

**Akademia Muzyczna
im. Krzysztofa Pendereckiego w Krakowie
31- 027 Kraków, ul. św. Tomasza 43
NIP 675-00-07-587, REGON 000275719**

Kraków, dn. 29.09.2022 r.

Nr sprawy: ZP/011/2022

*Do wszystkich zainteresowanych
https://platformazakupowa.pl/pn/amuz_krakow*

**Informacja o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:
„Dostawę organów elektronicznych dla potrzeb Akademii Muzycznej im. Krzysztofa Pendereckiego
w Krakowie” o nr zamówienia ZP/011/2022, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego
(art. 132 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych)**

Zamawiający – Akademia Muzyczna im. Krzysztofa Pendereckiego w Krakowie działając na podstawie art. 260 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) zwanej dalej również „ustawą Pzp”, **zawiadamia o unieważnieniu powołanego na wstępie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 tej ustawy.**

Uzasadnienie prawne:

Na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp który stanowi, że umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert.

Uzasadnienie faktyczne:

W myśl art. 255 ustawy Pzp, w przypadku zaistnienia którejkolwiek z przesłanek zawartych w tym przepisie Zamawiający ma obowiązek unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem skoro przywołany przepis nie pozostawia Zamawiającemu swobody decyzji w tym zakresie, to ziszczenie się w niniejszym postępowaniu przesłanki objętej pkt 6 tego artykułu musi mieć skutek niweczący dla postępowania. Decyzja o unieważnieniu postępowania przetargowego została podjęta w wyniku stwierdzenia przez Zamawiającego niemożliwej do usunięcia wady tego postępowania uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W orzecznictwie KIO podkreśla się, iż pod pojęciem niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego kryje się każde uchybienie przepisom Prawa zamówień publicznych, którego skutków nie można usunąć przy zastosowaniu procedur z nich wynikających (zob. wyrok KIO z 17.03.2016 r., KIO 314/16), co oznacza że musi to być wada powodująca zdarzenie nieodwracalne, którego konsekwencji zamawiający nie jest w stanie naprawić własnym działaniem. Z taką nieusuwalną wadą postępowania mamy do czynienia w niniejszym zamówieniu publicznym, gdy już na etapie publikacji zamówienia to jest udostępnienia specyfikacji warunków zamówienia została naruszona norma kogentna wyrażona w art. 133 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym: „Zamawiający zapewnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do specyfikacji warunków zamówienia, zwanej dalej „SWZ”, od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia.”

Udostępnienie specyfikacji warunków zamówienia na stronie internetowej w trybie przetargowym miało charakter obligatoryjny i tym przypadku nie podlegało odstępstwom, o którym mowa w art. 133 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. W niniejszej sprawie, w dniu 23 września 2022 r. to jest w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dz.U. 2022/S nr 184-518224 z dnia 23.09.2022 r. na stronie prowadzonego postępowania została opublikowana specyfikacja warunków zamówienia (wraz z załącznikami) i ogłoszeniem o zamówieniu, jednak względy techniczne sprawiły, że wbrew intencjom do publikacji został zacytowany niewłaściwy komplet plików to jest dedykowany do ogłoszonego już wcześniej postępowania przetargowego na dostawę kontrafagotu klasy mistrzowskiej, zamiast do dostawy organów elektronicznych będącej przedmiotem przywołanego na wstępie ogłoszenia o zamówieniu.

Specyfikacja warunków zamówienia to fundamentalny dokument zamówienia, absolutnie niezbędny do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, bez którego nie jest możliwe w szczególności sporządzenie i złożenie oferty, co wynika także z art. 7 pkt 3 ustawy Pzp definiującego dokumenty zamówienia jako dokumenty sporządzone przez zamawiającego lub dokumenty, do których zamawiający odwołuje się, inne niż ogłoszenie, służące do określenia lub opisanie warunków zamówienia, w tym specyfikacja warunków

zamówienia. Kluczowe znaczenie tego dokumentu wynika stąd, że Zamawiający zamieszcza tam wiele wymagań, zarówno tych przedmiotowo istotnych, jak tych o mniejszej istotności, tych czysto formalnych, czy wręcz tylko informacyjnych/ instrukcyjnych, niewpływających na istotę czynności. Publikacja specyfikacji warunków zamówienia z poszanowaniem terminu wskazanego w art. 133 ust. 1 ustawy Pzp służy zapewnieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz jego przejrzystości poprzez umożliwienie wszystkim zainteresowanym wykonawcom zapoznania się z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu i korespondującej z nim specyfikacji warunków zamówienia tym samym przedziale czasowym, co stanowi gwarancję równego i adekwatnego dostępu czasowego do niezbędnych przygotowania ofert danych o zamówieniu. W zaistniałych okolicznościach została przede wszystkim naruszona norma dostępności do specyfikacji warunków zamówienia (bezpłatny, pełny, bezpośredni, nieograniczony dostęp) – tylko znajomość wymagań tego dokumentu zamówienia umożliwia wykonawcom przygotowanie oferty, czy chociażby zwrócenie się o wyjaśnienie treści takiej specyfikacji (art. 135 ust. 1 ustawy Pzp) lub odwołanie się od jej treści (art. 515 ust. 2 ustawy Pzp), ale zarazem też norma zgodności treści specyfikacji warunków zamówienia z treścią ogłoszenia o zamówieniu - nie można bowiem, także w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, uznać za równe traktowanie wykonawców w sytuacji, gdy wykonawcy będą brali udział w postępowaniu na odmiennych zasadach, jedni opierając się na treści specyfikacji warunków zamówienia, a inni na treści ogłoszenia o zamówieniu.

Kwalifikacja wady tego postępowania jest oparta na faktach i prawie oraz nie odbiega od oficjalnej, urzędowej wykładni przepisu art. 133 ust. 1 ustawy Pzp zaprezentowanej w komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych do ustawy Prawo zamówień publicznych pod red. Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, gdzie na str. 478- 479 czytamy: „Wymóg udostępniania SWZ na stronie internetowej. W art. 133 ust. 1 Pzp została wyrażona zasada dotycząca udostępniania SWZ w przetargu nieograniczonym. Przepis ten nakazuje zamawiającemu udostępnienie SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania (na temat „strony internetowej prowadzonego postępowania” zob. komentarz do art. 64). SWZ udostępnia się od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE (nie od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu UPUE). Dodatkowo Pzp (w ślad za dyrektywą klasyczną) wyraźnie wskazuje, że zamawiający musi zapewnić, aby dostęp do SWZ zamieszczonej na stronie internetowej prowadzonego postępowania był: bezpłatny, pełny, bezpośredni, nieograniczony. Bezpłatny dostęp do SWZ oznacza, że uzyskanie jej jest darmowe, a wykonawca nie może ponosić żadnych kosztów za pobranie SWZ ze strony internetowej prowadzonego postępowania, niezależnie od tego, czy na rzecz zamawiającego, czy innych podmiotów. Pełny dostęp do SWZ oznacza, że na stronie internetowej prowadzonego postępowania musi być udostępniony pełny i kompletny zakres SWZ, nawet jeżeli niektóre warunki zamówienia zostały już opisane ogłoszeniu o zamówieniu. Pełny dostęp do SWZ dotyczy również ewentualnych zmian lub wyjaśnień treści SWZ. Bezpośredni dostęp do SWZ oznacza, że zamawiający powinien wskazać bezpośrednią ścieżkę dostępu do SWZ, a nie jedynie ogólny adres internetowy strony, na której prowadzone jest postępowanie. W szczególności wykonawca, w celu dostępu do SWZ, nie powinien być zmuszany do logowania się, podawania haseł dostępu. Elektronizacja zamówień publicznych powinna sprzyjać bezpośredniemu i szybkiemu dostępowi do dokumentów zamówienia, w tym SWZ. Nieograniczony dostęp do SWZ oznacza, że każdy może mieć do niej dostęp, nawet jeżeli nie ubiega się lub nie zamierza się ubiegać o udzielenie zamówienia. W art. 133 ust. 1 Pzp uregulowany został przedział czasowy, w którym zamawiający ma obowiązek zapewnić stały dostęp do SWZ. Zamawiający musi więc zapewnić stały dostęp do SWZ od dnia publikacji ogłoszenia w DUUE, najkrócej do dnia udzielenia zamówienia (tj. zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego).”

W tych okolicznościach sprawy musi zatem znaleźć zastosowanie przepis art. 255 pkt 6 ustawy Pzp obejmujący sytuacje, w których dalsze prowadzenie postępowania jest obiektywnie niecelowe ze względu na wystąpienie wadliwości uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykładnia tego przepisu prowadzona w korelacji z unormowaniem art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej niepodlegającej unieważnieniu umowy, a więc również przypadek udzielenia zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy. Zamawiający oceniając skutki wady postępowania zobowiązany jest przy tym do uwzględnienia legitymacji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do występowania o sądowe unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania (art. 459 ust. 1 ustawy Pzp), jak również prawa dochodzenia przed sądem unieważnienia umowy przyznanego na mocy art. 460 ustawy Pzp wykonawcy, który ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia. Skoro zatem umowa zawarta w uwarunkowaniach przepisu art. 457 ust. 1 ustawy Pzp powinna być wyeliminowana z obrotu prawnego, to w tym okolicznościach tego przypadku zaradcza decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania obciążonego nieusuwalną wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego staje się konieczna i uzasadniona. Przesłankę unieważnienia umowy z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp należy czytać szeroko za argumentacją wyroku KIO z dnia 2 sierpnia 2021 r.

sygn. akt KIO 1905/21, w którym Izba uznała, że „Wskazana przesłanka w ustawie Pzp z dnia 11 września 2019 r. literalnie obejmuje szerszy zakres sytuacji, przykładowo nie tylko udzielenie zamówienia w niewłaściwym trybie, ale każde naruszenie „niewzruszalne”, które mogło mieć znaczenie dla wyboru najkorzystniejszej oferty. Zatem natura możliwych okoliczności w ramach tej przesłanki wskazuje na konieczność ich odniesienia do istotnych elementów postępowania o udzielenie zamówienia, wpływających na przestrzeganie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. jawności, przejrzystości, uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, związanych z wyborem najkorzystniejszej oferty”.

Przenosząc powyższe na tut. stan faktyczny należy stwierdzić, że w postępowaniu przetargowym wystąpiła istotna wada niemożliwa do usunięcia po jej stwierdzeniu ze względu na stan zaawansowania postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności nie jest możliwe przywrócenie terminu na zmieszczenie właściwej specyfikacji warunków zamówienia na stronie prowadzonego postępowania oraz wada ta rzutuje bezpośrednio na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia. W świetle całokształtu powołanych w uzasadnieniu okoliczności faktycznych i prawnych to jest w sytuacji niemożności zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego – postępowanie winno być zakończone unieważnieniem, dlatego też Zamawiający postanowił o unieważnieniu niniejszego postępowania.