 2020 r. sygn. Akt KIO 2348/20 Krajowa Izba Odwoławcza argumentowała: „Przesłanką prawidłowego zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. jest to, że ustalona w postępowaniu wada, która jest niemożliwa do usunięcia, uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Taka konstrukcja przepisu odsyła do art. 146 p.z.p., w którym wymienione są wszystkie przypadki naruszenia Pzp powodujące konieczność unieważnienia umowy. Odesłania nie można jednak ograniczać wyłącznie do art. 146 ust. 1 p.z.p., który zawiera zamknięty i bardzo ograniczony katalog sytuacji powodujących unieważnienie umowy, gdyż skutkowałoby to tym, iż wystąpienie innych wad w postępowaniu nie mogłoby być powodem jego unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Taka wykładnia prowadziłaby do błędnego wniosku, że nawet wystąpienie wady w sposób oczywisty wypaczającej wynik postępowania nie daje zamawiającemu prawa do unieważnienia postępowania, podczas gdy zawarcie umowy będzie rodzić skutki w postaci dochodzenia jej nieważności lub unieważnienia przez innych wykonawców na podstawie odrębnych przepisów, czego w przypadku wad innych niż określone w art. 146 p.z.p. nie zabrania. Niezbędne jest więc uznanie, że przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. dotyczy również tych okoliczności unieważnienia umowy, w których czynności tej dokonuje sąd na wniosek Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (uprawnienie Prezesa wynika z art. 146 ust. 6 p.z.p.). Tym samym wszelkie wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o ile nie dadzą się usunąć, będą przesłanką unieważnienia postępowania.”

W wyroku z dnia 25 lutego 2020 r. sygn. akt 268/20 Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że: „Brak możliwości dokonania jednoznacznej oceny ofert pod kątem spełnienia wymagań SIWZ w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia i oceny kryterium stanowi wadę w postępowaniu, która uniemożliwia zawarcie umowy. Na etapie badania i oceny ofert, nie jest możliwe poprawienie opisu przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny ofert, a zatem wada jest niemożliwa do usunięcia. Jedną z zasad udzielenia zamówienia jest konieczność zapewnienia równości wykonawców, która może być zapewniona przez jednoznaczne i przejrzyste, jednakowe dla wszystkich postanowienia SIWZ, w tym opis kryterium. Sytuacja, w której wykonawcy mogą zaoferować różne zamówienia za różną, nieporównywalną cenę, prowadzi do rozbieżności i braku równości wykonawców w postępowaniu.”

Z kolei w uzasadnieniu wyroku z dnia 14 stycznia 2020 r. KIO 2614/19 czytamy: „Wszystkie wymienione w art. 146 ust. 1 p.z.p. przypadki naruszeń ustawy odnoszące się do prowadzenia postępowania są wadą w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p., a więc taką, która skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania.” oraz „Naruszenia przepisów dotyczących sporządzania opisu przedmiotu zamówienia ustawodawca nie wymienił wśród przesłanek skutkujących unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 ust. 1 p.z.p. wprost, ale podstawę taką może stanowić art. 146 ust. 6 p.z.p. Skoro Prezes UZP może, w przypadku dokonania przez zamawiającego lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, wystąpić do sądu o unieważnienie umowy, to tym bardziej zamawiający, w wyniku samokontroli postępowania, może unieważnić nieprawidłowo prowadzone postępowanie. W przeciwnym wypadku powstałby stan niepewności prawnej, gdyż zamawiający zmuszeni byłiby do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w wyniku przeprowadzenia postępowań obciążonych poważnymi i nieusuwalnymi wadami i oczekiwania na to, czy Prezes UZP wystąpi do sądu o stwierdzenie nieważności takiej umowy.”

Stosując wykładnię celowościową zbieżnie również wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 14 listopada 2019 r. sygn. akt. KIO 2212/19: „Wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. prowadzi do wniosku,

że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. Zamawiający, unieważniając postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp są uprawnieni do brania pod uwagę zarówno okoliczności skutkujących unieważnieniem zawartej umowy wynikających z art. 146 ust. 1 Pzp, jak i okoliczności skutkujących unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 ust. 6 Pzp. W świetle art. 146 ust. 6 Pzp, stwierdzona przez zamawiającego wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w danym postępowaniu z naruszeniem przepisu Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania” oraz „Zatem, stwierdzona wada postępowania musi oddziaływać na ważność zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Musi być to wada na tyle istotna, że niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy. Wada musi być niemożliwa do usunięcia, zatem jeśli wada postępowania jest usuwalna, konieczne i wystarczające jest jej usunięcie, a nie unieważnianie całego postępowania. Jeśli wady nie da się usunąć i oddziałuje ona na ważność umowy - zamawiający obligatoryjnie unieważnia postępowanie”.

W uzupełnieniu powyższej linii orzeczniczej warto też przytoczyć fragment uzasadnienia wyroku z dnia 25 października 2019 r. sygn. akt. KIO 2041/19, w którym Izba orzekła, że: „Zgodnie z dyspozycją art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy czym wada postępowania, która była przyczyną jego unieważnienia, musi mieć charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady podlegała unieważnieniu. Taka konstrukcja przepisu odsyła do art. 146 p.z.p., w którym wymienione są wszystkie przypadki naruszenia p.z.p. powodujące konieczność unieważnienia umowy. Odesłania nie można jednak ograniczać wyłącznie do art. 146 ust. 1 p.z.p., który zawiera zamknięty i bardzo ograniczony katalog sytuacji powodujących unieważnienie umowy, gdyż skutkowałoby to tym, iż wystąpienie innych wad w postępowaniu nie mogłoby być powodem jego unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Taka wykładnia prawa prowadziłaby do błędnego wniosku, że nawet wystąpienie wady w sposób oczywisty wypaczającej wynik postępowania nie daje zamawiającemu prawa do unieważnienia postępowania, podczas gdy zawarcie umowy będzie rodziło skutki w postaci dochodzenia jej nieważności lub unieważnienia przez innych wykonawców na podstawie odrębnych przepisów, czego w przypadku wad innych niż określone w art. 146 p.z.p. nie zabrania. Niezbędne jest więc uznanie, że przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. dotyczy również tych okoliczności unieważnienia umowy, w których czynności tej dokonuje sąd na wniosek Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (uprawnienie Prezesa wynika z art. 146 ust. 6 p.z.p.). Tym samym wszelkie wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o ile nie dadzą się usunąć, będą przesłanką unieważnienia postępowania.”

W podobnym tonie wypowiadają się też komentatorzy. Zgodnie z komentarzem W. Dzierżanowskiego „wszelkie wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o ile nie dadzą się usunąć, będą przesłanką unieważnienia postępowania” oraz według M. Sieradzkiej „Wada ta musi być wadą bezwzględnie nieusuwalną tj. niemożliwą do wyeliminowania przez Zamawiającego lub Wykonawcę na etapie postępowania w żadnej z dopuszczalnych procedur sanacyjnych”.

**W powyższych okolicznościach postępowanie w zakresie części nr 1 (nagrania audio) zostaje unieważnione na powołanych w uzasadnieniu podstawach.**

Jednocześnie Zamawiający informuje, że odstąpił od dalszych czynności badania i oceny ofert, gdyż w przedmiotowym postępowaniu nie dochodzi do rozstrzygnięcia poprzez wybór najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie z dyspozycją art. 260 ust. 1 i 2 ustawy Pzp Zamawiający przekazuje niniejsze zawiadomienie równocześnie wykonawcom, którzy złożyli oferty w tej części postępowania oraz udostępnia w/w na stronie internetowej prowadzonego postępowania: [https://platformazakupowa.pl/pn/amuz\\_krakow](https://platformazakupowa.pl/pn/amuz_krakow)