

Sygn. akt: KIO 1277/12

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 28 czerwca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 28 czerwca 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2012 r. przez wykonawcę **EIDOTECH Polska sp. z o.o., ul. Powstańców Śląskich 2-4, 53-333 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Muzeum Sztuki Nowoczesnej w Warszawie ul. Pańska 3 00-124 Warszawa**

**postanawia:**

1. odrzucić odwołanie,
2. kosztami postępowania obciążyć **EIDOTECH Polska sp. z o.o., ul. Powstańców Śląskich 2-4, 53-333 Wrocław** i zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **EIDOTECH Polska sp. z o.o., ul. Powstańców Śląskich 2-4, 53-333 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

Muzeum Sztuki Nowoczesnej w Warszawie ul. Pańska 3 00-124 Warszawa (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) na wynajem i instalację sprzętu audio-video do wystaw w Muzeum Sztuki Nowoczesnej w Warszawie. Wartość przedmiotowego zamówienia na usługi oszacowano na kwotę mniejszą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 21 maja 2012 r. pod nr 165178-2012.

W dniu 13 czerwca Zamawiający powiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 18 czerwca do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy EIDOTECH Polska sp. z o.o., ul. Powstańców Śląskich 2-4, 53-333 Wrocław (adres do korespondencji: EIDOTECH Polska Sp. z o.o. Biuro w Warszawie, ul. Kolejowa 15/17, 01-217 Warszawa) (dalej „Odwołujący”).

Odwołujący wskazywał jako czynności, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy Pzp:

- 1) Czynność opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (dalej w skrócie: „OSDOSW”),

a nadto ewentualnie oddzielone od OSDOSW, samodzielnie oceniane czynności (w razie przyjęcia, że przetarg jest w istocie przetargiem o wartości ponad progiem unijnym określonym na podstawie przepisów wydanych na podstawie art. 11 ust.8 ustawy Pzp), tj.:

- 2) Czynność opisu przedmiotu zamówienia,
- 3) Czynność określenia wartości zamówienia jako czynność dokonana z nienależytą starannością i prowadząca do uniknięcia stosowania przepisów ustawy (odnośnie przetargów o wartości ponad progiem unijnym),
- 4) Czynność opisu ceny, w tym tylko jako kryterium porównawczego, a nie zapłaty wykonawcy,
- 5) Czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazywał następujące zarzuty:

Wskazanej czynności OSDOSW (a także ewentualnie dalszym w/w czynnościom ocenianym również samodzielnie bez związku z OSDOSW) zarzucana jest niezgodność z przepisami ustawy Pzp, która miała istotny wpływ na wynik postępowania, zaś w razie jej braku, rozstrzygnięcie Zamawiającego byłoby inne (brak wyboru oferty CA VISUAL COM S.C. Piotr Konieczny, Monika Mieczkowska-Konieczny z uwagi m.in. na rażąco niską cenę lub wybór oferty Odwołującego lub unieważnienie przetargu z uwagi na błędy w konstrukcji OSDOSW względem przedmiotu zamówienia określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), a także wadliwość w/w dalszych czynności (rozpatrywanych w związku z OSDOSW i bez związku z nim), a mianowicie zarzucana jest:

- a) niezgodność z art. 22 ust.1 i ust.4 ustawy Pzp w zw. z art.29 ust. 1 ustawy Pzp,
- b) niezgodność z art. 22 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 32 ust. 1 i ust.2 ustawy Pzp, ewentualnie w zw. z art. 34 ust.1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp i art. 34 ust.2 ustawy Pzp,
- c) niezgodność z art.22 ust.1 i ust.4 ustawy Pzp w zw. z art.2 pkt 1 i pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art.3 ust.1 pkt 1 ustawy o cenach (w zw. z art.91 ust.1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art.36 ust.1 pkt 12 i pkt 13 ustawy Pzp),
- d) niezgodność z art.22 ust.1 i ust.4 ustawy Pzp w zw. z art.7 ust.1 i ust.3 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i rozstrzygnięcie przez:

- a) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego w postaci OSDOSW (a także ewentualnie dalszych w/w czynności ocenianych samodzielnie), oraz w konsekwencji:
  - unieważnienia czynności w postaci wyboru oferty CA VISUAL COM S.C. Piotr Konieczny, Monika Mieczkowska-Konieczny i nakazanie powtórzenia czynności Zamawiającego w postaci wyboru oferty,
  - lub unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.
- b) ewentualnie, w razie zawarcia umowy z CA VISUAL COM S.C. Piotr Konieczny, Monika Mieczkowska-Konieczny, o unieważnienie umowy.

Wnosił także o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów, które zostaną przedstawione podczas rozprawy.

W uzasadnieniu wskazywał, co następuje.

I. Stan faktyczny

1. Zamówienie

Zamawiający określił następująco przedmiot zamówienia:

*Przedmiotem zamówienia jest wynajem i instalacja sprzętu audio-video do wystaw w Muzeum Sztuki Nowoczesnej w Warszawie Nr. Ref.: ZP/71/PN/151 audio/MSN/2012. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zamieszczony w załączniku nr 1 do siwz.*

W SIWZ Zamawiający wskazał wymagania w postaci dysponowania przez cały okres umowy sprzętem wymienionym w tabeli, a jednocześnie zastrzegł, że dokona zakupu wynajmu sprzętu od wykonawcy tylko w zakresie wynikającym z przyszłego zapotrzebowania (nie określonego w zamówieniu), tj. zastrzegł, że nie gwarantuje minimalnego poziomu zakupu usług:

(...)

*Zamawiający wymaga, aby wykonawca na etapie realizacji zamówienia dysponował niżej wymienionym sprzętem w ilościach wskazanych w tabeli. Wartości te stanowią maksymalną możliwą ilość sprzętu, która będzie potrzebna w tym samym czasie Zamawiającemu. Jednocześnie Zamawiający zastrzega, iż będzie wykorzystywał sprzęt tylko w takiej ilości, która wynika z jego bieżącego zapotrzebowania związanego z realizacją wystaw itp. Wykonawcy nie przysługuje roszczenie o wynagrodzenie wynikające z iloczynu ilości sprzętu wskazanego w tabeli oraz podanych przez niego cen jednostkowych. Faktyczne wynagrodzenie wykonawcy stanowić będzie iloczyn sprzętu faktycznie wykorzystanego przez zamawiającego, ilości dni wykorzystania i cen jednostkowych wskazanych w poniższej tabeli.*

2. Zamawiający określił następująco cenę i sposób obliczenia ceny:

(...)

**XII. OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY**

1. Wykonawca określi cenę całkowitą oferty brutto podając ją w zapisie liczbowym.

2. Wykonawca jest obowiązany wskazać wszystkie ceny jednostkowe określone w załączniku nr 1 do siwz - specyfikacji technicznej. Wykonawca obowiązany jest zsumować wartość pozycji 1-53 (w poz. 42 są podpozycje, których koszt należy zsumować). Tak

*uzyskaną wartość należy pomnożyć przez 230 (szacowana łączna liczba dni wynajęcia sprzętu).*

*3. Ustalone przez Wykonawcę ceny jednostkowe pozostają stałe w całym okresie wykonywania umowy.*

*4. Cena podana przez Wykonawcę w ofercie służy jedynie do porównania i oceny ofert. Rzeczywiste wynagrodzenie Wykonawcy zostanie ustalone jako suma:*

*a) iloczynów ilości wypożyczonego sprzętu, liczby dni wypożyczenia i cen jednostkowych zawartych w ofercie Wykonawcy;*

*b) cen instalacji sprzętu zawartych w ofercie Wykonawcy.*

*(...)*

Później Zamawiający dokonał zmiany z 230 dni na 30 dni.

3. Z uwagi na powyższe sformułowanie przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, Odwołujący złożył do Zamawiającego wiele pytań zmierzających do ustalenia minimalnego oczekiwanego poziomu zakupu wynajmu sprzętu, a także sposobu zakupu (np. czy zakup wynajmu sprzętu należy kalkulować na okresy jednodniowe czy dłuższe; czy obliczenie cen ofertowych odnośnie sprzętu powinny uwzględniać także koszt montażu, demontażu oraz samej gotowości/dyspozycyjności sprzętu do jego wynajęcia Zamawiającemu).

Zamawiający wskazał m.in., że:

- a) sprzęt wymieniony w SIWZ powinien być przez cały okres umowy utrzymywany w gotowości do wynajęcia Zamawiającemu,
- b) nie jest w stanie ocenić wartości przedmiotu zamówienia, tj. skali zakupu od wykonawcy, w tym minimalnej skali zakupu od wykonawcy,
- c) ceny wynajmu sprzętu powinny być tak skalkulowane, aby obejmowały wszelkie związane z wynajmem koszty wykonawcy, w tym koszty montażu, demontażu, utrzymywania w gotowości do wynajęcia Zamawiającemu.

Ponadto Odwołujący w dniu 28.05.2012 r. złożył Zamawiającemu pismo informacyjne na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, w którym między innymi wskazał:

(...)

2. Brak określenia szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy oraz brak ustalenia wartości zamówienia

*W zamówieniu określono cenę tylko jako służącą do porównania i oceny ofert, zastrzegając jednocześnie, że rzeczywiście Zamawiający może zakupić tylko część sprzętu wymienionego w Tabeli SIWZ, a zatem dopuszczając w istocie także np. zakup usługi najmu np. sprzętu tylko jednego egzemplarza i na jeden dzień.*

*W rezultacie Zamawiający nie określił szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy. W konsekwencji nie ustalił wartości zamówienia.*

(...)

5. Niegospodarność

*Większość najdroższego i wysoce wyspecjalizowanego sprzętu, który był podany na liście specyfikacji technicznych w przetargach ogłoszonych przez Państwo z poprzednich lat i który determinował główną kwotę przetargową, a co za tym idzie również jego wygranie, nie został wykorzystany podczas wystaw zrealizowanych w Państwa muzeum. W jeszcze większym stopniu można tego oczekiwać odnośnie listy sprzętu ogłoszonej na rok 2012. Lista sprzętu w SIWZ nie koresponduje ze sprzętem, którego używa się w działalności muzealnej i wystawienniczej, w tym muzeów sztuki współczesnej na całym świecie jak i Polsce. Z uwagi na doświadczenia z poprzednich lat skonstruowanie listy sprzętu, który nie odzwierciedla faktycznych potrzeb MSN, przy jednoczesnym zastrzeżeniu przez Zamawiającego możliwości braku zakupu wynajmu sprzętu, prowadzi jedynie do nieuzasadnionego zwiększania kosztów oferentów, ceny ofertowej, a także w efekcie kosztów zakupu usług przez Zamawiającego i ogólnie kosztów jego działalności.*

6. Ograniczenie konkurencji oraz dostępu do uczestnictwa w zamówieniu publicznym - utrudnienie uczciwej konkurencji

*Wymagania sprzętowe podane w SIWZ, zwłaszcza jako nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego, zbędnie uniemożliwiają stanięcie do przetargu większości światowych firm multimedialnych, w tym bardziej firmom multimedialnym wyspecjalizowanym w świadczeniu usług na rynku sztuki i wystawiennictwa. W rezultacie wymagania sprzętu, który nie został w ubiegłych latach wykorzystany przez Zamawiającego i zapewne nie będzie wykorzystany w ramach wykonania umowy w ramach niniejszego przetargu stanowi praktykę ograniczającą*

*konkurencję na rynku przez uniemożliwienie w istocie udziału w przetargu firmom multimedialnym wyspecjalizowanym w świadczeniu usług na rynku sztuki/media i wystawiennictwa prac multimedialnych.*

*Powtórzyć należy, że w zamówieniu określono cenę tylko jako służącą do porównania i oceny ofert, zastrzegając jednocześnie, że rzeczywiście Zamawiający może zakupić tylko część sprzętu wymienionego w Tabeli SIWZ, a zatem dopuszczając także np. zakup usługi najmu tylko jednego egzemplarza sprzętu i na jeden dzień, a nawet dopuszczając w istocie brak zakupu wynajmu („zakup na 0 dni”). W rezultacie Zamawiający regulując warunki przetargu i dopuszczania oferentów wytworzył sytuację zagrożenia oferenta nieotrzymania żadnego wynagrodzenia czy rekompensaty za utrzymywanie danego sprzętu w pełnej dyspozycyjności na cały okres 12 miesięcy.*

#### *7. Naruszenie równego traktowania wykonawców i utrudnienie uczciwej konkurencji*

*Skonstruowanie przetargu powoduje możliwość nadużyć na szkodę Zamawiającego, jak i konkurencji. A mianowicie firma, która miałaby pewność, że określony sprzęt w czasie trwania umowy nie będzie zamawiany do najmu przez Zamawiającego, pozwoli sobie na wpisanie do oferty przetargowej sztucznie niskich kwot pozwalających na powstanie najniższej oferty cenowej.*

*Przejawem nieprawidłowości był przetarg sprzed 2,5 roku, gdy druga oferta w przetargu była wielokrotnie wyższa od wygranej, bo odzwierciedlała faktyczne ceny rynkowe i dlatego była znacznie powyżej progu określonego na podstawie art.11 ust. 8 ustawy Prawa zamówień publicznych.*

*(...)*

Zamawiający nie odpowiedział na pismo informacyjne.

II. Odwołujący prezentował następujące stanowisko.

#### 1. Uwagi ogólne (dotyczące wszystkich zarzutów)

1.1. Przetarg, którego dotyczy odwołanie, jest w istocie przetargiem o wartości zamówienia ponad progiem unijnym określonym przez przepisy wydane na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. W rezultacie odwołanie i jego zarzuty mogą dotyczyć czynności w szerokim zakresie jak to jest właściwe i dopuszczalne w przypadku odwołania odnośnie przetargu o wartości zamówienia ponad progiem unijnym.

Z tego względu kwestionowane czynności (i dotyczące ich zarzuty) wskazane w odwołaniu należy odczytywać i oceniać następująco:

- a) zarzuty odnośnie OSDOSW w relacji do innych czynności (związanych i wpływających na OSDOSW) - zgodnie z zakresem zaskarżenia odnośnie przetargów o wartości poniżej progu unijnego,
- b) przy czym z uwagi na to, że dalsze w/w kwestionowane czynności mogą podlegać samodzielnej ocenie ich niezgodności z ustawą Pzp (oddzielone od OSDOSW), zarzuty odnośnie dalszych czynności mogące podlegać też ocenie samodzielnie - zgodnie z zakresem zaskarżenia odnośnie przetargów o wartości powyżej progu unijnego.

Uzasadnienie zarzutów odnosi się zatem do samego OSDOSW (w relacji do innych czynności), ale również uzasadnienie zarzutów można odczytywać jako dotyczące także samodzielnie dalszych czynności, jeśli rozpatrywać je samodzielnie w oddzieleniu od OSDOSW.

1.2. Wskazany przez Zamawiającego w zamówieniu wymóg utrzymywania w rocznym okresie umowy gotowości/dyspozycyjności sprzętu wskazanego w tabeli w SIWZ (wymóg wskazany w części Specyfikacja techniczna poprzedzający tabelę), przy jednoczesnym zastrzeżeniu braku minimum zakupu, można oceniać dwojako:

- a) jako element przedmiotu zamówienia określający jego zakres, a przez to podlegający ocenie z OSDOSW w relacji wynikającej z art. 22 ust.4 ustawy Pzp: OSDOSW - przedmiot zamówienia,
- b) jako element samego OSDOSW, chociaż nie umieszczony przez Zamawiającego bezpośrednio w części IV. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ SPOSÓB DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIANIA TYCH WARUNKÓW.

W każdym razie wymóg utrzymywania w rocznym okresie umowy gotowości/dyspozycyjności sprzętu (przy jednoczesnym zastrzeżeniu braku minimum zakupu), należy oceniać jako warunek udziału w postępowaniu związany z wymaganym potencjałem technicznym i ekonomicznym wykonawcy.

1.3. Czynność OSDOSW dotyczy „warunków udziału w postępowaniu”, a zatem:

- a) obejmuje warunki dopuszczenia do udziału w postępowaniu,



- b) powinna być też oceniana jako obejmująca również warunki samego udziału w postępowaniu (warunki oceny ofert przez Zamawiającego w celu wyboru najkorzystniejszej oferty) - warunki efektywnego i rzeczywistego udziału w postępowaniu (a nie tylko pozorowanego udziału wobec jedynie formalnego dopuszczenia do udziału w postępowaniu).

W jednym z orzeczeń KIO przyjęto, że:

- udział w postępowaniu może być uniemożliwiony przez brak dopuszczenia do udziału,
- ale także udział w postępowaniu mimo formalnego dopuszczenia, może być uniemożliwiony w sensie braku realnej i efektywnej konkurencji z innymi podmiotami.

Sygn. akt: KIO 28/11, Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2011 r.:

*Ograniczenia konkurencji mają przeważnie charakter graniczny, np. przez określenie warunków udziału w postępowaniu lub opis przedmiotu zamówienia wprost uniemożliwiający niektórym wykonawcom złożenie oferty w postępowaniu. Mogą mieć również charakter względny i pośredni. Za ograniczenie tego typu należy uznać sytuację, w której niektórzy wykonawcy, co prawda mogą złożyć ważną i odpowiadającą siwz ofertę, jednakże oferta ze względu na jej charakter i specyfikę, w świetle specyfiki opisu przedmiotu zamówienia czy ukształtowanych kryteriów oceny ofert nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców. Jak już wskazano, tego typu ograniczenia konkurencji są niejako w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego naturalne i nieodzowne. Podlegają jednak badaniu i ocenie pod względem stopnia ograniczenia możliwości uzyskania zamówienia dla zidentyfikowanego kręgu wykonawców obecnych na rynku, co bezpośrednio ma się przekładać na nieuzasadnione preferowanie i ułatwianie przez zamawiającego innym podmiotom uzyskania zamówienia (uczciwa konkurencja). Jako podstawowe kryterium i punkt odniesienia przy ocenie powyższego można wskazać identyfikację i określenie kręgu podmiotów, które dane postanowienia siwz preferują/ dyskryminują oraz skonfrontowanie powyższego i odniesienie do uzasadnionych i obiektywnych potrzeb zamawiającego, które w skrajnych wypadkach mogą prowadzić nawet do konieczności zupełnego wyeliminowania konkurencji w danym zamówieniu (np. udzielenia zamówienia z wolnej ręki). A contrario uznać należy, iż nadmierne ograniczenie dostępu do zamówienia czy stwarzanie przez zamawiającego bardziej korzystnych warunków dla określonych wykonawców, zarówno bezpośrednio, jak i pośrednio, (poza przewidzianymi w przepisach ustawy) w przypadku gdy brak ku temu rzeczowego uzasadnienia, stanowiło będzie naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp. Konsekwentnie: dopuszczalny stopień ograniczenia dostępu do*

*zamówienia i preferowania jednych wykonawców kosztem innych rosi będzie wraz ze wzrostem znaczenia i wagi potrzeb zamawiającego, które tego typu ograniczenia będą dyktować i uzasadniać. I na odwrót: im mniejszy faktyczny stopień ograniczenia konkurencji przy danym zamówieniu, tym proporcjonalnie mniejsze mogą być potrzeby zamawiającego uzasadniające takie ograniczenie. W interpretacji Izby (interpretacji zasady ogólnej wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp), jakiegokolwiek ograniczenie konkurencji musi się więc opierać się na realnych i proporcjonalnych powodach, które stopień tego ograniczenia będą sankcjonować i uzasadniać.*

*Reasumując, z jednej strony nie można przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ustawy, uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisanie czy zapewnienia ich realizacji w siwz, z drugiej strony należy również odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań siwz, które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji w stopniu ponad potrzeby zamawiającego wykraczającym. Tym samym, dla stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, w konkretnych okolicznościach i warunkach danego postępowania o udzielenie zamówienia zbadać należy zarówno faktyczny stopień ograniczenia konkurencji, przyczyny wprowadzenia ograniczeń przez zamawiającego, jak ich skutki dla wykonawców obecnych na rynku, a także proporcjonalny, wzajemny stosunek tych zmiennych.*

1.4. Termin „przedmiot zamówienia” określić można zasadniczo przez dwa aspekty:

- a) rzeczowy - rodzaj zamawianego dobra - determinujący wymaganie od wykonawcy określonego potencjału technicznego,
- b) ekonomiczny - wartość zamawianego dobra - determinujący wymaganie od wykonawcy określonego potencjału ekonomicznego.

1.5. „Przedmiot zamówienia” zawiera w sobie i określa zamawiane od wykonawcy świadczenie i jego wartość (świadczenie w ujęciu cywilistycznym), zaś w odpowiedzi oferenci proponują oczekiwane w zamian świadczenie ekwiwalentne - cenę/wynagrodzenie.

1.6. OSDOSW odnosząc się do przedmiotu zamówienia *per se* odnosi się też do ceny/wynagrodzenia jako ekwiwalentu zamówienia.

OSDOSW	<p style="text-align: center;">Przedmiot zamówienia</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• aspekt rzeczowy - rodzaj zamawianego dobra - determinujący wymóg potencjału technicznego wykonawcy</li> <li>• aspekt ekonomiczny - wartość zamawianego dobra - determinujący wymóg potencjału technicznego wykonawcy</li> </ul>
	<p style="text-align: center;">Przedmiot oferty</p> <p style="text-align: center;">- wynagrodzenie jako ekwiwalent zamówienia</p>

1.7. Między OSDOSW i warunkami/cechami przedmiotu zamówienia określonymi w SIWZ, zachodzi dwustronna zależność wynikająca z normy art.22 ust.4 ustawy Pzp, a mianowicie, że OSDOSW powinny być dostosowane do cech przedmiotu zamówienia oraz przedmiot zamówienia powinien determinować OSDOSW. W tym sensie nakaz proporcjonalności i związania OSDOSW z przedmiotem zamówienia oddziałuje dwustronnie.

Przy czym OSDOSW zależy od konkretnego przedmiotu zamówienia:

Wyrok SO w Poznaniu z dnia 31 marca 2006 r., Sygn. Akt II Ca 168106:

*„Słusznie zauważa pełnomocnik zamawiającego w odpowiedzi na skargę, iż z treści przepisu art. 22 ust. 1 uPzp można wyinterpretować normą prawną, której uszczegółowienie jest możliwe dopiero w zestawieniu z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jeżeli bowiem ustawodawca przewiduje możliwość wzięcia udziału w przetargu tylko tym podmiotom, które posiadają uprawnienia do wykonania zamówienia, posiadają w tym zakresie niezbędną wiedzę oraz znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie takiego zamówienia, to istotny dla interpretacji tego przepisu jest charakter zamówienia. Dopiero odniesienie wymogów zamawiającego związanych z konkretnym zamówieniem umożliwi prawidłowe ustalenie, czy podmiot składający ofertę spełnia warunki wskazane w treści ww. przepisu. Oczywiście zatem jest, iż sposób oceny oferentów będzie inny przy różnych typach zamówienia, co z kolei wyklucza możliwość stosowania automatycznie tych samych kryteriów w toku każdego postępowania.”*

1.8. Zamawiający jest zobowiązany:

- a) określić przedmiot zamówienia jednoznacznie i wyczerpująco (art.29 ust. 1 ustawy Pzp), w sposób nie utrudniający uczciwej konkurencji, w szczególności uwzględniający rzeczywiste potrzeby Zamawiającego (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp),
- b) po określeniu jednoznacznym (zakresu) przedmiotu zamówienia, należy ustalić szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy z należytą starannością jako podstawę ustalenia wartości zamówienia (art. 32 ust. 1 ustawy Pzp), bez zaniżania wartości zamówienia w celu uniknięcia stosowania ustawy Pzp (art. 32 ust.2 ustawy Pzp),
- c) po powyższych czynnościach, należy przyjąć kryterium porównawcze ofert związane z przedmiotem zamówienia (jego zakresem), w tym sposobu obliczania ceny i kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej (m.in. art. 36 ust.1 pkt 12 i pkt 13 ustawy Pzp).

Prawidłowość powyższych czynności dotyczących przedmiotu zamówienia, jako określenia samego określenia przedmiotu zamówienia, determinuje i umożliwia ocenę proporcjonalności i adekwatności OSDOSW wobec przedmiotu zamówienia (art. 22 ust. 1 i ust.4 ustawy Pzp).

1.9. Zamawiający w SIWZ w istocie nie określił przedmiotu zamówienia - nie wskazał jednoznacznie i wyczerpująco zakresu przedmiotu zamówienia - zakresu zamawianej usługi wynajmu, wskazując tylko:

- maksymalny zakres zakupu (ilość sprzętu wymaganego do zapewnionego do wynajęcia w okresie umowy) - maksymalny wymiar przedmiotu zamówienia,

- *de facto* minimalny zakres zakupu (wynoszący w istocie 0 według wyraźnego brzmienia SIWZ, w tym odpowiedzi Zamawiającego na pytania) - minimalny wymiar przedmiotu zamówienia.

Brak określenia w SIWZ przedmiotu zamówienia (jego zakresu determinującego wymagane zdolności oferentów oraz cenę za wykonanie zamówienia) powoduje, że w istocie brak jest punktu odniesienia dla OSDOSW jako mającego spełniać wymóg adekwatności i proporcjonalności zgodnie z art. 22 ust. 1 i ust.4 ustawy Pzp.

2. Ad zarzutu 3.a) [Niezgodność czynności z art.22 ust. 1 i ust.4 ustawy Pzp w zw. z art.29 ust. 1 ustawy Pzp]

2.1. Jak już wspomniano, Zamawiający w SIWZ w istocie nie określił przedmiotu zamówienia nie wskazując jednoznacznie i wyczerpująco zakresu przedmiotu zamówienia - zakresu zamawianego wynajmu sprzętu (od minimum - 0 do maksimum o wartości milionów złotych).

2.2. [Ogólna niemożliwość oceny] Brak jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego w SIWZ (art.29 ust. 1 ustawy Pzp), uniemożliwia merytoryczną ocenę proporcjonalności i adekwatności OSDOSW względem przedmiotu zamówienia (art.22 ust. 1 i ust.4 ustawy Pzp).

Tym samym czynność OSDOSW, przez samą niemożliwość merytorycznej oceny proporcjonalności i adekwatności OSDOSW względem przedmiotu zamówienia, powinna być określona jako oczywiście wadliwa, a przy tym utrudniająca uczciwą konkurencję - niezgodna z art.22 ust. 1 i ust.4 ustawy Pzp w zw. z art.29 ust. 1 i ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp.

Nie można merytorycznie ocenić czy OSDOSW został ustalony na właściwym poziomie, czy na zbyt wysokim czy na zbyt niskim.

2.3. [Brak przesłanek do oceny adekwatności i proporcjonalności OSDOSW do przedmiotu zamówienia]

W okolicznościach niniejszego postępowania przetargowego Zamawiający określił wymiar przedmiotu zamówienia:

- a) maksymalnie - na wysokim poziomie pod względem zapotrzebowania - wymagającym znaczącego potencjału technicznego i ekonomicznego,
- b) minimalnie - na poziomie zerowym („0”) - wskazując, że faktycznie Zamawiający może nie zakupić wynajmu sprzętu w jakimkolwiek zakresie, przy czym Zamawiający zastrzegł wymóg zapewnienia przez wykonawcę utrzymania gotowości/dyspozycyjności sprzętu przez cały roczny okres umowy.

Oferent racjonalnie oceniający warunki zamówienia i opłacalność uczestnictwa w zamówieniu:

- a) mógł zrezygnować z udziału z uwagi na koszty związane z zapewnieniem gotowości/dyspozycyjności sprzętu przez roczny okres umowy, przy jednoczesnym braku pewności zakupu wynajmu sprzętu w jakimkolwiek zakresie,

- b) lub mógł przystąpić do przetargu szacując koszty i cenę opierając się na maksymalnym możliwym zapotrzebowaniu Zamawiającego.

Tylko oferent/wykonawca, który wiedział o rzeczywistych planach Zamawiającego mógł przystąpić do przetargu oferując cenę opartą na nieokreślonym w SIWZ (i odpowiedziach Zamawiającego na pytania) minimalnym planowanym zapotrzebowaniu Zamawiającego.

2.4. Między OSDOSW i warunkami/cechami przedmiotu zamówienia określonymi w SIWZ, zachodzi dwustronna zależność wynikająca z normy art.22 ust.4 ustawy Pzp, a mianowicie, że OSDOSW powinny być dostosowane do cech przedmiotu zamówienia oraz przedmiot zamówienia powinien determinować OSDOSW. W tym sensie nakaz proporcjonalności i związania OSDOSW z przedmiotem zamówienia powinien być odczytywany w okolicznościach niniejszego postępowania przetargowego jako odnoszący się do maksymalnego oczekiwanego wymiaru przedmiotu zamówienia.

Stawianie w OSDOSW wymogów oceny wobec zakresu przedmiotu zamówienia, które można jednocześnie oceniać jednocześnie jako zbyt szerokie (wobec możliwego faktycznego zamówienia na poziomie „0”), ale i zbyt wąskie (wobec możliwego faktycznego zamówienia na poziomie milionów złotych), prowadzi do takiego samego wniosku, że OSDOSW jest sformułowany przez zamawiającego nieproporcjonalnie i nieadekwatnie do przedmiotu zamówienia (i nim determinowanych warunków prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia).

2.5. [Dowolność, nieadekwatność i nieproporcjonalność OSDOSW względem przedmiotu zamówienia] Zamawiający skonstruował OSDOSW:

- a) w istocie tylko odnośnie doświadczenia wykonawcy, podczas gdy Zamawiający wskazał, zgodnie z ustawą Pzp, że „1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

*1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;*

*2) posiadania wiedzy i doświadczenia,*

*3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia*

*4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.*

- b) w istocie nieadekwatnie i nieproporcjonalnie do zakresu przedmiotu zamówienia wskazując, że warunki będą uznane za spełnione w razie dokonania przez wykonawcę dostawy „sprzętu audiowizualnego” o wartości „nie mniejszej niż 100.000 zł brutto”, w tym jako sprzedaży takiego sprzętu, przy czym należy zauważyć, że:
- przedmiot zamówienia obejmował pojedyncze pozycje, które jednostkowo mają wartość kilkudziesięciu tysięcy złotych jako cena sprzedaży, zaś w przypadku wynajmu choćby na jeden dzień mogą mieć wartość kilku/kilkunastu tysięcy (np. ściany z bezszwowych ekranów plazma/LCD 46"-55"), a w rezultacie OSDOSW sformułowano nieadekwatnie i nieproporcjonalnie do przedmiotu zamówienia,
  - zwrot „sprzęt audiowizualny” zastosowany przez Zamawiającego w OSDOSW jest niejednoznaczny i może obejmować tak sprzęt wystawienniczy, jak i zwykłe telewizory, a w rezultacie OSDOSW sformułowano nieadekwatnie i nieproporcjonalnie do przedmiotu zamówienia, który dotyczył zwłaszcza sprzętu audiowizualnego do działalności wystawienniczej-audiowizualnej.

OSDOSW został skonstruowany dowolnie:

- w sposób nie związany z przedmiotem zamówienia, jego zakresem, z wymaganiami zapewnienia dyspozycyjności sprzętem przez okres trwania umowy, wartością zamówienia,
- oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, jego zakresu, wymagań zapewnienia dyspozycyjności sprzętem przez okres trwania umowy, wartości zamówienia.

2.6. Z powyższych względów skonstruowanie OSDOSW w oderwaniu od wymogów wskazanych odnośnie przedmiotu zamówienia w SIWZ, pozwalało:

- a) z jednej strony na uczestnictwo w przetargu przez podmioty niezdolne do spełnienia wymogów SIWZ i realizacji przedmiotu zamówienia, pod warunkiem, że wiedziały jaki będzie realny zakres kupowanych usług wynajmu sprzętu przez Zamawiającego,
- b) z drugiej strony uniemożliwiały równoprawne uczestnictwo w przetargu podmiotom, które nie wiedziały o realnych planach zakupowych Zamawiającego, zaś ich uczestnictwo mogło być związane tylko ze skalkulowaniem cen realnych (uwzględniających możliwy maksymalny poziom zamówienia), w przeciwieństwie do podmiotu, który wiedział o realnych planach zakupowych Zamawiającego mogącego

skalkulować ceny odnośnie do rzeczywistych potrzeb Zamawiającego i oderwanych od możliwego maksymalnego poziomu zamówienia),

- c) wreszcie, opis przedmiotu zamówienia wynikający z SIWZ - żądanie od oferentów dysponowania drogim i rzadkim na rynku sprzętem przez cały okres umowy, przy jednoczesnym braku zapewnienia zakupu w jakiegokolwiek części - doprowadził do odstraszenia od uczestnictwa w przetargu przedsiębiorców, zaś nieadekwatny i nieproporcjonalny OSDOSW wobec przedmiotu zamówienia, pozwolił na uczestnictwo w zasadzie tylko Wykonawcy dotychczas obsługującego Zamawiającego (tylko podmiot, który wie, że nie wszystkie sprzęty objęte przedmiotem zamówienia zostaną zamówione przez Zamawiającego może - mimo braku potencjału technicznego i ekonomicznego - przystąpić do przetargu nie obawiając się wymogu i nie zważając na wymóg dysponowania przez cały okres umowy drogim i rzadkim na rynku sprzętem, a nadto może zaoferować cenę nie wyznaczoną przez maksymalne wymagania SIWZ).

Z uwagi na powyższe okoliczności OSDOSW sformułowany nieadekwatnie i nieproporcjonalnie do przedmiotu zamówienia w SIWZ, stanowi czynność niezgodną ze wskazanymi przepisami pzp i prowadzi także do niezgodnego z pzp utrudnienia uczciwej konkurencji. Czynność Zamawiającego prowadzi w istocie do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, wykluczając z przetargu podmioty zdolne do wykonania zamówienia (posiadające potencjał techniczny i ekonomiczny), zaś zapewniając uczestnictwo i wygraną zamówienia podmiotowi nie posiadającemu potencjału technicznego i ekonomicznego przy zaoferowaniu przez tenże podmiot rażąco niskiej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia.

3. Ad zarzutu 3.b) [Niezgodność czynności z art. 22 ust. 1 i ust.4 ustawy Pzp w zw. z art. 32 ust. 1 i ust.2 ustawy Pzp, ewentualnie w zw. z art. 34 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp i art. 34 ust.2 ustawy Pzp]

3.1. Brak określenia przez Zamawiającego jednoznacznie i wyczerpująco zakresu przedmiotu zamówienia, prowadzi jednocześnie do braku możliwości ustalenia szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy z należytą starannością, uniemożliwiając rzetelne i trafne ustalenie wartości zamówienia (art. 32 ust. 1 ustawy Pzp).

3.2.1. [Ogólna niemożliwość oceny] Brak wyraźnego określenia zakresu przedmiotu zamówienia oraz brak szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy, uniemożliwiając rzetelne i trafne ustalenie wartości zamówienia, jednocześnie uniemożliwia merytoryczną ocenę



proporcjonalności i adekwatności OSDOSW względem przedmiotu zamówienia (art.22 ust. 1 i ust.4 ustawy Pzp), w tym odnośnie wartości zamówienia jako elementu przedmiotu zamówienia (art.32 ust. 1 ustawy Pzp, ewentualnie w zw. z art.34 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp).

3.2.2. [Brak przesłanek do oceny adekwatności i proporcjonalności OSDOSW do przedmiotu zamówienia] Określenie wartości zamówienia prowadzące do ustalenia wartości zamówienia powyżej progów unijnych (zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art.11 ust.8 ustawy Pzp), wiązałyby się również z innym odniesieniem dla ocen dokonanej czynności OSDOSW, zaś brak określenia wartości zamówienia uniemożliwia merytoryczną ocenę adekwatności i proporcjonalności OSDOSW względem przedmiotu zamówienia (art.22 ust. 1 i ust.4 ustawy Pzp)

Brak określenia wartości przedmiotu zamówienia z uwagi na brak jednoznacznego wyznaczenia przez Zamawiającego samego zakresu przedmiotu zamówienia, powoduje, że czynność OSDOSW nie ma merytorycznego odniesienia w zakresie proporcjonalności i adekwatności do przedmiotu zamówienia, bez względu na to, że w jej ramach zawarto określenie: *„co najmniej jedną dostawę (jednorazowo) polegającą na wynajmie lub sprzedaży sprzętu audiowizualnego wraz z instalacją o wartości nie mniejszej niż 100.000 zł brutto (słownie: sto tysięcy złotych brutto)”*.

Wartość ta, jak i dalsze wymogi, może być jednocześnie oceniana jednocześnie jako zbyt wysoka i zbyt niska.

3.3.Tym samym czynność OSDOSW, przez samą niemożliwość merytorycznej oceny proporcjonalności i adekwatności OSDOSW względem przedmiotu zamówienia (w tym wartości zamówienia), powinna być określona jako oczywiście wadliwa - niezgodna z art.22 ust. 1 i ust.4 ustawy Pzp w zw. z art.32 ust. 1 i ust.2 ustawy Pzp, ewentualnie w zw. z art.34 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp i art.34 ust.2 ustawy Pzp.

Nie można merytorycznie ocenić czy OSDOSW został ustalony na właściwym poziomie, czy na zbyt wysokim czy na zbyt niskim.

4. Ad zarzutu 3.c) [Niezgoda z art.22 ust. 1 i ust.4 pzp w zw. z art.2 pkt 1 i pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art.3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach (w zw. z art. 91 ust.1 i ust.2 ustawy Pzp w zw. z art.36 ust. 1 pkt 12 i pkt 13 ustawy Pzp)]

4.1. Zamawiający posłużył się ceną z naruszeniem ustawy Pzp, traktując ją jedynie jako kryterium porównawcze wyboru oferty, ale nie związane w istocie z zakresem przedmiotu zamówienia i jego wartością - zakresem planowanego zakupu od wykonawcy.

Zgodnie z art.2 pkt 1 ustawy Pzp:

*„Ilekcroć w ustawie jest mowa o:*

*1) cenie - należy przez to rozumieć ceną w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, z późn. zm.);”*

Zgodnie z art.2 pkt 5 ustawy Pzp:

*“5) najkorzystniejszej ofercie - należy przez to rozumieć ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertą z najniższą ceną, a w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący - ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego;”*

Zgodnie z art.3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach:

*“1. Użyte w ustawie określenia oznaczają:*

*1) cena - wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym,”*

4.2. Cena jako korelat wartości zamówienia będącego elementem przedmiotu zamówienia podlega również ocenie proporcjonalności i adekwatności względem OSDOSW. Przedmiotem zamówienia są świadczenia obu stron - Zamawiającego i wykonawcy. Świadczeniu dostawy ze strony wykonawcy odpowiadać powinno świadczenie pieniężne określone wynagrodzeniem/ceną.

Przedmiot zamówienia określony jest zatem przez jego zakres, wartość (ustaloną na podstawie dokonanego z należytą starannością określenia szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy) i znajduje odzwierciedlenie w przedmiocie oferty - wynagrodzeniu/cenie.

4.3. Brak określenia przez Zamawiającego jednoznacznie i wyczerpująco zakresu przedmiotu zamówienia oraz brak ustalenia szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy z należytą starannością, uniemożliwiając rzetelne i trafne ustalenie wartości zamówienia, uniemożliwiło także:

- a) z jednej strony posłużenie się przez Zamawiającego w zamówieniu ceną:
  - w tym jako odnośnika do określenia OSDOSW jako proporcjonalnego i adekwatnego do przedmiotu zamówienia,
  - w tym jako kryterium określenia wartości zamówienia determinującego wynagrodzenie (cenę),
  - w tym jako kryterium porównawczego ofert,
  - w tym jako kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty.
- b) z drugiej strony posłużenie się przez Odwołującego w ofercie ceną:
  - Odwołujący mimo zapytań nie uzyskał informacji od Zamawiającego o jednoznacznym i wyczerpującym zakresie przedmiotu zamówienia,
  - a przez to mógł określić cenę za przedmiot zamówienia w wymiarze maksymalnie wymaganym przez Zamawiającego,
  - jednocześnie takie posłużenie się ceną przez Odwołującego uniemożliwiało uczciwą konkurencję z podmiotem, który np. posiadał informację o rzeczywistym planowanym przez Zamawiającego zakresie zamawianych do wynajmu sprzętów (w okresie obowiązywania umowy).

4.4.1. [Ogólna niemożliwość oceny] Czynność OSDOSW nie może być merytorycznie oceniona pod względem proporcjonalności i adekwatności względem przedmiotu zamówienia (art.22 ust. 1 i ust.4 ustawy Pzp), w kontekście braku wyraźnego określenia zakresu przedmiotu zamówienia, w tym jako kryterium obliczania ceny, wyboru najkorzystniejszej oferty oraz w zakresie ceny jako oczekiwanego ekwiwalentu za wynajem sprzętu na rzecz Zamawiającego (art.2 pkt 1 i pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art.3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach (w zw. z art.36 ust. 1 pkt 12 i pkt 13 ustawy Pzp).

4.4.2. [Brak przesłanek do oceny adekwatności i proporcjonalności OSDOSW do przedmiotu zamówienia] Brak określenia przedmiotu zamówienia (wartości zamówienia i wynagrodzenia/ceny za realizację zamówienia), powoduje, że czynność OSDOSW nie ma

merytorycznego odniesienia w zakresie proporcjonalności i adekwatności do przedmiotu zamówienia, bez względu na to, że w jej ramach zawarto określenie: „co najmniej jedną dostawę (jednorazowo) polegającą na wynajmie lub sprzedaży sprzętu audiowizualnego wraz z instalacją o wartości nie mniejszej niż 100.000 zł brutto (słownie: sto tysięcy złotych brutto)”.

4.5. Tym samym czynność OSDOSW, przez samą niemożliwość merytorycznej oceny proporcjonalności i adekwatności OSDOSW względem przedmiotu zamówienia (w tym wynagrodzenia/ceny za realizację zamówienia), powinna być określona jako jako oczywiście wadliwa - niezgodna z art.22 ust. 1 i ust.4 ustawy Pzp w zw. z art.2 pkt 1 i pkt 5 pzp w zw. z art.3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach (w zw. z art.36 ust.1 pkt 12 i pkt 13 ustawy Pzp).

5. Ad zarzutu 3.d) [Niezgodność czynności z niezgodność z art.22 ust. 1 i ust.4 ustawy Pzp w zw. z art.7 ust.1 i ust.3 ustawy Pzp w zw. z art.29 ust.2 ustawy Pzp]

5.1. Jak już wspomniano, Zamawiający w SIWZ w istocie nie określił przedmiotu zamówienia nie wskazując jednoznacznie i wyczerpująco zakresu przedmiotu zamówienia - zakresu zamawianej usługi wynajmu (od minimum - 0 do maksimum o wartości milionów złotych).

5.2. Należy także wskazać, że Zamawiający w ramach przedmiotu zamówienia określił sprzęty, które:

- a) nie są potrzebne Zamawiającemu w ogólności, w kontekście jego działalności (wystawy muzealne),
- b) a także, które nie są potrzebne Zamawiającemu do realizacji celu zamówienia wskazanego także na początku Specyfikacji technicznej: „Na wynajem i instalację sprzętu AV do wystaw w Muzeum Sztuki Nowoczesnej w Warszawie“

5.3.1. Ponad 70% wartości przetargu definiowana jest przez sprzęt, który nie będzie używany w muzeum. Jest to sprzęt z najwyższej półki technicznej, najdroższy na rynku, a przy tym niezwykle specyficzny i w zasadzie nie podlegający użyciu przez muzea na świecie. Natomiast sprzęt, który zapewne będzie potrzebny do realizacji wystaw, nie znalazł się na liście w SIWZ. Pamiętając o tym, że zagregowana cena (złożona z jednostkowych cen sprzętów z tabeli) służyła jedynie jako kryterium porównawcze, ujęcie 70% sprzętu niepotrzebnego Zamawiającemu, a determinującego uzyskanie ceny zagregowanej (jako kryterium porównawczego) prowadzić mogło do tego, że oferent znający rzeczywiste planowane potrzeby Zamawiającego mógł zaniżyć ceny jednostkowe tych 70% pozycji sprzętowych, zaś podwyższyć ceny jednostkowe sprzętów, które będą rzeczywiście

zamawiane przez Zamawiającego. W ten sposób oferent, który znał rzeczywiste plany zakupowe Zamawiającego mógł uzyskać zagregowaną cenę na niskim poziomie wygrywając przetarg (kryterium porównawcze - cena zagregowana przedstawiona przez takiego oferenta mogła być niższa niż realnie uzasadniona rynkowymi cenami jednostkowymi, determinowanymi zwłaszcza przez te najdroższe i niepotrzebne Zamawiającemu sprzęty).

5.3.2. Przykładowo można wskazać ceny rynkowe kilku sprzętów korzystając ze strony [www](http://www.projekcja.com.pl/wyposzczalnia.php) <http://www.projekcja.com.pl/wyposzczalnia.php>

- a) Projektor FULL HD (1920x1080) 10000-12000ANSI - 4000 zł netto (za jeden dzień wynajmu),
- b) Ekran 400x300 cm - 350 zł netto (za jeden dzień wynajmu),
- c) Ekran plazmowy bezszwowy 279x159 cm, format 16:9 (4,4 m<sup>2</sup>)- 15600 zł netto (za jeden dzień wynajmu),
- d) Ekran plazmowy bezszwowy 372X212 cm, format 16:9 (7,9 m<sup>2</sup>) - 21900 zł netto (za jeden dzień wynajmu),
- e) Ekran plazmowy 65" - 1000 zł netto (za jeden dzień wynajmu).
- f) Ekran plazmowy 50" - 350 zł netto (za jeden dzień wynajmu).

Ze strony [www](http://www.monroe.pl/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=10&Itemid=16):

[http://www.monroe.pl/index.php?option=com\\_content&view=category&layout=blog&id=10&Itemid=16](http://www.monroe.pl/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=10&Itemid=16)

- g) 3 chipowy rzutnik SXGA+ (Panasonic D10000) - 3200 zł brutto, tj. ok. 2500 zł netto (za jeden dzień wynajmu).

Zamawiający w tabeli w SIWZ wskazał natomiast następujące zapotrzebowanie i stąd także wynikający wymóg gotowości/dyspozycyjności sprzętu od wykonawcy:

- a) z w/w pozycji a) - 2 sztuki
- b) z w/w pozycji b) - 44 sztuki (w/w ekran i cena zostały przyjęte tylko jako średnie ekran i cena spośród zamawianych przez Zamawiającego - tylko do kalkulacji w tym miejscu - Zamawiający wskazał ekrany większe i droższe oraz mniejsze i tańsze)
- c) z w/w pozycji c) - 1 sztuka
- d) z w/w pozycji d) - 1 sztuka

- e) z w/w pozycji e) - 4 sztuki
- f) z w/w pozycji f) - 10 sztuki
- g) z w/w pozycji g) - 4 sztuki

Do ceny zagregowanej (jako kryterium porównawczego oferty) Zamawiający wymagał uwzględnienia następującego obliczenia (mnożenia):

cena jednostki sprzętu za jeden dzień wynajmu proponowana przez oferenta x liczba jednostek sprzętu x 30 dni.

Uwzględniając tylko część sprzętów z tabeli w SIWZ - sprzętów w/w z punktów a) do g) i opierając się na ofertach z w/w stron www, wynik jest następujący:

- a) 4000 zł netto (za jeden dzień wynajmu) x 2 sztuki x 30 dni = 240.000 zł netto,
- b) 350 zł netto (za jeden dzień wynajmu) x 44 sztuki x 30 dni = 462.000 zł netto,
- c) 15600 zł netto (za jeden dzień wynajmu) x 1 sztuka x 30 dni = 468.000 zł netto,
- d) 21900 zł netto (za jeden dzień wynajmu) x 1 sztuka x 30 dni = 657.000 zł netto,
- e) 1000 zł netto (za jeden dzień wynajmu) x 4 sztuki x 30 dni = 120.000 zł netto,
- f) 350 zł netto (za jeden dzień wynajmu) x 10 sztuk x 30 dni = 105.000 zł netto,
- g) 2500 zł netto (za jeden dzień wynajmu) x 4 sztuki x 30 dni = 300.000 zł netto.

Cena tylko części sprzętu:

- a) znacznie przekracza cenę podaną w ofercie uznanej za najkorzystniejszą,
- b) oraz znacznie przewyższa próg unijny (art.11 ust.8 ustawy Pzp), od którego zależy prowadzenie postępowania przetargowego według innej procedury, ale od którego zależy też zakres możliwych zarzutów odwołania.

5.4.Określenie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w SIWZ:

- a) w sposób niejednoznaczny i nieostry, zwłaszcza w zakresie determinującym określenie ceny ofertowej przez wykonawców (wskazanie wymogu dyspozycyjności sprzętu przez cały okres umowy, przy jednoczesnym zastrzeżeniu prawa braku zakupu usługi wynajmu sprzętu - prawa do nie zakupienia sprzętu w ogóle),

powoduje, że OSDOSW może być oceniony jako nieadekwatny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia w SIWZ,

- b) w sposób nie związany z rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego, co powoduje, że OSDOSW nie może być oceniony jako adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia w SIWZ, a mianowicie:
- w znacznej części sprzęt wskazany w SIWZ jest sprzętem przydatnym przy organizacji dużych eventów, projektów telewizyjnych (typu broadcast) lub olbrzymich kongresów, a nie przy organizacji wystaw muzealnych z profilu sztuki nowoczesnej i współczesnej wideo oraz multimedia,
  - jednocześnie na liście w SIWZ brak jest typowego sprzętu używanego do realizacji wystaw, jak monitory CRT typu pile up (nie kontrolne monitory CRT które sa rozpisane ) - HANTAREX, BARCO, SELTI, monitory plazmowe 40" w historycznym formacie 4:3, slajdowe karuzelki z synchronizatorami, projektory filmowe 16 mm i 35 mm, systemy loopowe do filmowych projektorów, głośniki panelowe kierunkowe typu sound shower/sound tube, czy twarodyskowe odtwarzacze FULL HD z możliwością do realizacji i synchronizacji frame equal prac wielokanałowych z pojemnością 80 Giga typu ADJEC, a także innych koniecznych technicznych urządzeń w kontekście działalności sztuki/media,
  - tym samym ponad 70% wartości przetargu definiowana jest przez sprzęt, który nie będzie używany w muzeum i który dodatkowo jest sprzętem z najwyższej półki technicznej, najdroższym na rynku, a przy tym niezwykle specyficzny i w zasadzie nie podlegającym użyciu przez muzea na świecie.

Wynikający z art.22 ust.4 ustawy Pzp nakaz zachowania właściwej relacji między OSDOSW a przedmiotem zamówienia stanowi o dwukierunkowości oddziaływania porównywania OSDOSW względem przedmiotu zamówienia z SIWZ, a przez to powoduje, że:

- a) określenie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia nieprawidłowo, powoduje, że sam OSDOSW można oceniać jako sformułowany przez Zamawiającego dowolnie bez odniesienia do SIWZ i rzeczywistej potrzeby Zamawiającego,
- b) określenie OSDOSW irrelevantnie wobec przedmiotu zamówienia z SIWZ powoduje, że w istocie OSDOSW:
- wyłącza od rzeczywistego uczestnictwa w przetargu podmioty, które oczekują, że Zamawiający będzie żądał wykonania przedmiotu zamówienia z SIWZ, a w związku z

tym w cenie ofertowej mogą zawrzeć wszystkie czynniki cenotwórcze determinowane maksymalnym możliwym zakresem zamówienia, którego może żądać Zamawiający,

- jednocześnie umożliwia dowolność decydowania przez Zamawiającego o dopuszczeniu wykonawcy, który spełniając wymogi OSDOSW, jednocześnie nie spełnia wymogów odnośnie przedmiotu zamówienia z SIWZ, wiedząc bowiem o rzeczywistym planowanym zakresie zakupu przez Zamawiającego (tylko części przedmiotu zamówienia z SIWZ), a w rezultacie może zaoferować rażąco niską cenę w stosunku do podmiotu oceniającego wartość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z brzemieniem SIWZ.

5.5. Brak jednoznacznego i wyczerpującego określenia przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia (w tym jego wartości i wynagrodzenia/ceny), spowodowało, że warunki udziału w przetargu i czynność OSDOSW nie były związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ.

Naruszenie przez sformułowanie OSDOSW w oderwaniu od zakresu przedmiotu zamówienia z SIWZ, powoduje, że kwestionowana czynność doprowadziła do utrudnienia uczciwej konkurencji i wyłączenia uczciwej konkurencji cenowej. Z uwagi na naruszenie art.22 ust. 1 i ust.4 ustawy Pzp (naruszenie zasady adekwatności i proporcjonalności), czynność OSDOSW jest niezgodna także z zasadą uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp).

Sygn. akt: KIO 1152/11, Wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2011 r.:

*Wskazać należy, że szczegółowe opisanie przedmiotu zamówienia jest obowiązkiem i jednocześnie uprawnieniem zamawiającego, który zachowując zasady określone w przepisach ustawy Pzp, dokonuje opisu przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego obiektywne i uzasadnione potrzeby. Za utrwalony w orzecznictwie KIO należy uznać pogląd, że zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, który uzasadnia jego racjonalne i obiektywne potrzeby, przy czym nie muszą być, to potrzeby określone na poziomie minimalnym. Tym samym za oczywisty należy uznać fakt, iż niektórym wykonawcom łatwiej jest spełnić wymagania zamawiającego niż innym, a część wykonawców w ogóle nie może wziąć udziału w postępowaniu. Fakt ten nie zawsze jest zatem wyrazem naruszenia w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji.(...)*

5.6. Brak jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego w SIWZ (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp), z zawarciem także sprzętu nie potrzebnego Zamawiającemu (art. 29 ust.3 ustawy Pzp):



- a) w ogólności uniemożliwia merytoryczną ocenę proporcjonalności i adekwatności OSDOSW względem przedmiotu zamówienia (art. 22 ust. 1 i ust.4 ustawy Pzp),
- b) uniemożliwia poddanie rzetelnej i trafnej ocenie OSDOSW według kryterium proporcjonalności i adekwatności z przedmiotem zamówienia (choćby w brzmieniu jakim został sformułowany, m.in. wymóg doświadczenia dostawy 100.000 zł),
- c) prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, pozwalając oferentowi posiadającemu informację o rzeczywistym planowanym zakresie przedmiotu zamówienia
  - planowanym rzeczywistym zakresie zakupu przez Zamawiającego, na:
    - podanie zaniżonych cen jednostkowych sprzętów, które nie będą potrzebne Zamawiającemu i nie będą przez niego najmowane,
    - podanie cen zawyżonych w innych pozycjach - odnośnie sprzętu podlegającemu planowanym zakupom,
    - a z uwagi na kryterium oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty - ceny zagregowanej z cen jednostkowych poszczególnych sprzętów - możliwe jest zaoferowanie ceny ogólnie niższej (wygrywającej), chociaż prowadzącej do wykluczenia Odwołującego z zamówienia oraz do podwyższenia rzeczywistych kosztów zakupu najmu sprzętu przez Zamawiającego.

5.7. Wskutek wadliwej oceny OSDOSW (nieproporcjonalnej i nieadekwatnej do przedmiotu zamówienia), utrudniona została przez Zamawiającego uczciwa konkurencja:

- a) zgodnie z opisem zakresu przedmiotu zamówienia (początek treści SIWZ), Zamawiający żądał od wykonawcy zdolności do utrzymania dyspozycyjności całego sprzętu o wartości wielu milionów złotych przez cały okres umowy, przy czym jednocześnie nie zapewniał minimalnego zakupu usług od wykonawcy, tzn. że w istocie w SIWZ gwarantował sobie prawo do braku zakupu od wykonawcy usługi wynajmu jakiegokolwiek sprzętu - mogąc nie kupić nic),
- b) ponadto należy zauważyć, że wymagany sprzęt podlega znacznemu zużyciu moralnemu i utrata jego wartości przez rok - przez okres samego pozostawiania w gotowości/dyspozycyjności na rzecz Zamawiającego - wynosiłaby około 800.000 zł (za cały sprzęt z tabeli z SIWZ),

- c) zapewnienie przez wykonawcę dyspozycyjności sprzętu przez cały okres umowy, przy jednoczesnym zastrzeżeniu Zamawiającego, że nie określa (żadnego) minimalnego poziomu zakupu usług najmu, wymagało od wykonawcy zaangażowania wielkich środków finansowych nieadekwatnych do 100.000 zł brutto wskazanych w OSDOSW,
- d) konsekwencje takiego zapisu SIWZ były takie, że wykonawca racjonalnie oceniający wymóg dyspozycyjności sprzętu przez cały okres umowy przy braku zapewnienia jego zakupu w jakiegokolwiek części, mógł:
- zrezygnować z udziału w przetargu,
  - skalkulować cenę uwzględniającą zapewnienie dyspozycyjności przy braku zapewnienia zakupu usługi wynajmu,
- e) inną konsekwencją takiego zapisu SIWZ było i to, że możliwe było aby do przetargu przystąpił wykonawca, który wiedział jakiego sprzętu i w jakim zakresie będą dotyczyły realnie zakupy Zamawiającego, a dzięki temu mimo uregulowania w SIWZ wymogu dyspozycyjności całego sprzętu o wartości wielu milionów złotych przez cały okres umowy, przy jednoczesnym braku zapewnienia minimalnego zakupu usług od wykonawcy, wykonawca taki mógł zaproponować cenę niską.

5.8. Tym samym czynność OSDOSW, przez samą niemożliwość merytorycznej oceny proporcjonalności i adekwatności OSDOSW względem przedmiotu zamówienia, powinna być określona jako oczywiście wadliwa, a przy tym utrudniająca uczciwą konkurencję - niezgodna z art.22 ust. 1 i ust.4 ustawy Pzp w zw. z art.29 ust. 1 i ust.2 i ust.3 ustawy Pzp.

### III. Dowody na potwierdzenie wskazanych okoliczności

Na poparcie wskazanych okoliczności Odwołujący wskazywał następujące dowody, o których przeprowadzenie wnosił:

- 1) w celu potwierdzenia okoliczności wskazywanych w odwołaniu - dokumenty z akt sprawy postępowania przetargowego, w tym jako ukazujące niezgodność z ustawą Pzp kwestionowanej czynności, a także m.in. jako zawierające ceny jednostkowe wynajmu poszczególnych sprzętów wskazane w tabeli w SIWZ,
- 2) w celu potwierdzenia cen rynkowych sprzętu, w tym zaniżenia cen w ofercie uznanej za najkorzystniejszą, a przez to potwierdzenie wystąpienia mechanizmu braku związania OSDOSW z przedmiotem zamówienia (w tym w związku z przyjętym

kryterium porównawczym ceny zagregowanej) - strony www podmiotów wynajmujących sprzęt jaki znalazł się w SIWZ, z cenami wynajmu za jeden dzień, tj.:

- a) [http://www.monroe.pl/index.php?option=com\\_content&view=category&layout=blog&id=10&Itemid=16](http://www.monroe.pl/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=10&Itemid=16)  
(m.in. 3 chipowy rzutnik SXGA+)
  - b) <http://www.projekcia.com.pl/wvpozyczalnia.php>  
(m.in. rzutniki high end, ściany bezszwowe)
  - c) wydruk oferty ze strony www z w/w pozycji b).
- 3) w celu potwierdzenia okoliczności wskazywanych w odwołaniu - przesłuchanie w imieniu Odwołującego - Prezesa Zarządu p. Joachima Reck, tj. m.in. w celu potwierdzenia, że:
- a) sprzęty wykazane przez Zamawiającego w tabeli w SIWZ:
    - nie są używane w istocie w działalności wystawienniczej, a więc nie są potrzebne Zamawiającemu,
    - nie są także potrzebne w działalności planowanej w przyszłym roku przez Zamawiającego,
    - są częściowo sprzętami rzadko występującymi (z uwagi na brak zapotrzebowania rynkowego) i w rezultacie wykonywanymi wyłącznie na zamówienie, a przez to, że zapewnienie przez wykonawcę gotowości/dyspozycyjności sprzętu przez rok wiąże się z podaniem ceny wynajmu determinowanym przez wartość wytworzenia.
  - b) wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą prowadzi obsługę Zamawiającego od kilku lat, prawdopodobnie uzyskując od Zamawiającego informację o rzeczywistych planach zakupowych, które nie zostały przetargowym wszystkim potencjalnym oferentom.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 18 czerwca 2012 r.

W dniu 22 czerwca 2012 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W terminie ustawowym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego.

**Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega odrzuceniu.

Zgodnie z treścią odwołania dotyczy ono czynności opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w razie przyjęcia, że przetarg jest w istocie przetargiem o wartości ponad progiem unijnym określonym na podstawie przepisów wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, czynności opisu przedmiotu zamówienia, czynności określenia wartości zamówienia jako czynności dokonanej z nienależytą starannością i prowadzącej do uniknięcia stosowania ustawy Pzp odnośnie postępowań o wartości ponad progiem unijnym, czynności opisu ceny, w tym jako kryterium porównawczego, a nie zapłaty wykonawcy, czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W treści odwołania Odwołujący, uzasadniając zarzut dotyczący nieprawidłowego oszacowania wartości zamówienia, wskazuje na brak określenia przez Zamawiającego jednoznacznie i wyczerpująco zakresu przedmiotu zamówienia, co prowadzi jednocześnie do braku możliwości ustalenia szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy z należytą starannością, uniemożliwiając rzetelne i trafne ustalenie wartości zamówienia (art. 32 ust. 1 ustawy Pzp). Ponadto brak wyraźnego określenia przedmiotu zamówienia oraz brak szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy, uniemożliwiając rzetelne i trafne ustalenie wartości zamówienia, jednocześnie uniemożliwia merytoryczną ocenę proporcjonalności i adekwatności opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu względem przedmiotu zamówienia, w tym odnośnie wartości zamówienia jako elementu przedmiotu zamówienia (art. 32 ust. 1 ewentualnie w zw. z art. 34 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp).

Wskazać należy, iż Zamawiający dokonał oszacowania wartości zamówienia. Jest to czynność poprzedzająca wszczęcie postępowania, obligatoryjna dla Zamawiającego. Zgodnie z dokumentacją postępowania Zamawiający szacunkową wartość zamówienia ustalił na kwotę 230 000 złotych netto na podstawie art. 34 ust. 1 ustawy Pzp, tj. na podstawie łącznej wartości zamówień tego samego rodzaju udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług lub dostaw oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych (w piśmie Zamawiającego z 21 czerwca 2012 r. wskazał 231 000 zł netto, która to różnica pozostaje bez znaczenia w niniejszej sprawie). W znajdującym się w aktach postępowania dokumencie „Szacowanie wartości przedmiotu zamówienia” odnoszącym się do przedmiotowego postępowania Zamawiający jako źródło informacji nt. wartości elementu

zamówienia wskazał faktury oraz zlecenia zrealizowane w ostatnich 12 miesiącach poprzedzających wszczęcie postępowania. Powyższe oszacowanie pozwoliło Zamawiającemu na uznanie, iż postępowanie należy zakwalifikować jako postępowanie poniżej tzw. progów unijnych, co skutkowało zamieszczeniem ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz przyjęciem procedury właściwej dla zamówień podprogowych.

Zdaniem Izby należy zauważyć, iż sama czynność ustalania szacunkowej wartości zamówienia dokonywana jest w okresie poprzedzającym wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia. Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczyna się bowiem 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 (art. 2 pkt 7a ustawy Pzp). Tym samym to publiczne ogłoszenie o zamówieniu w procedurze otwartej wszczyna postępowanie, a zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp. Dodatkowe ograniczenie zakresu odwołań zawarte jest w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 180 ust. 2 ustawy Pzp w postępowaniach poniżej progów (określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp) odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; odrzucenia oferty odwołującego. W zakresie nieobjętym uprawnieniem do wniesienia odwołania wykonawca ma możliwość wniesienia w trybie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp informacji skierowanej do zamawiającego w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania o niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy Pzp. W przypadku uznania zasadności przekazanej informacji zamawiający powtarza czynność albo dokonuje czynności zaniechanej, informując o tym wykonawców w sposób przewidziany w ustawie Pzp dla tej czynności, a na czynności dokonane przez zamawiającego nie przysługuje odwołanie, z zastrzeżeniem art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołania dotyczące innych czynności niż ujęte w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp podlegają odrzuceniu (art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp). Tym samym skoro w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp nie przewidziano możliwości odwołania wobec wadliwego oszacowania ani

będącego jego konsekwencją nieprawidłowego wyboru procedury podprogowej, odwołanie w tym zakresie podlega odrzuceniu na podstawie ww. przepisu art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Ponadto w niniejszym stanie faktycznym nawet gdyby uznać, że w świetle twierdzeń o zaniżonej wartości szacunkowej zamówienia niniejsze postępowanie należy rozpatrywać jako postępowanie powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (co podlegałoby ocenie w toku postępowania przed Izłą), a zatem Odwołującemu potencjalnie przysługiwałby pełen zakres środków odwoławczych, to i tak w ocenie Izby przedmiotowe odwołanie wniesione zostało przez Odwołującego po upływie ustawowego terminu. Odwołujący powziął bowiem informację o fakcie zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 maja 2012 r. W tej samej dacie opublikowano także SIWZ. Tym samym już w tej dacie posiadał wiarygodną informację o wybranej przez Zamawiającego procedurze podprogowej. Odwołanie wniesione w dniu 18 czerwca 2012 r. już po wyborze najkorzystniejszej oferty przekracza jakiegokolwiek terminy ustawowe, które mogłyby znaleźć w niniejszej sprawie zastosowanie (na marginesie jedynie można zwrócić uwagę na szereg wątpliwości proceduralnych związanych z rozpatrywaniem takiego odwołania, w tym odnoszących się do wysokości należnego wpisu, zachowania terminu, konieczności weryfikacji aspektu merytorycznego w postaci prawidłowości oszacowania na posiedzeniu przed Izłą a nie na rozprawie, ponieważ potwierdzenie prawidłowości szacunku, a zarazem i wybranej procedury, wiązać się może z koniecznością odrzucenia odwołania, której to czynności dokonuje się co do zasady na posiedzeniu). O tym, iż Odwołujący posiadał wiedzę o sposobie oszacowania zamówienia dokonanego przez Zamawiającego (tj. oszacowania poniżej progów unijnych) świadczy także pismo informacyjne z dnia 28 maja 2012 r. znajdujące się w aktach sprawy, które powoływał w odwołaniu, jednak w treści odwołania nie znalazło się odniesienie do zawartej tam argumentacji dotyczącej unikania stosowania przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp w tym wymogu przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich wskazane w pkt 3 tegoż pisma. W odwołaniu Odwołujący wskazywał na błędne oszacowanie, podnosząc jedynie ogólnie czynność określenia wartości zamówienia jako czynność wykonaną z nienależytą starannością i prowadzącą do uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp. Z uwagi na powyższe, odwołanie w tym zakresie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, niezależnie od tego, czy równocześnie zaistnieje tu przesłanka wskazana w pkt 6 tego przepisu. Tym samym stanowisko Odwołującego odnośnie powołania się na wadliwość postępowania wszczętego jako podprogowe nie może odnieść skutku. Oznacza to zatem, że kwestionowana czynność Zamawiającego utrzymana jest w mocy, a odwołanie w zakresie dalszych zarzutów Odwołującego dotyczących czynności błędnego opisu przedmiotu zamówienia, czynności

opisu ceny, w tym tylko jako kryterium porównawczego, a nie zapłaty wykonawcy oraz wyboru oferty najkorzystniejszej jako wykraczające poza zakres art. 180 ust. 2 ustawy Pzp także podlegać będzie odrzuceniu (art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp). W ocenie Izby nie sposób uznać, aby okoliczność, iż Zamawiający błędnie oszacował wartość zamówienia, a w konsekwencji dokonał błędnego wyboru procedury, w jakiej postępowanie prowadzi, skutkowałą rozszerzeniem zakresu uprawnień wykonawców w stosunku do innych wadliwości postępowania, co do których ustawa Pzp wprowadza ścisłe i nieprzekraczalne terminy zaskarżenia. Oznacza to zatem, że wykonawca, który zaniechał podważenia czynności Zamawiającego w tym zakresie na wcześniejszym etapie (tj. po wszczęciu postępowania i uzyskaniu informacji o wadliwości jego oszacowania, a zatem i wadliwości wybranej procedury), mógł pomimo tego korzystać z szerszego zakresu ochrony, w tym w odniesieniu do zakresu przysługujących mu środków ochrony prawnej. Powyższe pozostawałoby w sprzeczności z zasadą skarżenia czynności i zaniechań Zamawiającego w ściśle określonych terminach. Izba nie podziela stanowiska, aby okoliczność, że postępowanie powinno być prowadzone jako postępowanie powyżej progów uzasadniała na dalszym etapie postępowania możliwość powoływania zarzutów, których podnoszenie w postępowaniu podprogowym jest niedopuszczalne (np. wybór oferty najkorzystniejszej).

Co do zarzutu dotyczącego wadliwego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu to opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp (takich dotyczy odwołanie) zamieszczony został w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ, a zatem zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ należało wnieść w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego, co miało miejsce 21 maja 2012 r. Na marginesie jedynie warto zauważyć, iż odwołanie w tym zakresie zostało wniesione także z uchybieniem terminu przewidzianego dla postępowań unijnych (art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp - 10 dni). Odwołanie wniesione po wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 18 czerwca 2012 r. w żadnym razie nie czyni zadość żadnemu z tych wymogów. Odwołanie podlega w tym zakresie odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako wniesione po terminie określonym w ustawie Pzp.

Reasumując, z przyczyn wskazanych powyżej odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 6 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 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. Nr 41 poz. 238).

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. pierwsze ustawy Pzp postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym.

**Przewodniczący:**

.....