

WYROK

z dnia 30 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 lipca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2013 r.

przez wykonawcę: **IT.expert sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu pn. *Dostawa infrastruktury IT w związku z realizacją zadania pn. „Modernizacja środowiska wirtualnego VMware wraz z usługą migracji systemów dla potrzeb PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.”* (nr postępowania ICZ 15-231-07-7/13)

prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, odpowiednie przedłużenie terminu składania ofert oraz udzielenie wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zmianę jej treści, w związku z pytaniami skierowanymi przez wykonawców, w celu opisanego przedmiotu zamówienia w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A z siedzibą w Warszawie i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: IT.expert sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego: PKP Polskich Linii Kolejowych S.A z siedzibą**

1

w Warszawie na rzecz **odwołującego: IT.expert sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonych wpisów od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na dostawę pn. *Dostawa infrastruktury IT w związku z realizacją zadania pn.*

„Modernizacja środowiska wirtualnego VMware wraz z usługą migracji systemów dla potrzeb PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.” (nr postępowania ICZ 15-231-07-7/13).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2013/S_094-160587 z 16 maja 2013 r., z tym, że Zamawiający 14 maja 2013 r. przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.zamowienia.plk-sa.pl), na której zamieścił również od 16 maja 2013 r. specyfikację istotnych warunków zamówienia {zwaną dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

5 lipca 2013 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej zawiadomienie o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp. W uzasadnieniu podał między innymi, co następuje. *Zgodnie z dyspozycją art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Z uwagi na fakt, iż nie ma możliwości usunięcia wadliwych zapisów bez zmiany generalnych założeń i wymogów odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia, jakie przyświecały Zamawianemu podczas przygotowania i wszczęcia postępowanie o udzielenie zamówienia, postępowanie zostaje unieważnione.*

15 lipca 2013 r. Odwołujący – IT.expert sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – wnioś

3

Sygn. akt KIO 1732/13

odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 – przez nieuprawnione i nieuzasadnione unieważnienie przedmiotowego postępowania na skutek wadliwej oceny przesłanek unieważnienia i błędne przyjęcie, iż przedmiotowe postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.
2. Art. 38 ust. 4 – przez zaniechanie jego zastosowania i niedokonanie zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.
3. {z ostrożności} Art. 38 ust. 1 zd. 2 oraz art. 38 ust. 2 w zw. art. 8 ust. 1 – przez zaniechanie udzielenia odpowiedzi na pytania wykonawców, a co za tym idzie zaniechanie ujawnienia faktu ich wpłynięcia w postępowaniu oraz nieprzekazanie wykonawcom informacji o otrzymanych wnioskach o wyjaśnienie treści SIWZ, co stanowi naruszenie zasady jawności postępowania.
4. Art. 7 ust. 1 – w związku z powyższymi naruszeniami
Odwołujący wniośł o nakazanie Zamawiającemu
 1. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.
 2. Kontynuowania prowadzenia przedmiotowego postępowania.
 3. Udzielenia odpowiedzi na otrzymane od wykonawców wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ oraz ich opublikowanie zgodnie z przepisami ustawy pzp.
 4. Dostosowanie postanowień opisu przedmiotu zamówienia do stanu zgodnego z przepisami ustawy pzp, w tym np. w drodze modyfikacji SIWZ lub na skutek odpowiedzi udzielonych wykonawcom.

Odwołujący ponadto sprecyzował zarzuty podając następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

Odwołujący podał, że Zamawiający poinformował w uzasadnieniu, że podstawą unieważnienia postępowania jest niezgodność opisu przedmiotu zamówienia z art. 7 ust. 1 pzp co podnosili wykonawcy pytaniach do treści SIWZ.

Odwołujący podniósł w pierwszej kolejności, że w przypadku wpłynięcia wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ zamawiający jest zobowiązany do podjęcia ściśle określonych w ustawie pzp czynności – udzielenia odpowiedzi na zadane pytania oraz opublikowanie ich.

W przypadku ewentualnego potwierdzenia wątpliwości co zgodności SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia, z ustawą pzp, Zamawiający ma możliwość dokonania modyfikacji postanowień SIWZ. Odwołujący zarzucił, że Zamawiający po wpłynięciu wniosków

4

Sygn. akt KIO 1732/13

o wyjaśnienie treści SIWZ zaniechał skorzystania z przewidzianych w ustawie pzp instytucji służących skorygowaniu błędów w opisie przedmiotu zamówienia, bezpodstawnie unieważniając prowadzone postępowanie. Odwołujący stwierdził, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w branży IT powszechnym zjawiskiem jest składanie przez wykonawców wielu pytań do SIWZ, mających na celu uzyskanie zmian dostosowujących opis przedmiotu zamówienia do możliwości technicznych danego wykonawcy i jego dostawców. Zdaniem Odwołującego informacja od jednego z czołowych producentów sprzętu IT, na którą powołuje się Zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, nie może stanowić obiektywnej podstawy faktycznej unieważnienia postępowania. W interesie producenta, nawet jeśli nie bierze udziału w postępowaniu jako wykonawca, jest takie ukształtowanie specyfikacji technicznej sprzętu, aby możliwe było złożenie ofert przez jego partnerów handlowych. Wobec tego pismo producenta wskazujące, że opisane rozwiązania sprzętowe nie znajdują uzasadnienia ekonomicznego i technicznego powinno co najwyżej wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do intencji tego podmiotu. Odwołujący podkreślił, że dokonanie opisu przedmiotu zamówienia jest wyłącznym uprawnieniem zamawiającego, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo w wyroku z 27 listopada 2012 r. (sygn. akt KIO 2476/12): *Samo potwierdzenie okoliczności, że nie każdy sprzęt dostępny na rynku może być wykorzystany dla budowy systemu, nie jest wystarczające dla wykazania naruszenia przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu. To potrzeby zamawiającego mają decydujące znaczenie dla utrzymania części postanowień, nawet jeżeli oznaczałoby to wyłączenie pewnych produktów dostępnych na rynku. (...) Dopuszcza się jako nienaruszające zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ustalenie parametrów urządzeń, które mają gwarantować jakość urządzeń, ich funkcjonalność dostosowaną do potrzeb zamawiającego. Może to prowadzić do wyłączenia części produktów dostępnych na rynku, a bez wykazania, albo co najmniej uprawdopodobnienia braku zasadności utrzymania tych wymagań, czy też funkcjonalności, nie ma podstaw do stwierdzenia, iż doszło do naruszenia p.z.p.* Odwołujący wskazał, że Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym decyzji o unieważnieniu postępowania wielokrotnie odwołuje się do treści pytań złożonych przez wykonawców. Odwołujący zarzucił, że ponieważ pytania te nigdy nie zostały opublikowane czy też udostępnione pozostałym wykonawcom, Zamawiający bezpośrednio naruszył art. 38 ust. 2 pzp oraz wynikającą z niego zasadę jawności. Pozostali wykonawcy nie mieli bowiem możliwości dokonania weryfikacji zasadności przekazanych Zamawiającemu pytań do SIWZ i wskazanych w nich

5

Sygn. akt KIO 1732/13

rzekomych niezgodności postanowień opisu przedmiotu zamówienia z przepisami ustawy pzp. Odwołujący zarzucił również, że Zamawiający nie podjął nawet próby dokonania modyfikacji SIWZ w celu doprowadzenia rzekomo wadliwych postanowień w zakresie opisu przedmiotu zamówienia do brzmienia zgodnego z przepisami ustawy pzp, poprzestając na prowadzeniu niejawniej korespondencji z jednym producentem sprzętu i konsultowaniu postanowień z biegłymi.

W ocenie Odwołującego Zamawiający w żaden sposób nie skonkretyzował podstaw unieważnienia, poprzestając na ogólnych twierdzeniach, że postanowienia i wymagania sprzętowe wskazują na 1 producenta. Przy czym Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił tego, bezkrytycznie przyjmując uwagi do opisu przedmiotu zamówienia zgłoszone w pytaniach do SIWZ przez wykonawców. Zgodnie z wiedzą Odwołującego aktualnie więcej niż 1 producent posiada w swej ofercie urządzenia, których parametry techniczne i funkcjonalne odpowiadają skonstruowanemu przez Zamawiającego opisowi przedmiotu

zamówienia.

Odwołujący odniósł się do poszczególnych argumentów podanych przez Zamawiającego w uzasadnieniu unieważnienia postępowania.

1. *Macierz dyskowa w standardzie określonym w SIWZ – wszystkie postanowienia w specyfikacji spełniać może tylko i wyłącznie macierz jednego producenta*

Według Odwołującego z analizy postanowień SIWZ przez ekspertów rynku pamięci masowych wynika, że wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego spełnia urządzenie EMC VMAX 10k. Natomiast produkty kolejnych dwóch producentów nie spełniają wymagań w niektórych obszarach, przy czym wymagania te można w prosty sposób zmienić.

Produkt HDS VSP:

– nie zapewnia obsługi dysków twardej w standardzie FC 600GB 15 krpm; wystarczy dopuścić dyski w standardzie 600GB SAS w umiarach 2,5" 10 krpm, które posiadają porównywalną lub większą wydajność;

– nie zapewnia obsługi portów iSCSI; można usunąć argumentując, że w specyfikacji urządzeń sieciowych wymagane jest dostarczenie przełączników konwergentnych, dla których stosowanie danego protokołu komunikacji nie ma znaczenia;

– nie zapewnia obsługi dysków SSD SLC; zmiana na rzecz tańszych dysków MLC oraz zastosowania technologii, która analizuje *częstotliwość postanowień do poszczególnych cel*, zapewniając ich trwałość na poziomie zbliżonym do dysków SLC.

Produkt HP 3PAR nie spełnia wymagania z pkt 7. Tabeli 16. (...) *Oferowana macierz dyskowa musi umożliwiać stworzenie co najmniej 8 niezależnych partycji pamięci cache (...).*

6

Sygn. akt KIO 1732/13

Macierze dyskowe HP 3PAR nie posiadają funkcjonalności partycjonowania pamięci cache. Wystarczy dopuszczenie rozwiązań, które zamiast tej funkcjonalności posiadają zaawansowane zarządzanie pamięcią cache, argumentując, że automatyzacja w obszarze przydziału pamięci dla cache dla danego typu ruchu I/O jest bardziej optymalna niż przestarzała funkcjonalność „ręcznego” partycjonowania i przydziału.

W ocenie Odwołującego pozostałe wymagania z listy 26 nazwanych grup parametrów spełnione są przez urządzenia min. trzech ww. producentów, brak więc uzasadnienia dla tezy o rzekomych błędach w opisie przedmiotu zamówienia, które nie dadzą się usunąć poprzez modyfikację SIWZ.

2. *Opis obudowy blade teoretycznie dopuszczają kilku producentów, jednakże wymagania dotyczące szkoleń, ich ilość i zakres, wskazują, iż nieoptymalnym jest dostarczenie innych obudów niż jednego konkretnego producenta*

Zdaniem Odwołującego koszt rynkowy 1 dnia przedmiotowych szkoleń wynosi około 2 tys. zł netto dla każdego uczestnika. Biorąc więc pod uwagę wymóg dostarczenia szkoleń dla 5 osób w liczbie 4 dni mowa jest o kosztach rzędu 40 000 zł. Cena rynkowa 1 odbudowy serwerów kasetowych, wyposażonej w moduły komunikacyjne oraz serwery to koszt rzędu około 300 tys. zł. Zamawiający wymaga dostarczenia 5 zestawów serwerów kasetowych – łączna ich cena wynosić będzie około 1,5 mln zł. A zatem koszt 40 tys. zł stanowi zaledwie 2,7% łącznej kwoty, przy standardowych upustach cenowych, na które może liczyć Zamawiający rzędu 30% koszt szkoleń jest pomijalnie mały.

Według Odwołującego standardem rynkowym jest zabezpieczenie interesu Zamawiającego w sytuacji zaoferowania rozwiązania niesfunkcjonującego dotychczas w jego infrastrukturze, przez wymaganie zapewnienia szkoleń dla administratorów Zamawiającego z nowej technologii proponowanej przez oferenta. Standardowe ścieżka szkoleniowa pozwalająca na przyswojenie wiedzy przez administratorów w zakresie technologii kasetowych składa się zazwyczaj ze szkoleń trwających łącznie około 5 dni: <http://www-304.ibm.com/jct03001c/services/learning/us/pdfs/roadmaps/systemxQ2.pdf> Nie można zatem twierdzić że wymóg zapewnienia szkoleń jest sprzeczny z interesem Zamawiającego i zagraża zachowaniu zasad uczciwej konkurencji.

3. *Wymaganie wewnętrznych portów w serwerach stelażowych (SD lub uSSD) wskazuje tylko na jednego wykonawcę.*

Według Odwołującego jest to wniosek całkowicie nieprawdziwy, gdyż na rynku istnieje bardzo wiele serwerów stelażowych posiadających wewnętrzne porty SD lub uSSD spełniające ponadto większość pozostałych wymagań np.: IBM x3650 M4, Fujitsu RX300 czy

Sygn. akt KIO 1732/13

HP DL380p. Natomiast kluczowym ograniczeniem wynikającym z wymagań jest wysokość serwera liczoną w jednostkach U (1U = 1,75") – Zamawiający określił swój wymóg na poziomie 1U (pkt 1 - Obudowa, Tabela 15. Specyfikacja 1 szt. serwera stelażowego), podczas gdy większość dostępnych serwerów posiadających port SD lub uSSD posiada wielkość 2U. Z kolei DELL R720 posiada wysokość 1U oraz wbudowany port SD, nie spełnia natomiast wymogu na liczbę portów USB (pkt. 10 Tabeli) – Zamawiający wymaga 7, DELL R720 jest wyposażony jest w 5 portów USB 2.0.

Zdaniem Odwołującego oferenci chcący zaproponować optymalne rozwiązanie powinni zadać pytanie zmieniające 1 z wymogów Zamawiającego: wysokość urządzenia, wyposażenie w port SD lub uSSD albo na liczbę portów USB (lub poprosić o dopuszczenie rozszerzeń typu hub).

4. Serwery blade – możliwość montażu 4 par urządzeń interconnect LAN, SAN lub

Infiniband może dostarczyć tylko jeden producent (ten sam co poprzednie urządzenia),

Według Odwołującego również twierdzenie całkowicie nieprawdziwe, gdyż na rynku rozwiązań serwerów kasetowych istnieje min. 3 producentów: IBM BladeCenter H, BULL Blade Chassis oraz (posiadana obecnie przez Zamawiającego) HP C7000, spełniające wymóg montażu 4 par urządzeń interconnect LAN, SAN lub Infiniband.

5. Dodatkowe cechy oprogramowania do zarządzania infrastrukturą blade – sposób ich opisu wskazuje na jednego producenta

Odwołujący stwierdził, że ponieważ Zamawiający nie przedstawił listy cech, które rzekomo wskazują na jednego producenta, stąd trudno się odnieść do konkretnych postanowień, na które się powołuje.

Zdaniem Odwołującego wymagania opisane w Tabeli 13. Specyfikacja wymagań dla 1 szt. obudowy serwerów kasetowych – Zarządzanie infrastrukturą Blade są uniwersalne i spełniają je min. rozwiązania oferowane przez firmy IBM, BULL i HP.

6. Procesor – wymagania dotyczące wyników w testach procesorów w serwerach kasetowych i stelażowych wskazują na jeden konkretny typ procesorów.

Odwołujący podał, że w przypadku serwerów kasetowych w wariantcie minimalnym Zamawiający wymaga dostarczenia „Minimum czterech procesorów sześciordzeniowych, osiągających w testach SPECint_rate2006 Baseline wynik nie gorszy niż 834 punktów w konfiguracji czteroprocessorowej, Wynik testu musi być potwierdzony przez organizację SPEC (www.spec.org)

Według Odwołującego te i pozostałe wymagania dla serwerów kasetowych spełnia zarówno HP BL680c Gen8 (4x Intel Xeon E5-4617, 256GB pamięci RAM), jak również IBM

Sygn. akt KIO 1732/13

BladeCenter HX5 (4x Intel Xeon E7-4850, 256GB pamięci RAM).

W przypadku serwerów stelażowych oferenci zainteresowani złożeniem ofert mogli zadać pytania z prośbą o zmianę wymogów dyskusyjnych (liczba portów USB 2.0, 1 vs. 2U, brak slotu SD lub uSSD). Wartość wyniku testu SPEC spełnia większość rozwiązań dostępnych na rynku spełniających wymagania Zamawiającego. Argumentacja oparta na fakcie zastosowania konkretnej wartości odpowiadającej wartości zmierzonej dla istniejącego na rynku rozwiązania jest nierzeczowa. Zamawiający mógł posłużyć się konkretną wartością, aby w oparciu o taki warunek zbudować kryterium porównawcze. Ponadto wskazanie na jeden konkretny typ procesora jako odniesienie do wymogów minimalnych w przypadku środowisk x86 jest praktyką bardzo częstą, gdyż w tym środowisku funkcjonuje zaledwie 2 producentów procesorów tj. firmy Intel i AMD. Wszyscy czołowi producenci serwerów na świecie wyposażają swoje urządzenia w procesory tych dwóch producentów.

7. Sposób opisu istniejącego u Zamawiającego środowiska technicznego będącego przedmiotem modernizacji może prowadzić do ograniczenia liczby potencjalnych wykonawców podobnie jak wymóg pełnej integracji z systemem zarządzania infrastrukturą.

Według dokonanego przez Odwołującego rozeznania rynkowego zawarty w SIWZ

opis istniejącego u Zamawiającego środowiska technicznego będącego przedmiotem modernizacji był wyczerpujący. W innym przypadku prawo dopuszcza możliwość zadawania pytań uszczegóławiających. Zamawiający ponadto dopuścił możliwość zastosowania konkurencyjnych systemów do zarządzania środowiskiem IT (s. 22 Załącznik nr 1 do SIWZ) (...) *Dopuszcza się zaoferowanie oprogramowania równoważnego bez konieczności integracji z produktem HP Systems Insight Manager (...)* W ocenie Odwoływającego spełnia to wymogi równoważności wymagane prawem.

Odwołujący podniósł, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w celu zawarcia umowy, natomiast Zamawiający zdaje się traktować je jako etap weryfikowania postanowień SIWZ pod kątem ich zgodności z ustawą pzp. W tym miejscu należy przywołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10 lipca 2009 r. (sygn. akt 805/09), w którym Izba zważyła, iż (...) *celem postępowania o udzielenie zamówienia jest zawarcie umowy przez wybór najkorzystniejszej oferty, zatem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego to swoiste przyrzeczenie zawarcia umowy, od którego Zamawiający może zostać zwolniony tylko na podstawie przesłanek wymienionych w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp.*

Przesłanki unieważnienia postępowania zostały określone w art. 93 ust. 1 pzp,

9

Sygn. akt KIO 1732/13

a katalog tych przesłanek jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco, jak to czyni Zamawiający. Zgodnie z dyspozycją art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli obarczone jest ono niemożliwością do usunięcia wadą postępowania uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zatem wadą musi zostać dotknięte samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jak również musi mieć ona charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, że umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek jej wystąpienia podlegała unieważnieniu. Katalog przesłanek skutkujących możliwością unieważnienia umowy wyszczególniony został w art. 146 ust. 1 i 6 pzp. Jednocześnie pomiędzy wadliwością postępowania, a nieważnością umowy musi istnieć ścisły związek przyczynowo skutkowy.

W przedmiotowym stanie faktycznym nie ma podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp. Postępowanie jest aktualnie na etapie przez upływem terminu składania ofert przez wykonawców. Zgodnie z dyspozycją przepisu art. 38 ust. 4 pzp Zamawiający ma możliwość dokonania modyfikacji SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (Załącznika nr 1 do SIWZ). Nie można zatem mówić, że rzekoma wada postępowania posiada przymiot „nieusuwalnej”. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 7 maja 2012 r. (sygn. akt 892/12) uzależniła zaistnienie przesłanki do unieważnienia postępowania wyrażonej w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp od braku możliwości dokonania zmiany SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie podjął nawet próby zmiany postanowień, arbitralnie uznając, iż w postępowanie jest obarczone nieusuwalną wadą. Dodatkowo wykazanie i udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało swoje normatywne i faktyczne podstawy spoczywa zawsze na zamawiającym. To na zamawiającym ciąży obowiązek udowodnienia istnienia przesłanek unieważnienia postępowania, z których wywodzi określone ustawowo skutki prawne. Samo wskazanie okoliczności faktycznych, z którymi zamawiający wiąże konieczność unieważnienia postępowania nie jest wystarczające. Zamawiający winien wykazać jaki wpływ na przyszłą umowę i ewentualną możliwość jej unieważnienia mają wskazane przez zamawiającego okoliczności, tj. Zamawiający winien wykazać związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy zaistniałą wadą, a możliwością unieważnienia umowy (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 września 2011 r. sygn. akt KIO 1792/11). Natomiast w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający poprzestał na przywołaniu orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, które z uwagi inny stan faktyczny, w tym na znacznie późniejsze

10

stadium postępowania – etap badania i oceny ofert, nie może być pomocniczo stosowane. Dopuszczalność unieważnienia postępowania Zamawiający wywodzi także z faktu, iż modyfikacja SIWZ wiązałaby się ze zbyt daleko idącą ingerencją w warunki i opis przedmiotu zamówienia. Przepis dopuszczający wprowadzenie modyfikacji do SIWZ nie ogranicza w żaden sposób zakresu możliwych do wprowadzenia zmian. Ponadto podkreślenia wymaga, iż zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 16 września 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1905/10, KIO/UZP 1921/10) *wadliwy opis przedmiotu zamówienia nie może stanowić podstawy unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp*. Należy wskazać, że ze względu na użycie przez ustawodawcę w powyższym przepisie zwrotu (...) *postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy* (...) wada ta musi być wadą bezwzględnie nieusuwalną, tj. niemożliwą do wyeliminowania przez zamawiającego lub wykonawcę na etapie postępowania w żadnej z dopuszczalnych w p.z.p. procedur sanacyjnych (tak w wyroku z dnia 22 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 210/10).

Podsumowując powyższe Odwołujący wskazał, że uwzględnienie zarzutów podniesionych w przedmiotowym odwołaniu pozwoli na usunięcie wady postępowania polegającej na bezpodstawnym i nieuprawnionym jego unieważnieniu i dalsze prowadzenie postępowania. Zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia, co do zasady ma obowiązek dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty i udzielić zamówienia, taki jest bowiem cel postępowania. Zakres podstaw unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynikający z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp nie pozwala na stwierdzenie, że każde naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania rodzi po stronie zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp wskazuje bowiem, że wada, poza wpływem na wynik postępowania, musi mieć także charakter nieusuwalny, z czym nie mamy do czynienia w przedmiotowym stanie faktycznym. Niedopuszczalne jest zaś przyjęcie wykładni rozszerzającej przesłanek unieważnienia postępowania, której w przedmiotowym postępowaniu dokonał Zamawiający

29 lipca 2013 r. na posiedzeniu Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o jego oddalenie. Zamawiający w następujący sposób uzasadnił swoje stanowisko.

{bezpodstawność zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 pzp}

11

Sygn. akt KIO 1732/13

Zamawiający potwierdził, że dokonanie opisu przedmiotu zamówienia jest jego wyłącznym uprawnieniem i obowiązkiem, z którego nikt nie może go wyręczyć. Zamawiający zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego, że: nie skonkretyzował podstaw unieważnienia; traktuje postępowanie jako etap weryfikowania postanowień SIWZ pod kątem ich zgodności pzp; dokonał rozszerzającej wykładni katalogu przesłanej unieważnienia postępowania. Zamawiający oświadczył, że nie zaakceptował bezkrytycznie uwagi do opisu przedmiotu zamówienia zgłoszonych w pytaniach przez wykonawców, gdyż zostały one zweryfikowane w ramach dwóch niezależnych opinii eksperckich. Zdaniem Zamawiającego w sposób bardzo obszerny i szczegółowy uzasadnił dokonaną przez siebie czynność unieważnienia postępowania – uzasadnienie to miało prawie 4 strony.

Zamawiający wywiódł, że art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp nie określa przyczyn niemożliwości usunięcia wady, a zatem nie muszą to być wyłącznie względy prawne (typu ustawa pzp nie pozwala na modyfikację SIWZ). W ocenie Zamawiającego przesłanka określona w art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp zaistnieje w każdym przypadku, kiedy wada postępowania będzie niemożliwa do usunięcia – tak z przyczyn prawnych, jak i faktycznych, np. gospodarczych, organizacyjnych itp. Stąd możliwość modyfikacji treści SIWZ na etapie przed terminem składania nie przesądza jeszcze o tym, że usunięcie wady opisu przedmiotu zamówienia w drodze modyfikacji SIWZ jest możliwe.

Zdaniem Zamawiającego istotne w sprawie jest to, że próbował samodzielnie przygotować opis przedmiotu zamówienia i próba ta zakończyła się niepowodzeniem. Pomimo tego, że z należytą starannością dbał o zapewnienie uczciwej konkurencji, w toku postępowania okazało się, że opis przedmiotu zamówienia jest wadliwy. Zamawiający podał

następujące przyczyny tego stanu: po pierwsze – sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia wymaga istotnej wiedzy merytorycznej; po drugie – wiedzę taką posiadają jedynie w pewnym zakresie pracownicy obsługi informatycznej Zamawiającego, którzy nie dysponują pełnią wiedzy co do wszystkich różnorodnych rozwiązań dostępnych na rynku, gdyż w zasadzie działają w oparciu o urządzenia i systemy konkretnego producenta (głównie HP), w ramach bieżącej obsługi informatycznej, co powoduje, że opisują przedmiot zamówienia w takim zakresie, w jakim odpowiednie urządzenia znają – siłą rzeczy są to urządzenia HP, o innych rozwiązaniach często nie wiedzą albo nawet wiedzą, ale ich nie znają i nie są w stanie stwierdzić, czy te rozwiązania będą odpowiednie; po trzecie – *Zamawiający nie jest w stanie merytorycznie zweryfikować propozycji zapisów opisu przedmiotu zamówienia sporządzonych przez pracowników obsługi informatycznej Zamawiającego, nie posiada wiedzy, czy dane rozwiązania posiadają odpowiedniki*

12

Sygn. akt KIO 1732/13

(rozwiązania równoważne), które mogłyby zostać dopuszczone.

Zamawiający oświadczył, że gdyby po raz kolejny próbował samodzielnie opisać przedmiot zamówienia, znów mógłby popełnić analogiczne błędy. Zdaniem Zamawiającego jedyną realną możliwością sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w zgodzie z obowiązującymi przepisami jest zwrócenie się do przedstawicieli rynku informatycznego z prośbą o pomoc w opisaniu przedmiotu zamówienia w sposób zapewniający uczciwą konkurencję. Jednakże takie rozwiązanie jest dopuszczalne wyłącznie przed wszczęciem postępowania, w drodze dialogu technicznego, którego kontynuując przedmiotowe postępowanie przeprowadzić już nie można.

Natomiast według Zamawiającego *inne sposoby doprowadzenia opisu przedmiotu zamówienia do zgodności z przepisami ustawy pzp są niewspółmiernie drogie i czasochłonne*, zwłaszcza że w grę wchodzi konieczność zmiany samych założeń związanych z rozwojem środowiska informatycznego. Ponadto tylko dopuszczenie do głosu wszystkich zainteresowanych potencjalnych wykonawców, z których każdy będzie mógł swoje propozycje zgłaszać, pozwoli uzyskać realną wiedzę o całej gamie różnorodnych rozwiązań technicznych.

Według Zamawiającego mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że postępowaniu zachodzi wada niemożliwa do usunięcia z przyczyn faktycznych, tj. organizacyjnych i gospodarczych.

Zdaniem Zamawiającego wada ta uniemożliwia jednocześnie zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż wadliwy opis przedmiotu zamówienia może mieć wpływ na wynik postępowania. Natomiast zgodnie z art. 146 ust. 6 ustawy pzp Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić 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. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 25 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1733/10) dokonanie opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania przedsiębiorców może stanowić przesłankę przewidzianą w art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp, obligującą zamawiającego do unieważnienia postępowania. Takie działanie narusza bowiem przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 i 3 pzp i może mieć wpływ na wynik prowadzonego, to jest w szczególności na wybór oferty najkorzystniejszej. W świetle dominującego obecnie zapatrywania orzecznictwa i doktryny wszelkie wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o ile nie dadzą się usunąć, stanowią przesłankę unieważnienia

13

Sygn. akt KIO 1732/13

postępowania {tak m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 25 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1733/10 oraz w wyroku z 22 marca 2013 r., sygn. akt KIO 532/13}.

Z kolei w wyroku z 20 listopada 2012 r. (sygn. akt KIO 2428/12) Izba stwierdziła, że opis przedmiotu zamówienia sporządzony w sposób, który preferuje produkt konkretnej firmy

oraz ogranicza krąg wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia, należy uznać za wadliwy i naruszający fundamentalną zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 7 ust. 1 pzp. W rezultacie Izba uznała, że zamawiający był zobowiązany do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp. Izba wskazała, iż: „co prawda wśród przesłanek unieważnienia umowy wskazanych w art. 146 ust 1 P.z.p. ustawodawca nie wskazał naruszenia przepisu art. 29 ust. 3 P.z.p., jednak jako postawę unieważnienia należy powołać art. 146 ust 6 P.z.p., który uprawnia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Z tego rodzaju sytuacją właśnie mamy do czynienia w omawianym przypadku, gdyż wadliwie sporządzony opis przedmiotu zamówienia bez wątpienia miał lub mógł mieć wpływ na wynik postępowania. Wobec tego w prowadzonym postępowaniu wystąpiła niemożliwa do usunięcia wada, która uniemożliwiła zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a zatem nie było przeszkód, aby zamawiający w ramach samokontroli swoich decyzji unieważnił nieprawidłowo przeprowadzone postępowanie unikając tym samym zawarcia umowy mogącej następnie być unieważnioną.

Zamawiający dodał, że powoływany przez Odwołującego wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 16 września 2010 r. (sygn. akt: KIO 1905/10, 1921/10) prezentuje nieaktualną już linię orzeczniczą, ograniczającą odesłanie z art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp wyłącznie do treści art. 146 ust. 1 pzp, z pominięciem art. 146 ust. 6 pzp. {bezpodstawność zarzutu naruszenia art. 38 ust. 4, art. 38 ust. 1 zd. 2 oraz art. 38 ust. 2 w zw. z art. 8 pzp}

Odnosnie sformułowanego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 38 ust. 4 pzp, Zamawiający w pierwszej kolejności podniósł, że zmiana treści SIWZ jako taka stanowi jego uprawnienie, a nie jego obowiązek, wobec czego trudno stawiać mu zarzut zaniechania skorzystania z powyższego uprawnienia. Według Zamawiającego w stanie faktycznym sprawy najistotniejsze jest, że nieskorzystanie z tego uprawnienia podyktowane było podjęciem decyzji o unieważnieniu całego postępowania. W opinii Zamawiającego w takiej

14

Sygn. akt KIO 1732/13

sytuacji dokonywanie zmiany SIWZ było bezprzedmiotowe, a zarzut Odwołującego nie znajduje żadnego oparcia w obowiązujących przepisach prawa.

Podobnie bezpodstawny jest zdaniem Zamawiającego zawarty w odwołaniu zarzut naruszenia przez niego art. 38 ust. 1 zd. 2 oraz art. 38 ust. 2 w zw. z art. 8 pzp. Stosownie do treści art. 38 ust. 1 zd. 2 pzp zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień treści SIWZ niezwłocznie, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert. Jak wskazał sam Odwołujący termin składania ofert wyznaczony został na 12 lipca 2013 r., zaś 5 lipca 2013 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania. W tej sytuacji według Zamawiającego nie sposób twierdzić, że dopuścił się naruszenia art. 38 ust. 1 zd. 2 pzp, skoro termin hipotetycznego udzielenia wyjaśnień nie minął, zaś wykonawcy przed jego upływem poinformowani zostali o unieważnieniu całego postępowania.

Zdaniem Zamawiającego z powyższych względów bezpodstawny jest również zarzut naruszenia art. 38 ust. 2 w zw. z art. 8 pzp, przez brak publikacji czy też udostępnienia wykonawcom zgłoszonych pytań do SIWZ.

Ponadto w opinii Zamawiającego prezentowane przez Odwołującego stanowisko świadczy o kompletnym niezrozumieniu istoty zapytań o wyjaśnienie treści SIWZ, gdyż wywodzenie istnienia kompetencji wykonawcy do weryfikacji pytań zgłoszonych przez innych wykonawców nie znajduje żadnego oparcia w obowiązujących przepisach prawa. {bezpodstawność zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 pzp}

Zamawiający podniósł, że Odwołujący w żaden sposób nie precyzuje, na czym przedmiotowe naruszenie miałoby polegać. Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę, iż u podstaw podjętej przez niego decyzji o unieważnieniu postępowania legła właśnie wola zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

16 lipca 2013 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej oraz przekazał

drogą elektroniczną wykonawcom, którzy składali pytania wezwaniu do przystąpienia do postępowania odwoławczego wraz z kopią odwołania.

Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły następujące zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego:

- 19 lipca 2013 r. przez Proximus S.A. z siedzibą w Katowicach – po stronie Zamawiającego;
- 24 lipca 2013 r. przez Advatech sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zdaniem Spółki Proximus nie ma wątpliwości, że ma oczywisty interes w zgłoszeniu przystąpienia po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego, gdyż jego interes może doznać uszczerbku na skutek uwzględnienia odwołania, gdyż przedmiotowe

15

Sygn. akt KIO 1732/13

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

Wobec dokonania przez Advatech sp. z o.o. zgłoszenia do Prezesa Izby z przekroczeniem 3-dniowego terminu, który upływał 19 lipca 2013 r. – Izba stwierdziła nieskuteczność tego przystąpienia.

Natomiast w przypadku Proximus S.A. Izba uwzględniła opozycję zgłoszoną przez Odwołującego, który wykazał brak po stronie zgłaszającego interesu w unieważnieniu postępowania, o którego udzielenie nie będzie się mógł w ten sposób ubiegać.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba ustaliła w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, że nie została wypełniona żadna przesłanka skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp.

Wobec braku podstaw do odrzucenia odwołania czy umorzenia postępowania odwoławczego – Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały powyżej zrelacjonowane merytoryczne stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron – zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole – Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie 20 lutego 2013 r. ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 11 listopada 2012 r., poz.1271).

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, o którego udzielenie może się ubiegać. Jednocześnie objęte zarzutami odwołania

16

Sygn. akt KIO 1732/13

naruszenia przepisów ustawy pzp przez Zamawiającego mogą narażać Odwołującego na szkodę przez uniemożliwienie uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego w wyniku tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, na co w przeciwnym razie mógłby potencjalnie liczyć.

Izba uznała w tym zakresie odmienne poglądy Zamawiającego zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie za całkowicie nieuzasadnione, w pełni podzielając stanowisko zawarte w odwołaniu.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, to jest przeprowadziła w szczególności dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu wraz ze zmianą tego ogłoszenia, s.i.w.z. oraz zawiadomienia o unieważnieniu postępowania.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i zakres podniesionych zarzutów, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż Zamawiający bezpodstawnie unieważnił prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia.

Podstawą uwzględnienia odwołania jest stwierdzenie przez Izbę zasadności zarzutu bezpodstawności unieważnienia przez Zamawiającego z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 i art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Izba zważyła na wstępie, że znaczenie uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania nie ogranicza się do dopełnienia formalnego wymagania wynikającego z art. 93 ust. 3 pzp, lecz przede wszystkim stanowi element konstytutywny podjętej decyzji o unieważnieniu postępowania, w szczególności jeżeli została ona podjęta z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp. W konsekwencji właściwe sformułowanie uzasadnienia przez zamawiającego ma kluczowe znaczenie dla oceny, czy wykazał on zaistnienie podstaw do unieważnienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Z aktualnego brzmienia art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp wynika bowiem, że zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli postępowanie obarczone jest wadą, która, po pierwsze – jest niemożliwa do usunięcia, po drugie – uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. *De lege lata* dla umów w sprawie zamówień publicznych przyjęto konstrukcję względnej nieważności, której skutki, choć co do zasady sięgają od

Sygn. akt KIO 1732/13

momentu zawarcia umowy, mogą powstać dopiero z chwilą wydania konstytutywnego orzeczenia przez Izbę lub sąd powszechny. Jednocześnie sytuacje, w których umowa podlega unieważnieniu uregulowano w art. 146 pzp. W poprzednim stanie prawnym art. 146 ust. 1 pzp w pkt 5 i 6 określał przesłanki nieważności umowy o charakterze klauzul generalnych: gdy zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącem naruszeniem ustawy albo w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania. W aktualnie obowiązującym brzmieniu art. 146 ust. 1 pzp w pkt od 1 do 6 wskazano dla zamawiającego przyczyny ściśle skonkretyzowane (bezpodstawne zastosowanie niektórych trybów, brak zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w odpowiednim publikatorze, zawarcie umowy lub umowy ramowej z naruszeniem terminów *standstill*, określone nieprawidłowości w dynamicznym systemie zakupów), którymi nie sposób objąć innych czynności lub zaniechań zamawiającego. Z kolei obowiązujący aktualnie art. 146 pzp zawiera w ust. 6 przepis o charakterze klauzuli generalnej w zakresie unieważniania umowy – przewidując kompetencję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych 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. Od strony podmiotowej legitymację czynną do żądania unieważnienia umowy na tej podstawie ma zatem wyłącznie Prezes UZP. Od strony przedmiotowej zakres zastosowania tej przesłanki – w porównaniu do przesłanek z dawnego art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 pzp, nawet łącznie rozważanych – jest szerszy, gdyż aktualnie wystarczające jest, aby wada postępowania mogła mieć, a nie tylko miała, wpływ na jego wynik. Trudno jednak zaakceptować stanowisko, że zamawiający mają obowiązek zawierania umów w sprawie zamówienia publicznego, pomimo świadomości przeprowadzenia postępowania obarczonego tego typu poważnymi wadami, a następnie oczekiwać na wystąpienie przez Prezesa UZP do sądu o stwierdzenie nieważności tych umów. Prowadziłoby do konieczności zawierania umów podlegających późniejszej eliminacji z obrotu prawnego, niezależnie od tego, czy stwierdzenie okoliczności skutkujących nieważnością było możliwe, a nawet *de facto* nastąpiło jeszcze przed podpisaniem umowy. Stąd orzecznictwo i doktryna w znakomitej większości przyjmuje wykładnię celowościową art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp, zgodnie z którą zamawiający przy unieważnianiu postępowania

na podstawie tego przepisu uprawnieni są do wzięcia pod uwagę nie tylko wąsko opisanych w art. 146 ust. 1 pzp okoliczności, ale mogą i powinni również uwzględniać okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy mieszczące się w klauzuli generalnej art. 146 ust. 6 pzp. Jednakże art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp nie stanowi samoistnej podstawy unieważnienia

18

Sygn. akt KIO 1732/13

postępowania, gdyż wprost odsyła przede wszystkim do przyczyn unieważnienia umowy opisanych w art. 146 ust. 1 pzp. W razie ich wystąpienia wskazanie odpowiedniego punktu wyczerpuje podstawę prawną dokonanego unieważnienia. Natomiast w razie odwoływania się przy unieważnianiu postępowania do art. 146 ust. 6 pzp, należy mieć na uwadze, że zakres zastosowania tego przepisu nie można rozciągać na wszystkie stany faktyczne obejmujące wszelkie nieprawidłowości stwierdzone przez zamawiających w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Zasadą jest, że wszczęte postępowanie ma się zakończyć wyłonieniem najkorzystniejszej oferty (a w konsekwencji doprowadzić do zawarcia umowy, czyli udzielenia zamówienia), a nie unieważnieniem. W konsekwencji jeżeli przyczyna unieważnienia wykracza poza katalog *oczywistych* sytuacji opisanych w pkt od 1 do 6 art. 146 ust. 1 pzp, tym bardziej musi zostać sprecyzowana na tyle dokładnie, aby nie było wątpliwości, że ma charakter rzeczywisty i jest na tyle poważna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oznacza to w szczególności, że nie jest wystarczające powołanie się jedynie na generalną zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 7 ust. 1 pzp. Konieczne jest wykazanie naruszenia przepisu ustawy pzp, które miało lub co najmniej mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji na zamawiającym w takiej sytuacji ciąży ciężar wykazania: po pierwsze – wystąpienia naruszenia konkretnego przepisu ustawy pzp regulującego udzielanie zamówień {wada postępowania}, po drugie – istotnego charakteru tej wady jako wpływającej na ważność umowy, co implikuje, po trzecie – związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy, po czwarte – nieusuwalności wady przez zastosowanie instytucji dostępnych podmiotowi prowadzącemu postępowanie.

Przenosząc powyższe na okoliczności rozpatrywanej sprawy w pierwszej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający odwołał się jedynie do art. 7 ust. 1 pzp, gdyż z uzasadnienia wynika okoliczność zamówienia przez Zamawiającego ekspertyz dotyczących zgodności opisu przedmiotu zamówienia z tym przepisem. Poza tym w uzasadnieniu Zamawiający bardzo często i chętnie podkreśla, że dokonany przez niego opis przedmiotu zamówienia narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Z niezrozumiałych względów Zamawiający poprzestał na tym i nie wskazał wprost na naruszenie konkretnego przepisu ustawy pzp regulującego zasady i sposób opisu przedmiotu zamówienia. Tymczasem ogólna zasada z art. 7 ust. 1 pzp została skonkretyzowana w odniesieniu do przedmiotu zamówienia w art. 29 ust. 2 pzp, przez

19

Sygn. akt KIO 1732/13

wskazanie, że nie można go opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z kolei o ile można sobie bez trudu wyobrazić opisu przedmiotu zamówienia naruszający art. 29 ust. 2 pzp, o tyle stwierdzenie, czy miało to miejsce w przypadku przedmiotowego postępowania oraz na ile wada ta byłaby istotna dla ważności przyszłej umowy jest możliwe wyłącznie w takim zakresie, w jakim Zamawiający skonkretyzował stwierdzone przez siebie wady w uzasadnieniu unieważnienia postępowania. Sprowadza się to do 7 błędów, z których każdy został scharakteryzowany jednym zdaniem, mniej lub bardziej konkretnie, co trafnie wychwycił Odwoływający. Izba zważyła, że odwołanie zawiera nie tylko adekwatne przytoczenie tych błędów, ale również szczegółową argumentację wykazującą, że przez dokonanie niewielkich zmian konkretnych zapisów można z łatwością doprowadzić do tego, że opis przedmiotu zamówienia nie będzie wskazywał na produkty jednego producenta. Natomiast Zamawiający, pomimo przedstawienia odpowiedzi na

odwołanie dopiero w dniu rozprawy, w żaden konkretny sposób nie odniósł się do tej argumentacji, a tym samym skutecznie jej nie zakwestionował. Oznacza to, że Odwołujący wykazał, że Zamawiający w zakresie błędów opisu przedmiotu zamówienia, na które się powołał, bez trudu może wyeliminować stwierdzoną przez siebie wadę polegającą na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia wskazującego na produkty jednego producenta. Z tego względu dla rozstrzygnięcia w tym zakresie zbędne były dodatkowe dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego w postaci szczegółowego odniesienia się do ekspertyz, którymi posługiwał się zamawiający. Izba zważyła, że pomimo ogólnego powoływania przez Zamawiającego się na te ekspertyzy, ich treść stanowi przedmiot rozstrzygnięcia w sprawie tylko w takim zakresie, w jakim została przeniesiona wprost do treści uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania.

Przede wszystkim Izba zważyła, że z uwagi na etap, na jakim znajdowało się postępowanie o udzielenie zamówienia w chwili podjęcia przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania, należy ją uznać za przedwczesną. Z tego punktu widzenia nie ma nawet znaczenia merytoryczna zasadność wskazówek Odwołującego w jaki sposób można poprawić opis przedmiotu zamówienia. Istotnej jest to, że Zamawiający, który wszczął postępowanie ma prawną możliwość i obowiązek doprowadzenia opisu przedmiotu zamówienia do stanu zgodnego z przepisami ustawy pzp. Izba zważyła, że Zamawiający miał pełną świadomość co do wad przygotowanego opisu przedmiotu zamówienia, jak się okazuje z uwzględnieniem analiz podmiotu zewnętrznego, a mimo to zdecydował się wszcząć postępowanie, bez przeprowadzenia dialogu technicznego, i w trybie przetargu nieograniczonego, choć jako zamawiający sektorowy dysponuje szerszą gamą trybów

20

Sygn. akt KIO 1732/13

podstawowych. Wynika to wprost z protokołu prac komisji przetargowej z 4 kwietnia 2013 r., w którym odnotowano w podsumowaniu, że biuro informatyki zobligowało się dokładnie zweryfikować opis przedmiotu zamówienia pod kątem wskazywania konkretnych rozwiązań informatycznych. Otwarte przyznawanie się przez Zamawiającego w zawiadomieniu o unieważnieniu i w odpowiedzi na odwołanie do niekompetencji nie mieści się w przewidzianych ustawą pzp przesłankach unieważnienia postępowania, nawet jeżeli taka „wada organizacyjna” w przypadku Zamawiającego ma charakter trwały i nieusuwalny.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że ponieważ naruszenie przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6, a także art. 38 ust. 4 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania – działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez Odwołującego wpis oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący:

21