

WYROK

Warszawa, dnia 28 sierpnia 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2024 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

A) w dniu 8 sierpnia 2024 roku przez wykonawcę *ESYSCO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu* (sygn. akt KIO 2837/24),

B) w dniu 8 sierpnia 2024 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się

o zamówienie *Pentacomp Systemy Informatyczne spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik)* oraz *Enigma Systemy Ochrony Informacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie* (sygn. akt KIO 2845/24)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – *Centrum Informatyki Resortu Finansów w Radomiu*

- przy udziale uczestnika po stronie Odwołującego w postępowaniu o sygn. akt KIO 2845/24 wykonawcy *ITRun Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie*

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie sygn. akt KIO 2837/23 w zakresie: zarzutu 2 – naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 17 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy przez zaniechanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, w sytuacji gdy oferta Odwołującego była zgodna z warunkami zamówienia, a zwłaszcza spełniała wymagania określone w Tomie III SWZ – OPZ, punkt 3.6. poz. 8 tabeli oraz poz. 18 tabeli, gdyż nie miały one (i nie mogły być) spełnione łącznie, a tym samym przeprowadzeniu postępowania w sposób sprzeczny z zapewnieniem zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a także zasadą przejrzystości.
2. Oddala odwołanie sygn. akt KIO 2837/24.
3. Oddala odwołanie sygn. akt KIO 2845/24.
4. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę *ESYSCO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu* (sygn. akt KIO 2837/24) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie *Pentacomp Systemy Informatyczne spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik)* oraz *Enigma Systemy Ochrony Informacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie* (sygn. akt KIO 2845/24) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę *ESYSCO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu* tytułem wpisu od odwołania, kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie *Pentacomp Systemy Informatyczne spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik)* oraz *Enigma Systemy Ochrony Informacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie* tytułem wpisu od odwołania, kwotę 4 428,00 zł (słownie: cztery tysiące czterysta dwadzieścia osiem złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę *ESYSCO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu* tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 4 428,00 zł (słownie: cztery tysiące czterysta dwadzieścia osiem złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie *Pentacomp Systemy Informatyczne spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik)* oraz *Enigma Systemy Ochrony Informacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie* tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Sygn. akt: KIO 2837/24
KIO 2845/24

UZASADNIENIE

Zamawiający: Centrum Informatyki Resortu Finansów wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Dostawa sieciowych sprzętowych modułów bezpieczeństwa (Hardware Security Module „HSM”) dla Centrum Informatyki Resortu Finansów” znak sprawy (sygnatura) Zamawiającego: PN/3/24/IMTV.

W dniu 5 marca 2024 r. zostało opublikowane przedmiotowe zamówienie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: S: 46/2024 134795-2024.

Sygn. akt KIO 2837/24

W dniu 8 sierpnia 2024 roku Odwołujący *ESYSKO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu* działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2

i następnie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm.; dalej „PZP” lub „ustawa”) wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego niezasadnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ze względu na niemożliwe do usunięcia wady uniemożliwiające zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający w dniu 29 lipca 2024 r. unieważnił dokonaną w dniu 8 lipca 2024 r. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz poinformował o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia powołując się na treść art. 255 pkt 6 ustawy twierdząc, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący nie zgodził się z Zamawiającym co do zaistnienia przesłanek z art. 255 pkt 6 ustawy.

Ww. czynności Zamawiającego są wynikiem wniesionego przez Odwołującego odwołania w sprawie KIO 2536/24 i jego uwzględnienia w całości, a będąc precyzyjnym – uwzględnienia ewentualnego zarzutu nr 2 na wypadek przyjęcia przez KIO, że interpretacja Zamawiającego w zakresie szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia jest poprawna

i przyjęciu, że wymagania określone w Tomie III SWZ – OPZ, punkt 3.6. poz. 8 tabeli oraz poz. 18 tabeli miały być spełnione łącznie. Podniesienie zarzutu ewentualnego nr 2 z daleko posuniętej ostrożności procesowej było konieczne w razie nieuwzględnienia zarzutu głównego nr 1 w tamtym odwołaniu, a dotyczącego niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego. Postępowanie w sprawie KIO 2536/24 zostało umorzone.

Odwołujący w dalszym ciągu podtrzymuje stanowisko wyrażone na poprzednim etapie postępowania (w ramach zarzutu głównego w sprawie KIO 2536/24) oraz w niniejszym odwołaniu, że wymagania określone w Tomie III SWZ – OPZ, punkt 3.6. poz. 8 tabeli oraz poz. 18 tabeli nie miały być spełnione łącznie (jednocześnie – w tym samym czasie)

z przyczyn szczegółowo wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania. Potwierdza

to zresztą sam Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym zaskarżonej czynności „*opisane przez Zamawiającego wymagania z pkt 3.6. poz. 8 i 18 były z jednej strony niejednoznaczne ponieważ nie wskazywały, że należy je czytać łącznie, z drugiej zaś strony stały się niemożliwe do spełnienia przez wykonawców biorących udział w Postępowaniu*”.

Na rynku istnieją urządzenia, które spełniają te wymagania (ale nie w tym samym czasie),

a skoro z treści zamówienia nie wynikało, że mają być spełnione łącznie (co sam przyznał Zamawiający), to warunki zamówienia są możliwe do spełnienia przez wykonawców.

Oczywistym również jest, że nie istnieje „niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego” skoro każdy z wykonawców interpretował je w taki sam sposób jak Odwołujący i tak też powinien

to interpretować Zamawiający, a w konsekwencji dokonać powtórzenia badania i oceny ofert po unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Zamawiającego, a nie unieważnienia całego postępowania.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności/zaniechań Zamawiającego polegających na:

1.unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy mimo braku zaistnienia przesłanek wskazanych w przepisie;

2.zaniechania unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego

w postępowaniu jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego

i przeprowadzeniu postępowania w sposób sprzeczny z zapewnieniem zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a także zasadą przejrzystości.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) **art. 255 pkt. 6 w zw. z art. 457 ust. 1 ustawy** przez niezasadne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia ze względu na niemożliwe do usunięcia wady uniemożliwiające zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, podczas gdy nie istnieje niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i po unieważnieniu dokonanej w dniu 8 lipca 2024 r. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający powinien powtórzyć badania i oceny ofert złożonych przez wykonawców

(w tym Odwołującego), gdyż oferta Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia, a zwłaszcza spełniała wymagania określone w Tomie III SWZ – OPZ, punkt 3.6. poz. 8 tabeli oraz poz. 18 tabeli, gdyż punkty te **nie miały** (i nie mogły być) spełnione łącznie;

2) **art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z art. 17 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy** przez zaniechanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, w sytuacji **gdy oferta Odwołującego była zgodna z warunkami zamówienia**, a zwłaszcza spełniała wymagania określone w Tomie III SWZ – OPZ, punkt 3.6. poz. 8 tabeli oraz poz. 18 tabeli, gdyż nie miały one (i nie mogły być) spełnione łącznie, a tym samym przeprowadzeniu postępowania w sposób sprzeczny z zapewnieniem zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a także zasadą przejrzystości.

Odwołujący wniósł o:

- merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego odwołania w całości;
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia;
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w postępowaniu jako niezgodnej z warunkami zamówienia,
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- zasądzenie od Zamawiającego lub Uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw (w przypadku przewidzianym prawem) na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów poniesionych tytułem wpisu od odwołania, oraz uzasadnionych kosztów poniesionych przez Odwołującego na podstawie rachunków lub spisu kosztów, który zostanie ewentualnie dodatkowo przedłożony na rozprawie,
- z uwzględnieniem poniesionego już przez Odwołującego kosztu tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w oparciu o załączony do odwołania rachunek (faktura VAT) oraz zwrot kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Odwołujący wniósł również o:

dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się u Zamawiającego w dokumentacji postępowania, którego dotyczy odwołanie oraz załączonych do odwołania, tj.:

- a. Ogłoszenia o zamówieniu z dnia 5 marca 2024 r. (po zmianach z dnia 15 kwietnia 2024 r.);
- b. Specyfikacji Warunków Zamówienia nr postępowania PN/3/24/IMTV;
- c. TOM II SWZ Projektowane postanowienia Umowy;
- d. TOM III SWZ – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia;

- cztery powyższe na wykazanie faktu: wszelkich informacji dotyczących zamówienia

i postępowania, zwłaszcza opisu przedmiotu zamówienia, informacji o przedmiotowych środkach dowodowych, opisu sposobu przygotowywania oferty, wymagań Zamawiającego, co do sieciowych, sprzętowych modułów bezpieczeństwa, braku istnienia podstaw

do odrzucenia oferty Odwołującego, braku podstaw do unieważnienia postępowania

o udzielenie zamówienia, braku konieczności łącznego (w tym samym czasie) spełnienia wymagań określonych w Tomie III SWZ – OPZ, punkt 3.6. poz. 8 tabeli oraz poz. 18 tabeli;

e. Informacji z otwarcia ofert z dnia 30 kwietnia 2024 r.;

f. Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 8 lipca 2024 r.;

- dwa powyższe na wykazanie faktu: odrzucenia oferty Odwołującego, przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego, najkorzystniejszej (najniższej) ceny Odwołującego, interesu prawnego do wniesienia odwołania przez Odwołującego,

zachowania terminów do wniesienia odwołania.

g. Formularza oferty Odwołującego wraz z pozostałą dokumentacją;

- na wykazanie faktu: treści oferty złożonej przez Odwołującego, zgodności treści oferty z warunkami zamówienia;

h. wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 24 maja 2024 r.;

i. odpowiedzi Odwołującego na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 27 maja 2024 r.;

j. wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 5 czerwca 2024 r.;

k. odpowiedzi Odwołującego na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 6 czerwca 2024 r.;

l. odwołania Odwołującego z dnia 18 lipca 2024 r. w sprawie KIO 2536/24;

m. pisma Odwołującego z dnia 23 lipca 2024 r. w sprawie KIO 2536/24;

n. opinii technicznej dotyczącej wymagań różnych producentów HSM w zakresie wydajności i operacji wykonywanych na wielu obiektach kryptograficznych w jednym czasie z dnia 22 lipca 2024 r. wydanej przez eksperta normalizacyjnego podpisu elektronicznego M.T.

o. odpowiedzi Zamawiającego z dnia 29 lipca 2024 r. na odwołanie w sprawie KIO 2536/24;

p. pisma Zamawiającego z dnia 29 lipca 2024 r. o unieważnieniu dokonanej w dniu 8 lipca 2024 r. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i unieważnieniu postępowania;

- dziewięć powyższych na wykazanie faktu: treści oferty złożonej przez Odwołującego, zgodności treści oferty z warunkami zamówienia, wymagań Zamawiającego, co do sieciowych, sprzętowych modułów bezpieczeństwa, braku istnienia podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, braku podstaw do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, braku konieczności łącznego (w tym samym czasie) spełnienia wymagań określonych w Tomie III SWZ – OPZ, punkt 3.6. poz. 8 tabeli oraz poz. 18 tabeli;

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania Stron,

- na wykazanie faktu: treści oferty złożonej przez Odwołującego, zgodności treści oferty

z warunkami zamówienia, interpretacji postanowień SWZ przez wykonawcę, zgodności treści oferty z zamówieniem, specyfikacji technicznej, spełnienia wymagań określonych

w Tomie III SWZ – OPZ, punkt 3.6. poz. 8 tabeli oraz poz. 18 tabeli, interesu prawnego

do wniesienia odwołania.

3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z dziedziny informatyki,

- na wykazanie faktu: zgodności oferty złożonej przez Odwołującego z warunkami zamówienia, spełnienia wymagań określonych w Tomie III SWZ – OPZ, punkt 3.6. poz. 8 tabeli oraz poz. 18 tabeli;

Odwołujący podał, że wskutek wniesionego odwołania w sprawie KIO 2536/24 przez Odwołującego Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości i wskazał, że uwzględnia zarzut ewentualny nr 2, a następnie unieważnił dokonaną w dniu 8 lipca 2024 r. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz unieważnił postępowanie

na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy.

Po unieważnieniu dokonanej w dniu 8 lipca 2024 r. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu Zamawiający powinien unieważnić czynność odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzyć badanie i ocenę ofert (w tym oferty Odwołującego, która niezasadnie została w tej czynności odrzucona). Zamawiający dokonał jednak innej czynności – unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy mimo braku zaistnienia przesłanek wskazanych w tym przepisie.

Jak wynika z opublikowanego zestawienia otwarcia ofert, oferta Odwołującego zawierała znacznie niższą cenę od ceny drugiej najkorzystniejszej oferty. Cena wyboru drugiej najkorzystniejszej oferty to 2.857.746,50 zł brutto, a cena oferty Odwołującego

to (po poprawieniu oczywistej omyłki pisarskiej) 2.338.019,99 zł brutto. Biorąc pod uwagę pozostałe kryteria ocen, gdyby nie unieważniono postępowania o udzieleniu zamówienia

i dokonano ponownego badania i oceny ofert, to oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą w tym postępowaniu.

Dokonanie przez Zamawiającego czynności niezgodnych z przepisami ustawy, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie tej ustawy, doprowadziły do niezasadnego unieważnienia postępowania o udzieleniu zamówienia. Z powyższych przyczyn uniemożliwiło to wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy w postaci możliwości utraty zarobku – spodziewanego zysku z tytułu uzyskania i realizacji zamówienia objętego postępowaniem. W świetle powyższego, nie ulega wątpliwości, że Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania w myśl art. 505 ust. 1 ustawy.

Brak zaistnienia przesłanek z art. 527 ustawy

Odwołujący podał, że w przedmiotowej sprawie nie zachodzą przesłanki, o których mowa

w art. 527 ustawy, gdyż co prawda podjęte działania przez Zamawiającego wynikają

z odwołania wniesionego w sprawie KIO 2536/24, które Zamawiający uwzględnił w całości, jednakże:

- 1) Ustalenie, czy wymagania określone w Tomie III SWZ – OPZ, punkt 3.6. poz. 8 tabeli oraz poz. 18 tabeli powinny być spełnione łącznie (w tym samym czasie) jest kluczowe dla przedmiotowego postępowania, a Zamawiający sam przyznał w uzasadnieniu zaskarżonej czynności, że łączne spełnienie tych parametrów nie wynika z warunków zamówienia;
- 2) Zamawiający uwzględnił jedynie zarzut ewentualny i nie uwzględnił zarzutu głównego;
- 3) Zamawiający nie wykonał czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, gdyż żądanie wyraźnie odnosiło się tylko i wyłącznie do zarzutu głównego i dotyczyło: nakazania Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty Przetargu; nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji odrzucenia oferty Odwołującego w Przetargu jako niezgodnej z warunkami zamówienia; nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w Przetargu.

Odwołujący podał w uzasadnieniu, że Zamawiający na etapie badania i oceny ofert, bazując na informacjach zawartych w dokumentach załączonych przez Odwołującego, ustalił, że istnieją dwa tryby pracy oferowanego przez Odwołującego urządzenia, a w każdym z tych trybów deklarowana przez producenta urządzenia wydajność podpisów na sekundę jest inna. Pismem z dnia 24 maja 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień czy oferowane przez niego urządzenie posiada wydajność co najmniej 1000 podpisów na sekundę kluczem RSA o długości 2048 bitów niezależnie od trybu pracy urządzenia, zgodnie z pkt 3.6 poz. 18 opisu przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie, odwołujący w piśmie z dnia 27 maja 2024 r. w pierwszej kolejności wyjaśnił, że pkt 3.6 poz. 18 opisu przedmiotu zamówienia opisuje wydajność określoną operacją dla jednego klucza. Odwołujący wskazał też, że oferowane przez niego urządzenie Utimaco IS GmbH, model: CryptoServer CP5 Se 500 LAN ma dwa tryby pracy tj. tryb wsadowy i tryb standardowy. Tryb wsadowy oznacza wykonanie podpisu danych przez urządzenie HSM za pomocą jednego klucza kryptograficznego. W tym trybie urządzenie definiuje mechanizm, w którym przy każdym zleceniu danych do podpisu, przy każdym wywołaniu komendy, wybierany jest dedykowany lub inny klucz kryptograficzny. Co istotne, tryb wsadowy nie wymusza wyłącznego użycia tylko jednego klucza, gdyż równolegle mogą być użyte inne klucze. Zdaniem Odwołującego Zamawiający analizując oferty innych wykonawców, tj. ITRUN CONSULTING sp. z o.o. oraz konsorcjum firm Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. – Lider konsorcjum Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. – Partner konsorcjum nie uwzględnił tego, że specyfikacja techniczna urządzenia oferowanego przez Odwołującego zawiera bardzo szczegółowe dane, natomiast specyfikacja techniczna urządzeń oferowanych przez ww. wykonawców zawiera wyniki testu wydajności (benchmark) przy jak najbardziej korzystnym środowisku (trybie), nie uwzględniając innych możliwości

i nie wskazując dla jakiego trybu pracy przewidziano wskazane wyniki wydajności.

Zamawiający uznał wyjaśnienia Odwołującego za niewystarczające, toteż Zamawiający pismem z dnia 5 czerwca 2024 r. wezwał Odwołującego do potwierdzenia, że wydajność oferowanego przez Wykonawcę urządzenia HSM operującego na wielu kluczach jednocześnie (co najmniej 1000) przy podpisywaniu kluczem RSA o długości 2048 bitów wynosi co najmniej 1000 podpisów na sekundę, a kluczem ECC P256 wynosi co najmniej 2000 podpisów na sekundę. W swojej odpowiedzi z dnia 6 czerwca 2024 r. Odwołujący doprecyzował specyfikację techniczną oferowanego urządzenia oraz wskazał, że łączne spełnienie warunków opisanych przez Zamawiającego jest niemożliwe z technicznego punktu widzenia i nie wynika z treści zamówienia, ponieważ urządzenie, które mogłoby osiągnąć wynik 1.000 podpisów na sekundę za pomocą 1.000 różnych kluczy kryptograficznych cechowałoby się wydajnością rzędu 1.000.000 podpisów na sekundę przy użyciu klucza RSA 2048 bitów. Aktualnie żaden z producentów sieciowych, sprzętowych modułów bezpieczeństwa nie oferuje tak zaawansowanych technologicznie urządzeń. Nadto Odwołujący zaproponował udział w telekonferencji z zespołem technicznym w celu wyjaśnienia wszelkich wątpliwości dotyczących urządzenia, gdyż oferowane urządzenie spełniało wymagania, o których mowa w Tomie III SWZ – OPZ, punkt 3.6. poz. 8 tabeli oraz poz. 18 tabeli Zamawiający nie wezwał już później Odwołującego do wyjaśnień.

W dniu 8 lipca 2024 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty w Przetargu. Zamawiający poinformował o wyborze oferty ITRUN CONSULTING sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Pory 78, lok. 1404, 02-757 Warszawa. Uzasadniając swój wybór Zamawiający wskazał następująco: *Zamawiający informuje, że wybrany Wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania. Oferta wybranego Wykonawcy jest zgodna z treścią SWZ oraz nie podlega odrzuceniu. Oferta Wykonawcy uzyskała 100 punktów na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SWZ, tj. Cena – waga 60%, Termin wymiany Sprzętu w ramach świadczonej gwarancji w środowisku produkcyjnym – waga 30%, Termin wymiany Sprzętu w ramach świadczonej gwarancji w środowisku testowym – waga 10%.* Zamawiający uznał również, że odrzuceniu nie podlegała i była zgodna z warunkami zamówienia oferta złożona przez konsorcjum firm Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. – Lider konsorcjum Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. – Partner konsorcjum, przy czym oferta ta nie była najkorzystniejsza. Tym samym ogłoszeniem z dnia 8 lipca 2024 r. Zamawiający ogłosił, że oferta Odwołującego została odrzucona. W uzasadnieniu prawnym Zamawiający wskazał, że zamawiający

odrzuca ofertę gdyż jest niezgodna z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 PrZamPubl). W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wyjaśnił następująco: *Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy Esysco, z uwagi na niezgodność oferty Wykonawcy z wymaganiami określonymi w TOM III SWZ - Opis przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”) w zakresie niespełnienia przez oferowane przez Wykonawcę urządzenie HSM wydajności urządzenia mierzonej podpisami na sekundę i wynoszącej dla klucza RSA o długości 2048 bitów co najmniej 1000 podpisów oraz klucza ECC P256 2000 podpisów przy równoczesnym wymaganiu zapewnienia przez urządzenie HSM możliwości przechowywania i operowania na wielu kluczach jednocześnie (co najmniej 1000).*

Ze względu na niezasadne odrzucenie oferty, Odwołujący w dniu 17 lipca 2024 r. złożył odwołanie od decyzji Zamawiającego. W odwołaniu Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów PrZamPubl, które miały istotny wpływ na wynik niniejszego postępowania poprzez niezasadne odrzucenie jego oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Postępowanie wskutek wniesionego odwołania otrzymało sygnaturę KIO 2536/24. Odwołujący w odwołaniu z dnia 17 lipca 2024 r. stanowczo nie zgodził się z argumentacją Zamawiającego zawartą w ogłoszeniu z dnia 8 lipca 2024 r. Odwołujący przywołał szeroką argumentację wskazującą, że oferowane przez niego urządzenie spełnia wymagania określone m.in. w Tomie III SWZ – OPZ, punkt 3.6. poz. 8 tabeli oraz poz. 18 tabeli. Zamawiający błędnie przyjął, że urządzenie oferowane przez wykonawcę niejako „wymusza” operację jednym kluczem, chociaż

w rzeczywistości jest wręcz przeciwnie, składając podpis dana osoba wybiera jedną z dwóch opcji – tryb wsadowy lub tryb pojedynczego podpisu. Ponadto, Odwołujący wskazał, że jego oferta była zgodna z warunkami zamówienia, a zwłaszcza spełniała wymagania określone

w Tomie III SWZ – OPZ, punkt 3.6. poz. 8 tabeli oraz poz. 18 tabeli, gdyż nie miały one (i nie mogły być) spełnione łącznie. (t.j. dla co najmniej 1000 kluczy wydajność ma wynosić dla klucza RSA o długości 2048 bitów co najmniej 1000 podpisów oraz klucza ECC P256 2000 podpisów na sekundę), co nie tylko nie wynika z treści SWZ, ale jest niemożliwe do spełnienia. Odwołujący wskazał, że aktualnie nie ma takich urządzeń na rynku, ponieważ urządzenie, które mogłoby osiągnąć wynik 1.000 podpisów na sekundę za pomocą 1.000 różnych kluczy kryptograficznych cechowałoby się wydajnością rzędu 1.000.000 podpisów na sekundę przy użyciu klucza RSA 2048 bitów.

Odwołujący podał, że dopiero ewentualnie tj. w razie przyjęcia, że interpretacja Zamawiającego w zakresie szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia jest poprawna i przyjęciu, że wymagania w Tomie III SWZ – OPZ, punkt 3.6. poz. 8 tabeli oraz poz. 18 tabeli miały być spełnione łącznie, zarzucił naruszenie przepisów PrZamPubl tj. art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 239 ust. 1 w zw. z art. 255 pkt) 2 w zw. z art. 16 pkt. 1) i 2) PrZamPubl – poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców ITRUN CONSULTING sp. z o.o. oraz konsorcjum firm Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., podczas gdy wszystkie złożone

w postępowaniu oferty podlegałyby wówczas odrzuceniu, co w konsekwencji powinno prowadzić do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, ze względu na wniesione odwołanie, w dniu 24 lipca 2024 r. wezwała wszystkie strony i uczestników postępowania odwoławczego do złożenia niezwłocznie pism procesowych, a Zamawiającego do złożenia odpowiedzi na odwołanie.

W dniu 29 lipca 2024 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w całości poparł zarzut ewentualny wskazany przez Odwołującego w odwołaniu z dnia 17 lipca 2024 r. ale w żaden sposób nie odniósł się do głównego zarzutu Odwołującego.

W nawiązaniu do swojego stanowiska Zamawiający w dniu 29 lipca 2024 r. unieważnił dokonaną w dniu 8 lipca 2024 r. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu (zamawiający nie wskazał, że dotyczy to także unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, co z daleko posuniętej ostrożności procesowej należy zarzucić Zamawiającemu w tym odwołaniu).

Jednocześnie, działając na podstawie art. 260 ust. 2 PrZamPubl poinformował, że unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę sieciowych, sprzętowych modułów bezpieczeństwa dla Centrum Informatyki Resortu Finansów w oparciu o treść art. 255 pkt 6) PrZamPubl z uwagi na wady uniemożliwiające zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przede wszystkim Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym nie wyjaśnił dlaczego na etapie badania i oceny ofert wezwał do złożenia wyjaśnień w tym zakresie jedynie Odwołującego i konsorcjum firm Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., a nie wszystkich oferujących. Nadto Zamawiający nie wyjaśnił dlaczego dopiero pod wpływem odwołania, które stanowi jedynie rozwinięcie i tak już wcześniej znanych i przekazywanych wiadomości, Zamawiający postanowił unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia z uwagi na wady uniemożliwiające zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, chociaż do czasu wniesienia odwołania stał na stanowisku przeciwnym. Co istotne, Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się także do argumentów Odwołującego, że wadliwy jest nie Opis Przedmiotu Zamówienia, a jedynie interpretacja tego opisu przez Zamawiającego, która jest sprzeczna

z jakimikolwiek regułami wykładni.

Odwołujący podał, że z takim rozstrzygnięciem Zamawiającego nie sposób się więc zgodzić.

W opinii Odwołującego, Zamawiający próbuje argumentować swoje stanowisko tym, że nie wskazał warunków zamówienia w sposób jasny i jednoznaczny i dopuścił możliwość różnej jego interpretacji.

Podkreślić trzeba, że każdy Wykonawca interpretował warunki zamówienia tak samo, gdyż żaden nie zaoferował urządzenia spełniającego łącznie (w tym samym czasie) wymagania określone w Tomie III SWZ – OPZ, punkt 3.6. poz. 8 tabeli jak i w poz. 18 tabeli.

Z niezrozumiałych względów Zamawiający chciał jedynie od Odwołującego oraz jeszcze jednego wykonawcy potwierdzenia, że oferowane urządzenie spełnia te kryteria w tym samym czasie (jednocześnie). Według Odwołującego, zarówno wykładnia językowa szczegółowych wymagań w zakresie parametrów technicznych i funkcjonalności dostarczanego sprzętu, celowościowa i funkcjonalna jak i realia techniczne urządzeń HSM uniemożliwiają zastosowanie interpretacji Zamawiającego w zakresie wymagań wskazanych w pkt 3.6 poz. 8 i poz. 18 opisu przedmiotu zamówienia i przyjęcia, że wymagania te miałyby być spełnione łącznie.

Odwołujący podał, że oferta Odwołującego spełnia zarówno wymagania określone w Tomie III SWZ – OPZ, punkt 3.6. poz. 8 tabeli jak i w poz. 18 tabeli. Żadna z treści SWZ nie wymaga spełnienia tych parametrów łącznie. Wręcz przeciwnie. Możliwym i dopuszczalnym jest zatem spełnienie wymagań przewidzianych w ww. pozycjach w zależności od trybu pracy urządzenia.

Zgodnie z pkt. 3.6 poz. 8 *Urządzenie HSM musi posiadać możliwość przechowywania i operowania na wielu kluczach jednocześnie (co najmniej 1000).*

Pozycja ta w swojej treści w żaden sposób nie odnosi się do poz. 18 dotyczącej wydajności (benchmark). Jak stanowi natomiast pkt 3.6 poz. 18 *Urządzenie HSM musi posiadać wydajność co najmniej 1000 podpisów na sekundę kluczem RSA o długości 2048 bitów, oraz 2000 podpisów kluczem ECC P256.* Pozycja ta w swojej treści w żaden sposób nie odnosi się do poz. 8 dotyczącej liczby kluczy, tj. że wskazany benchmark (wydajność) dotyczy operowania na co najmniej 1.000 kluczach jednocześnie. Co więcej, Zamawiający nie wskazał, w jakim trybie urządzenie ma posiadać deklarowaną wydajność. Odwołujący podał, że analizując powyższe punkty, z łatwością można zauważyć, że pkt 3.6 poz. 8 dotyczy możliwości dokonywania różnych operacji na wielu kluczach jednocześnie. Natomiast pkt. 3.6 poz. 18 dotyczy wydajności konkretnego klucza. Są to więc dwie zupełnie różne kategorie wymagań wynikające z dwóch zupełnie różnych właściwości urządzenia.

Oznacza to, że proponowane przez wykonawców urządzenia, co prawda muszą spełniać oba z wyżej wymienionych wymagań, ale wymagania te niekoniecznie muszą być spełnione w tym samym czasie. Innymi słowy, aby uznać oba te kryteria za spełnione wystarczy by oferowane urządzenie mogło wykonać każde z tych zadań z osobna.

Odwołujący podniósł, że za taką interpretacją opisu przedmiotu zamówienia przemawia dodatkowo fakt, że każde z tych wymagań zawarte jest w innej pozycji (tj. 8 i 18),

a Zamawiający, kiedy wymaga łącznego spełnienia określonych warunków, wyraźnie i wielokrotnie to podkreśla. Przykładowo w pkt. 3.6 poz. 12 Zamawiający wskazał, że *w ramach jednego systemu klienckiego może być nawiązane wiele sesji z partycją oraz każdy klient może podłączyć się do wielu partycji równocześnie.* Z pkt. 3.6 poz. 16 wynika natomiast, że *Urządzenie HSM musi posiadać możliwość lokalnego oraz zdalnego (poprzez sieć LAN/WAN) zarządzania konfiguracją.* Na konieczność łącznego spełnienia warunków Zamawiający powołuje się nawet w samym pkt. 3.6 poz. 18 *Urządzenie HSM musi posiadać wydajność co najmniej 1000 podpisów na sekundę kluczem RSA o długości 2048 bitów, oraz 2000 podpisów kluczem ECC P256.* Słusznie więc można, że gdyby Zamawiający chciał aby urządzenia HSM spełniały w tym samym czasie funkcje z pkt. 3.6 poz. 8 oraz z pkt. 3.6 poz. 18, to umieściłby te funkcje w jednym punkcie łącząc je słowem „oraz” lub w jakimkolwiek inny precyzyjny sposób oznaczyłby konieczność łącznego spełnienia tych wymagań (parametrów). Nadto pozycje z pkt. 3.6, które stanowiły podstawę odrzucenia są od siebie oddalone o 9 pozycji. Fakt ten jednoznacznie wskazuje, że intencją Zamawiającego

od samego początku nie było łączne rozpatrywanie tych wymagań.

Odwołujący podniósł, że inny niezależny od Odwołującego wykonawca (tj. Perceptus sp. z o.o.) po analizie opisu przedmiotu zamówienia, zaproponował urządzenie tożsame z urządzeniem deklarowanym przez Odwołującego, co jest bezpośrednio wskazane w ogłoszeniu Zamawiającego z dnia 8 lipca 2024 r.

Z ogłoszenia tego wynika bowiem, że Zamawiający dokonał analizy urządzenia HSM oferowanego przez Odwołującego również na podstawie wyjaśnień przesłanych przez wykonawcę Perceptus sp. z o.o. Gdyby wykonawca Perceptus sp. z o.o. jak i Odwołujący

nie byli w pełni przekonani, że oferowane przez nich urządzenia spełniają podstawowe wymogi z pewnością nie złożyliby

takiej oferty, zwłaszcza, że złożenie oferty wiąże się

z uiszczeniem wadium w wysokości 50.000,00 zł oraz znacznego nakładu czasu pracy związanego z przygotowaniem oferty. Co więcej, treść SWZ w tym zakresie nie wzbudzała jakichkolwiek wątpliwości dla wykonawców. Żaden z nich nie zwracał się o wyjaśnienie

tej treści SWZ w trybie przewidzianym w art. 135 p.z.p. Dla każdego z wykonawców oczywistym było, że warunki te nie mają być spełnione łącznie. Co istotne – nawet nie mogłyby być (o czym mowa w dalszej części). Przekonanie wykonawcy Perceptus sp. z o.o.

i Odwołującego o spełnieniu podstawowych wymogów technicznych przez oferowane przez nich urządzenia nie wynika zresztą tylko z językowej wykładni opisu przedmiotu zamówienia.

Wykonawca Perceptus sp. z o.o. i Odwołujący jako specjaliści w dziedzinie sprzętowych modułów bezpieczeństwa zdawali sobie sprawę również z tego, że inna interpretacja opisu przedmiotu zamówienia wymagałaby spełnienia niemożliwych warunków technicznych.

Odwołujący podał, że już w piśmie z dnia 6 czerwca 2024 r. wskazał, że łączne spełnienie warunków opisanych przez Zamawiającego jest niemożliwe z technicznego punktu widzenia, ponieważ urządzenie, które mogłoby osiągnąć wynik 1.000 podpisów na sekundę za pomocą 1.000 różnych kluczy kryptograficznych cechowałoby się wydajnością rzędu 1.000.000 podpisów na sekundę przy użyciu klucza RSA 2048 bitów, a aktualnie żaden z obecnych

na rynku producentów sieciowych sprzętowych modułów bezpieczeństwa nie oferuje tak zaawansowanych technicznie urządzeń.

Według prognoz Odwołującego, łączne spełnienie warunków możliwe będzie dopiero

za 5 -10 lat. Oznacza to, że na pytanie zawarte w piśmie Zawiadającego z dnia 24 maja 2024 r. czy *oferowane przez wykonawcę urządzenie HSM posiada wydajność co najmniej 1000 podpisów na sekundę kluczem RSA o długości 2048 bitów niezależnie od trybu pracy urządzenia, zgodnie z pkt. 3.6 Tomu III SWZ – OPZ* żaden z wykonawców nie byłby w stanie udzielić odpowiedzi twierdzącej. Odwołujący oraz Perceptus sp. z o.o. otrzymali wezwanie do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie. Wynika to z nieprawidłowej interpretacji Zamawiającego złożonej przez Odwołującego oferty.

Urządzenie HSM oferowane przez Odwołującego posiada możliwość pracy w dwóch trybach, tj. w trybie pojedynczej komendy oraz w trybie wsadowym.

Pierwszy z nich, chociaż wolniejszy od trybu wsadowego to nadal pozwala na operowanie

na różnych kluczach równocześnie. Tryb pojedynczej komendy nie wymusza też użycia tylko jednego klucza na raz. Odwołujący poniósł więc konsekwencje zbyt szczegółowego podania parametrów dla obu trybów. Odwołujący nie poniósłby żadnych konsekwencji gdyby ograniczył się tylko do podania informacji dotyczących szybszego trybu wsadowego, tak jak zrobili to inni wykonawcy. Wykonawcy, których oferty nie zostały odrzucone podają bowiem parametry swoich urządzeń HSM w TPS tj. w "Transactions Per Second". Zamawiający nie wezwał jednak tych wykonawców do wyjaśnień co ten parametr oznacza, czy parametr ten dotyczy przechowywania i operowania na wielu kluczach jednocześnie czy też dotyczy konkretnego klucza oraz jakie przełożenie ma ten parametr na stawiane przez Zamawiającego wymagania. Jest to tym bardziej kluczowe, że Odwołujący bezpośrednio wskazał w piśmie z dnia 6 czerwca 2024 r., że urządzenia HSM o właściwościach wymaganych przez Zamawiającego nie istnieją. Niezrozumiałym zatem jest odrzucenie oferty uwagi na niezgodność oferty Odwołującego z wymaganiami określonymi w TOM III SWZ - Opis przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) w zakresie niespełnienia przez oferowane przez Odwołującego urządzenie HSM wydajności urządzenia mierzonej podpisami

na sekundę i wynoszącej dla klucza RSA o długości 2048 bitów co najmniej 1000 podpisów oraz klucza ECC P256 2000 podpisów przy równoczesnym wymaganiu zapewnienia przez urządzenie HSM możliwości przechowywania i operowania na wielu kluczach jednocześnie (co najmniej 1000). Odwołujący podał, że jak wskazał w toku postępowania, urządzenie, które mogłoby osiągnąć wynik 1.000 podpisów na sekundę za pomocą 1.000 różnych kluczy kryptograficznych cechowałoby się wydajnością rzędu 1.000.000 podpisów na sekundę przy użyciu klucza RSA 2048 bitów, co w chwili obecnej nie jest możliwe (nie ma takich urządzeń na rynku), ale też z punktu widzenia potrzeb i możliwości Zamawiającego zbędne oraz nielogiczne.

[zarzut 1.]

odwołujący podał, że w świetle okoliczności przytoczonych w pierwszej części uzasadnienia nie ulega wątpliwości, że Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia

z naruszeniem przepisów ustawy.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego złożona przez Odwołującego oferta była zgodna

z warunkami zamówienia, a prawidłowa wykładnia *TOM III SWZ – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia* Prowadzi do wniosku, że szczegółowe wymagania w zakresie parametrów technicznych i funkcjonalności dostarczanego Sprzętu z pkt. 3.6. poz. 8 oraz

z pkt. 3.6. poz. 18 nie powinny być traktowane jako wymagania konieczne do spełnienia przez urządzenie w tym samym czasie, skoro taka interpretacja ww. punktów jest sprzeczna z wszelkimi regułami wykładni.

Niezwykle istotny jest też fakt, że łączne spełnienie tych wymogów jest niemożliwe do osiągnięcia nawet dla najnowszych urządzeń HSM. Twierdzenie, że oferty wszystkich oferujących są niezgodne ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia nie znajduje więc jakichkolwiek podstaw, skoro za interpretacją Zamawiającego postanowień OPZ

nie ma jakichkolwiek racjonalnych argumentów.

Zgodnie z treścią art. 255 pkt 6 ustawy, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W orzecznictwie podkreśla się, że dla oceny czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 6 ustaw *podstawowe znaczenie ma treść uzasadnienia tej czynności przekazanego przez zamawiającego wykonawcom. Izba ocenia czynność zamawiającego w kontekście powodów ujawnionych*

w treści ww. uzasadnienia. Podstawą do unieważnienia postępowania jest zatem obarczenie postępowania wadą, przez którą należy rozumieć wyłącznie takie uchybienia proceduralne, które nie mogą być skorygowane przez zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności. Ponadto, wada taka musi uniemożliwić zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym błędy w postępowaniu o marginalnym znaczeniu, pozostające bez wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, nie są wystarczającą podstawą do unieważnienia postępowania.

Powyższe wskazuje, iż konieczne jest ustalenie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady postępowania a brakiem możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu. Ustalenie, czy w danym postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, powinno być dokonywane przede wszystkim poprzez odniesienie określonego naruszenia przepisów Pzp do przyczyn,

z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, określonych w art. 457 ust. 1 Pzp. Wady te stanowią konsekwencję znaczących uchybień, w stosowaniu przepisów odnoszących się do prowadzenia postępowania, spowodowanych przez zamawiającego (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2023 r. KIO 878/23).

Jak już zostało wcześniej wskazane uzasadnienie faktyczne Zamawiającego w zakresie unieważnienia Przetargu w żadnym stopniu nie wykazuje dlaczego decyzja taka była właściwa. Zamawiający nie wyjaśnił dlaczego dopiero pod wpływem odwołania, które stanowi jedynie rozwinięcie i tak już wcześniej znanych wiadomości, Zamawiający postanowił unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia z uwagi na wady uniemożliwiające zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, chociaż do czasu wniesienia odwołania stał na stanowisku przeciwnym.

Co istotne, Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się także do argumentów Odwołującego, że wadliwy jest nie Opis Przedmiotu Zamówienia, a jedynie interpretacja tego opisu przez Zamawiającego.

Potwierdza to zresztą sam Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym zaskarżonej czynności *“opisane przez Zamawiającego wymagania z pkt 3.6. poz. 8 i 18 były z jednej strony niejednoznaczne ponieważ nie wskazywały, że należy je czytać łącznie, z drugiej zaś strony stały się niemożliwe do spełnienia przez wykonawców biorących udział w Postępowaniu”*.

Na rynku istnieją urządzenia, które spełniają te wymagania (ale nie w tym samym czasie),

a skoro z treści zamówienia nie wynikało, że mają być spełnione łącznie (co sam przyznał Zamawiający), to warunki zamówienia są możliwe do spełnienia przez wykonawców.

[zarzut 2.]

Odwołujący, mając na uwadze, że Zamawiający wyraźnie wskazał, że unieważnia dokonaną w dniu 8 lipca 2024 r. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu

i nie odniósł się do unieważnienia dokonanej w dniu 8 lipca 2024 r. czynności odrzucenia oferty Odwołującego, z daleko posuniętej ostrożności procesowej Odwołujący za konieczne uznał zarzucenie tych zaniechań Zamawiającego. W świetle okoliczności przytoczonych

w pierwszej części uzasadnienia nie ulega wątpliwości, że z naruszeniem przepisów ustawy Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego złożona przez Odwołującego oferta była zgodna

z warunkami zamówienia. Prawidłowa wykładnia *TOM III SWZ – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia* prowadzi do wniosku, że szczegółowe wymagania w zakresie parametrów technicznych i funkcjonalności dostarczanego Sprzętu z pkt. 3.6. poz. 8 oraz

z pkt. 3.6. poz. 18 nie powinny być traktowane jako wymagania konieczne do spełnienia przez urządzenie w tym samym czasie, skoro taka interpretacja ww. punktów jest sprzeczna z wykładnią językową, a łączne spełnienie tych wymogów

jest niemożliwe do osiągnięcia nawet dla najnowszych urządzeń HSM. Twierdzenie, że oferta Odwołującego jest niezgodna ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia nie znajduje więc jakichkolwiek podstaw.

Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W orzecznictwie podkreśla się, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy nie obejmuje przypadków uchybień formalnych wyrażających się w odmiennym od oczekiwanego przez zamawiającego sposobie prezentowania informacji w ofercie (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 05.04.2017 r., KIO 547/17). Podstawą do odrzucenia oferty może być tylko stwierdzenie sprzeczności treści oferty z treścią SWZ, gdy odnosi się do merytorycznej sprzeczności pomiędzy obu dokumentami (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21.03.2017 r., KIO 444/17). Taka sytuacja w przedmiotowym stanie faktycznym nie zachodzi. Odwołujący wskazał również na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.03.2022 r., sygn. akt KIO 483/22 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21.03.2022 r., sygn. akt KIO 543/22, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lipca 2022 r., sygn. akt KIO 1805/22.

Zamawiający naruszył treść art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z art. 17 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy albowiem niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego,

w sytuacji gdy oferta ta jest zgodna z warunkami zamówienia. Jak szczegółowo wyjaśnił

na wstępie Odwołujący treść oferty spełnia wszelkie wymogi przewidziane warunkami zamówienia, zwłaszcza szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia. Wbrew zarzutom Zamawiającego, z brzmienia *TOM III SWZ – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia* nie wynika konieczność spełnienia przez urządzenie w tym samym czasie wymagań w zakresie parametrów technicznych i funkcjonalności dostarczanego Sprzętu z pkt. 3.6. poz. 8 oraz z pkt. 3.6. poz. 18. Tym bardziej, że łączne spełnienie tych parametrów nie jest możliwe.

Nie powinno budzić wątpliwości to, że Zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób sprzeczny z zapewnieniem zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a także zasadą przejrzystości. Zamawiający mimo, że mógł i powinien udzielić zamówienia w postępowaniu wybierając zgodnie z przepisami ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą po ponownym badaniu i ocenie ofert, to tego nie uczynił niezasadnie unieważniając całe postępowanie.

Mając na uwadze powyższe nie ulega wątpliwości w ocenie Odwołującego, że w niniejszej sprawie dla możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego wystarczające i konieczne było: unieważnienie czynności

o wyborze najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w Przetargu.

Tymczasem, Zamawiający w sposób niczym nieuzasadniony, dokonał unieważnienia postępowania, mimo iż powinien unieważnić także czynność odrzucenia oferty Odwołującego w przetargu jako niezgodnej z warunkami zamówienia i powtórzyć badanie

i ocenę ofert. Uzasadnienie faktyczne zawarte w odpowiedzi z dnia 29 lipca 2024 r. bazuje wyłącznie na błędnej interpretacji Opisu Przedmiotu Zamówienia. Oznacza to, że dla ważności całego postępowania wystarcza przyjęcie najprostszej interpretacji Opisu Przedmiotu Zamówienia, która ma swoje uzasadnienie w wykładni językowej, celowościowej i funkcjonalnej w zakresie parametrów technicznych i funkcjonalności dostarczanego sprzętu, rozmieszczeniu poszczególnych wymagań technicznych urządzeń technicznych HSM oraz w samych realiach technicznych tych urządzeń.

Sygn. akt KIO 2845/24

W dniu 8 sierpnia 2024 roku Odwołujący wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie *Pentacomp Systemy Informatyczne spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik)* oraz *Enigma Systemy Ochrony Informacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie* działając na podstawie art. 513 pkt 1 oraz art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm.; dalej „PZP” lub „ustawa”) wnieśli odwołanie wobec niezasadnego unieważnienia Postępowania z powołaniem się na okoliczność,

że Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy tego rodzaju okoliczności w przedmiotowym Postępowaniu nie wystąpiły, a Zamawiający

nie wykazał ich zaistnienia, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia podstawowych zasad zamówienia publicznego, zarzucając Zamawiającemu:

-naruszenie art. 255 pkt 6 ustawy w związku z art. 16 ustawy.

Odwołujący wniosł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania z dnia 29 lipca 2024 r.,
- przeprowadzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w Postępowaniu.

Odwołujący podał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy Postępowanie a także interes w złożeniu odwołania w tym, że na skutek wadliwych czynności Zamawiającego tj. unieważnienia Postępowania, Wykonawca utracił możliwość uzyskania zamówienia, mimo że oferta Konsorcjum jest zgodna z warunkami zamówienia.

Konsorcjum wskazuje, że w następstwie ww. czynności może ponieść rzeczywistą szkodę majątkową, polegającą na braku możliwości wyboru jego jako oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji nieuzyskaniu zamówienia. Nieuzyskanie zamówienia może spowodować szkodę w majątku Konsorcjum.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania:

Stan faktyczny sprawy.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa sieciowych, sprzętowych modułów bezpieczeństwa dla Centrum Informatyki Resortu Finansów. Zamawiający wykorzystuje moduły HSM do wsparcia usług Resortu Finansów świadczonych na rzecz obywateli oraz jednostek podległych i nadzorowanych przez Ministra Finansów.

Zamawiający w Tomie III SWZ zawarł Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”). W pkt 3.6 OP Zamawiający w tabeli w poszczególnych pozycjach wskazał szczegółowe wymagania w zakresie parametrów technicznych i funkcjonalności dostarczanego przedmiotu zamówienia.

W dniu 8 lipca 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Jako najkorzystniejsza została uznana przez Zamawiającego oferta wykonawcy ITRun.

W dniu 18 lipca 2024 r. Konsorcjum wniosło odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność Zamawiającego z dnia 8 lipca 2024 r., polegającą na wyborze oferty ITRun Consulting sp. z o.o. oraz zaniechaniu odrzucenia oferty tego wykonawcy w Postępowaniu.

W dniu 18 lipca 2024 r. również wykonawca Esysco Sp. z o.o. wniosł odwołanie na czynności Zamawiającego tj. niezasadnego odrzucenia oferty wykonawcy Esysco Sp. z o.o. , a w konsekwencji wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp w Postępowaniu. Esysco Sp. z o.o. wniosł również zarzut ewentualny w razie przyjęcia, że interpretacja Zamawiającego w zakresie szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia

to wszystkie złożone w postępowaniu oferty podlegały odrzuceniu, co w konsekwencji powinno prowadzić do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym przeprowadzeniu postępowania w sposób sprzeczny z zapewnieniem zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a także zasadą przejrzystości.

Zamawiający w dniu 29 lipca 2024 r. dokonał unieważnienia postępowania, w którym zostało wniesione odwołanie.

Zamawiający unieważnił Postępowanie na podstawie art. 255 pkt. 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym: *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli (...):*

6) postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

Zamawiający wskazał również, że na obecnym etapie Postępowania Zamawiający nie jest uprawniony do zmiany określonych w OPZ wymagań. Jednocześnie wymagania

te powodują, że prowadzone przez Zamawiającego Postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odniesienie się do domniemyanych nieścisłości i błędów wskazanych przez Zamawiającego.

Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia Postępowania wskazał, że przyczyną która doprowadziła go do

konieczności unieważnienia Postępowania było to, że opisane przez Zamawiającego wymagania wskazane w pkt. 3.6 poz. 8 i 18 były z jednej strony niejednoznaczne ponieważ nie wskazywały, że należy je czytać łącznie, a w ocenie Zamawiającego należało je spełniać łącznie, z drugiej zaś strony stały się niemożliwe do spełnienia przez wykonawców biorących udział w Postępowaniu.

Argumentacja przedstawiana przez Zamawiającego oparta jest na nieprawidłowych założeniach, które nie mogą być zaaprobowane w świetle okoliczności faktycznych niniejszej sprawy.

Zamawiający w ramach uzasadnienia faktycznego decyzji o unieważnieniu Postępowania wskazał, że „wymaganie z pkt 3.6. poz. 8 i 18 OPZ należy czytać łącznie tzn., że urządzenie HSM operujące na wielu kluczach jednocześnie ma posiadać wymaganą i opisaną w pkt 3.6. poz. 18 OPZ wydajność. Niemniej, połączenie postawionych przez Zamawiającego warunków z pkt 3.6. poz. 8 i 18 OPZ powoduje, że na rynku nie istnieją urządzenia HSM, które te wymagania mogą spełnić. Urządzenie, które mogłoby osiągnąć wynik 1000 podpisów na sekundę za pomocą 1000 różnych kluczy kryptograficznych cechowałoby się wydajnością rzędu 1 000 000 podpisów na sekundę przy użyciu klucza RSA o długości 2048 bitów. Z wiedzy Zamawiającego wynika, że obecnie żaden z producentów nie oferuje tak zaawansowanych technologicznie urządzeń HSM. Tym samym, Zamawiający formułując opis przedmiotu zamówienia określił wymagania wobec urządzeń HSM, których żaden z wykonawców biorących udział w Postępowaniu nie mógł spełnić.”

Odwołujący podkreśla, że Zamawiający oczywiście wymagał spełnienia wszystkich wymagań wskazanych w pkt. 3.6 OPZ. Oznacza to, że skoro należy spełnić wszystkie wymagania, to należy spełnić je łącznie.

Odwołujący podał, że jednak łącznie nie oznacza, że poszczególne wymagania należy mnożyć.

Wartości wskazane w pkt.3.6 poz. 18 wynoszą co najmniej 1000, a nie 1 000 000, jak próbuje wyjaśniać Esysco sp. z o.o.. Zamawiający przyjmując interpretację przedstawioną przez Esysco Sp. z o.o. dokonuje interpretacji niezgodnej z treścią postanowień OPZ.

Wnioski wyprowadzane przez Zamawiającego, że przedmiotowe wymagania należy spełniać łącznie przez osiągnięcie wydajności na poziomie wartości będącej wynikiem mnożenia liczb z obu wymagań, są jednak sprzeczne wprost z treścią cytowanych wymagań, realizacji zamówień na dostawy urządzeń HSM, wyjaśnień które zostały złożone przez wykonawców

w ramach Postępowania oraz przede wszystkim sprzeczne z działaniami samego Zamawiającego w Postępowaniu.

Zgodnie z pkt. 3.6 poz. 8 OPZ Zamawiający wymagał: „Urządzenie HSM musi posiadać możliwość przechowywania i operowania na wielu kluczach jednocześnie (co najmniej 1000). Zamawiający dopuszcza osiągnięcie funkcjonalności poprzez dostarczenie rozwiązania, które przechowuje klucze kryptograficzne poza urządzeniem HSM, z uwzględnieniem zapewnienia przez Wykonawcę wszystkich niezbędnych komponentów do osiągnięcia funkcjonalności.”

Powyższe oznacza, że urządzenie HSM powinno posiadać możliwość przechowywania i operowania na wielu kluczach jednocześnie, co najmniej na 1000 kluczy.

Natomiast zgodnie z pkt. 3.6 poz. 18 OPZ wymagał:

„Urządzenie HSM musi posiadać wydajność co najmniej 1000 podpisów na sekundę kluczem RSA o długości 2048 bitów, oraz 2000 podpisów kluczem ECC P256.”

Oznacza to, że Zamawiający wymagał, aby urządzenie HSM spełniało wymaganie wydajności co najmniej:

- 1000 podpisów na sekundę kluczem RSA o długości 2048 bitów, oraz
- 2000 podpisów na sekundę kluczem ECC P256.

Powyższe oznacza, że gdyby intencją Zamawiającego od początku było wymaganie spełnienia łącznie wymagań określonych w pkt. 3.6 poz. 8 i 18, poprzez osiągnięcie wydajności na poziomie wartości będącej wynikiem mnożenia liczb z obu pozycji, to przede wszystkim określiłby to w wymaganiu.

Ponadto, również działania samego Zamawiającego podczas badania i oceny ofert wykonawców wskazują, że intencją Zamawiającego nie było łączne spełnienie przedmiotowych wymagań, przez osiągnięcie wydajności na poziomie wartości będącej wynikiem mnożenia liczb z obu pozycji.

Zamawiający w dniu 24 maja 2024 r. kierując pierwsze wezwania do wykonawcy Esysco Sp. z o.o. do wyjaśnień żądał złożenia wyjaśnień w zakresie spełnienia wymagania pkt. 3.6 poz. 18 OPZ:

Tożsame wezwanie zostało skierowane do wykonawcy Perceptus Sp. z o.o.

Również wezwanie Zamawiającego wykonawcy ITRun Consulting Sp. z o.o. z dnia 3 czerwca 2024 r. zawierało zapytanie w zakresie spełnienia wymagania określonego w pkt. 3.6 poz. 8 OPZ:

Powyższe czynności Zamawiającego wyraźnie wskazują, że intencją Zamawiającego

w zakresie spełnienia wymagań wskazanych w pkt. 3.6 poz.8 i pkt. 3.6 poz.18 OPZ było, aby zaoferowane przez wykonawców urządzenia HSM spełniały wszystkie wymagania wskazane w pkt. 3.6 OPZ.

Odwołujący podkreśla, że po udzieleniu wyjaśnień przez wykonawców Esysco Sp. z o.o. oraz Perceptus Sp. z o.o. Zamawiający w dniu 5 czerwca 2024 r. skierował wezwanie o złożenie wyjaśnień, w którym wskazał, że wymagania w zakresie pkt. 3.6 poz. 8 i 18 OPZ należy spełniać łącznie. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca Esysco sp. z o.o. przedstawił własną interpretację, iż łączne spełnienie wymagań oznacza, że wartości wskazane w pozycjach pkt. 3.6 poz. 8 i 18 OPZ należy mnożyć.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający wymagał spełnienia wszystkich wymagań, jednak nie zmienia to faktu, że wymagania wskazane w poz. 3.6 pkt. 8 i 18 odnoszą się do wartości „co najmniej 1000”, a nie do wartości 1 000 000, na co wskazuje wykonawca Esysco sp. z o.o.

Wobec powyższych działań Zamawiającego, w ocenie Odwołującego, należy przyjąć, że intencją Zamawiającego nie była wymaganie, aby postanowienia pkt. 3.6 poz. 8 i 18 OPZ należało spełniać łącznie poprzez osiągnięcie wydajności na poziomie wartości będącej wynikiem mnożenia liczb z obu pozycji, a możliwość takiej interpretacji, z zupełnie niezrozumiałych dla Odwołującego powodów, pojawiła się u Zamawiającego dopiero na późniejszym etapie badania i oceny ofert.

Dodatkowo Odwołujący podał, że Zamawiający wiedzę, iż połączenie postawionych przez Zamawiającego warunków z pkt. 3.6 poz 8 OPZ oraz 3.6 poz. 18 OPZ powoduje, że na rynku nie istnieją urządzenia HSM, które te wymagania mogą spełnić powziął, z treści odwołania wniesionego przez Esysco Sp. z o.o. oraz z przedłożonej w trakcie postępowania odwoławczego tego wykonawcę opinii technicznej.

Twierdzenia te są wprost sprzeczne z okolicznościami faktycznymi przedmiotowego Postępowania. Zamawiający zupełnie pomija fakt, że wykonawca Esysco Sp. z o.o.

w wyjaśnieniach z dnia 6 czerwca 2024 r. podkreślił, że nie ma rynku producenta urządzeń HSM, które mogłyby osiągnąć wynik 1000 podpisów na sekundę za pomocą 1000 różnych kluczy kryptograficznych, ponieważ oznaczałoby to wydajność rzędu 1 000 000 podpisów na sekundę przy użyciu klucza RSA 2048 bitów.

Powyższe okoliczności, w ocenie Odwołującego, prowadzą do uznania, że Zamawiający w celu „usprawiedliwienia” swoich działań, przyjął interpretację, że od początku wymagał łącznego, poprzez osiągnięcie wydajności na poziomie wartości będącej wynikiem mnożenia liczb z obu pozycji spełnienia wymagań pkt. 3.6. poz. 8 i 18 OPZ. Wskazuje to na wybiórczość w przywoływaniu przez Zamawiającego stanu faktycznego sprawy, mającego na celu wywołanie określonego wrażenia i uwzględnienia jedynie tych informacji, które miałyby świadczyć o jakiegokolwiek istotności rzekomych nieprawidłowości.

Odwołujący podkreśla, że Zamawiający powinien konsekwentnie wymagać spełnienia wszystkich wymagań wskazanych w pkt. 3.6 OPZ. Co oznacza, że gdyby przyjąć,

że wszystkie trzeba spełniać łącznie poprzez mnożenie parametrów, to takie działanie jest niedopuszczalne, gdyż prowadziłoby do braku możliwości zaoferowania urządzenia przez wykonawców, złożenia prawidłowej i ważnej oferty w Postępowaniu, a w konsekwencji braku możliwości wyboru najkorzystniejszej oferty.

Tytułem przykładu Zamawiający wyjaśnia, że np. łączne spełnienie polegające na mnożeniu parametrów z wymagań określonych w pkt.3.6 poz. 8, poz.12 oraz poz.18 doprowadziłoby do sytuacji gdzie zaoferowane urządzenie musiałoby posiadać teoretyczną wydajność: 1000 podpisów dla 1000 kluczy RSA, 2000 podpisów dla 1000 kluczy ECC, i jednocześnie spełnienia tego dla każdej z wymaganych 10 aplikacji czy serwerów: $[1000 \times 1000 + 2000 \times 1000] \times 10$ co daje 30 000 000 (trzydzieści milionów) operacji podpisu na sekundę w pojedynczym urządzeniu. W praktyce taka wydajność nie jest dostępna w żadnym dostępnym urządzeniu. Co więcej, taka wydajność nie jest do zrealizowania nawet przy wykorzystaniu budowy klastrów wydajnościowych urządzeń HSM. Zdolność do 30 milionów podpisów na sekundę pozwoliłaby podpisać certyfikaty dla wszystkich obywateli RP w czasie, krótszym niż 2 sekundy.

Sam Zamawiający jest tego świadom, gdyż z zupełnie niezrozumiałych dla Odwołującego powodów, dopiero na pewnym etapie Postępowania zaczął wymagać spełnienia wybranych wymogów łącznie, w zakresie mnożenia, po czym od tego odstąpił i wybrał ofertę najkorzystniejszą ITRun bez badania czy spełnia ta oferta łącznie pkt.3.6 poz. 8 i 18 OPZ, po czym jednak unieważnił postępowanie powracając do twierdzenia o konieczności spełniania wymagań z pkt. 3.6 poz. 8 i 18 OPZ poprzez osiągnięcie wydajności na poziomie wartości będącej wynikiem mnożenia liczb z obu pozycji. Całe to postępowanie Zamawiającego pokazuje niekonsekwencje jego działań i brak jest podstaw do uznania, że powód unieważnienia postępowania jest prawdziwy i zasadny.

Odwołujący pragnie zwrócić uwagę, że profesjonalnie działający na rynku wykonawcy regularnie składający swoje oferty na rynku zamówień IT, wiedzą, że zaoferowany przez nich sprzęt musi spełniać wszystkie wymagania postawione przez zamawiających w zakresie parametrów technicznych i funkcjonalności, ale nie jest możliwe spełnienie poszczególnych wymagań łącznie poprzez osiągnięcie wydajności na poziomie wartości będącej wynikiem mnożenia liczb z obu pozycji

danych wymagań.

Trudno również uznać, by racjonalnie działający wykonawca przedmiotowe wymagania odczytywał w ten sposób, że ma dokonywać mnożenia parametrów z różnych pozycji tabeli wymagań 3.6 OPZ, tym bardziej jeżeli w wyniku takiego działania matematycznego powstawałaby konieczność zaoferowania produktu, którego nie ma na rynku.

Na rynku zamówień publicznych również inni zamawiający dokonują zakupów urządzeń HSM i także nie wymagają łącznego, spełniania warunków, poprzez osiągnięcie wydajności na poziomie wartości będącej wynikiem mnożenia kilku pozycji z wymagań, gdyż

to powoduje, że taki produkt nie istnieje na rynku. Tytułem przykładu Odwołujący wskazuje poniższe postępowania na dostawę urządzeń HSM:

1) postępowanie prowadzone przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych na „Zakup infrastruktury techniczno-systemowej środowisk Access Point (AP) i RINA na potrzeby EESSI w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych”, Numer referencyjny TZ/271/49/19.

Przykładowe wymagania Zamawiającego:

W Postępowaniu zostały złożone 3 oferty, za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy: UpWare Sp. z o.o.

2) Postępowanie prowadzone przez Ministerstwo Spraw Zagranicznych pn. „Dostawa urządzeń HSM wraz z usługą asysty technicznej na potrzeby realizacji projektów pn. „Narzędzia Schengen 2.0”, numer referencyjny: BPZZ.270.38.2023.

Przykładowe wymagania Zamawiającego:

Najkorzystniejsza została uznana w Postępowaniu oferta wykonawcy: Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o. o.

3) Postępowanie prowadzone przez Naukową i Akademicką Sieć Komputerową – Państwowy Instytut Badawczy pn. „Zakup urządzeń kryptograficznych HSM”, numer referencyjny: ZWiDIT.2611.15.2022.210.MOR[WTBW5].

Przykładowe wymagania:

Najkorzystniejsza została uznana w Postępowaniu oferta wykonawcy: Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o.

Odwołujący podkreślił, że w żadnym z ww. postępowań, żaden z zamawiających

nie wymagał spełnienia przedmiotowych wymogów łącznie w znaczeniu, że należy

te pozycje pomnożyć aby osiągnąć wymaganą wartość. Co istotne, w każdym z tych postępowań zostały złożone prawidłowe i ważne oferty, a w konsekwencji została podpisana umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Interpretacja postanowień dokumentacji postępowania na korzyść wykonawców.

Odwołujący podał, że abstrahując od tego, że w niniejszym Postępowaniu nie mamy

do czynienia z jakąkolwiek wadą Postępowania, to nawet jeżeli uznać, że postanowienia OPZ były niejednoznaczne, ponieważ nie wskazywały, że należy je czytać łącznie,

to nie sposób przyznać im waloru istotności, który pozwalałby na zastosowanie art. 255 pkt. 6 ustawy.

Odwołujący podkreśla, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądów i Krajowej Izby Odwoławczej, wszelkie wątpliwości na gruncie dokumentacji postępowania interpretowane powinny być na korzyść wykonawcy. Tytułem przykładu przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2022 r, sygn. akt., KIO 878/22:

„Izba wskazuje, że zamawiający obowiązany jest formułować swoje intencje w postępowaniu w sposób, który nie pozwala na dowolną interpretację. W każdej sytuacji, w której możliwe są różne interpretacje zapisów s.w.z., zachodzi niejednoznaczność s.w.z. Z kolei niejednoznaczność postanowień s.w.z. nie może powodować negatywnych skutków dla wykonawców, a wszelkie wątpliwości zamawiający powinien rozstrzygać na korzyść wykonawcy - tak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt KIO 643/12 z dnia 16 kwietnia 2012 r.: "Badanie i ocenę ofert powinien zamawiający prowadzić

z uwzględnieniem zasady, iż wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania, zawarte w postanowieniach SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. To zamawiającego obciąża obowiązek takiego przygotowania postępowania, aby postanowienia SIWZ były jednoznacznie i nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury".

Powyższe potwierdza również wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lipca 2019 r., sygn. akt. IV CSK 363/18: „Jeżeli powstają wątpliwości co do jednoznaczności postanowień SIWZ

(a szerzej: dokumentacji zamawiającego, w oparciu o którą wykonawcy składają oferty), muszą być one rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Przeciwny wniosek byłby sprzeczny

z art. 29 ust. 1 Pzp. W konsekwencji, jeżeli dokumentacja sporządzona przez zamawiającego zawiera nieścisłości, nie jest jednoznaczna, nie można negatywnymi skutkami obciążać oferentów (a więc potencjalnych wykonawców), ale zamawiającego – jako autora tej dokumentacji.”

Powyższe oznacza, że nawet jeżeli dla Zamawiającego postanowienia pkt. 3.6 poz. 8 oraz pkt. 3.6 poz. 18 OPZ były niejednoznaczne czy niejasne, czy należy je czytać łącznie,

to zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej powinien interpretować te niejasności na korzyść

wykonawców. Tylko na marginesie Odwołujący wskazał, że wszyscy wykonawcy składając ofertę w niniejszym Postępowaniu, w ocenie Odwołującego, w ten sam sposób rozumieli postawione wymagania w pkt. 3.6 OPZ. Ponownie należy przypomnieć, że żaden z wykonawców nie zadał pytania o wyjaśnienie treści SWZ w tym zakresie.

Tym samym, Zamawiający, dokonując oceny i badania złożonych ofert w Postępowaniu, powinien przyjąć interpretację, że wskazane wymagania w pkt. 3.6. poz. 8 OPZ oraz 3.6. poz. 18 OPZ należy oceniać w sposób rozłączny. Przyjęcie interpretacji korzystnej

dla wykonawców spowodowałoby to, że każda z ofert byłaby porównywalna. Tym samym, Zamawiający mógłby dokonać poprawnej oceny i badania ofert.

Co więcej, jeżeli połączenie postawionych przez Zamawiającego wymagań z pkt. 3.6 poz. 8

i 18 OPZ powoduje, że na rynku nie istnieją urządzenia HSM, które te wymagania mogą spełnić, co oznacza, że jest to świadczenie niemożliwe, to z racjonalnego i logicznego punktu widzenia należy uznać, że prawidłowa wykładnią przedmiotowych wymagań powinna prowadzić do wniosku, że wymagania z pkt. 3.6 poz. 8 i 18 OPZ nie mogą być interpretowane łącznie.

Odwołujący podkreśla, że jest to jedyna logiczna i racjonalna interpretacja ww. postanowień OPZ, uwzględniająca w szczególności celowościowe znaczenie konieczności spełnienia wymagań w zakresie parametrów technicznych i funkcjonalności dostarczanego sprzętu.

Podstawa unieważnienia Postępowania.

Odwołujący wskazuje, że jak wynika z literalnego brzmienia art. 255 pkt 6 ustawy, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dopiero łączne wystąpienie wskazanych w ww. przepisie okoliczności skutkuje obowiązkiem jego zastosowania.

W doktrynie i orzecnictwie podkreśla się, że aby móc skorzystać z podstawy unieważnienia postępowania konieczne jest przede wszystkim łączne zaistnienie:

po pierwsze, naruszenia przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania – w tym przypadku omyłka popełniona w trakcie sporządzenia OPZ),

po drugie, wada musi być niemożliwa do usunięcia,

po trzecie, wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Oznacza to, że nie wystarczy dla zaistnienia wskazanej przesłanki stwierdzić, że mamy

w danym postępowaniu do czynienia z wadą, ale należy wykazać dodatkowo, że jest ona niemożliwa do usunięcia, a ponadto, że skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Na wyjątkowy charakter unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazuje również m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2023 r., sygn. akt. KIO 3472/22, zgodnie z którym: „Przepis art. 255 pkt 6 p.z.p. odsyła do art. 457 p.z.p.,

w którym wymieniono wszystkie przypadki naruszenia p.z.p. skutkujące koniecznością unieważnienia umowy. Chodzi więc o takie uchybienia albo też o takie wady, które uniemożliwiłyby dalsze prowadzenie postępowania. Wystąpienie innych wad postępowania nie może być przyczyną unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 p.z.p.

Zamawiający nie może w sposób całkowicie dowolny pozbawiać wykonawców możliwości uzyskania zamówienia ze względu na ryzyko unieważnienia umowy. Unieważnienie postępowania jest wyjątkiem i nie może w jego ramach dochodzić do nadinterpretacji.

Postępowanie o udzielenie zamówienia jest postępowaniem sformalizowanym i podjęcie tak daleko idącej decyzji jak unieważnienie postępowania musi być oparte na obowiązujących przepisach p.z.p.”

Wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy musi mieć charakter wady kluczowej, fundamentalnej, istotnej o dużym znaczeniu. Odwołujący podkreśla, że zgodnie

z art. 7 pkt. 18 ustawy celem postępowania o udzielenie zamówienia, co do zasady jest wybór oferty najkorzystniejszej i zawarcie umowy o udzielenie zamówienia, a jego unieważnienie winno być jedynie wyjątkiem od tej zasady.

Należy podkreślić, że podstawą unieważnienia mogą być tylko wady stanowiące konsekwencję znaczących uchybień w stosowaniu przepisów odnoszących się

do prowadzenia postępowania spowodowane przez zamawiającego. Zgodnie

ze stanowiskiem doktryny:

Mając na względzie charakter normy prawnej wyrażonej w art. 255 ust. 1 pkt 6 PrZamPubl, decyzji o unieważnieniu postępowania zamawiający nie może podjąć na podstawie domniemań i przypuszczeń, tym bardziej jeżeli istnieje realne prawdopodobieństwo, że zamówienie będzie wykonane zgodnie z wymaganiami zamawiającego (por. wyr. KIO z 22.3.2010 r., KIO/UZP 210/10, Legalis) - Art. 255 PZP red. Sieradzka 2022/Sieradzka

Działanie zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiegokolwiek uznaniowości, a interpretacji przesłanek unieważnienia postępowania należy dokonywać w sposób ścisły przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej oraz celowościowej. - Gawrońska-Baran Andrzej i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany Opublikowano: LEX/el. 2024

Odwołujący podał, że z dużym prawdopodobieństwem, a nawet pewnością Zamawiający ponownie ogłosi postępowanie na dostawę urządzeń HSM, w którym tylko doprecyzuje,

że postanowienia będące przedmiotem sporu nie należy spełniać łącznie. Jest to o tyle istotne, że wykonawcy składający ofertę właśnie w taki sposób odczytywali te postanowienia. Tak więc, Zamawiający ponownie przeprowadzi Postępowanie, w którym wykonawcy złożą podobne oferty. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie podjął nawet próby wywiedzenia, iż unieważnienie Postępowania w okolicznościach przedmiotowej sprawy było zasadne i konieczne, podczas, gdy zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej ciąży na nim obowiązek wykazania przeszkody w dalszym prowadzeniu Postępowania. Tytułem przykładu, należy przywołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 24 marca 2022 r., sygn. akt. KIO 667/22, zgodnie z którym: „Niewątpliwie instytucja unieważnienia postępowania ma charakter wyjątkowy, a tym samym przesłanki unieważnienia postępowania, w tym określone art. 255 pkt 6 ustawy Pzp nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Wskazany w art. 255 Pzp katalog okoliczności obligujących do unieważnienia postępowania ma charakter zamknięty. Zamawiający zatem podejmując czynność unieważnienia postępowania powinien wykazać, że w okolicznościach faktycznych z których wywodzi podstawę do unieważnienia postępowania brak było możliwości podjęcia innych alternatywnych czynności, umożliwiających kontynuowanie postępowania, a tym stanie faktycznym zawarcie umowy.”

Podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2022 r. (KIO 881/22): „Podstawą do unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 6 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych jest obarczenie postępowania wadą, przez którą należy rozumieć wyłącznie takie uchybienia proceduralne, które nie mogą być skorygowane przez zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności. Ponadto, wada taka musi uniemożliwić zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym błędy w postępowaniu

o marginalnym znaczeniu, pozostające bez wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, nie są wystarczającą podstawą do unieważnienia postępowania. Powyższe wskazuje, iż konieczne jest ustalenie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady postępowania a brakiem możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu. Ustalenie, czy w danym postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, powinno być dokonywane przede wszystkim poprzez odniesienie określonego naruszenia przepisów Prawa Zamówień Publicznych do przyczyn, z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, określonych w art. 457 ust. 1 Prawa Zamówień Publicznych. Wady te stanowią konsekwencję znaczących uchybień, w stosowaniu przepisów odnoszących się

do prowadzenia postępowania, spowodowanych przez zamawiającego.” (vide wyrok z dnia 12 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 881/22).”

Okoliczności faktyczne przywołane przez Zamawiającego w treści uzasadnienia czynności z 29 lipca 2024 r., nie wpisują się w przesłankę unieważnienia postępowania wskazaną w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Charakter postanowień pkt. 3.6 poz. 8 i 18 OPZ, na którą wskazuje Zamawiający, nie powoduje bowiem, że nie jest możliwe zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący podkreśla, że dla profesjonalnych podmiotów działających na rynku IT wiadomym jest, żadne urządzenie na rynku nie spełnia łącznie postanowień pkt. 3.6 poz. 8

i 18 OPZ, co oznacza, że w rzeczywistości dla wszystkich wykonawców składających oferty postanowienia te były jednoznaczne i zrozumiałe. Jednoznaczne na tyle, że wykonawcy

nie podjęli nawet próby wyjaśniania tych postanowień w trybie wniosku o wyjaśnienie treści SWZ.

W tym miejscu należy przywołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2023 r., sygn. akt. KIO 871/23, gdzie Izba podkreśliła, że niejednoznaczna interpretacja postanowień nie może stanowić przesłanki do unieważnienia postępowania w trybie art. 255 pkt. 6 ustawy Pzp: „Niejednoznaczna interpretacja postanowień SWZ przez wykonawców sama w sobie nie może być postrzegana jako nieusuwalna wada postępowania o udzielenie zamówienia, która powinna skutkować jego unieważnieniem, tylko może być ona traktowana jako niezamierzony rezultat nieprecyzyjnie, ogólnikowo

lub wadliwie sformułowanych zapisów dokumentacji postępowania. Zamawiający zatem analizując każdorazowo przesłanki do unieważnienia postępowania w trybie art. 255 pkt 6 p.z.p. powinien mieć na względzie nie tylko nieusuwalność samej wady, którą obarczone zostało postępowanie, ale również powinien przewidzieć, czy wada ta może w przyszłości skutkować unieważnieniem umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym na podstawie regulacji art. 611 pkt 2 p.z.p.”

Zamawiający ponadto nie wykazał, aby taka „wada” wpisywała się w którąkolwiek przesłankę unieważnienia umowy, o której mowa w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. Należy podkreślić,

że uzasadnienie faktyczne zawarte w informacji unieważnieniu Postępowania, w ogóle

nie dotyczy tej kwestii, a ewentualne późniejsze powoływanie innych okoliczności w tym zakresie, będzie stanowiło niedozwolone poszerzenie podstaw faktycznych unieważnienia,

a w związku z tym powinno zostać potraktowane przez Krajową Izbę Odwoławczą jako spóźnione. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2023 r., sygn. akt. KIO 562/23: „*Ustalenie, czy w danym postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, powinno być dokonywane przede wszystkim poprzez odniesienie określonego naruszenia przepisów p.z.p.h do przyczyn, z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, określonych w art. 457 ust. 1 p.z.p. Wady te stanowią konsekwencję znaczących uchybień, w stosowaniu przepisów odnoszących się do prowadzenia postępowania, spowodowanych przez zamawiającego.*”

W Podsumowaniu Odwołujący podał:

Podjęcie tak daleko idącej decyzji jak unieważnienie Postępowania, wymagało uzasadnionego stwierdzenia, że OPZ zawiera błędy na tyle doniosłe, że niemożliwym byłoby złożenie porównywalnych ofert, zgodnych z oczekiwaniami Zamawiającego, a także skutkujące niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Tymczasem taki wniosek nie jest możliwy do wyprowadzenia

w tym przypadku. Uzasadnienie faktyczne informacji o unieważnieniu Postępowania oraz analiza treści OPZ i znajomość rynku wskazują, że brak jest argumentów za takim stanowiskiem, a tylko w takim wypadku byłyby podstawy do uznania, że decyzja Zamawiającego była prawidłowa.

Biorąc pod uwagę całokształt okoliczności opisanych w ramach niniejszego Odwołania fakt unieważnienia Postępowania nie znajduje uzasadnienia, a spełnienie wymagań w zakresie parametrów technicznych i funkcjonalności dostarczanego sprzętu było możliwe,

co potwierdza fakt złożenia w Postępowaniu 5 ofert. Wymagania ukształtowane przez Zamawiającego w treści Tomu III – Szczegółowy Opis przedmiotu Zamówienia,

co do sposobu określenia szczegółowych wymagań w zakresie parametrów technicznych

i funkcjonalności sprzętu wskazują, że przedmiot zamówienia można zrealizować

na podstawie OPZ przewidzianego przez Zamawiającego. Co więcej, najbardziej obiektywnym weryfikatorem opisu przedmiotu zamówienia są wykonawcy w niniejszym Postępowaniu, którzy działając w konkurencji do siebie, a zarazem będąc profesjonalistami w swojej branży w ten sam sposób rozumieli postawione wymagania w pkt. 3.6 OPZ.

Odwołujący podkreśla, że przy stosowaniu ustawy Pzp należy brać pod uwagę jej cel. Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w oparciu o przepisy prawa zamówień publicznych jest postępowaniem bardzo sformalizowanym, co oznacza, że Zamawiający zobowiązany jest do przygotowania i prowadzenia postępowania z poszanowaniem zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości, które w niniejszej sprawie wyrażają się w konieczności realnej oceny okoliczności stanu faktycznego oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na zamawiającego.

Okoliczności niniejszej sprawy świadczą o tym, że Zamawiający podejmując najdalej idącą decyzję unieważniając Postępowanie zadziałał w sposób bezrefleksyjny i bezpodstawny. Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, odwołanie jest w pełni zasadne,

a Odwołujący wniósł o jego uwzględnienie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi

art. 528 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (dalej „ustawa”) skutkujących odrzuceniem każdego z odwołań. Odwołania zostały złożone

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 8 sierpnia 2024 roku od czynności z dnia

29 lipca 2024 roku, a kopie zostały przekazane w ustawowym terminie Zamawiającemu,

co zostało potwierdzone oraz wynika z akt spraw odwoławczych.

Izba ustaliła w odniesieniu do każdego z odwołań, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 nowej

ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawy odwoławcze uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego w Odpowiedziach na odwołanie do obu spraw, pisma z dnia 22 sierpnia 2024 roku złożone do akt sprawy.

Izba, postanowieniem wydanym w trakcie rozprawy, dopuściła dowód załączony do odwołania Odwołującego ESYSCO sp. o.o. z siedzibą w Poznaniu (sygn. akt KIO 2837/24) tj. *ppinia techniczna dotycząca wymagań różnych producentów HSM w zakresie wydajności i operacji wykonywanych na wielu obiektach kryptograficznych w jednym czasie*

z dnia 22 lipca 2024 r. wydana przez eksperta normalizacyjnego podpisu elektronicznego M.T. (dalej: Opinia)

W odniesieniu do dowodów złożonych przez Odwołującego ESYSCO sp. o.o.

z siedzibą w Poznaniu w związku z umorzeniem postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu nr 2, dowody te odnoszące się do oceny oferty Odwołującego, poza ww. Opinią, stały się zbędne.

II.

W odniesieniu do obu spraw odwoławczych w zakresie wniosków o odrzucenie:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem każdego z odwołań. Odwołania zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 8 sierpnia 2024 roku, od czynności podjętej przez Zamawiającego w dniu 29 lipca 2024 roku.

W odniesieniu do wniosków Zamawiającego zgłoszonych w Odpowiedziach

na odwołanie do obu spraw (pisma z dnia 22 sierpnia 2024 roku złożone do akt sprawy),

tj. o odrzucenie odwołania sygn. akt KIO 2837/24 w zakresie zarzutu 1 oraz o odrzucenie odwołania sygn. akt KIO 2845/24 z uwagi na dyspozycję przepisu art. 528 pkt 5 ustawy,

z którego wynika, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku lub sądu lub w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu – Izba wnioski te uznała za niezasadne.

W zakresie ustalenia stanu faktycznego wskazać należy, że w dniu 1 sierpnia 2024 roku Izba w sprawie o sygn. akt KIO 2536/24 postanowieniem umorzyła postępowanie odwoławcze, lecz podstawą umorzenia postępowania odwoławczego było dokonanie przez Zamawiającego czynności z dnia 29 lipca 2024 roku tj. czynności unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 8 lipca 2024 roku oraz unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia. Podstawą umorzenia postępowania odwoławczego nie była czynność uwzględnienia przez Zamawiającego w ówczesnej sprawie odwoławczej zarzutów odwołania.

Znajduje powyższe również odzwierciedlenie w stanowisku Zamawiającego wyrażonym w piśmie z dnia 29 lipca 2024 roku „Wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego” (w aktach sprawy), gdzie Zamawiający jednoznacznie podał:

Działając w imieniu i na rzecz Zamawiającego, na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, ze zm.) wnoszę o umorzenie postępowania odwoławczego toczącego się w sprawie o sygn. akt KIO 2538/24.

W dniu 29 lipca 2024 r. Zamawiający, zgodnie z żądaniem podniesionym w odwołaniu wniesionym przez Esysco sp. z o.o. (postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2536/24) dokonał unieważnienia postępowania, w którym wniesione zostało odwołanie.

W konsekwencji, przedmiotowe postępowanie odwoławcze stało się z innej przyczyny zbędne.

Zgodnie z powyższym sam Zamawiający wskazał na zbędność prowadzenia postępowania odwoławczego, co wyczerpuje przesłanki z art. 568 pkt 2 ustawy.

Jednoznacznie podstawą umorzenia postępowania odwoławczego wybrzmiewa w uzasadnieniu faktycznym ww. postanowienia, gdzie Izba podała:

Biorąc pod uwagę powyższe stanowiska Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie

i z wniosku, a także czynność unieważnienia przetargu, podzielił w tym względzie argumentację Zamawiającego Izba

uznała, że niniejsze postępowanie odwoławcze stało się zbędne z powodu jego unieważnienia.

W związku z powyższym należy wskazać, że dyspozycja przepisu art. 568 pkt 2 ustawy Pzp przewiduje, że Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia,

w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

W zakresie rozpoznania wniosków Zamawiającego bezprzedmiotowa pozostaje inna czynność jakiej dokonał w postępowaniu o zamówienie w dniu 29 lipca 2024 roku

tj. czynność uwzględnienia zarzutów odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2536/24. Jak wskazano powyżej, w zbiegu dwóch czynności Zamawiającego z dnia 29 lipca 2024 roku, Izba ww. sprawie odwoławczej umorzyła postępowanie odwoławcze, w związku

ze stwierdzeniem, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne

lub niedopuszczalne z uwagi na unieważnienie przez Zamawiającego czynności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania, tj. czynności z dnia 8 lipca 2024 roku. W tych okolicznościach dla oceny czynności wykonawców w ramach postępowania o zamówienie oraz korzystania ze środków ochrony prawnej znaczenie prawne ma jedynie postanowienie wydane w ramach ówczynie prowadzonego postępowania odwoławczego. To oznacza natomiast, że w stanie prawnym jaki uwzględniać należy przy rozpoznaniu przesłanek odrzucenia odwołania nie ma miejsca na stwierdzenie podstawy odrzucenia w oparciu

o art. 528 pkt 5 ustawy, ponieważ w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 2536/24 nie wydano postanowienia o umorzeniu postępowania w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości tj. nie wydano postanowienia

na podstawie art. 568 pkt 3 ustawy. Przyjęcie takiego sposobu oceny przesłanek odrzucenia odwołania (i oparcia ich na czynności Zamawiającego niestanowiącej podstawy wydania postanowienia o umorzeniu postępowania), jak prezentuje to Zamawiający w swoim stanowisku pisemnym, prowadziłoby do pozbawienia wykonawców możliwości kwestionowania czynności Zamawiającego dokonanych w ramach postępowania

o zamówienie, po wcześniejszym unieważnieniu przez Zamawiającego czynności stanowiącej podstawę wnoszenia odwołania.

IV.

W zakresie umorzenia postępowania odwoławczego Sygn. akt KIO 2837/24

w odniesieniu do zarzutu 2 odwołania:

Izba ustaliła na podstawie akt postępowania odwoławczego, że pismem z dnia 29 lipca 2024 roku, że Zamawiający oświadczył:

Zamawiający - Centrum Informatyki Resortu Finansów unieważnia dokonaną w dniu 8 lipca 2024 r. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i jednocześnie, działając na podstawie art. 260 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”, informuje, że unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę sieciowych, sprzętowych modułów bezpieczeństwa (Hardware Security Module, „HSM”) dla Centrum Informatyki Resortu finansów, nr postępowania: PN/3/24/IMTV, dalej: „Postępowanie”.

Zgodnie z powyższą informacją Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. W zakresie zarzutu 2 odwołania Odwołujący podnosił naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 17 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy – przez zaniechanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, w sytuacji gdy oferta Odwołującego była zgodna z warunkami zamówienia, a zwłaszcza spełniała wymagania określone w Tomie III SWZ – OPZ, punkt 3.6. poz. 8 tabeli oraz poz. 18 tabeli, gdyż nie miały one (i nie mogły być) spełnione łącznie, a tym samym przeprowadzeniu postępowania w sposób sprzeczny z zapewnieniem zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a także zasadą przejrzystości.

Zamawiający w piśmie procesowym „Odpowiedź na odwołanie” wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego z uwagi na dyspozycję przepisu art. 568 pkt 2 ustawy,

z którego wynika, że Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia,

w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Izba podzieliła stanowisko i uznała za zasadny wniosek Zamawiającego.

Zgodnie z art. 253 ust. 1 ustawy - Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Na podstawie powyższego przepisu jednoznacznie wymaga stwierdzenia, że informacja

o wyborze oferty najkorzystniejszej musi zawierać informacje o ofercie wybranej w ramach postępowania oraz o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone z postępowania, w tym zawierać uzasadnienie faktyczne i prawne powyższych czynności.

Informacja przekazana wykonawcom biorącym udział w postępowaniu na podstawie art. 253 ust. 1 ustawy stanowi emanację czynności Zamawiającego, bowiem tylko w taki sposób ustawodawca przewiduje jej upublicznienie, podanie do wiadomości wykonawcą biorącym udział w postępowaniu. Jednocześnie podlega podkreśleniu, że czynność tą należy postrzegać w całości, to znaczy, że musi być ona dokonana w taki sposób jak określony w przepisie katalog informacji. Tym samym, w ramach rozpoznawanej sprawy, Zamawiający unieważniając czynność z dnia 8 lipca 2024 roku dokonał unieważnienia czynności jaka została przez niego upubliczniona to jest zarówno w zakresie wybranej oferty jak i ofert odrzuconych. Skoro nie ma ustawowej możliwości „dzielenia” informacji z art. 523 ust. 1 ustawy, a Zamawiający obowiązany jest do podania określonych tam danych jednocześnie, to nie ma możliwości również unieważnienia tylko części tych informacji.

Izba uznała, że postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu 2 należy umorzyć

na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy jako, że dalsze postępowanie w tym zarzucie stało się zbędne i niedopuszczalne, bowiem pismem z dnia 29 lipca 2024 roku Zamawiający unieważnił czynność z dnia 8 lipca 2024 roku, tym samym w ocenie Izby unieważnił czynność o jakim w całości mowa w regulacji art. 253 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

W oparciu o stanowiskiem doktryny „podstawą do umorzenia postępowania jest również stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne

lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie doprecyzował, o jakie sytuacje chodzi. Z pewnością dyspozycją przepisu objęte będą sytuacje utraty bytu prawnego przez stronę odwołania,

na skutek likwidacji lub śmierci odwołującego. Wydaje się również, że podstawa umorzenia zaistnieje, jeśli zamawiający przed zakończeniem rozprawy unieważni postępowanie, wówczas spór stanie się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność zamawiającego.” (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 1236).

Ponadto, jak wynika z uchwały Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 18 stycznia 2019 r. III CZP 55/18, w którym SN analizował rozbieżność orzecniczą skutku procesowego następczej utraty interesu prawnego: przyczyna umorzenia postępowania określona w art. 355 § 1 kpc jako zbędność postępowania stanowi ogólny przejaw uznania przez ustawodawcę, że nie jest dopuszczalne kontynuowanie postępowania w sytuacji, w której jego cel został osiągnięty w inny sposób. W rezultacie wydanie wyroku stało się zbędne. Pojęcie zbędności wydania wyroku jako przyczyny umorzenia postępowania wiązane jest najczęściej z szeroko pojętą następczą bezprzedmiotowością postępowania. Stanowi ona jej swoisty korelat (zbędność wydania wyroku jako następstwo odpadnięcia przedmiotu postępowania ewentualnie inne przypadki niecelowości wydawania wyroku). Dalej Sąd wywiódł, że skoro wskutek zgaśnięcia interesu prawnego powoda - zazwyczaj w rezultacie uzyskania ochrony prawnej poszukiwanej w toczącym się postępowaniu poza jego ramami - proces cywilny nie może doprowadzić do oczekiwanego przez powoda rezultatu (choćby powództwo to w chwili wniesienia było całkowicie zasadne), to dalsze procedowanie w kierunku wydania wyroku oddalającego to powództwo staje się zbyteczne i bezcelowe.

W konsekwencji trzeba przyjąć, że w sytuacji, w której potrzeba udzielenia żądanej przez strony ochrony prawnej uległa dezaktualizacji, wydanie orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie o charakterze procesowym w postaci umorzenia procesu jest

w pełni wystarczające dla uczynienia zadość prawu stron do sądu i rzetelnego procesu. Wymaga także podkreślenia, że zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając orzeczenie bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania odwoławczego – co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie w toku postępowania przed Izbą.

V.

W zakresie zarzutu 1 w sprawie o sygn. akt KIO 2837/24
oraz w zakresie odwołania sygn. akt KIO 2845/24

W zakresie rozpoznania zarzutów ww. odwołań Izba ustaliła, że pismem z dnia

29 lipca 2024 roku Zamawiający przekazał następującą informację:

Zamawiający - Centrum Informatyki Resortu Finansów unieważnia dokonaną w dniu 8 lipca 2024 r. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i jednocześnie, działając na podstawie art. 260 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”, informuje, że unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę sieciowych, sprzętowych modułów bezpieczeństwa (Hardware Security Module, „HSM”) dla Centrum Informatyki Resortu finansów, nr postępowania: PN/3/24/IMTV, dalej: „Postępowanie”.

Uzasadnienie faktyczne:

W dniu 18 lipca 2024 r. Wykonawca Esysco sp. z o.o. złożył odwołanie wobec zaniechania odrzucenia ofert wykonawców ITRun Consulting sp. z o.o. oraz konsorcjum firm Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. – Lider Konsorcjum i Enigma Systemy Ochrony Informacji

sp. z o.o. – Partner Konsorcjum, w sytuacji gdy treść ofert tych wykonawców jest niezgodna z warunkami zamówienia, a w konsekwencji niezasadne dokonanie wyboru oferty złożonej przez ITRun Consulting sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w postępowaniu, w sytuacji gdy wszystkie złożone w postępowaniu oferty podlegały odrzuceniu, co w konsekwencji powinno prowadzić do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym przeprowadzeniu postępowania w sposób sprzeczny z zapewnieniem zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a także zasadą przejrzystości.

Wyjaśnić należy, że w pkt 3.6. poz. 8 opisu przedmiotu zamówienia, dalej: „OPZ” Zamawiający wymagał, aby urządzenie HSM posiadało możliwość przechowywania

i operowania na wielu kluczach jednocześnie (co najmniej 1000). Zamawiający dopuścił osiągnięcie funkcjonalności poprzez dostarczenie rozwiązania, które przechowuje klucze kryptograficzne poza urządzeniem HSM, z uwzględnieniem zapewnienia przez Wykonawcę wszystkich niezbędnych komponentów do osiągnięcia funkcjonalności. Jednocześnie w pkt 3.6. poz. 18 OPZ Zamawiający wskazał, że urządzenie HSM musi posiadać wydajność co najmniej 1000 podpisów na sekundę kluczem RSA o długości 2048 bitów, oraz 2000 podpisów kluczem ECC P256.

Zamawiający przyjął, że wymaganie z pkt 3.6. poz. 8 i 18 OPZ należy czytać łącznie tzn.,

że urządzenie HSM operujące na wielu kluczach jednocześnie ma posiadać wymaganą

i opisaną w pkt 3.6. poz. 18 OPZ wydajność. Niemniej, połączenie postawionych przez Zamawiającego warunków z pkt 3.6. poz. 8 i 18 OPZ powoduje, że na rynku nie istnieją urządzenia HSM, które te wymagania mogą spełnić. Urządzenie, które mogłoby osiągnąć wynik 1000 podpisów na sekundę za pomocą 1000 różnych kluczy kryptograficznych cechowałoby się wydajnością rzędu 1 000 000 podpisów na sekundę przy użyciu klucza RSA o długości 2048 bitów.

Z wiedzy Zamawiającego wynika, że obecnie żaden z producentów nie oferuje tak zaawansowanych technologicznie urządzeń HSM. Tym samym, Zamawiający formułując opis przedmiotu zamówienia określił wymagania wobec urządzeń HSM, których żaden

z wykonawców biorących udział w Postępowaniu nie mógł spełnić.

Nadmienić należy, że powyższe informacje Zamawiający powziął z treści wniesionego przez Esysco sp. z o.o. odwołania oraz z przedłożonej w trakcie postępowania odwoławczego przez tego wykonawcę opinii technicznej.

W konsekwencji, opisane przez Zamawiającego wymagania z pkt 3.6. poz. 8 i 18 były

z jednej strony niejednoznaczne ponieważ nie wskazywały, że należy je czytać łącznie,

z drugiej zaś strony stały się niemożliwe do spełnienia przez wykonawców biorących udział w Postępowaniu.

Podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 387 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2024 r. poz. 1061) niemożliwość świadczenia musi mieć charakter obiektywny, pierwotny i trwały. Świadczenie jest obiektywnie niemożliwe, jeśli nie może go spełnić nie tylko dłużnik ale każda inna osoba. W stanie faktycznym Postępowania wykonanie przedmiotu zamówienia jest obiektywnie niemożliwe, ponieważ żaden

z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia nie dysponuje urządzeniami spełniającymi wymagania Zamawiającego, co zostało potwierdzone powyżej.

O niemożliwości pierwotnej (uprzedniej) mówimy w przypadku, gdy niemożliwość świadczenia istnieje już w chwili zawarcia umowy, z czym mielibyśmy do czynienia w ramach Postępowania. Omawiana niemożliwość świadczenia ma również charakter trwały.

Tym samym, Zamawiający opisując przedmiot zamówienia wskazał na wymagania, których żaden z wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia nie jest

w stanie spełnić. Prowadzone zatem przez Zamawiającego Postępowanie podlega unieważnieniu z uwagi na jego niemożliwość, na tym etapie, do usunięcia wady.

Uzasadnienie prawne:

Przepis art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia,

jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podkreślenia wymaga, że na obecnym etapie postępowania Zamawiający nie jest uprawniony do zmiany określonych w OPZ wymagań. Jednocześnie wymagania

te powodują, że prowadzone przez Zamawiającego Postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby:

Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z przywołanego przepisu wynika zatem, że dokonanie tej czynności przez zamawiającego wymaga kumulatywnego wystąpienia w prowadzonym postępowaniu:

- (1) naruszenia przepisów ustaw, czyli wady,
- (2) której nie da się już usunąć,
- (3) a powoduje ona, że zawarta umowa podlegałaby unieważnieniu.

Ostatnia z ww. przesłanek została doprecyzowana w art. 457 ust. 1 ustawy, który stanowi,

że umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

- 1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;
- 2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
- 3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2;
- 4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową;
- 5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

W tym miejscu należy podkreślić, że ponieważ art. 457 ust. 1 ustawy zawiera zamknięty katalog pięciu okoliczności, związanych z naruszeniem konkretnie wskazanych tam przepisów ustawy dotyczących prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia,

w których umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu – unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy udzielenie zamówienia prowadziłoby do zaistnienia jednej z tych pięciu sytuacji,

o których mowa w art. 457 ust. 1 ustawy.

Podkreślenia wymaga (za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 maja 2022 roku sygn. akt KIO 1074/22), że pod rządami poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177, dalej: „popzp”) pierwotnie przyznano Zamawiającemu szerokie uprawnienie do unieważnienia prowadzonego postępowania, gdyż w ramach katalogu zawartego w art. 146 ust. 1 popzp znalazły się również przesłanki nieważności umowy o charakterze klauzul generalnych: gdy zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy [w pkt 5] albo w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania [w pkt 6].

Natomiast od 29 stycznia 2010 r. obowiązywał już zbliżony do aktualnego stan prawny,

w którym analogiczna przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 7 popzp [odpowiednika art. 255 pkt 6 ustawy] była doprecyzowana w 146 ust. 1 pkt 1-7 popzp [odpowiedniku art. 457 ust. 1 pkt 1-5 pzp], czyli uprawnienie Zamawiającego do unieważnienia prowadzonego postępowania jako obciążonego nieusuwalną wadą ograniczone zostało do zamkniętego katalogu kazuistycznie uregulowanych sytuacji, w których umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu.

Jednocześnie w znowelizowanym art. 146 ust. 6 popzp zawarto przepis o charakterze klauzuli generalnej, uprawniający wyłącznie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezesa UZP”) do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Z jednej strony nastąpiło zatem ograniczenie podmiotowe legitymacji czynnej wyłącznie do Prezesa UZP, a więc z pominięciem Zamawiających, z drugiej zakres

przedmiotowy podstawy unieważnienia, w stosunku do poprzednio obowiązujących art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 popzp (nawet łącznie rozważanych), uległ dalszemu rozszerzeniu, gdyż wystarczające było, aby wada postępowania potencjalnie mogła mieć, a nie rzeczywiście miała, wpływ na jego wynik.

W doktrynie i orzecznictwie ukształtowało się jednak przekonanie, że wykładnia literalna znowelizowanego art. 146 ust. 6 popzp prowadzi do absurdalnych rezultatów, gdyż zamawiający zmuszeni byłiby do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w wyniku przeprowadzenia postępowań obciążonych poważnymi i nieusuwalnymi wadami i wyczekiwania, czy ewentualnie Prezes UZP wystąpi z powództwem o stwierdzenie nieważności takiej umowy. Innymi słowami oznaczałoby to przyzwolecie na zawieranie umów, które mogłyby podlegać późniejszej eliminacji z obrotu prawnego, przy czym stwierdzenie wystąpienia okoliczności skutkujących unieważnieniem tych umów było możliwe lub wręcz nastąpiło jeszcze przed ich zawarciem. Stąd orzecznictwo i doktryna stanęły na stanowisku, że Zamawiający przy unieważnianiu prowadzonego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 popzp jest również uprawniony do brania pod uwagę okoliczności mieszczących się w klauzuli generalnej z art. 146 ust. 6 popzp

Natomiast w aktualnym stanie prawnym z art. 459 ust. 1 pkt 2 ustawy wynika, że Prezes UZP może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy wyłącznie w tych sytuacjach, o których mowa w art. 457 ust. 1 ustawy, czyli w tych samych, w których Zamawiający mógł zapobiec zawarciu tej umowy dzięki unieważnieniu postępowania jako obciążonego nieusuwalną wadą. Należy zaznaczyć, że art. 256 ustawy przyznaje dodatkowo zamawiającemu uprawnienie do unieważnienia postępowania, ale wyłącznie przed upływem terminu składania ofert, jeżeli wystąpiły (bliżej niesprecyzowane w tym przepisie) okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania byłoby nieuzasadnione.

W przeciwieństwie do art. 255 pkt 6 pzp w zw. z art. 457 ust. 1 ustawy, przesłanka unieważnienia z art. 256 ustawy jest nieostra i pozostawia Zamawiającemu pewien luz decyzyjny co do tego, w jakiej sytuacji uzna, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione. Przy czym oczywiste jest, że chodzi o okoliczności, które zaistniały lub ujawniły się po wszczęciu postępowania, ale nie później niż do upływu terminu składania ofert.

W ocenie Izby wymaga w tym miejscu podkreślenia, że wystąpienie innych wad, niż podane w art. 457 ust. 1 ustawy, może być podstawą unieważnienia postępowania

na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy, co wynika z art. 457 ust. 4 ustawy zgodnie z którym,

z przyczyn, o których mowa w ust. 1 oraz art. 458, nie można żądać stwierdzenia nieważności umowy na podstawie ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2021 r., z późn. zm.) a *contrario*, można żądać w oparciu o art. 189 kpc stwierdzenia nieważności umowy na podstawie innych przyczyn niż wymienione w art. 457 ust. 1 ustawy, o ile wykazane zostanie, że postępowanie było obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślić należy zatem,

że katalog przesłanek unieważnienia umowy nie jest katalogiem zamkniętym.

Mając na uwadze powyższe, dla rozpoznania przedmiotowych spraw odwoławczych niezbędne jest dokonanie oceny w zakresie wykazania przez Zamawiającego przesłanek

z art. 255 ust. 6 ustawy.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do przesłanki naruszenia przepisów ustawy

w kontekście wady postępowania w przedmiotowym postępowaniu w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia zawierającego wymagania w zakresie świadczenia niemożliwego

do spełnienia.

Izba ustaliła, że zgodnie z TOM III SWZ - SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA,

-w punkcie 3. *Przedmiot zamówienia:*

3.1. *Zamówienie obejmuje dostawę wraz z rozładunkiem Sprzętu tj.:*

3.1.1. *9 sieciowych urządzeń HSM (spełniających wymagania zawarte w pkt. 3.6 OPZ) wraz z Oprogramowaniem i dokumentacją wraz z zamontowaniem, podłączeniem oraz uruchomieniem*

-w punkcie 3.6. *Szczegółowe wymagania w zakresie parametrów technicznych i funkcjonalności dostarczanego Sprzętu (w tabeli):*

Wymagane

.....

8. *Urządzenie HSM musi posiadać możliwość przechowywania i operowania na wielu kluczach jednocześnie (co najmniej 1000). Zamawiający dopuszcza osiągnięcie funkcjonalności poprzez dostarczenie rozwiązania, które przechowuje klucze kryptograficzne poza urządzeniem HSM, z uwzględnieniem zapewnienia przez Wykonawcę wszystkich niezbędnych komponentów do osiągnięcia funkcjonalności.*

...

18. Urządzenie HSM musi posiadać wydajność co najmniej 1000 podpisów na sekundę kluczem RSA o długości 2048 bitów, oraz 2000 podpisów kluczem ECC P256

W stanowisku Zamawiającego uzasadniającego podstawę unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia czytamy między innymi:

Zamawiający przyjął, że wymaganie z pkt 3.6. poz. 8 i 18 OPZ należy czytać łącznie tzn.,

że urządzenie HSM operujące na wielu kluczach jednocześnie ma posiadać wymaganą

i opisaną w pkt 3.6. poz. 18 OPZ wydajność. Niemniej, połączenie postawionych przez Zamawiającego warunków z pkt 3.6. poz. 8 i 18 OPZ powoduje, że na rynku nie istnieją urządzenia HSM, które te wymagania mogą spełnić. Urządzenie, które mogłoby osiągnąć wynik 1000 podpisów na sekundę za pomocą 1000 różnych kluczy kryptograficznych cechowałoby się wydajnością rzędu 1 000 000 podpisów na sekundę przy użyciu klucza RSA o długości 2048 bitów.

Z wiedzy Zamawiającego wynika, że obecnie żaden z producentów nie oferuje tak zaawansowanych technologicznie urządzeń HSM. Tym samym, Zamawiający formułując opis przedmiotu zamówienia określił wymagania wobec urządzeń HSM, których żaden

z wykonawców biorących udział w Postępowaniu nie mógł spełnić.

Nadmienić należy, że powyższe informacje Zamawiający powziął z treści wniesionego przez

Esysco sp. z o.o. odwołania oraz z przedłożonej w trakcie postępowania odwoławczego przez tego wykonawcę opinii technicznej.

W konsekwencji, opisane przez Zamawiającego wymagania z pkt 3.6. poz. 8 i 18 były

z jednej strony niejednoznaczne ponieważ nie wskazywały, że należy je czytać łącznie,

z drugiej zaś strony stały się niemożliwe do spełnienia przez wykonawców biorących udział w Postępowaniu.

Podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 387 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2024 r. poz. 1061) niemożliwość świadczenia musi mieć charakter obiektywny, pierwotny i trwały. Świadczenie jest obiektywnie niemożliwe, jeśli nie może go

spełnić nie tylko dłużnik ale każda inna osoba. W stanie faktycznym Postępowania wykonanie przedmiotu zamówienia jest obiektywnie niemożliwe, ponieważ żaden

z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia nie dysponuje urządzeniami spełniającymi wymagania Zamawiającego, co zostało potwierdzone powyżej.

O niemożliwości pierwotnej (uprzedniej) mówimy w przypadku, gdy niemożliwość świadczenia istnieje już w chwili zawarcia umowy, z czym mielibyśmy do czynienia w ramach Postępowania. Omawiana niemożliwość świadczenia ma również charakter trwały.

Przechodząc do rozpoznania zarzutów odwołań koniecznym jest odniesienie się

do twierdzeń Zamawiającego dotyczących opisu przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby podstawą do oceny spełnienia wymienionej wyżej przesłanki wady jest treść opisu przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby na podstawie istniejącego Tomu III – szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający prawidłowo stwierdził, że taka konstrukcja opisu przedmiotu zamówienia skutkuje niedającą się usunąć na tym etapie postępowania o zamówienie wadą skutkującą zaistnieniem podstawy do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Podkreślenia wymaga, że opis przedmiotu zamówienia, jak wszelkie postanowienia SWZ musi być czytany literalnie, czyli dokładnie w sposób jaki został określony. Z treści zawartych w opisie przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego wynika jakie wymagania ma spełniać oferowane urządzenie. W pierwszej kolejności Izba podkreśla, że dokonując oceny czynności Zamawiającego ma na uwadze dokumenty zamówienia, które stanowią podstawę oceny czynności Zamawiającego z dnia 29 lipca 2024 roku tj. unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na podstawie szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (dalej opis przedmiotu

zamówienia) w tabeli w punkcie 3.6 Zamawiający wprowadził w punkcie 8 tabeli wymaganie, zgodnie z którym Urządzenie HSM musi posiadać możliwość przechowywania i operowania na wielu kluczach jednocześnie (co najmniej 1000). Wynika z tego, że wymaganiem Zamawiającego było aby możliwe było operowanie na wielu kluczach jednocześnie,

co najmniej 1000. Zgodnie z tabelą zawierającą opis wymagań w punkcie 3.6 opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający jednoznacznie wskazał, że określone parametry

w tabeli są Wymagane. Odnosił to do wszystkich określonych w tabeli parametrów,

co oznacza, że każdy z nich musi zostać spełniony przez oferowane urządzenie HSM. Tym samym wymagania z punktu 18 tabeli, odnoszące się do: Urządzenie HSM musi posiadać wydajność co najmniej 1000 podpisów na sekundę kluczem

RSA o długości 2048 bitów, oraz 2000 podpisów kluczem ECC P256 również muszą zostać spełnione przez oferowane urządzenie HSM.

Z powyższego wynika zatem, że punkt 8 tabeli dotyczy wymagania co do urządzenia HSM przechowywania i operowania na wielu kluczach jednocześnie (co najmniej 1000), a punkt 18 tabeli dotyczy wydajności urządzenia HSM co najmniej 1000 podpisów na sekundę kluczem RSA o długości 2048 bitów, oraz 2000 podpisów kluczem ECC P256 to w efekcie, mając na uwadze, że są to wymagania jakie dane urządzenie miało spełniać oznacza,

że argumentacja Zamawiającego co do jednoczesności spełnienia tych wymagań jest zasadna. Punkt 8 tabeli dotyczy wielu kluczy jednocześnie (co najmniej 1000), przechowywania i operowania, natomiast punkt 18 tabeli dotyczy wydajności klucza,

co najmniej 1000 podpisów na sekundę kluczem RSA o długości 2048 bitów, oraz 2000 podpisów kluczem ECC P256.

Mając na uwadze powyższe za słuszne należy w ocenie Izby uznać stanowisko Zamawiającego, że Urządzenie, które mogłoby osiągnąć wynik 1000 podpisów na sekundę

za pomocą 1000 różnych kluczy kryptograficznych cechowałoby się wydajnością rzędu 1 000 000 podpisów na sekundę przy użyciu klucza RSA o długości 2048 bitów. Izba podkreśla

w tym miejscu, że wydajność co najmniej 1000 podpisów na sekundę, określona w punkcie 18 tabeli, odnosi się do klucza RSA o długości 2048 bitów. Zestawiając wymaganie odnośnie urządzenia HSM co do ilości przechowywania i operowania jednocześnie na co najmniej 1000 kluczy z wymaganiem wydajności co najmniej 1000 podpisów na sekundę klucza RSA o długości 2048 bitów pozwala na jednoznaczne, oparte na literalnym brzmieniu wymagania opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że Zamawiający opisał urządzenie, które

w zasadzie nie jest oferowane na rynku, co było zgodnym stanowiskiem pomiędzy Stronami.

W argumentacji Odwołujący (sygn. akt KIO 2845/24) podnosił, że istotnym dla oceny jest wydajność klucza, przy czym pominął, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia urządzenie HSM ma spełnić również wymóg posiadania możliwości przechowywania

i operowania na wielu kluczach jednocześnie (co najmniej 1000). Nie uzasadnia stanowiska Odwołującego to, że urządzenie HSM jest produktem standardowym, z rynku, oferowanym

i sprzedawanym przez różne podmioty, bowiem w tym zakresie Odwołujący nie wyjaśnił

w jakim zakresie urządzenia HSM, w kontekście postanowień opisu przedmiotu zamówienia są dostępne z rynku.

W odniesieniu do stanowiska braku wezwania do złożenia wyjaśnień oraz wskazania przez Odwołującego, że w takich okolicznościach wyjaśniłby jaka jest różnica łącznym spełnieniu wymagań z pozycji 8 i 18 tabeli, a w „mnożeniu” pozycji 8 oraz 18 tabeli Izba stwierdziła,

że stanowisko Odwołującego przedstawione w trakcie rozprawy nie jest oparte na stanie faktycznym sprawy. Odwołujący wyjaśnił, że: *w ramach postanowienia nikt nie żądał mnożenia wydajności, natomiast większe wydajności uzyskuje się nie przez mnożenie,*

ale przez budowanie farm, czyli dodawanie kolejnych urządzeń. Jednakże taka okoliczność w tym postępowaniu nie istnieje, bo Zamawiający wymagał trzech urządzeń do trzech różnych lokalizacji (cytat z protokołu). Izba zaznacza w tym miejscu, że Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w punkcie 3.1.1 stanowi: *(3.1.) Zamówienie obejmuje dostawę wraz z rozładunkiem Sprzętu tj.: (3.1.1.) 9 sieciowych urządzeń HSM (spełniających wymagania zawarte w pkt. 3.6 OPZ) wraz z Oprogramowaniem i dokumentacją wraz z zamontowaniem, podłączeniem oraz uruchomieniem.* Stanowisko Odwołującego nie jest zgodne ze stanem faktycznym, co oznacza, że nie sposób uznać, że w okolicznościach tej sprawy

o zamówienie publiczne oraz okolicznościach tego opisu przedmiotu zamówienia, stanowisko Odwołującego oparte na innych okolicznościach faktycznych jest zasadne

dla tego postępowania.

Uczestnik postępowania odwoławczego (sygn. akt KIO 2845/24) przedstawiając

w sposób bardzo obrazowy okoliczności związane z użyciem kluczy i podpisów oraz wskazaniem nie odnosi się do wymagania literalnie wskazanego w opisie przedmiotu zamówienia, lecz uzasadnia sposób użycia kluczy i podpisów okolicznościami związanymi

ze sposobem ich używania w systemie informatycznym będącym w posiadaniu Zamawiającego. Uczestnik wskazał, że *w jego ocenie wymaganie z pkt 18 OPZ dot 1 000 podpisów wykonanych przez 1 000 "długopisów" (kluczy) jest wymaganiem zasadnym z technologicznego, biznesowego punktu widzenia dla systemu KSEF.* Wymaga w ocenie Izby znaczenia, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia urządzenie HSM musi posiadać możliwość przechowywania i operowania jednocześnie na wielu kluczach co najmniej 1000 oraz musi posiadać wydajność co najmniej 1000 podpisów na sekundę kluczem RSA

o długości 2048 bitów, oraz 2000 podpisów kluczem ECC P256. To jak zostało ustalone powyżej skutkuje tym, że

zgodnie z wymaganiami Zamawiającego jednym kluczem RSA – wymaganych jest na urządzeniu możliwość przechowywania i operowania jednocześnie

na wielu kluczach co najmniej 1000 – musi posiadać wydajność co najmniej 1000 podpisów na sekundę.

W odniesieniu do stanowiska Odwołującego dotyczącego tego, że okoliczności niejasne należy tłumaczyć na korzyść wykonawcy, Izba stwierdza, że w przedmiotowym przypadku

w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia nie ma okoliczności niejasnych. Zostały jednoznacznie, w ocenie Izby, określone wymagania jakie każde urządzenie HSM miało spełnić, a które to wymagania nie były kwestionowane w trakcie postępowania

o zamówienie. To, że zostały złożone oferty w postępowaniu o zamówienie, które

nie spełniają tak ukształtowanego wymagania Zamawiającego w zakresie punktu 8 oraz punktu 18 tabeli, ale jak twierdzi Odwołujący są porównywalne nie prowadzi do ich konwalidacji i nie stanowi argumentu do uznania, że postępowanie o zamówienie nie jest obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

W trakcie rozprawy Odwołujący podnosił, że unieważnienie postępowania o zamówienie prowadzić będzie i tak do ponownego ogłoszenia tego postępowania, lecz Zamawiający będzie musiał zmienić opis przedmiotu zamówienia i po jego zmianie, w zasadzie, dojdzie

do złożenia ofert w przedmiocie zbieżnym z tym jakie zostały zaoferowane w tym postępowaniu, co jest uzasadnione technologicznie. To dowodzi w ocenie Izby, że opis przedmiotu zamówienia był wadliwy oraz jak zgodnie wszyscy twierdzą prowadził

do konieczności oferowania rozwiązania, które nie istnieje obecnie (technologicznie nie jest uzasadnione).

Odwołujący wskazał, że należy spełnić wszystkie parametry określone w opisie przedmiotu zamówienia, które są opisane przez Zamawiającego – tym samym niezrozumiałe jest,

że Odwołujący pomija postanowienia opisu przedmiotu zamówienia odnoszące się

do wymagania Zamawiającego co do ilości kluczy, które ma mieć możliwość przechowywania i operowania jednocześnie na wielu kluczach (punkt 8 tabeli) oraz wymagania urządzenia HSM co do wydajności podpisów na sekundę kluczem RSA

o długości 2084 bitów (jednym kluczem) wynoszącej 1000 podpisów na sekundę. Odwołujący odnosząc się do tego, że Zamawiający dokonuje mnożenia wartości z pozycji

8 i 18 pomija fakt, że na podstawie powyższych postanowień opisu przedmiotu zamówienia można stwierdzić, że przedmiot obejmuje wykonanie co najmniej 1000 podpisów kluczem RSA przy użyciu 1000 kluczy jednocześnie w czasie 1 sekundy.

Izba wskazuje, że nie ma znaczenia dla oceny czynności Zamawiającego

w postępowaniu o zamówienie na czym oparł on swoje działania w kontekście oceny

i skutków działania / czynności Zamawiającego. Izba nie dokonuje oceny zasadności oparcia się Zamawiającego na jakiś informacjach, lecz dokonuje oceny działania Zamawiającego. Tym samym bez znaczenia dla oceny czynności Zamawiającego, której emanacją jest publikacja informacji z dnia 29 lipca 2024 roku o unieważnieniu postępowania, jest pozyskanie przez Zamawiającego informacji z wcześniejszego odwołania czy też dokumentów załączonych do odwołania. W ocenie Izby w ramach rozpoznawanego odwołania bezprzedmiotowy jest również dowód z opinii jaki został przedstawiony przez Odwołującego ESYSCO sp. o.o. z siedzibą w Poznaniu, bowiem podstawą oceny czynności Zamawiającego jest dokumentacja postępowania. Dostrzeżenie przez Zamawiającego okoliczności jakie stoją u podstaw unieważnienia postępowania dopiero na etapie postępowania o zamówienie po złożeniu ofert nie jest okolicznością niespotykaną czy też wyjątkową. W wielu przypadkach dochodzi do unieważnienia postępowania na tym etapie, bowiem dopiero na podstawie ujawnionych okoliczności dochodzi do stwierdzenia niemożliwości udzielenia zamówienia w sposób gwarantujący nienaruszalność umowy.

W treści uzasadnienia czynności z dnia 29 lipca 2024 roku Zamawiający przedstawił swoje stanowisko i jedynie wskazał w jaki sposób doszedł do wniosków, niemniej swoje stanowisko wyraził jednoznacznie stwierdzając, że Zamawiający formułując opis przedmiotu zamówienia określił wymagania wobec urządzeń HSM, których żaden z wykonawców biorących udział

w Postępowaniu nie mógł spełnić

Izba podkreśla, że odczytywanie postanowień SWZ w zakresie opisu przedmiotu zgodnie z treściami zawartymi w dokumentach zamówienia stanowi realizację gwarancji prowadzenia postępowania zgodnie z zasadami, z których wynika konieczność odczytywania treści dokumentacji zgodnie z ich literalnym brzmieniem, do czego wielokrotnie odnosił się Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, tak np.: postanowienie z dnia 13 lipca 2017 r.

w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil et Saferoad Kabex: *W tym względzie należy po pierwsze przypomnieć, że zasada równego traktowania wymaga, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom. Po drugie, obowiązek*

przejrzystości, który wprost wynika z rzeczowej zasady, ma na celu wyeliminowanie ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób,

a po wtóre, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (podobnie wyroki: z dnia 6 listopada 2014 r., *Cartiera dell'Adda*, C- 42/13, EU:C:2014:2345, pkt 44

i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 2 czerwca 2016 r., *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 36). Trybunał orzekł również, że zasady przejrzystości i równego traktowania obowiązujące we wszystkich przetargach publicznych wymagają tego,

by warunki materialne i formalne dotyczące udziału w przetargu były jasno z góry określone

i podane do publicznej wiadomości, zwłaszcza w zakresie obowiązków ciążących

na oferentach, tak aby mogli oni dokładnie zapoznać się z wymogami przetargu oraz mieć pewność, że takie same wymogi obowiązują wszystkich konkurentów (zob. podobnie wyroki: z dnia 9 lutego 2006 r., *La Cascina i in.*, C-226/04 i C-228/04, EU:C:2006:94, pkt 32; a także z dnia 2 czerwca 2016 r., *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 37). Jednocześnie i jasno Trybunał wyjaśnił, że to na podstawie specyfikacji warunków zamówienia wykonawca składa ofertę i warunki jakie w specyfikacji zostają określone obowiązują wszystkich wykonawców, oraz jednoznacznie wynika z tego, że ukształtowane wymagania nie mogą być zmieniane po terminie na złożenie ofert, czy to przez Zamawiającego czy też jak w tym przypadku przez wykonawców, którzy składają oferty na przedmiot odmienny od wymaganego

od Zamawiającego ale dostępny na rynku. Izba wskazuje również na pogląd wyrażony przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 *SAG ELV Slovensko a.s.*: *W zakresie dotyczącym art. 2 dyrektywy 2004/18 [zasada uczciwej konkurencji] należy przypomnieć, że jednym z głównych celów zasad prawa Unii z dziedziny zamówień publicznych jest zapewnienie swobodnego przepływu usług i otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich. W celu osiągnięcia tego podwójnego celu prawo Unii stosuje w szczególności zasadę równego traktowania oferentów oraz wynikający z nich obowiązek przejrzystości (...) Co się tyczy obowiązku przejrzystości, ma on zasadniczo na celu wyłączenie ryzyka faworyzowania i arbitralności ze strony instytucji zamawiającej (...). W zakresie udzielania zamówień art. 2 dyrektywy 2004/18 wymaga, by instytucje zamawiające dochowały tych samych zasad i obowiązków (...) Ponadto, z art. 2, pozostałych przepisów dyrektywy 2004/18, zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości nie wynika, aby we wskazanej sytuacji instytucja zamawiająca była zobowiązana do skontaktowania się z danym kandydatem. Owi kandydaci nie mogą się zresztą skarżyć na to, że na instytucji zamawiającej nie spoczywa w tym względzie jakikolwiek obowiązek, ponieważ brak jasności oferty wynika jedynie z uchybienia ich obowiązkowi dochowania staranności przy formułowaniu oferty, któremu podlegają tak samo, jak inni kandydaci."* Podnieść należy w tym miejscu, że oprócz powtórzenia kwestii związanych z równością traktowania wykonawców, na uwagę zasługuje zasada wskazana przez Trybunał - że to na wykonawcach spoczywa obowiązek dochowania staranności przy formułowaniu (składaniu) oferty, w każdym jej zakresie (nie tylko treści, ale szeroko rozumianym np. co wadium).

Przechodząc do drugiej z przesłanek art. 255 pkt 6 ustawy, przy uwzględnieniu powyższych informacji i całej przedstawionej argumentacji, Izba wskazuje, że po upływie terminu na składanie ofert oraz ich otwarcie nie jest możliwe dokonanie zmiany w SWZ,

w opisie przedmiotu zamówienia. Tym samym przesłanka ta również została spełniona.

W odniesieniu do trzeciej z przesłanek art. 255 pkt 6 ustawy tj. wystąpienia wady powodującej, że zawarta umowa podlegałaby unieważnieniu Izba wyjaśnia, że również

ta przesłanka została spełniona. Zawarta umowa na podstawie tak przeprowadzonego postępowania musiałaby zostać unieważniona, bowiem jak wskazał Zamawiający w tym przypadku niemożliwość świadczenia wynika bezpośrednio z opisu przedmiotu zamówienia, ma charakter obiektywny, pierwotny i trwały. Świadczenia wynikającego z wymagania Zamawiającego nie może spełnić żaden podmiot, bowiem żaden nie dysponuje przedmiotem – urządzeniem, jakiego parametry określił w SWZ Zamawiający. Izba w tym miejscu powołuje w całości stanowisko i argumentację wyrażoną powyżej w zakresie rozpoznania spełnianie przesłanki pierwsze z art. 255 pkt 6 ustawy. Wymaga podkreślenia w tym miejscu, że w trakcie rozprawy, że unieważnienie postępowania o zamówienie prowadzić będzie i tak do ponownego ogłoszenia tego postępowania, przy czym wskazane zostało,

że Zamawiający będzie musiał zmienić opis przedmiotu zamówienia i po jego zmianie,

w zasadzie, dojdzie do złożenia ofert w przedmiocie zbieżnym z tym jakie zostały zaoferowane w tym postępowaniu, co

jest uzasadnione technologicznie. Dowodzi to, że opis przedmiotu zamówienia był wadliwy. Nieważność umowy zachodziłaby, bowiem nie jest możliwe zrealizowanie umowy w przedmiocie określonym w opisie przedmiotu zamówienia – jak wskazał sam Odwołujący, nie ma możliwości zrealizowania miliona podpisów w jednej sekundzie.

Wymaga również wskazania – odnosząc się do argumentacji Odwołującego – że to, że nie ma na rynku urządzenia o parametrach określonych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia nie powoduje i nie spowodowałby, że zawarta w wyniku postępowania zawarto by umowę niepodlegającą unieważnieniu. Zawarta umowa przez jej zawarcie nie stałaby się ważna. Słusznie podnosił Zamawiający, że gdyby zawarł umowę miałby prawo, a w ocenie Izby zarówno obowiązek, żądać realizacji umowy zgodnie

z postanowieniami opisu przedmiotu zamówienia. Natomiast wykonawca nie byłby uprawniony, z powodu tego że określone w opisie przedmiotu zamówienia urządzenie

nie istnieje, do realizacji umowy w oparciu o inne urządzenie.

W odniesieniu do dowodów złożonych przez Odwołującego ESYSCO sp. o.o.

z siedzibą w Poznaniu oraz dopuszczonych postanowieniem przez Izbę w odniesieniu do zarzutu 1 odwołania – tj. Opinii – Izba uznała jej bezprzedmiotowość dla rozpoznania zarzutów dowołania, z uwagi na to, że po pierwsze Odwołujący nie wskazał faktów na jakie przedstawia Opinię w zakresie rozpoznania zarzutu 1 odwołania; po drugie, podstawą oceny działania Zamawiającego jest czynność przez niego dokonana, niezależnie od przyczyn / podstaw faktycznych / okoliczności, które legły u podstaw czynności Zamawiającego.

Koszty:

Izba oddaliła odwołanie sygn. akt KIO 2837/24 oraz oddaliła odwołanie sygn. akt KIO 2845/24.

Zgodnie z art. 557 ustawy z 2019 r., *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 1, § 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodnicząca:
