

WYROK
z dnia 17 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2017 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- I. w dniu 2 października 2017 r. przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum B. Sp. z o.o. z siedzibą w Ł. (...) i S. S.A. z siedzibą w G. (...), sygn. akt: KIO 2055/17;
- II. w dniu 2 października 2017 r. przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum A. S. I. Sp. z o.o. z siedzibą w L. (...) i T. S.A. Sp. K. z siedzibą w W. (...), sygn. akt: KIO 2063/17;

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Łódzki Ośrodek Geodezji (...),

przy udziale Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum B. Sp. z o.o. z siedzibą w Ł. (...) i S. S.A. z siedzibą w G. (...), zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2063/17 - po stronie Odwołującego,

orzeka:

I. W zakresie odwołania sygn. akt KIO 2055/17:

1. Uwzględnia odwołanie w części dotyczącej zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. poprzez unieważnienie postępowania pomimo, iż nie zachodzą przesłanki do jego unieważnienia, gdyż na podstawie złożonych ofert Zamawiający może dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej i zawrzeć niepodlegającą unieważnieniu umowę, i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie badania i oceny ofert złożonych w tym postępowaniu.
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego Łódzki Ośrodek Geodezji i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez konsorcjum B. Sp. z o.o., (...) i S. S.A. (...), tytułem uiszczanego wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Łódzkiego Ośrodka Geodezji (...), na rzecz konsorcjum B. Sp. z o.o., (...) i S. S.A., (...), kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

II. W zakresie odwołania sygn. akt KIO 2063/17:

1. uwzględnia odwołanie w części dotyczącej zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. poprzez uznanie, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji, gdy wada taka w przedmiotowym postępowaniu nie występuje, i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie badania i oceny ofert złożonych w tym postępowaniu.

2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego Łódzki Ośrodek Geodezji i:

2

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez konsorcjum A. S. I. Sp. z o.o., (...) i T. S.A. Sp. K. (...), tytułem uiszczonego wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od Łódzkiego Ośrodka Geodezji (...), na rzecz konsorcjum A. S. I. Sp. z o.o., (...) i T. S.A. Sp. K. (...), kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

3

Uzasadnienie

do wyroku z dnia 17 października 2017 r. w sprawach o sygn. akt KIO 2055/17, KIO 2063/17

Zamawiający – Łódzki Ośrodek Geodezji - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Informatyczne usługi przestrzenne w rewitalizowanej strefie wielkomiejskiej miasta Ł.” współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Ł. na lata 2014-2020”, o numerze nadanym przez Zamawiającego OAZP.2710/51/2017 – dalej zwane jako „postępowanie”.

W dniu 5 lipca 2017 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE. W dniu 8 lipca 2017 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2017/S 129-264691.

Izba ustaliła, iż postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 z dnia 29 stycznia r. publicznych ustawy 2004 Prawo zamówień (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), dalej jako „p.z.p.”

W dniu 22 września 2017 r. Zamawiający poinformował Wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, o jego unieważnieniu, powołując się na art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p., z powodu obarczenia postępowania wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: **KIO 2055/17:**

W dniu 2 października 2017 r. zostało wniesione odwołanie, wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu, przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum B. Sp. z o.o. z siedzibą w Ł. (...) i S. S.A. z siedzibą w G. (...), dalej zwane jako „Odwołujący konsorcjum B. Sp. z o.o. S. S.A.”

Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 p.z.p., w odwołaniu zarzucono Zamawiającemu naruszenie (pisownia oryginalna):

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A. S. I. Sp. z o.o. z siedzibą w Ł., oraz T. Spółka akcyjna Spółka Komandytowa z siedzibą w W., której

sztuka, w tabeli L.p. 4 - Dyski: 600 GB 12G SAS IOK rpm SFF HDD — 2 sztuki.

Zamawiający wymagał dysków o pojemności dwukrotnie większej.

- 2) art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp unieważnienie postępowania pomimo, iż nie zachodzą przesłanki do jego unieważnienia, gdyż na podstawie złożonych ofert zamawiający może dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej i zawrzeć niepodlegającą unieważnieniu umowę,
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania przejawiającej się w odmiennym traktowaniu i ocenie oferty A. S. I. Sp. z o.o. z siedzibą w Ł., oraz T. Spółka akcyjna Spółka Komandytowa z siedzibą w W.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o (pisownia oryginalna):

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnego badania i oceny ofert,
- 4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez A. S. I. Sp. z o.o. z siedzibą w Ł., oraz T. Spółka akcyjna Spółka Komandytowa z siedzibą w W.,
- 5) nakazanie Zamawiającemu wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Odwołujących się,
- 6) zwrot kosztów postępowania.

W ocenie Odwołującego konsorcjum B. Sp. z o.o. S. S.A. argumenty Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 22.09.17 nie uzasadniają unieważnienia postępowania na podstawie wskazanej przez Zamawiającego, gdyż przygotowana specyfikacja pozwalała i nadal pozwala na złożenie ważnej oferty, jednocześnie nie powodując konieczności unieważnienia umowy.

Rozbieżność pomiędzy poszczególnymi wymaganiami treści siwz, w ocenie konsorcjum, powinna być rozstrzygana na korzyść Wykonawcy. Odwołujący się wskazali, że „zgodnie z wymaganiami postanowień SIWZ zaoferowali licencję CISStEDCCore LicSAPk OLV 2Lic D 3 Y AqYl AP CoreLic w ilości 48 szt. z warunkiem na aktualizację 36 miesięcy. Jak to zostało określone w Warunkach technicznych producenta oprogramowania Microsoft licencja - CISStEDCCore LicSAPk OLP 2Lic NL Gov CoreLic, oznacza warunki gwarancji aktualizacji wersji w okresie 24 m-cy: Jednakże w związku z faktem, iż Zamawiający wymagał w warunkach technicznych „Uwaga! Jeżeli Wykonawca uzna, że do właściwej realizacji Umowy niezbędne jest dostarczenie innych licencji niż te, które zostały wymienione powyżej, jest zobowiązany dostarczyć je w ramach swojej oferty” Odwołujący się zaoferowali w cenie dostawę licencji spełniających postawione przez Zamawiającego warunki gwarancji wynoszące 36 miesięcy”. Jak to przedstawili Odwołujący się w wyjaśnieniach z dnia 5 września 2017 r., „Wykonawca z obawy o prawidłowość

złożonej oferty, mając na względzie, iż niniejsza kwestia nie była przedmiotem wyjaśnień Zamawiającego, pozostawił w sposób niezmienny postanowienia z załącznika 3.11, gdyż na żadnym etapie postępowania Zamawiający nie dopuścił do możliwości zmiany i ingerencji w załącznik 3.11. Nie było żadnych pytań ani prośby o wyjaśnienie jak również nie zmieniono w tym zakresie wymagań. Oferta złożona przez

B. sp. z o.o. — Lider konsorcjum, S. S.A. — członek konsorcjum jest zgodna w tym zakresie z treści siwz i obejmuje zapewnienie realizacji oczekiwań Zamawiającego”. Oznacza to, zdaniem Odwołującego konsorcjum B. Sp. z o.o. S. S.A., iż nawet przy wystąpieniu powyższej rozbieżności Zamawiający otrzyma aktualizację oprogramowania przez okres 36 miesięcy, zatem nie dojdzie do jakichkolwiek powodów do unieważnienia umowy.

Jak wywiedziono dalej w odwołaniu, „argumenty Zamawiającego odnoszące się do braku wyspecyfikowania jednej pozycji w formularzu ofertowym i koniecznością dokonania wyceny tej pozycji w ramach wszystkich pozycji składających się na formularz ofertowy nie mogą stanowić o ziszczeniu się przesłanki wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Wykonawcy

składając oferty proponowali zgodnie z postanowieniami siwz oraz formularza ofertowego cenę za realizację całego przedmiotu zamówienia. Zgodnie z treścią pkt 4 część D załącznika nr 3 do siwz każdy z wykonawców oświadczył: w cenie naszej oferty (po cenach jednostkowych) zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia.

Powyższy wymóg koresponduje z postanowieniem SIMZ zawartym w rozdziale XIII:

13.1 Cena oferty zakresu podstawowego to łączna suma dostaw/usług określona na podstawie cen jednostkowych - za okres obowiązywania umowy na wykonanie niniejszego zamówienia bez uwzględnienia prawa opcji, obliczona zgodnie z PKT C. „Formularza oferty - Zestawienie kosztów oferowanego sprzętu i oprogramowania (licencji)” wraz z podaniem kwot brutto wynagrodzenia za wyszczególnione przez Zamawiającego ETAPY. Ryzyko konieczności wykonania wszelkich usług/dostaw oraz innych prac towarzyszących, mogących pojawić się w trakcie realizacji zamówienia, ryzyko związane ze zmianami kursów walut, cel itp., obciąża Wykonawcę i należy uwzględnić je w ofercie. Fakt braku wyspecyfikowania w części C jednej z pozycji przez zamawiającego nie może stanowić w niniejszym stanie faktycznym o konieczności unieważnienia postępowania”.

W dalszej części odwołania Konsorcjum B. Sp. z o.o. S. S.A. argumentuje „w odniesieniu do udzielonych w dniu 2 sierpnia 2017 roku wyjaśnień zamawiającego dotyczących kontrolera APIC wskazać, iż (...) Zamawiający w odpowiedzi na zadane pytanie dopuścił zmianę. Sam takiej zmiany w treści siwz nie musiał dokonywać, gdyż wyjaśnienie prowadziło do dopuszczenia produktu spełniającego wymagania zamawiającego. Jednocześnie konkludując rozważania dotyczące ważności postanowień siwz oraz treści zobowiązania wykonawców wskazać należy na treść pkt 8.5 w rozdziale VIII siwz zgodnie z którą 8.5. W przypadku rozbieżności pomiędzy treścią s.i.w.z. a treścią udzielonych

6

wyjaśnień i zmian, jako obowiązująca należy przyjąć treść informacji zawierającej późniejsze oświadczenie Zamawiającego.

Ponadto, Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawców A. S. I. Sp. z o.o. z siedzibą w Ł., oraz T. Spółka akcyjna Spółka Komandytowa z siedzibą w W. pomimo, iż oferta ta jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 powinna zostać odrzucona, (...) złożono ofertę w odniesieniu do kontrolera APIC niezgodną z wymaganiami siwz, oferując powierzchnię dyskową o połowę mniejszą od wymaganej. W pkt 4 tabeli zamawiający wymagał 1 2 TB 6G SAS IOK rpm SFF HDD - 2 sztuki, natomiast wykonawcy zaoferowali 600 GB 12G SAS IOKrpm SFF I-DI) - 2 sztuki Oferta w tym zakresie jest niezgodna z treścią siwz i nie może być w świetle art. 87 ust. 2 poprawiona w jakikolwiek sposób.”

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: **KIO 2063/17:**

Odwołanie, wobec niezgodnej z prawem czynności polegającej na unieważnieniu postępowania, w dniu 2 października 2017 r. zostało wniesione przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum A. S. I. Sp. z o.o. z siedzibą w Ł. (...) i T. S.A. Sp. K. z siedzibą w W. (...), dalej zwane jako „Odwołujący konsorcjum A. S. I. Sp. z o.o. T. S.A. Sp. K. ”

W odwołaniu Zamawiającemu zarzucono naruszenie (pisownia oryginalna):

- 1) 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. poprzez uznanie, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji, gdy wada taka w przedmiotowym postępowaniu nie występuje;
- 2) art. 17 ust. 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z 17.12.2004 r. (Dz.U.2017.1311 tj.) poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, co stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych,
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p., poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, co spowodowało unieważnienie postępowania przez Zamawiającego, w sytuacji, gdy nie wystąpiły przesłanki dopuszczające unieważnienie postępowania.

Wobec powyższego wniesiono o nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego

polegającej na unieważnieniu postępowania; nakazanie przeprowadzenia czynności wyboru ofert i obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania.

7

Odwołujący konsorcjum A. S. I. Sp. z o.o. T. S.A. Sp. K. w sposób następujący uzasadniał zarzuty odwołania: „Odnosząc się do wskazanych przez Zamawiającego problemów, Odwołujący wskazuje, co następuje:

1. (...) Odwołujący potwierdza, iż produkt o numerze wskazanym w Załączniku nr 3.11. poz. 12, nie występuje w opcji z gwarancją na 36 miesięcy, jednakże nie oznacza to braku możliwości dostarczenia przedmiotu zamówienia. Otóż, ten sam przedmiot zamówienia — produkt występuje w innym modelu sprzedażowym, tj. 96S - 00490 i ten model jako jedyny spełniał wymóg gwarancji aktualizacji wersji na 36 miesięcy. Model sprzedażowy zaoferowany przez Odwołującego 96S 00490 spełniał wymagane minimalne parametry techniczne a jedyną faktyczną różnicą między wskazanym w Załączniku produktem o numerze 9GS-00112, a produktem 96S - 00490 była długość gwarancji, która w produkcie 9GS-00112 wynosiła 24 miesiące, a 96S 00490 36 miesiące. Tym samym przy dopuszczeniu przez Zamawiającego rozwiązania równoważnego w sytuacji, gdy do „właściwej realizacji Umowy niezbędne jest dostarczenie innych licencji niż te, które zostały wymienione”. Tym samym stwierdzić należy, iż wykonawcy mieli możliwość zapewnienia 36 miesięcznego okresu gwarancji aktualizacji wersji dostarczając przedmiot zamówienia spełniający wymagania minimalne parametrów technicznych.

2. Zupełnie niezrozumiały jest „problem” określony w punkcie 2 związany z treścią Tabeli Formularza ofertowego załącznika nr 3 lit. C w której Wykonawcy mieli wyliczyć ceny. W ocenie Zamawiającego Tabela nie zawierała jednej pozycji, w związku z tym Wykonawcy musieli tę cenę uwzględnić w innych produktach. Twierdzenia Zamawiającego nie znajdują odzwierciedlenia w stanie faktycznym sprawy.

Po pierwsze wskazać należy na treść Formularza Ofertowego. Określona w Punkcie C łączna cena ofertowa miała obejmować realizację przedmiotu zamówienia. Nie wskazano, by Punkt C odnosił się jedynie do sprzętu i oprogramowania, mimo iż taki tytuł nadano tabeli. Wskazać należy, iż zgodnie ze słowniczkiem terminów określonym w pkt 2.2.7 SIWZ „Przedmiot zamówienia” — oznacza: dostawy, usługi instalacji i konfiguracji sprzętu komputerowego i urządzeń dla budowy infrastruktury na potrzeby projektu „Informatyczne usługi przestrzenne w rewitalizowanej strefie wielkomiejskiej miasta Ł.” współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Ł. na lata 2014-2020. Przedmiot zamówienia obejmuje zakup fabrycznie nowego sprzętu komputerowego, urządzeń i licencji na oprogramowanie komputerowe dla Łódzkiego Ośrodka Geodezji w ilościach objętych zakresem podstawowym i opcjonalnym po cenach jednostkowych określonych w Formularzu ofertowym - Zestawieniu kosztów oferowanego sprzętu i oprogramowania, zgodnych z wymaganiami określonymi w s.i.w.z. w szczególności:

8

a) urządzeń sieciowych niezbędnych do rozbudowy sieci SDN, rozbudowy systemu serwerów typu Blade Cisco UCS, macierzy dyskowej, listew zasilających, licencji oprogramowania systemowego firmy Microsoft, licencji do systemu kopii zapasowych, który posiada Zamawiający, kompletu okablowania niezbędnego do uruchomienia Rozwiązania, wdrożenie dostarczanych produktów w ramach Rozwiązania,

48 - b) miesięcznej gwarancji opartej o świadczenie gwarancyjne producentów,

c) szkolenia (warsztaty) dla dostarczonego Rozwiązania.

Zatem nie ulega wątpliwości, iż łączna cena ofertowa miała obejmować wartość brutto zakresu podstawowego z uwzględnieniem wszystkich etapów Harmonogramu realizacji projektu, tj. kolejno Etapu 1,11, III i IV, a nie tylko zestawienie kosztów oferowanego sprzętu i oprogramowania, czyli Etapu II Harmonogramu. Powyższe wynika bezpośrednio z treści punktów 13.1 i 13.3. SIWZ, tj.:

13.1 Cena oferty zakresu podstawowego to łączna suma dostaw/usług określona na podstawie cen jednostkowych - za okres obowiązywania umowy na wykonanie niniejszego zamówienia bez uwzględnienia prawa opcji, obliczona zgodnie z PKT C. Formularza oferty - Zestawienie kosztów oferowanego sprzętu i oprogramowania (licencji)” wraz z podaniem

kwot brutto wynagrodzenia za wyszczególnione przez Zamawiającego ETAPY. Ryzyko konieczności wykonania wszelkich usług/dostaw oraz innych prac towarzyszących, mogących pojawić się w trakcie realizacji zamówienia, ryzyko związane ze zmianami kursów walut, cel itp., obciąża Wykonawcę i należy uwzględnić je w ofercie.

13.3. Ceny ofertowe zakresu podstawowego i opcjonalnego brutto muszą uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, zgodnie z Załącznikiem nr I oraz wzorem umowy określonymi w niniejszej s.i.w.z. UWAGA: Wykonawca określi cenę na wszystkie elementy zamówienia z osobna w następujących zasadach:

a) Cena oferty zakresu podstawowego i opcjonalnego powinna pokryć wszystkie zobowiązania finansowe, a także wszystko co może być konieczne dla właściwego wykonania przedmiotu zamówienia np.: wszelkie dostawy przygotowawcze, porządkowe, elementy zabezpieczenia i transportu dostarczonego sprzętu do miejsc użytkowania sprzętu i oprogramowania w Łodzi w okresie obowiązywania umowy, koszty nadzoru, konfiguracji sprzętu, migracji maszyn wirtualnych do nowego oprogramowania, szkoleń itp.,

b) niedoszacowanie, pominięcie elementów dostaw/usług czy brak rozpoznania przedmiotu zamówienia nie może być podstawą do żądania podwyższenia ceny ofertowej określonej w ofercie.

3. Również problem wskazany w punkcie 3 nie może być asumptem do unieważnienia postępowania bowiem nie stanowi on przyczyny określonej w 93 ust. 7 pzp.

9

Po pierwsze nadmieniam, iż Zamawiający w dniu 2 sierpnia 2017 r. w odpowiedzi na pytania-wnioski, które zostały wniesione w dniu 28.07.2017 r. udzielił wyjaśnień na pytanie nr 1: W załączniku nr 3.1 do Rozdziału II s.i.w.z. z pkt I. na str. 6 podaliście Państwo parametry kontrolera APIC oraz jego PIN. Są to parametry kontrolera, który został wycofany ze sprzedaży (...) Czy Zamawiający przyjmie jako poprawny kontroler urządzenie o PIN: APIC-M2 i parametrach zawartych w specyfikacji opisanych w dokumencie znajdującym się pod linkiem (...) Odpowiedź: Tak, zamawiający dopuści jako poprawny kontroler o PIN: APIC-M2 i parametrach zawartych w specyfikacji opisanych w dokumencie znajdującym się pod linkiem (...). Zamawiający poinformował, iż niniejsze odpowiedzi stanowią integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zostają zamieszczone na stronie internetowej www.log.lodz.pl w zakładce zamówienia publiczne."

Działając w imieniu i na rzecz Zamawiającego odpowiedź na powyższe odwołania wniósł ustrnie do protokołu pełnomocnik, wskazując, iż Zamawiający wnosi o oddalenie obu odwołań jako bezzasadnych.

W zakresie czynności unieważnienia postępowania pełnomocnik Zamawiającego wskazał, iż podyktowane to zostało przede wszystkim wymogami art. 7 ust. 1 p.z.p., jako wypełnieniem zasady równego traktowania i przeprowadzenia postępowania, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, również wobec Wykonawców, którzy potencjalnie mogliby złożyć ofertę, a tego nie zrobili. Dodał, iż dopiero na etapie zadawania przez Wykonawców pytań do SIWZ Zamawiający dowiedział się, iż wymagany element - kontroler APIC (odpowiedź na pytania z dnia 02.08.2017 – pytanie nr 1) nie jest już dostępny na rynku. Podniósł, iż wcześniej Zamawiający nie posiadał takiej wiedzy, a w jego ocenie, brak dokonania prawidłowej modyfikacji SIWZ, w tym zakresie, uniemożliwił potencjalnym Wykonawcom złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu. Co do błędu dotyczącego licencji argumentował, że wskazana w formularzu oferty licencja odpowiadała warunkom, które zostały zastrzeżone na 24 miesiące, zaś Zamawiający wymagał w kolejnej kolumnie formularza 36 miesięcy, co świadczy wprost o sprzeczności w zakresie sformułowania tego wymogu.

W stosunku zaś do formularza cenowego pełnomocnik Zamawiającego podniósł, że brak jednego elementu - pozycji cenowej, o której mowa w argumencie nr 2 z informacji o unieważnieniu postępowania, jest bardzo istotny z punktu rozliczenia z Wykonawcą - przede wszystkim przy nienależytym wykonywaniu umowy, a także w zakresie rozliczenia z Instytucją Zarządzającą. Przypomniał, iż postępowanie jest finansowane ze środków unijnych, a każdy błąd Zamawiającego może powodować nałożenie na niego korekty. Podniesiono również, iż tutaj też brak zmiany formularza był wadą postępowania, która mogła uniemożliwić potencjalnym Wykonawcom złożenie ważnej oferty.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia Konsorcjum A. S. I. Sp. z o. o. oraz T. S.A. Sp. k. wskazano, iż w obecnym momencie jest to zbyt wczesny etap na stawienie zarzutu, gdyż ocena ofert nie została przez Zamawiającego zakończona.

Tak określone na podstawie art. 180 ust. 3 p.z.p. zarzuty i stanowiska stron określiły zakres sporu objętego kognicją Krajowej Izby Odwoławczej w ramach przedmiotowego postępowania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 p.z.p., Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu, a zatem, *a contrario*, musi orzec co do tych zarzutów, które w odwołaniu były zawarte. Izba jest zatem związana przedstawionymi zarzutami i co do zasady nie może orzekać w zakresie szerszym niż wskazano w odwołaniu, co jednak nie oznacza związania Izby podstawą prawną wskazaną przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez Zamawiającego. Izba jest zatem uprawniona do orzekania w sytuacji, gdy faktyczne uzasadnienie odwołania, opis czynności lub zaniechania Zamawiającego wskazują na faktyczne naruszenie przepisów ustawy i nie budzą jakichkolwiek wątpliwości (vide wyrok KIO z 26.04.2012 r., KIO 711/12).

Zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej i związane go bezpośrednio z zarzutami, które Odwołujący stawia zachowaniu Zamawiającego był wielokrotnie potwierdzany przez orzecznictwo samej Izby (tak KIO w wyrokach: z 8.12.2015 r., KIO 2598/15; z 9.09.2016 r., KIO 1610/16) jak i Sądów powszechnych i Sądu Najwyższego (vide Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 17 lutego 2016 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 111/15).

W toku postępowania, wobec wypełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 p.z.p. oraz braku zgłoszenia opozycji stron, dopuszczono do udziału w sprawie o sygn. akt KIO 2063/17 Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum B. Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi przy ul. Pojezierskiej 90 i S. S.A. z siedzibą w Gdańsku przy ul. Galaktycznej 30, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, dalej jako "Przystępujący".

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi przez strony, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z kopią dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedłożoną i uwierzytelnioną przez Zamawiającego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, stwierdzając, iż Odwołujący podtrzymali stanowiska wyrażone w odwołaniach, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołań, zaś Przystępujący w sprawie o sygn. akt KIO 2063/17 podzielił stanowisko Odwołującego w jej zakresie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba w pierwszej kolejności ustaliła, iż sprawa niniejsza mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołania które ją zainicjowały zostały wniesione przez uprawnione podmioty, zaś przedmiot odwołań odpowiada materii określonej w art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 p.z.p., a więc podlega rozpoznaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą, z wyjątkiem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 17 ust. 3 Ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, który to został postawiony w odwołaniu sygn. akt KIO 2063/17 przez Odwołującego konsorcjum A. S. I. Sp. z o.o. T. S.A. Sp. K. Orzekanie w zakresie Ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności na naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1311) nie mieści się w kognicji Krajowej Izby Odwoławczej, co skutkowało pozostawieniem zarzutu bez rozpoznania.

Izba ustaliła także, że oba odwołania przeznaczone do łącznego rozpoznania na podstawie art. 189 ust. 1 p.z.p., podlegają rozpoznaniu na podstawie art. 187 ust. 1 p.z.p., a także, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołań i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy.

Ponadto Izba stwierdziła z urzędu, do czego była zobowiązana, wypełnienie przez Odwołujących hipotezy art. 179 ust. 1 p.z.p., co warunkuje możliwość skorzystania ze

środków ochrony prawnej. Obaj Odwołujący wskazali, iż unieważnienie postępowania spowodowało utratę możliwości uzyskania zamówienia, a także iż oferta każdego z nich winna być uznana za najkorzystniejszą, przy czym Izba uwzględniła, że nie zakończono badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, a także przewidziano zastosowanie art. 24aa p.z.p., w konsekwencji czego obaj Odwołujący posiadają interes we wniesieniu środków ochrony prawnej i mogą ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów p.z.p.

Izba, w oparciu o obszerne uzasadnienie zarzutów odwołania, doprecyzowane w toku rozprawy, oraz replikę Zamawiającego, uznała, że zarzuty obu odwołań sprowadzają problematykę sprawy do kwestii unieważnienia postępowania przez Zamawiającego oraz dodatkowo, w zakresie odwołania sygn. akt 2055/17, do zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum A. S. I. Sp. z o.o. T. S.A. Sp. K.

Zasadniczo spór pomiędzy Zamawiającym, a Odwołującymi nie uległ zmianie w stosunku do zakresu wskazanego w odwołaniach i ustnej odpowiedzi na odwołanie.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba

12

uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia". Uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności ustalenia poczynione na podstawie dokumentacji postępowania dostarczonej przez Zamawiającego oraz zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniach, Izba stwierdziła, iż sformułowane przez Odwołujących zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołania zasługują na uwzględnienie naruszenia przez Zamawiającego:

- ☐ w zakresie odwołania sygn. akt KIO 2055/17 - w części dotyczącej zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. poprzez unieważnienie postępowania pomimo, iż nie zachodzą przesłanki do jego unieważnienia, gdyż na podstawie złożonych ofert Zamawiający może dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej i zawrzeć niepodlegającą unieważnieniu umowę,
- ☐ w zakresie odwołania sygn. akt KIO 2063/17 - w części dotyczącej zarzutu naruszenie przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. poprzez uznanie, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji, gdy wada taka w przedmiotowym postępowaniu nie występuje.

W konsekwencji uwzględnienia obu odwołań w powyższym zakresie, Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie badania i oceny ofert złożonych w tym postępowaniu.

Powyższe orzeczenie podyktowane było stwierdzeniem przez Izbę naruszeniem przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p., które mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie okoliczności faktycznych ujętych w zarzutach odwołania wyżej wskazanych, a zawartych w zarzucie oznaczonym nr 2 co do odwołania o sygn. akt 2055/17 i zarzucie oznaczonym nr 1 co do odwołania o sygn. akt 2063/17.

Izba nie mogła przy tym uznać twierdzeń Zamawiającego podnoszonych na okoliczność zgodności z prawem czynności unieważnienia postępowania - o ile bowiem Zamawiający działał z przekonaniem, być może nawet subiektywnie usprawiedliwionym, jak wynika z jego stanowiska, że unieważnienie postępowania jest jedynym sposobem na dokonanie (niezbędnej w ocenie Zamawiającego) sanacji niejasności wynikłych w toku postępowania, to jednak w pierwszej kolejności winien był on rozważyć inne narzędzia prawne oferowane w tym zakresie przez ustawę p.z.p., które nie byłyby tak daleko idące

13

w skutkach - brak skorzystania z nich skutecznie pozbawił argumentację przedstawioną przez Zamawiającego doniosłości prawnej.

Pozostałe zarzuty postawione czynnościom Zamawiającego Izba oceniła jako niezasadne, nie mogące skutkować ich uwzględnieniem z przyczyn określonych w dyspozycji art. 192 § 2 p.z.p., ust. w tym zakresie uwzględniając stanowisko Zamawiającego.

W stosunku co do odwołania w sprawie o sygn. akt. KIO 2055/17 wniesionego przez Odwołującego konsorcjum B. Sp. z o.o. S. S.A., Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum A. S. I. Sp. z o.o. i T. S.A. Sp. K., jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Zgodnie z oświadczeniami złożonym przez Strony w toku rozprawy przed Izbą, nie było dla nich spornym, iż unieważnienie postępowania odbyło się w toku badania i oceny ofert, w związku z czym w dokumentacji postępowania nie znajduje się żaden dokument świadczący o dokonaniu zakończenia tej czynności przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, iż Zamawiający rozpoczął badanie ofert złożonych w postępowaniu, nie zakończył jednak ich oceny, gdyż podjął decyzję o unieważnieniu postępowania z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p., z uwagi na stwierdzoną wadę tkwiącą w tym postępowaniu (w SIWZ i wadliwych jej modyfikacjach dokonanych w związku z pytaniami zadawanymi przez Wykonawców, które w ocenie Zamawiającego uniemożliwiały zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy). Nie sposób w takiej sytuacji oczekiwać od Zamawiającego, aby przed unieważnieniem postępowania zakończył proces badania złożonych mu ofert i dokonywał w oparciu o, w jego ocenie, wadliwie skonstruowaną dokumentację postępowania rozstrzygnięć odnoszących się do poszczególnych ofert.

Wypada zauważyć, że w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu i popieranym w toku postępowania odwoławczego Izba władna byłaby jedynie do nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Z uwagi na fakt, że Zamawiający nie wypowiedział się jeszcze ostatecznie co do strony formalnej i merytorycznej każdej ze złożonych mu ofert, przedwczesnym w takim przypadku jest rozstrzygnięcie co do tego, czy Zamawiający zaniechał czynności odrzucenia poszczególnych ofert czy dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej - innymi słowy - nie sposób jest przeanalizować pod kątem zgodności z prawem czynności Zamawiającego, która nie została przez niego jeszcze dokonana.

Mając na uwadze powyższe rozważania, Izba oddaliła również drugi zarzut związany z niezakończoną przez Zamawiającego czynnością badania i oceny ofert, a mianowicie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p., podnoszony jako naruszenie

14

zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, przejawiający się w odmiennym traktowaniu i ocenie oferty A. S. I. Sp. z o.o. i T. S.A. Sp.K.

W stosunku do odwołania w sprawie o sygn. akt. KIO 2063/17 wniesionego przez Odwołującego konsorcjum A. S. I. Sp. z o.o. T. S.A. Sp. K., nie mógł zostać uwzględniony zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p., gdyż w treści odwołania, oprócz sformułowania zarzutu, nie sposób znaleźć jakiegokolwiek uzasadnienia zarzucania tego naruszenia. Dopiero w toku rozprawy pełnomocnik Odwołującego doprecyzował, iż naruszono art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez wskazaną tam zasadę proporcjonalności, gdyż unieważnienie postępowania, przy wystąpieniu trzech problemów, które wskazał Zamawiający w informacji o unieważnieniu sprzeciwia się zasadzie proporcjonalności, która stanowi, iż środek, który ma osiągnąć cel musi być do niego adekwatny. Działanie takie nie zasługuje na aprobatę, gdyż postępowanie odwoławcze nie służy formułowaniu w stosunku do treści odwołania całkowicie nowych zarzutów, w oparciu o okoliczności faktyczne, o których odwołanie nie wspomina, pod pozorem "doprecyzowania" zarzutu, który nie został w żaden sposób wyjaśniony i sam w sobie nie niośł żadnej treści pozwalającej na jego rozpoznanie. W szczególności dotyczy to sytuacji, gdy zarzut dotyczy naruszenia zasad ogólnych prawa zamówień publicznych określonych w art. 7 p.z.p. - zwłaszcza, gdy strona przeciwna w takiej sytuacji nie ma żadnej możliwości adekwatnej repliki na taki *de facto* nowy, podniesiony z pominięciem dyspozycji art. 180 ust. 3 oraz art. 192 ust. 7 p.z.p. zarzut.

O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę

stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych a pozostaje przy wskazaniu, że czynność Zamawiającego narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 7 ust. 1 p.z.p., to Izba nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu czynności unieważnienia postępowania i kwalifikacji prawnej tj. art. 7 ust. 1 p.z.p.

Za zarzut uznaje się przywołane przez wykonawcę okoliczności faktyczne i towarzyszące im uzasadnienie prawne. Z przepisu art. 192 ust. 7 p.z.p. wynika zatem zakaz orzekania przez Izbę o nowych, dodatkowych okolicznościach faktycznych, które nie zostały podniesione w odwołaniu, nawet gdyby wyczerpywały one dyspozycję tego samego przepisu, który Wykonawca wskazuje jako naruszony przez Zamawiającego.

Izba uwzględniła, w obu odwołaniach, zarzut nieuprawnionego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z dyspozycją art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do

15

usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W doktrynie i orzecznictwie jednolitym jest pogląd, według którego instytucja unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter wyjątkowy, a zatem katalog przesłanek skutkujących unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 p.z.p., jest katalogiem zamkniętym i nie może być wykładany rozszerzająco zgodnie z zasadą *exceptiones non sunt extendae*, co oznacza, że z żadnej innej przyczyny lub bez podania przyczyn Zamawiający nie może unieważnić postępowania, a samą instytucję unieważnienia należy traktować jak wyjątek (vide wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 sierpnia 2010 r. sygn. IV Ca 831/10).

Nie ulega przy tym wątpliwości, iż do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. koniecznym jest wykazanie zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek (por. wyrok KIO z dnia 2 czerwca 2016 r. sygn. akt. KIO 812/16), do których należy ustalenie, iż:

- 1) w postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie - wada postępowania,
- 2) naruszenie to stanowi wadę niemożliwą do usunięcia,
- 3) wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, przy czym konieczne jest zatem ustalenie związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady, a brakiem możliwości zawarcia umowy.

Przy czym należy tu brać pod uwagę zarówno wady postępowania stypizowane w art. 146 ust. 1 p.z.p., jak i wady postępowania polegające na dokonaniu przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a więc mieszczące się w klauzuli art. 146 ust. 6 p.z.p.

W ocenie Izby w składzie orzekającym w niniejszej sprawie pomimo, że art. 146 ust. 6 p.z.p. zawiera klauzulę generalną, nie oznacza to, że zakres zastosowania tego przepisu można rozciągać na wszelkie stany faktyczne obejmujące jakiegokolwiek błędy Zamawiających popełnione w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Nie jest również możliwe korzystanie z instytucji unieważnienia postępowania celem usunięcia nieścisłości, które wynikły w toku postępowania - nawet, jeśli unieważnienie postępowania wydaje się opcją najszybszą lub (pozornie) najprostszą. Takie wykorzystanie bowiem instytucji unieważnienia postępowania byłoby dalece sprzeczne z celem, dla którego została ona umieszczona w ustawie p.z.p. - jako instrument ostateczny, unicestwiający całe postępowanie w sytuacji, w której nie ma widoków na jego zgodne z prawem zakończenie w inny sposób. Zamawiający, aby uzasadnić skorzystanie z tego instrumentu, w ocenie Izby,

16

zwłaszcza przy powołaniu się na przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p., winien wykazać, że

postępowanie nie może wrócić na prawidłowy tor i żadne przewidziane przez ustawę czynności nie mogą doprowadzić do sanacji zauważonych przez Zamawiającego nieprawidłowości. Zasadą jest bowiem, że wszczęte postępowanie ma doprowadzić do wyłonienia najkorzystniejszej oferty, a nie zakończyć się unieważnieniem. Skoro w aktualnym stanie prawnym literalne brzmienie art. 146 ust. 1 pkt 1 - 6 p.z.p., do którego odsyła art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p., co do zasady zawiera wąski i ścisły katalog wad postępowania, które miałyby uprawniać Zamawiających do jego unieważnienia, należy również zachować daleko idącą ostrożność przy powoływaniu się na zaistnienie wady objętej klauzulą generalną z art. 146 ust. 6 p.z.p.

Jest zjawiskiem powszechnym, że w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych Zamawiający popełniają błędy lub natrafiają na nieścisłości w dokumentach postępowania - kwestie te mogą być związane z naruszeniem przepisów ustawy p.z.p., jednak nie w każdym przypadku powoduje to powstanie wady rzutującej na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ustawodawca przewidział przy tym szereg narzędzi, których Zamawiający mogą użyć, aby ww. błędy lub nieścisłości wyeliminować i przywrócić stan zgodny z prawem. Tym bardziej niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej zawartej w art. 146 ust. 6 p.z.p., która pozwalałaby Zamawiającym na arbitralne unieważnienie postępowania z powołaniem się na jakiegokolwiek wady prowadzonych przez nich postępowań. Stąd stwierdzona przez Zamawiającego wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu, ze wskazaniem takiego naruszenia przepisu lub przepisów p.z.p., które rzeczywiście, a nie jedynie hipotetycznie, miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik. (vide wyrok KIO z dnia 10 listopada 2015 r., sygn. akt KIO 2354/15).

Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym nie wykazano, iż zaistniały przesłanki określone w art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p., w konsekwencji czego Izba nie mogła, w wywiezionym stanie faktycznym i prawnym, stwierdzić zaistnienia niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne, w szczególności w kontekście okoliczności wskazanych przez Zamawiającego w informacji o unieważnieniu postępowania.

Zamawiający, będąc w toku czynności badania i oceny ofert, pismem z dnia 22 września 2017 r. dokonał unieważnienia postępowania, powołując się na art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. – obarczenie postępowania niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

17

Zamawiający w następujący sposób argumentował zaistnienie tejże przesłanki: „Pomimo szczegółowego Opisu przedmiotu zamówienia w trakcie badania ofert Zamawiający stwierdził, że niektóre sformułowania i zapisy w załącznikach do s.i.w.z. mogły, z jednej strony, okazać się nieprecyzyjne dla Wykonawcy, z drugiej zaś, Zamawiający wskutek tych niejasności nie miał żadnej pewności, że w wyniku przeprowadzonego postępowania uzyska żądany przedmiot Zamówienia. Zamawiający utwierdził się w tym przekonaniu wraz z kolejnymi etapami badania ofert. Problem dotyczył:

- 1) Załącznika nr 3.11. poz. 12, w którym Zamawiający wskazał w tabeli liczbę miesięcy niezbędną dla okresu gwarancyjnego niemożliwą do zrealizowania przez Wykonawców;
- 2) Tabeli Formularza ofertowego załącznika nr 3 lit. C w której Wykonawcy mieli wyliczyć ceny. Tabela nie zawierała jednej pozycji, w związku z tym Wykonawcy musieli tę cenę uwzględnić w innych produktach;
- 3) Zamawiający wymagał konkretnego produktu, rozszerzającego obecną infrastrukturę informatyczną, (załącznik nr 3.1. poz. 1) przy czym jak się okazało, konkretny model określony przez Zamawiającego został przewidziany przez Producenta do wycofania z produkcji. Zamawiający w odpowiedzi na zadane pytanie przez potencjalnego wykonawcę wyraził zgodę na dostarczenie produktu sugerowanego przez Producenta jako nowy model. Zamawiający nie dokonał stosownej modyfikacji zapisów s.i.w.z. w szczególności w/w dokumencie tj. Opisu wymaganego/oferowanego sprzętu komputerowego, urządzeń i oprogramowania (licencji) — Załącznik nr 3.1. do Rozdziału II s.i.w.z i Formularza ofertowego oraz nie zamieścił zmiany ogłoszenia

W informacji dodano również, iż „Zamawiający na podstawie wnikliwej analizy stwierdził, że Opis przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie spełnienie warunków udziału w postępowaniu narusza art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który nakazuje przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości oraz art. 29 zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Błędny Opis przedmiotu zamówienia oraz wymagań doprowadził do sytuacji, w której zamawiający nie jest w stanie wybrać zgodnie z prawem najkorzystniejszej oferty oraz podpisać z wykonawcą ważnej umowy w zakresie niniejszego zamówienia.”

Zamawiający argumentował dalej, że „przedmiotowe dostawy i usługi są finansowane ze środków unijnych i publicznych, co w ocenie zamawiającego, prowadzi do wniosku, iż wybór któregośkolwiek z oferentów w przedmiotowym postępowaniu może skutkować wprowadzeniem do obiegu prawnego nieważnej umowy. Zamawiający zaznacza, że ustawa z dnia 27 sierpnia 2009r. o finansach publicznych nakazuje m.in. racjonalne gospodarowanie środkami publicznymi, a w przedmiotowym zamówieniu nie uzyskano efektu konkurencyjności poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia opisanymi wyżej oraz wymagań stawianych wykonawcom, a także wskutek nieopublikowania zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający uznał zatem, iż jedynym sposobem usunięcia sankcji wad prowadzonego postępowania jest jego unieważnienie. (...) SIWZ wraz z załącznikami stanowią podstawę do sporządzenia przez Wykonawców prawidłowych ofert. Na skutek udzielonej odpowiedzi bez jednoczesnej modyfikacji Formularza ofertowego oraz Opisu wymaganego/oferowanego sprzętu komputerowego, urządzeń i oprogramowania (licencji) – Załącznik nr 3.1. do Rozdziału II s.i.w.z. Zamawiający, otrzymał dwie różne – nieporównywalne oferty. Wykonawca Oferty nr 1: samodzielnie dokonał modyfikacji w/w Załącznika nr 3.1. w punkcie 1. oraz dla pozycji Procesor i Pamięć (...) Wskazany Opis przedmiotu zamówienia jest elementem znaczącym i warunkującym złożenie prawidłowej, niepodlegającej odrzuceniu oferty przez zainteresowanych Wykonawców. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest do zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a zasady te w zaistniałej sytuacji zostały w sposób istotny naruszone. W związku z powyższym na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, Zamawiający unieważnia niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.”

W ocenie Izby powołanie się przez Zamawiającego na naruszenie podstawowych zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 p.z.p., a także art. 29 p.z.p. (w szczególności ust. 1 tego przepisu, co wynika z treści zawiadomienia o unieważnieniu postępowania), należy uznać za nieuprawnione. Izba zważyła wskazywane przez Zamawiającego „problemy”, które w jego ocenie należało uznać za wady postępowania, skutkujące niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, i stwierdziła jak niżej.

Ad 1) Załącznik nr 3.11. poz. 12 – okres gwarancji niemożliwy do zrealizowania przez Wykonawców

W załączniku nr 1 do SIWZ, będącym Specyfikacją techniczną zamówienia, w pkt 6.9 dotyczącym Licencji oprogramowania Microsoft, wskazano, że „Zamawiający wymaga od Wykonawcy ujednolicenia hypervisorów w środowisku UMŁ i ŁOG do Microsoft Hyper-V i w związku z tym dostarczenia odpowiedniej liczby licencji oprogramowania systemowego

i zarządzającego firmy Microsoft dla wszystkich oferowanych serwerów: „Core Infrastructure Server Suite Datacenter” Wszystkie licencje muszą posiadać właściwości: ☐

Licencja+Software Assurance - nowa licencja na oprogramowanie wraz z gwarancją aktualizacji wersji min. 36 m-cy.

- *Government - licencja dla organizacji z sektora publicznego, czyli np. instytucji rządowych i samorządowych.*

Poniżej znajduje się tabela z numerem produktu: 9GS-00112, przedmiotem: *CISSteDCCore LicSAPk OLP 2Lic NL Gov CoreLic* i ilością: 48. Zamawiający dodał również, że „*Uwaga! Jeżeli Wykonawca uzna, że do właściwej realizacji Umowy niezbędne jest dostarczenie innych licencji niż te w, które zostały wymienione powyżej, jest zobowiązany dostarczyć je w ramach swojej oferty.*”

W załączniku do SIWZ - formularzu ofertowym nr 3.11 poz. 12 dotyczącym licencji oprogramowania Microsoft, który wypełniony stanowi treść oferty Wykonawców, którzy ubiegają się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, również przekopiowano powyższe wymogi: nr produktu 9GS-00112, przedmiot *CISSteDCCore LicSAPk OLP 2Lic NL Gov CoreLic* i informację, że „*wszystkie licencje muszą posiadać właściwości: Licencja+Software Assurance - nowa licencja na oprogramowanie wraz z gwarancją aktualizacji wersji min. 36 m-cy. Government – licencja dla organizacji z sektora publicznego czyli np. instytucji rządowych i samorządowych*”. Poniżej wskazano „*Uwaga! Jeżeli Wykonawca uzna, że do właściwej realizacji Umowy niezbędne jest dostarczenie innych licencji, niż te, które zostały wymienione powyżej jest zobowiązany dostarczyć je w ramach swojej oferty.*” Rozbieżność w tym zakresie miała wynikać z nr produktu, bowiem licencje oznaczone 9GS-00112 posiadają okres gwarancji aktualizacji na 24 miesiące, zaś opis produktu wskazuje na wymaganie 36 miesięcy. Jednakże, nie można zgodzić się z Zamawiającym, że stan ten oznacza występowanie wady skutkującej możliwością unieważnienia umowy o zamówienie publiczne.

Po pierwsze treść SIWZ, stanowi oświadczenie woli Zamawiającego, i jako taka podlega wykładni przy zastosowaniu zasad określonych w art. 65 Kodeksu cywilnego (vide wyrok KIO z 31 marca 2014 r. sygn. akt KIO 503/14). Co zaś do sposobu dokonywania wykładni, również był on obszernie analizowany zarówno przez doktrynę jak i orzecznictwo Sądu Najwyższego, które wskazuje, że wykładni oświadczeń należy dokonywać w dwóch fazach. W pierwszej należy wziąć pod uwagę literalne brzmienie zapisu i ustalić, czy obie strony przypisywały treści to samo znaczenie. W przypadku rozbieżności w rozumieniu treści oświadczenia przez jej strony należy przejść do fazy drugiej i ustalić, jak adresat oświadczenia je zrozumiał, a jak powinien zrozumieć (zob. m.in.: uchwała SN z 29 czerwca 1995 r., III CZP 66/05; wyrok SN z 24 maja 2005 r., V CK 655/04). Należy przy tym

20

zauważyć, że w orzecznictwie postuluje się również stosowanie zasady, zgodnie z którą wątpliwości należy tłumaczyć na niekorzyść strony, która zredagowała umowę (tak Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2007 roku, sygn. akt IV CSK 95/07). Na gruncie ustawy p.z.p. zasada ta znajduje zastosowanie o tyle, że niejasności w przedmiocie SIWZ tłumaczone są na korzyść Wykonawców - takie stanowisko zaprezentowała Krajowa Izba Odwoławcza między innymi w orzeczeniu z dnia 16 marca 2015 roku (sygn. akt KIO 430/15) oraz w orzeczeniu z dnia 12 stycznia 2015 roku (sygn. akt KIO 2784/14).

W odniesieniu do oświadczeń woli składanych w formie pisemnej sens tych oświadczeń ustala się, przede wszystkim przyjmując za podstawę wykładni tekst dokumentu, a zatem w pierwszej kolejności odwoływać się należy do językowych reguł znaczeniowych przy uwzględnieniu kontekstu i związków treściowych w tym dokumencie występujących, przy czym uwzględniać należy także okoliczności, w jakich oświadczenie zostało złożone, o ile dokument obejmuje takie informacje oraz cel oświadczenia wskazany w tekście dokumentu lub zrekonstruowany na podstawie zawartych w nim postanowień. Nie wyklucza to sięgnięcia do innych środków dowodowych umożliwiających przeprowadzenie wykładni metodą kombinowaną.

A zatem w pierwszej kolejności, dokonując analizy wadliwych lub niezbyt precyzyjnych zapisów SIWZ (które jednak nie zostały zaskarżone - a zatem nie wzbudziły w potencjalnych Wykonawcach wątpliwości w zakresie możliwości złożenia oferty co do zasady), należało rozważyć te zapisy pod kątem możliwości dokonania ich wykładni i w ten sposób usunięcia potencjalnych rozbieżności. Podobnie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19 sierpnia 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1607/14 wskazując, że: Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) może

nastąpić jedynie w razie wystąpienia wad postępowania o wysokim ciężarze gatunkowym, to jest takich, które skutkują, że zawarta umowa obarczona będzie nieważnością, albo może zostać unieważniona. Oznacza to, że wady postępowania, w szczególności niedoskonałości dokumentu jakim jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia muszą mieć charakter takich, których nie da się usunąć z zastosowaniem reguł interpretacyjnych i kolizyjnych, pozwalających na wyeliminowanie ewentualnych niejasności, czy sprzeczności postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wobec powyższego dokonując już językowej wykładni brzmienia zapisu, powołując się na treść dotyczącą „przedmiotu licencji” nie można zgodzić się z Zamawiającym, że znalazł się tam okres gwarancji niemożliwy do realizacji przez Wykonawców.

Zostało to również potwierdzone w złożonych ofertach. Odwołujący konsorcjum A. S. I. Sp. z o.o. T. S.A. Sp. K. zaoferował produkt o innym modelu sprzedażowym, tj. 96S – 00490, który to spełnia wymóg gwarancji aktualizacji wersji na 36 miesięcy, zaś Odwołujący

21

konsorcjum B. Sp. z o.o. S. S.A. zaoferowało, zgodnie z wyjaśnieniami z 5.09.2017 r., produkt „*zgodny z treścią siwz i obejmujący realizację oczekiwań Zamawiającego*”, w związku z czym teza o braku możliwości dostarczenia tak opisanego przedmiotu zamówienia nie potwierdziła się. Oznacza to, iż nawet przy wystąpieniu rozbieżności w tabeli

- co do nr produktu i 24 miesiącach gwarancji aktualizacji i opisie przedmiotu zamówienia z 36 miesiącami - wymóg ten jest możliwy do realizacji przez Wykonawców, zatem nie wystąpiła tu jakakolwiek wada postępowania, a tym bardziej wada uniemożliwiająca zawarcie skutecznej umowy. Zamawiający zatem zbyt pośpiesznie, *a priori* odrzucił możliwość złożenia przez Wykonawców zgodnych z SIWZ ofert - Wykonawcy tymczasem, jak bezsprzecznie wynika z analizowanego stanu faktycznego, znaleźli sposób na wybrnięcie z tej nieścisłości i sami dokonali wykładni postanowień SIWZ.

Na marginesie warto dodać, iż Zamawiający dopuścił również dostawę innych licencji niż wskazane w 6.9 Specyfikacji technicznej, przeniesionym do pkt. 3.11 poz.12 formularza ofertowego, pozostawiając swobodę wyboru Wykonawcom, poprzez zapis „*Jeżeli Wykonawca uzna, że do właściwej realizacji Umowy niezbędne jest dostarczenie innych licencji niż te w, które zostały wymienione powyżej, jest zobowiązany dostarczyć je w ramach swojej oferty*”, co oznacza, że sam również antycypował możliwość wystąpienia takiej sytuacji, jaka mogła wystąpić w niniejszej sprawie.

Ad 2) Załącznik nr 3 lit. C - tabela formularza ofertowego - brak jednej pozycji, w związku z tym Wykonawcy musieli tę cenę uwzględnić w innych produktach

Izba podziela i przyjmuje jako własne stanowiska Odwołujących w przedmiocie rozważań dotyczących braku możliwości zakwalifikowania jako wadę postępowania wskazanego przez Zamawiającego uwzględnienia w całości ceny jednej z pozycji, bez odpowiedniego rozbicia w formularzu cenowym.

Trafnie wskazywano na sformułowanie sposobu obliczenia ceny w postępowaniu, co skutkowało wycenieniem w złożonych formularzach ofertowych wszystkich elementów zamówienia wymaganych przez Zamawiającego, a także na brak wykazania, że wada taka w ogóle zaistniała. Należy zgodzić się z Odwołującymi, iż podnoszona niedogodność przy ewentualnym późniejszym rozliczaniu się z Wykonawcą w żadnym przypadku nie może zostać zakwalifikowana jako jakakolwiek wada postępowania, a już tym bardziej wada wskazana w art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. o charakterze nieusuwalnym i jednocześnie powodującym, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady podlegała unieważnieniu.

22

Wydaje się, iż Zamawiający argument ten umieścił w uzasadnieniu unieważnienia postępowania jedynie pomocniczo, jak jednak wynika ze stanu faktycznego, żaden z Wykonawców nie miał problemu z prawidłowym skalkulowaniem ceny składanej oferty.

Ad 3) Załącznik nr 3.1 poz.1, w którym nie dokonano modyfikacji po udzieleniu

odpowiedzi na pytanie dotyczące kontrolera APIC oraz jego P/N, jako parametrów kontrolera wycofanego ze sprzedaży

Zamawiający w dniu 2 sierpnia 2017 r., w trybie art. 38 ust. 2 p.z.p., poprzez odpowiedź na pytanie nr 1 dopuścił jako spełniający wymagania opisu wymaganego/oferowanego sprzętu komputerowego, urządzeń i oprogramowania (licencji) w pozycji 1 załącznika nr 3.1 – formularza ofertowego, kontroler o P/N: APIC – M2 o specyfikacji znajdującej się w linku wyjaśnienia treści SIWZ.

Zamawiający podniósł, iż brak dokonania modyfikacji formularza ofertowego (Załącznika nr 3.1 poz. 1, który wypełniony składają wykonawcy wraz z ofertą) w związku z ww. odpowiedzią na pytanie nr 1, spowodował iż otrzymał dwie różne – nieporównywalne oferty, bowiem „Wykonawca Oferty nr 1: samodzielnie dokonał modyfikacji w/w Załącznika nr 3.1. w punkcie 1. oraz dla pozycji Procesor i Pamięć (...)”. Dodano również, że nie zamieszczono zmiany ogłoszenia w Dz. U.U.E.

Na próżno można szukać w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym pod nr 2017/S 129-264691, informacji dotyczących specyfikacji technicznych kontrolera APIC, w związku z czym argument o braku dokonania zmiany ogłoszenia nie potwierdził się. Nie potwierdziło się również twierdzenie o otrzymaniu nieporównywalnych ofert. Należy przy tym zauważyć, że ocena ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ma charakteru komparatywnego, a obiektywny - poprzez przyrównanie do "wzorca" określonego w SIWZ wedle wskazanych tam kryteriów. Oceny ofert nie dokonuje się zatem wobec siebie, a wobec treści odpowiednich zapisów SIWZ.

Jak wskazano w rozważaniach dotyczących formularza ofertowego - Załącznik nr 3.11. poz. 12, istnieją klarowne zasady dotyczące wykładni specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz jej wyjaśnień i modyfikacji. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest podstawowym i najważniejszym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Określa ona wzajemne prawa i obowiązki stron wynikające z przystąpienia do postępowania, stanowi ona oświadczenie woli Zamawiającego, które podlega wykładni przy zastosowaniu zasad określonych w art. 65 Kodeksu cywilnego.

Powyższe zasady odnoszą się również do wyjaśnień treści specyfikacji oraz jej modyfikacji dokonanych na podstawie art. 38 ust. 1 i następne p.z.p. Jak wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wyjaśnienia udzielane w zakresie odnoszącym się

23

do SIWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej Zamawiającego i Wykonawców, wskazują bowiem na pierwotną wolę twórcy zapisów - Zamawiającego. Każdorazowo, jeżeli wyjaśnienia treści SIWZ prowadzą do nadania jej zapisom nowego znaczenia, mamy do czynienia z modyfikacją jej treści. Jest ona wiążąca dla uczestników postępowania i stanowi wyznacznik interpretacji postanowień przyszłej

umowy.

Powyższe potwierdził również Zamawiający w piśmie z dnia 2 sierpnia 2017 roku stwierdzając, że odpowiedzi na pytania stają się integralną częścią SIWZ.

Mając na uwadze przytoczone już na wcześniejszym etapie wywodu rozważania dotyczące wykładni treści SIWZ, które i co do tego punktu są właściwe, stwierdzić należy, że żaden podmiot dochowujący nawet nie należytej, a minimalnej staranności w zakresie ubiegania się o zamówienie stanowiące przedmiot niniejszej sprawy, musiał zapoznać się zarówno z treścią SIWZ jak i odpowiedziami Zamawiającego na poszczególne pytania – w związku z czym wątpliwym jest, iż w podmiotach wchodzących w krąg potencjalnych Wykonawców istniała wątpliwość co do tego jakiego produktu Zamawiający oczekuje i jakie powinien on spełniać wymogi.

Ponadto, w rozdz. VI SIWZ, w pkt 6.1.5. istnieje wymóg złożenia, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Formularza – Opis wymaganego/oferowanego sprzętu komputerowego, urządzeń i oprogramowania (licencji) wg załączników nr 3.1. do 3.11. do SIWZ, kart katalogowych producenta lub innych dokumentów tam wskazanych. Więc Zamawiający dodatkowo winien dysponować dokumentacją, potwierdzającą spełnienie wymogów określonych w specyfikacji technicznej, nie zaś jedynie wadliwym, w jego ocenie, formularzem ofertowym.

Mając przy tym na uwadze, że pod pojęciem niemożliwej do usunięcia wady, uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, kryje się każde uchybienie przepisom p.z.p., którego skutków nie można usunąć przy zastosowaniu procedur z nich wynikających, jest oczywistym, że nie zaistniała w analizowanej sytuacji żadna okoliczność mogąca kwalifikować się jako wada postępowania.

Niedogodność rozliczenia, o ile w ogóle taka zaistniała, z powodu braku wyszczególnienia jednej z pozycji w tabeli cenowej, nie ma żadnego wpływu na postępowanie, a już w ogóle nie jest skorelowana z zagrożeniem zawarcia podlegającej unieważnieniu umowy. Okres gwarancji, wskazany w specyfikacji technicznej i poz. 12 załącznika nr 3.11 jest możliwy do zrealizowania, o czym świadczy chociażby treść ofert

24

Odwolujących i wykładnia zapisu tego wymogu, tożsamo co do poz. 1 załącznika nr 3.1 rozważania w zakresie charakteru dokonanej modyfikacji oraz sposobu przeprowadzenia wykładni treści SIWZ, wskazują wprost, iż nieuprawnionym było powołanie się przez Zamawiającego na art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. i na kanwie tego przepisu unieważnienie postępowania.

Należy zatem stwierdzić, iż Zamawiający, jeśli ocenił, że tok postępowania jest zagrożony przez nieprawidłowości, powinien był w analizowanej sytuacji w pierwszej kolejności rozważyć to, jakie czynności mogą doprowadzić do przywrócenia postępowania na właściwy tor - w tym celu powinien był dokonać najpierw prawidłowej wykładni zapisów SIWZ, a następnie wstępnej weryfikacji złożonych ofert, i poddać krytycznej analizie możliwość dokonania ich oceny. Wydaje się, że Zamawiający zaniechał realizacji tego pierwszego kroku i skonfrontowany z nieścisłościami, które ocenił jako hipotetyczne zagrożenie dla toku postępowania, wybrał do rozwiązania tej kwestii środek całkowicie nieadekwatny - unieważnienie całego postępowania. Tymczasem podjęcie tych kroków przez Zamawiającego ujawniłoby, że zauważone "problemy" nie stanowią wad postępowania, a już z całą pewnością nie mają charakteru nieusuwalnego.

Zamawiający może powołać się na art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. wyłącznie wówczas, gdy będzie mógł wykazać (udowodnić), iż nie jest w stanie działając zgodnie z prawem dokonać konwalidacji zaistniałej wady. Samo usunięcie wady może bowiem nastąpić w dowolny sposób byleby nie był on sprzeczny z p.z.p., a w szczególności nie prowadził do wypaczenia wyniku postępowania.

Ponadto art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. nie ma charakteru samodzielnego, dla wykazania spełnienia przesłanki unieważnienia postępowania w oparciu o ten przepis nie wystarczy samo odwołanie się do jego treści, przepis ten jest bowiem nierozdzielnie związany z art. 146 ust. 1 i 6 p.z.p., który zawiera katalog przesłanek uzasadniających unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tylko takie zdarzenie, które powodowałoby unieważnienie umowy na jednej z podstaw określonych w art. 146 p.z.p. może bowiem stanowić podstawę do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nawet nie podjął próby odniesienia się do którejkolwiek z przesłanek wskazanych w art. 146 p.z.p., powołano się na naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p. i 29 p.z.p., wskazując napotkane przez Zamawiającego trudności w ocenie ofert i ograniczając się do stwierdzenia, że opis przedmiotu zamówienia miał wpływ na brak złożenia ofert przez innych, bliżej nieokreślonych, potencjalnych Wykonawców. Podnoszona okoliczność, że zamówienie jest współfinansowane ze środków unijnych, a także obawa przed hipotetyczną korektą, winna skutkować dokonaniem weryfikacji zaistnienia spełnienia obowiązku unieważnienia postępowania, przy spełnieniu przesłanek z art. 93 ust. 1 pkt 7

25

p.z.p. w sposób szczególnie ostrożny i poprzedzony krytyczną analizą zaistniałego stanu, co uwolniłoby Zamawiającego od błędu w postaci nadania niedogodnościom przy badaniu i ocenie ofert rangi wady postępowania.

W niniejszej sprawie nieścisłości wymagające dokonania wykładni treści SIWZ nie mają nieusuwalnego charakteru i nie dotyczą postępowania w sposób, który mógłby skutkować jego całkowitym unieważnieniem, a przyszła umowa w sprawie zamówienia

publicznego nie została nawet zagrożona możliwością jej unieważnienia, gdyż żadne z wskazanych przez Zamawiającego dokonań lub zaniechań czynności do której był zobowiązany, nie miało wpływu na wynik postępowania.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 p.z.p., orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie części zarzutów wskazanych w odwołaniach powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p.

W sprawie sygn. akt KIO 2055/17:

O kosztach postępowania orzeczono, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. w zw. z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) zaliczając na poczet kosztów postępowaniu uiszczony przez Odwołującego konsorcjum B. Sp. z o.o. S. S.A. wpis oraz nakazując Zamawiającemu dokonanie zwrotu na rzecz Odwołującego konsorcjum B. Sp. z o.o. S. S.A. kosztów związanych z wniesionym wpisem oraz kosztami wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z przedłożoną fakturą VAT.

W sprawie sygn. akt KIO 2063/17:

W zakresie kosztów postępowania orzeczono, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. w zw. z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) zaliczając na poczet kosztów postępowaniu uiszczony przez Odwołującego konsorcjum A. S. I. Sp. z o.o. T. S.A. Sp. K. wpis, a także nakazując Zamawiającemu

26

dokonanie zwrotu na rzecz Odwołującego konsorcjum A. S. I. Sp. z o.o. T. S.A. Sp. K. kosztów związanych z wniesionym wpisem oraz na podstawie złożonej faktury VAT zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

.....

27