Sygn. akt KIO 214/11
Sygn. akt KIO 215/11

WYROK
z dnia 15 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lutego 2011 r. w Warszawie odwołań wniesionych w dniu 2 lutego 2011 r. przez wykonawców:
1. Lumena S.A., ul. Reja 6, 02-053 Warszawa,
2. Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe „Koncept" Sp. z o.o., ul. Racławicka 56, 30-017 Kraków,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Wyższa Szkoła Policji w Szczytnie, ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 111, 12-100 Szczytno (pełnomocnik zamawiającego: Krajowa Agencja Informacyjna INFO Sp. z o.o. Warkały 18, 11-041 Olsztyn),

przy udziale wykonawców, którzy zgłosili przystąpienia:
1.W odwołaniu Lumena S.A. w Warszawie sygn. akt KIO 214/11:
1) po stronie odwołującego - wykonawca Helica Sp. z o.o., ul. Raszyńska 25, 02-033 Warszawa,
2) po stronie zamawiającego – wykonawca Makronet Sp. z o.o., ul. Okrężna 56, 02-925 Warszawa;.

2. W odwołaniu Biura Informatyczno-Wdrożeniowego „Koncept" Sp. z o.o. w Krakowie sygn. akt KIO 215/11:
1) po stronie odwołującego – wykonawcy:
a) Lumena S.A., ul. Reja 6, 02-053 Warszawa,
b) Helica Sp. z o.o., ul. Raszyńska 25, 02-033 Warszawa,

---

orzeka:

1. Uwzględnia odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego – dostawa sprzętu komputerowego na potrzeby realizacji projektu pod nazwą **"Budowa** i wyposażenie Policyjnego Centrum Dydaktyczno-Badawczego w Wyższej Szkole Policji w Szczytnie dla wzmocnienia bezpieczeństwa kraju".

2. Kosztami postępowania obciąża Wyższą Szkołę Policji w Szczytnie, ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 111, 12-100 Szczytno (pełnomocnik zamawiającego: Krajowa Agencja Informacyjna INFO Sp. z o.o. Warkały 18, 11-041 Olsztyn) i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących, w tym:
A koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Lumena S.A., ul. Reja 6, 02-053 Warszawa,
B koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe „Koncept" Sp. z o.o., ul. Racławicka 56, 30-017 Kraków,

2) dokonać wpłaty kwoty 37 200 zł 00 gr (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty stron, w tym:
A kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez Wyższą Szkołę Policji w Szczytnie, ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 111, 12-100 Szczytno (pełnomocnik zamawiającego: Krajowa Agencja Informacyjna INFO Sp. z o.o. Warkały 18, 11-041 Olsztyn) na rzecz Lumena S.A., ul. Reja 6, 02-053 Warszawa stanowiącej uzasadnione koszty

strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

B kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez Wyższą Szkołę Policji w Szczytnie, ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 111, 12-100 Szczytno (pełnomocnik zamawiającego: Krajowa Agencja Informacyjna INFO Sp. z o.o. Warkały 18, 11-041 Olsztyn) na rzecz Biura Informatyczno-Wdrożeniowego „Koncept" Sp. z o.o., ul. Racławicka 56, 30-017 Kraków stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 i Nr 161, poz. 1078) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Olsztynie.**

Przewodniczący:

……

Uzasadnienie

Odwołujący - Lumena S.A. w Warszawie i Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe „Koncept" Sp. z o.o. w Krakowie wnieśli odwołania od czynności zamawiającego - Wyższej Szkoły Policji w Szczytnie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa sprzętu komputerowego na potrzeby realizacji projektu pt. „Budowa i wyposażenie Policyjnego Centrum Dydaktyczno-Badawczego w Wyższej Szkole Policji w Szczytnie dla wzmocnienia bezpieczeństwa kraju". Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 20.11.2010 r. nr 2010/S 226-345617.

Lumena S.A. sygn. akt KIO 214/11.

Odwołujący wniósł odwołanie zaskarżając, jako bezpodstawną czynność zamawiającego polegającą na unieważnieniu postępowania.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art.146 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie ustawą Pzp przez ich nadużycie.

Określił żądanie - unieważnienie czynności zamawiającego unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu podał, że czynność zamawiającego nie znajduje oparcia w aktualnym stanie prawnym i przez to jest bezpodstawna, godzi bezpośrednio w interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia.

O czynności zamawiającego odwołujący powziął wiadomość w dniu 27 stycznia 2011 r. z przesłanego zawiadomienia o unieważnieniu postępowania, odwołanie wniósł z zachowaniem terminu - 2 lutego 2011 r.

Podniósł, że w dniu 26 stycznia 2011 r. zamawiający podjął czynność unieważnienia postępowania wskazując podstawę unieważnienia - okoliczność, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jako wadę wskazał opisane w ogłoszeniu o zamówieniu kryteria, na podstawie których będzie weryfikował wnioski wykonawców o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Za błędnie ustalone zasady przyznawania punktacji zamawiający uznał kryteria opisane w sekcji IV.1.2) pkt 1 i 4 ogłoszenia. Przyznał, że w opisach nie podał jakie wartości, netto czy brutto powinny być wskazane we wnioskach wykonawców oraz jaka wartość zostanie przyjęta do oceny punktowej. To, zdaniem zamawiającego, miałoby wpływać w sposób oczywisty wypaczając wynik postępowania.

Odwołujący stwierdził, co następuje:

1) w pierwszej kolejności podkreślił, że zamawiający w uzasadnieniu swojej czynności nie wykazał, że liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu opisane w sekcji III.2) ogłoszenia jest większa niż 5. Podał jedynie, że przeprowadzał ocenę wniosków 21

wykonawców, przy czym nie wskazał ilu z nich spełnia warunki udziału w postępowaniu;
2) po drugie, w zakresie oceny ważności (braku wadliwości) opisu warunków udziału w postępowaniu, wskazanych przez zamawiającego jako wadliwe, mają zastosowanie odpowiednie przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz.1817), w szczególności § 1 ust.1 pkt 3, który określa, że zamawiający może żądać, aby wykaz wykonanych dostaw zawierał informację co do ich wartości. Niewątpliwie warunki sformułowane w sekcji IV.1.2) pkt 1 i 4 ogłoszenia są zgodne z przepisami rozporządzenia, stąd nie ma podstaw do uznania ich za wadliwe, bowiem ocena taka może jedynie dotyczyć zgodności z dyspozycją aktualnie obowiązujących przepisów prawa;
3) w dalszej kolejności, odwołujący odnosząc się do podniesionej przez zamawiającego kwestii braku podania, czy w zakresie warunków opisanych w sekcji IV.1.2) pkt 1 i 4 ogłoszenia, chodzi o wartość zamówienia netto czy brutto, wskazał, że przepisy ustawy i aktów wykonawczych, w tym rozporządzenia, odnoszą się do definicji ceny w rozumieniu art. 3 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, z późn. zm.), według której jest to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych (...); w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym.
Stąd sformułowanie warunków ogłoszenia w sekcji IV.1.2) pkt 1 i 4 nie powinno pozostawiać wątpliwości co do tego, że zamawiający w zakresie przyjęcia do oceny wartości zamówień będzie brał pod uwagę wartości brutto przedstawionych dostaw. W powyższym zakresie, wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, powinni mieć także na uwadze przepisy ustawy i rozporządzenia, a w razie jakichkolwiek wątpliwości, uprawnieni byli do zadania pytań co do treści ogłoszenia lub wniesienia środka ochrony prawnej prowadzącego do zaskarżenia postanowień zawartych w ogłoszeniu;
4) w ocenie odwołującego, zasady opisane w sekcji IV.1.2) pkt 1 i 4 ogłoszenia są ważne i czytelne i łącznie z obowiązującymi przepisami prawa, pozwalają na ustalenie ich właściwej wykładni, pozwalają również zamawiającemu na uzyskanie wiarygodnego wyniku w postępowaniu, zwłaszcza biorąc pod uwagę znaczącą dysproporcję pomiędzy wartościami zrealizowanych zamówień wskazanych przez poszczególnych wykonawców.
Mając powyższe na uwadze, w szczególności brak wykazania przez zamawiającego, że podniesione przez niego okoliczności stanowią nieusuwalną wadę postępowania oraz, że faktycznie okoliczności te wystąpiły postępowaniu, odwołujący wniósł jak w odwołaniu.

Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe „Koncept" Sp. z o.o. sygn. akt KIO 215/11.
Odwołujący otrzymał w dniu 27 stycznia 2011 r. zawiadomienie przesłane drogą faksową z adresu nadawczego KAI INFO Sp. z o.o. Warkały (oznaczone L.dz. KAI/59/ZP/2011 i podpisane przez Komendanta - Rektora Wyższej Szkoły Policji w Szczytnie), która - działając jako pełnomocnik zamawiającego - wskazała podstawę prawną unieważnienia postępowania art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.
Po zapoznaniu się z treścią zawiadomienia odwołujący stwierdził naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania, a mianowicie: art. 1 pkt 2, art. 7 ust. 1 i 2, art. 48 ust. 2 pkt 6 i 7, art. 93 ust. 1 pkt 7, art. 146 ust.1.
Naruszenia przywołanych przepisów wynikały z czynności i zaniechania zamawiającego polegających na:
1) bezzasadnym i bezpodstawnym unieważnieniu postępowania z przywołaniem podstawy prawnej art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wobec bezspornego braku wystąpienia którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, w myśl których umowa podlegałaby unieważnieniu;
2) zaniechaniu zastosowania przez zamawiającego - do oceny złożonych wniosków o udział w postępowaniu - wskazanych i opisanych warunków udziału i informacji mających potwierdzać spełnienie warunków zawartych w ogłoszeniu, zgodnie z art. 48 ust. 2 pkt 6 i 7 ustawy Pzp;
3) zaniechaniu zastosowania przy ocenie postanowień zawartych w ogłoszeniu, jak też ocenie informacji zawartych we wnioskach wykonawców, ustawy o cenach przywołanej w art. 2 pkt 1

ustawy Pzp;
4) nierównym traktowaniu wykonawców przez zrównanie i uznanie za niewłaściwe zarówno wnioski złożone zgodnie z postanowieniami ogłoszenia oraz innych przepisów, w tym wykonawczych do ustawy Pzp, jak też wnioski, nieodpowiadające w pełni treścią oczekiwaniom zamawiającego, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.
W uzasadnieniu odwołujący podał.
1. Zamawiający unieważniając postępowanie powołał się na art. 93 ust. 1 pkt 7 stwierdzając cyt.: „ponieważ obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.” W uzasadnianiu decyzji zamawiający wskazał, iż za wadę uznaje brak sprecyzowania znaczenia/określenia wyrażenia „wartość dostawy” zamieszczonego w ogłoszeniu poprzez niewskazanie czy jest to wartość „netto” czy „brutto”. Stwierdzając, iż powyższe pozbawia go możliwości wyboru 5 wykonawców i uniemożliwia zawarcie ważnej umowy, nie wskazał w jakikolwiek sposób na faktyczne a zarazem obiektywne uwarunkowania i/lub przesłanki, które stanowiły podstawę takich twierdzeń.

Zamawiający nie podał z jakich przyczyn ewentualnie zawarta umowa mogłaby być uznawana za nieważną lub podlegającą unieważnieniu, a tym bardziej nie wskazał na jakikolwiek przepis art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, który zawiera zamknięty katalog przesłanek i przyczyn przy zaistnieniu, których umowa podlega unieważnieniu. śadna z wymienionych w pkt 1, 2 oraz 4, 5 i 6 ustępu 1 art. 146 ustawy Pzp przyczyn nie zachodzi ani nie może zajść w przedmiotowej sprawie. Jedyną przyczyną, która mogłaby zaistnieć, jest określona w pkt 3 - polegająca na zawarciu umowy z naruszeniem art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, ale przyczyna ta mogłoby nastąpić dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, co jest niemożliwe na obecnym etapie postępowania.
Równocześnie zamawiający uznając, iż wskazywana przez niego wada ma charakter nieusuwalny, nie podał i nie określił - w sposób gwarantujący zachowanie i przestrzeganie zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp - na czym miałaby polegać według niego ewentualna nieusuwalność. Zamawiający „wzmacniając” swoją argumentację stwierdził, iż cyt.: „zaistniała wada ma dodatkowo charakter nieusuwalny, wywierający wpływ na przyszłą umowę, w sposób rzeczywisty wypaczający wynik postępowania”.
Odwołujący podał, że nie znajduje jakiejkolwiek argumentacji czy też uzasadnienia użytych stwierdzeń w zakresie wpływu „wady” na umowę, a tym bardziej sposobu i trybu wpływu „wady” na wypaczenie wyniku postępowania.
Argumentacja zamawiającego, w ocenie odwołującego, jest całkowicie chybiona, bezpodstawna i bezzasadna i ma na celu wyłącznie „wzmocnienie brzmienia uzasadnienia swej decyzji”, która nie znajduje oparcia w istniejącym stanie prawnym, a w szczególności w przepisach ustawy Pzp.
2. Odwołujący, na potwierdzenie swego stanowiska i zasadności zarzutów zawartych w odwołaniu, a w szczególności dotyczących braku jakichkolwiek podstaw do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp dla czynności unieważnienia postępowania wskazał, iż zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem judykatury i doktryny, aby została wypełniona przesłanka określona w przywołanym przepisie, wadą musi zostać dotknięte samo postępowanie i wada ta dodatkowo musi mieć charakter nieusuwalny, uniemożliwiający zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przesłanki unieważnienia postępowania, będące podstawą decyzji znoszącej postępowanie od początku, powodującej daleko idące skutki, zarówno dla zamawiającego, jak wykonawców uczestniczących w postępowaniu, stanowią zamknięty katalog i nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Postanowienia art. 93 ust. 1 pkt 7 wskazują na przesłankę składającą się z koniunkcji dwóch okoliczności, których łączne wystąpienie warunkuje zastosowanie przepisu. Po pierwsze, musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania) - w odróżnieniu od wady, którą można przypisać umowie. A po drugie, dopiero ta wada postępowania, ma skutkować niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia. Naruszenia

przepisów, dotyczących postępowania, które skutkują nieważnością umowy zostały enumeratywnie wymienione w pkt od 1 do 7 ust. 1 art. 146 ustawy Pzp. Innych wad

postępowania skutkujących niemożnością zawarcia ważnej umowy ustawa nie przewiduje.
Odwołujący wskazał wybrane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzające w pełni bezpodstawność unieważnienia postępowania a wręcz jego unieważnienie z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, do którego zaliczył, między innymi wyroki o sygn. akt KIO 2789/10, KIO 2294/10, KIO 1581/09, KIO 333/09, KIO 1431/08, KIO 431/08.
3. Odwołujący wskazał ponadto na całkowite pominięcie przez zamawiającego:
3.1 postanowień ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach, której przywołanie do stosowania przy udzielaniu zamówień publicznych wynika z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp.
Jak stanowi art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach wartością, którą kupujący jest zobowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę jest cena uwzględniająca podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy;
3.2 postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Jak stanowią postanowienia § 1 ust. 1 pkt 3 przepisu, wykaz wykonanych dostaw lub usług powinien być sporządzony „z podaniem ich wartości".
Pominięcie przez zamawiającego przywołanych przepisów świadczy o zastosowaniu swoistej nadinterpretacji przepisów - dla uzyskania przez zamawiającego celu, jakim było unieważnienie postępowania - po uprzednim (na podstawie złożonych wniosków) dokonaniu rozpoznania rynku wykonawców zainteresowanych postępowaniem oraz ich zdolności i doświadczenia w zakresie ekonomiczno - technicznym.
4.Równocześnie zamawiający pominął całkowicie ustalenia zawarte w ogłoszeniu, z których jednoznacznie wynika, iż wartościami dostaw usług są i mogą być wyłącznie całkowite wartości umów, kontraktów ujętych w wykazach wykonawców.
Świadczą o tym między innymi zapisy pkt III.1.1, III.1.2, a w szczególności III.2.3, w których zamawiający w sposób jednoznaczny podał, iż cyt.: „W przypadku podania wartości danej dostawy w walucie obcej, zamawiający dokona przeliczenia tej wartości na wartość w złotych według średniego kursu NBP dla danej waluty ...". Określenia te jednoznacznie potwierdzają, iż wartościami dostaw miały być wartości zobowiązań kontrahentów (kupującego i sprzedającego), które powodują określone skutki finansowe wzajemnych rozliczeń uwzględniających wszystkie części składowe wartości dostawy. Ze skutków tych nie można bowiem w żadnej mierze wyłączać składnika jakim może być podatek VAT, którego stawkę i zasadność stosowania określają odrębne przepisy.
5.Zamawiający całkowicie pominął w swych rozważaniach również fakty, iż:
5.1. niejednokrotnie w wartości dostawy udział podatku VAT jest różny w zależności między innymi od charakteru i rodzaju nabywanego towaru, jak też charakteru i rodzaju sprzedawcy i

odbiorcy. Jednakże w każdej z tych „operacji" gospodarczych wartością dostawy będzie cena sprzedażna - uwzględniająca wszelkie obciążenia o charakterze podatkowym a będąca jednocześnie wielkością wzajemnego zobowiązania finansowego między stronami;
5.2. to w interesie wykonawców było wykazanie najszerszego zakresu i największych wartości lub ilości zrealizowanych dostaw, przy równoczesnym ich potwierdzeniu stosownymi dokumentami. Wszyscy wykonawcy uczestniczący w postępowaniu - na tych samych zasadach i tych samych warunkach - powzięli informacje o danym postępowaniu i warunkach udziału, jak też o kryteriach oceny spełnienia tych warunków i zasadach przyznawania punktów za poszczególne elementy wniosków.
Niedopuszczalnym jest aby zamawiający występował w interesie wykonawców, którzy poprzez swoje zaniedbanie, niewiedzę czy też brak podjęcia działań mających na celu wyjaśnienie ewentualnych wątpliwości, złożyli wnioski, które w ocenie zamawiającego nie są zgodne z rzeczywistym stanem.
Niedopuszczalnym jest działanie zamawiającego mające polegać na poprawieniu wniosków wykonawców, w których interesie - a nie zamawiającego - było złożenie wniosku przedstawiającego jego faktyczną i rzeczywistą sytuację techniczno - ekonomiczną umożliwiającą uzyskanie punktacji na poziomie pozwalającym zaprosić wykonawcę do dalszego udziału w postępowaniu - w ramach określonej liczby 5 wykonawców.
W dalszej treści uzasadnienia odwołujący podniósł, że czynności zamawiającego polegające na unieważnieniu postępowania naruszyły w sposób bezsporny interes odwołującego uniemożliwiając mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.
Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym w pełni

zgodny z wymogami ustawy i postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu.
Uwzględniając złożone przez odwołującego dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału, jak też kryteria oceny wniosków określone przez zamawiającego, wniosek odwołującego pozwoliłby na dalsze uczestnictwo w postępowaniu przez zaproszenie wykonawcy do złożenia oferty.
Stwierdził zatem, iż działanie zamawiającego spowodowało uniemożliwienie uzyskania przedmiotowego zamówienia. Równocześnie działanie takie przyczyniło się do bezprecedensowego „ujawnienia" danych podlegających ocenie zamawiającego - jako kryterium wyboru określonej i zamkniętej liczby wykonawców biorących udział w przetargu ograniczonym.
Po uwzględnieniu faktu naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu postanowień ustawy Pzp, odwołujący wniósł o:
1) zmianę decyzji przez unieważnienie decyzji o unieważnieniu postępowania;
2) dokonanie czynności oceny złożonych wniosków zgodnie z postanowieniami ogłoszenia i przepisami ustawy Pzp oraz ustawy o cenach;

3) zaproszenie do przetargu ograniczonego 5 wykonawców, których oferty uzyskają największą liczbę punktów, zgodnie z określonymi kryteriami.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania uzasadniając swoje stanowisko niedoprecyzowaniem w ogłoszeniu pojęcia wartość wykonanych dostaw, co przyczyniło się do niemożności oceny wniosków w zakresie punktacji opisanej w sekcji IV.1.2) pkt 1 i 4 ogłoszenia, tj. w zakresie wartości zrealizowanych dostaw.
Jednocześnie stwierdził, że z 21 wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, 16 wykonawców było wzywanych do uzupełnienia wniosków o wykazy wykonanych dostaw z podaniem ich wartości, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.
Dokonując oceny w zakresie spełnienia wymogów opisanych w sekcji III ogłoszenia uznał, że wszyscy wykonawcy spełnili minimalne wymagania opisane w tej części ogłoszenia. Podniósł, że postępowanie obarczone jest błędem w zakresie sekcji IV.1.2) pkt 1 i 4 ogłoszenia, co stanowi wadę postępowania w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W ocenie zamawiającego, skoro przepisy rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane nie precyzują o jaką wartość chodzi, zamawiający powinien był doprecyzować ten wymóg, żądając wykazu wykonanych dostaw o wartości brutto lub netto. Stwierdził, że kontynuowanie postępowania prowadziłoby do naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - zasada zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i art. 22 ust. 1 pkt 2 dotyczącego warunku posiadania wiedzy i doświadczenia. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający powołał się na orzecznictwo i piśmiennictwo w sprawie unieważnienia postępowania.
Wykonawcy zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego z zachowaniem terminu na dokonanie tej czynności, określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp (przekazanie kopii odwołania przez zamawiającego nastąpiło w dniu 4 lutego 2011 r.), podtrzymali stanowiska co do braku uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania (po stronie odwołujących), gdyż ich zdaniem nie występuje przesłanka naruszenia przepisów ustawy Pzp, a ponadto czynność oceniana przez zamawiającego jako błąd nie ma przymiotu nieusuwalności.
Wykonawca Trans Rege Sp. z o.o. przystępujący po stronie odwołującego w sprawie sygn. akt KIO 215/11 nie wykazał potwierdzenia przesłania zamawiającemu kopii zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.
Wobec przystąpienia wykonawcy Makronet Sp. z o.o. po stronie zamawiającego w sprawie sygn. akt KIO 215/11 została uwzględniona opozycja zgłoszona przez BIW „Koncept" Sp. z o.o.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przez ComArch S.A. (w obu sprawach) dokonane zostało z uchybieniem terminu określonego w

art.185 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający wykazał, że w dniu 4 lutego 2011 r. przesłał wykonawcy kopie odwołań wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym na adres podany we wniosku, jako adres do korespondencji wraz z numerami telefonu i faksu (numery kontaktowe), tj. ComArch S.A. Oddział Gdańsk, ul. Strzelecka 7b, 80-803 Gdańsk, telefon 58 326 45 50 i faks 58 326 45 63. Zgłoszenie przystąpienia wykonawcy doręczone zostało Prezesowi Izby w dniu 11 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 pkt 8 ustawy Pzp. Z opisu zawartego w sekcji IV.1.2) ogłoszenia wynika ograniczenie ilości wykonawców, których zamawiający zaprosi do składania ofert. Przewidywana liczba wykonawców wynosi 5. W pkt 1 i 4 wskazanej sekcji zamawiający określił kryteria wyboru ograniczonej liczby wykonawców. Punkty miały być przyznawane za wartość zamówienia, na podstawie wykazu wykonanych dostaw z podaniem wartości dostaw, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że dostawy zostały wykonane należycie (sekcja IV.1.2) pkt 4). W postępowaniu wzięło udział 21 wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do przetargu ograniczonego. Zamawiający wezwał 16 wykonawców do uzupełnienia wniosków przez złożenie wykazu dostaw zawierającego m.in. wartość dostaw, zgodnie z brzmieniem opisanym w ogłoszeniu o zamówieniu. Następnie dokonał oceny wniosków w zakresie potwierdzenia spełniania minimalnych wymogów m.in. w zakresie zdolności technicznej (sekcja III.2.3) pkt 1.1. i 1.2.). Odstąpił jednakże od wykonania dalszych czynności, gdyż stwierdził, że wartość dostaw wykazanych przez wykonawców w wykazach została przedstawiona jako wartość brutto i wartość netto. Zamawiający uznał, że przy takim określeniu wartości nie może dokonać oceny wniosków i unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, ponieważ obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. W dalszej części pisma oraz na rozprawie zamawiający podtrzymał twierdzenie, że zasady przyznawania punktacji zostały ustalone błędnie, gdyż nie wskazywały wartości netto czy brutto, na podstawie której powinna być dokonana ocena wniosków oraz, że wada postępowania ma charakter nieusuwalny.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Wykonawcy wnoszący odwołania są uprawnieni do korzystania ze środków ochrony prawnej, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem złożyli wnioski w postępowaniu i oczekiwali ich oceny. Unieważnienie postępowania niweczy możliwość uzyskania przez nich zamówienia. Odwołania podlegają uwzględnieniu z następujących powodów.
Przedmiotem odwołań jest czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podjęta przez zamawiającego na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp.
Z treści przepisu wynika, że zamawiający jest zobowiązany unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli jest ono obarczone wadą niemożliwą do usunięcia i uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przywołany przepis jako podstawę unieważniania postępowania wskazuje okoliczności, w których doszłoby do naruszenia przepisów ustawy i które skutkowałoby na podstawie przepisów ustawy Pzp koniecznością unieważniania umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeśli umowa zostałaby zawarta. Zakres przesłanek unieważnienia umowy wynikający z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie stanowi podstaw stwierdzenia, iż każde naruszenie przepisów ustawy mogące mieć wpływ na wynik postępowania, zobowiązuje zamawiającego do unieważnienia postępowania. Przepis stanowi, że wada, poza wpływem na wynik postępowania, musi mieć także charakter nieusuwalny.
Wskazany przepis art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp nie odwołuje się bezpośrednio do art. 146. Zatem, nie tylko przesłanki z ust.1 tego artykułu, jako kwalifikowane wady (nieprawidłowości) dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub zawarcia umowy, mogą stanowić podstawę do zastosowania art. 93 ust.1 pkt 7. Również podstawy wskazane w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp powinny być uwzględniane przy podejmowaniu decyzji o unieważnieniu postępowania. Wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że uwzględniając odpowiednio przepis art. 146 ust. 6, wszelkie

niedające się usunąć wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, stanowią przesłankę jego unieważnienia.
W ocenie Izby, żadna z przesłanek skutkujących unieważnieniem umowy, w świetle przyczyn podanych przez zamawiającego, nie wystąpiła. Zamawiający nie wykazał naruszenia przepisów ustawy, o którym mowa w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. żądanie wykazu wykonanych dostaw z podaniem ich wartości bez określenia brutto/netto nie narusza przepisu § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mają być składane. Przepisy ustawy i wskazanego rozporządzenia nie definiują pojęcia wartości wykonanych dostaw podawanych w wykazach sporządzanych przez wykonawców, a w szczególności nie wprowadzają pojęcia wartość brutto czy netto, co w ocenie zamawiającego doprowadziło do

podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania.
Określenie wartość zawarte jest m.in. w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach stosowanej w związku z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp i zostało przywołane do zdefiniowania ceny, która odnosi się do ceny ofert składanych w postępowaniu o zamówienie publiczne. W art. 32 ust. 1 ustawy Pzp zdefiniowano pojęcie wartości zamówienia (ustalanego przez zamawiającego w celu stosowania właściwych procedur) podając, że jest to wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług. Z kolei w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 25 sierpnia 2006 r. w sprawie zakresu informacji zawartych w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach, jego wzoru oraz sposobu przekazywania (Dz. U. Nr 155, poz. 1110, z późn. zm.) mowa jest o wartości zawartych umów bez podatku od towarów i usług. Z powyższego można wywieść wniosek, że powoływanie się na wartość, w tym przypadku wykonanych dostaw, bez wyłączenia podatku od towarów i usług, jak ma to miejsce w przywołanych przepisach, oznacza wartość zawierającą także podatek od towarów i usług, zwłaszcza, że zamawiający również ten fakt potwierdził w dopisku „uwaga" zamieszczonym w końcowej części opisu w sekcji IV.1.2) ogłoszenia, podając określenie nieformalne ale powszechnie używane „wartość brutto", które w ostateczności będzie decydujące w razie wyboru wykonawcy spośród wykonawców zajmujących równorzędne ostatnie miejsce w rankingu.
Zamawiający powinien był podjąć próbę oceny w zakresie kryterium wartości dostaw i gdyby okazało się, że wartości wykazane przez wykonawców uniemożliwiają dokonanie właściwej oceny zweryfikowanej także na podstawie np. załączonych referencji, wówczas miał możliwość wykorzystania instrumentów, do których jest zobowiązany na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. KIO nie kwestionuje stanowiska zamawiającego, że wezwanie wykonawcy w zakresie złożenia dokumentu jest jednorazowe, chociaż w orzecznictwie pojawiają się również odmienne poglądy. Rzeczywiście, zgodnie z przyjętą oficjalną interpretacją wezwanie jest jednorazowe ale w przedmiocie żądania wskazanego przez zamawiającego zakresu. Podnieść należy, że w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający żąda złożenia dokumentów wyłącznie takich, których wymagał w ogłoszeniu, o ile nie zostały w ogóle złożone lub złożone zawierają błędy. W szczególności na uwagę zasługuje fakt, że zamawiający zobowiązany jest również wykorzystać instytucję wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie już złożonych dokumentów (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp).
Jeżeli wykonawcy złożyli wykazy wskazujące wartości wykonanych dostaw, jak wymagał tego zamawiający, wnioski powinny być w tym zakresie ocenione (podobne stanowisko zajął Sąd Okręgowy Warszawa Praga w Warszawie w wyroku z dnia 30 sierpnia 2010 r. sygn. akt IV Ca 831/10, w którym orzekł, że jeżeli wykonawca złożył ofertę zgodną z wymaganiami siwz, brak jest podstaw do unieważnienia postępowania, nawet w sytuacji, gdy zamawiający przyznał, że wadliwie opisał przedmiot zamówienia z uwagi na brak odpowiedniej wiedzy w

dacie formułowania siwz. Sąd uznał, że okoliczność ta nie może działać na niekorzyść wykonawców, a kryteria unieważnienia przetargu wynikają z przepisów ustawy Pzp, a nie z uznania zamawiającego).
Zamawiający nie podjął czynności oceny, nie przedstawił żadnej symulacji ewentualnego rankingu wykonawców i trudności w weryfikacji wniosków, lecz bezpośrednio po stwierdzeniu, iż w wykazach zawarto opisy wartości brutto, netto, unieważnił postępowanie

uznając, iż wystąpiła nieusuwalna wada powodująca niemożność zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.
Co do opisu kryterium kwalifikacji wykonawców, w ocenie Izby, zamawiający nie wykazał naruszenia przepisów ustawy, o którym mowa w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, skutkującego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co jest nieodzowne do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że nie można przyjąć, iż czynność zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, jest zasadna. Wobec powyższego potwierdził się także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.
Zatem, Izba uwzględniła odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit. b, § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

……