

**WYROK**

**z dnia 14 stycznia 2020 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**  
**Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz**  
**Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 stycznia 2020 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **23 grudnia 2019 roku** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Integrale IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz (2) NTT Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Zakręcie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Skarb Państwa - Komendę Główną Policji z siedzibą w Warszawie**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego **(1) Integrale IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz (2) NTT Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Zakręcie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego (1) Integrale IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz (2) NTT Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Zakręcie** tytułem wpisu od odwołania
  - 2.2. zasądza od **Odwołującego - (1) Integrale IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz (2) NTT Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Zakręcie** na rzecz **Zamawiającego Skarbu Państwa – Komendy Głównej Policji z siedzibą w Warszawie** kwotę w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## **UZASADNIENIE**

W dniu 23 grudnia 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1834 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”), odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: (1) Integrale IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz (2) NTT Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Zakręcie (dalej również: Odwołujący).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa systemu kamer nasobnych dla jednostek organizacyjnych Policji”, sprawa nr: 160/Cut/19/DG/PMP prowadzi Zamawiający: Skarb Państwa - Komenda Główna Policji z siedzibą w Warszawie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało umieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 08.07.2019 r., numer ogłoszenia TED: 2019/S 129-315896.

Odwołanie złożono od czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przywołanego przepisu ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i unieważnienie postępowania na tej podstawie pomimo tego, że w postępowaniu Odwołujący złożył ofertę odpowiadającą treści SIWZ i nie podlega wykluczeniu, a postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
2. dokonanie czynności badania i oceny oferty Odwołującego.

Ponadto Odwołujący wnosił o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Wykazując interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że złożył ofertę w postępowaniu i jest ona ofertą najkorzystniejszą - obecnie wszystkie oferty poza ofertą Odwołującego zostały odrzucone. Zatem Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia objętego postępowaniem. W przypadku gdyby Zamawiający nie unieważnił postępowania, Odwołujący uzyskałby zamówienie. Unieważnienie postępowania z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wyrządza Odwołującemu szkodę, w postaci

nieuzyskanych przychodów z zamówienia objętego postępowaniem, które Odwołujący może uzyskać.

Odwołujący otrzymał informację o unieważnieniu postępowania w dniu 12.12.2019 r., a więc odwołanie zostało wniesione z zachowaniem terminów ustawowych. Kopia odwołania została Zamawiającemu prawidłowo przekazana. Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący podał, że w dniu 12.12.2019 r. Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Uzasadniając swoją czynność Zamawiający wskazał, że:

*„Zamawiający dokonuje unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp - postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

*Mając na uwadze wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25.11.2019 r. (KIO 2217/19) orzeczony w postępowaniu na dostawę systemu kamer nasobnych dla jednostek organizacyjnych Policji, sprawa nr 271/Cut/19/DG/PMP, Zamawiający spostrzega tożsame naruszenie ustawy Pzp w zakresie sposobu oceny testów w przedmiotowym postępowaniu.*

*W przywołanym wyżej wyroku Izba orzekła naruszenie art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny tj. nieprecyzyjny opis oceny testów. Należy podkreślić, że postępowanie 271/Cut/19/DG-TMP zostało wszczęte w miejsce pierwotnie unieważnionego 160/Cut/19/DG/PMP a opis zawarty w załączniku nr 6 do SIWZ - Testy akceptacyjne (weryfikacyjne), w szczególności zastosowanie subiektywnych metod oceny jakości obrazu i dźwięku oraz sposobu oceny w zakresie bezpieczeństwa, szybkości i pewności mocowania kamer do ubioru służbowego, w obu postępowaniach był zbieżny.*

*Skład orzekający podzielił argumentację odwołującego, że brak obiektywnego miernika czy też konkretnych, jasno sprecyzowanych kryteriów, które będą brane pod uwagę przy ocenie wskazywanych parametrów, tj. nagrywania, jakości obrazu i mocowania kamer do umundurowania letniego, zimowego, kamizelki taktycznej za pomocą oferowanych przez danego wykonawcę systemu mocowania. Jedyne wytyczne odnośnie tego, w jaki sposób ocena ta zostanie przeprowadzona w przedmiotowym zakresie, są wymienione przez Zamawiającego metodologie. Odwołujący wskazywał, że są to opracowania niezwykle obszerne, różne czynniki mogą wpływać na dokonaną ocenę. Nie wiadomo zatem, którymi spośród nich Zamawiający będzie się kierował, a które pominie przy ocenie w trakcie testów. Zamawiający przyznał, że nie stosuje przywołanych metodologii wprost, ale będą one pewnym wyznacznikiem dla dokonywanej oceny.*

*Według Zamawiającego metodologie nie służą do dokonywania oceny w zakresie kryteriów oceny ofert, a jedynie są bazą dla podjęcia decyzji, czy dane rozwiązanie przejdzie testy*

z wynikiem pozytywnym. Co kluczowe, Zamawiający przewidział w SIWZ, że aby uzyskać pozytywny wynik testów wykonawca musi uzyskać ocenę minimum 3 pkt w skali od 1 do 5. Z opisu zawartego w protokole z testów wynika, że ocena dokonywana będzie w sposób „subiektywny” przez powołaną przez Zamawiającego komisję.

Odwołujący wykazał, że dwukrotnie przedmiotem testów było to samo urządzenie model DS-MCW405 producenta Hikvision. Z uwagi na to, że testom poddano to samo urządzenie, ich wynik powinien być jednakowy. Tymczasem wyniki testów w zakresie oceny jakości nagrania i jakości obrazu były różne. Również wyniki przeprowadzonej oceny w zakresie „bezpiecznego, pewnego i szybkiego mocowania” były różne dla obu wykonawców oferujących, zgodnie z oświadczeniem, takie same mocowania do urządzenia DS-MCW405. Tym samym potwierdzono, że „Zamawiający w poprzednio prowadzonym postępowaniu” (czyt. 160/Cut/19/DG/PMP) „dokonał powyższej oceny w sposób dowolny, niezwiązany z przywołanymi przez siebie zaleceniami, co doprowadziło do przyznania odmiennych ocen w testach dotyczących tych samych urządzeń i tych samych akcesoriów używanych do mocowania kamer”.

Izba nie zgodziła się, że Zamawiający mógł dokonywać w tym zakresie ocen w sposób całkowicie subiektywny, pozostawiając dowolność co do oceny całkowicie do uznania członków komisji. Zamawiający winien opisać sposób oceny w taki sposób, aby ograniczyć element subiektywnej oceny do niezbędnego minimum oraz zapewnić możliwość oceny ofert złożonych w postępowaniu w oparciu o ustalone przez siebie mierniki oceny. W ocenie Izby w tym przypadku ocena ofert nie może być dowolna, ale musi zostać opisana np. za pomocą podkryteriów, parametrów czy tych elementów metodologii, którymi Zamawiający będzie się kierował.

Ponieważ Zamawiający nie wskazał co będzie brane pod uwagę w testach, w jakich warunkach będą przeprowadzane, nie pozwalając uznać, czy warunki przeprowadzania testów będą dla wszystkich wykonawców jednakowe. Izba uznała, że taki sposób dokonywania oceny w testach akceptacyjnych narusza zasady opisane w przepisach ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, iż z uwagi na tożsamość zakwestionowanych postanowień SIWZ, zasadne jest uznanie, że wskazane naruszenia występują w przedmiotowym postępowaniu. Tym samym należy uznać, iż warunki przeprowadzenia testów zostały opisane z naruszeniem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający po otwarciu ofert nie może w wyżej opisanym zakresie dokonać czynności naprawczych. W konsekwencji naruszenia przepisów mających wpływ na wynik postępowania niezbędne jest unieważnienie przedmiotowego postępowania, podobnie jak orzekła Izba o konieczności unieważnienia postępowania nr 271/Cut/19/DG/PMP.

*Na podstawie powyższych wniosków Zamawiający dokonuje unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp - postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”.*

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie miał podstaw do unieważnienia postępowania.

Według art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak zauważa się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, ta przesłanka unieważnienia postępowania składa się z koniunkcji dwóch okoliczności, których łączne wystąpienie warunkuje możliwość unieważnienia postępowania:

- a) zaistnienie naruszenia przepisów ustawy Pzp - wada postępowania;
- b) skutek wady postępowania w postaci niemożliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia.

Naruszenie przepisów dotyczących postępowania, które skutkują unieważnieniem umowy zostały zaś enumeratywnie wymienione w art. 146 ust. 1 pkt 1-7 i ust. 6 ustawy Pzp. Innych wad postępowania skutkujących niemożnością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy ustawa Pzp nie przewiduje. W uzasadnieniu unieważnienia postępowania Zamawiający nie sprecyzował, na podstawie którego przepisu art. 146 ustawy Pzp mogłoby dojść potencjalnie do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia zawartej w wyniku rozstrzygnięcia postępowania. Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 31 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 333/09) „w ślad za powoływanym orzecznictwem, przesłanka unieważnienia postępowania pomieszczona w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp składa 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. I 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 punktach od 1 do 7 ust 1 art. 146 ustawy. Innych wad postępowania skutkujących niemożnością zawarcia ważnej umowy ustawa nie przewiduje. Wyrażone w ust. 1 art. 146 ustawy zastrzeżenie zastosowania odrębnych przepisów oznacza, że w innych regulacjach mogły zostać przewidziane odmienne przesłanki nieważności umowy - nie wymienione w ustawie oraz nie związane z naruszeniem przepisów ustawy stosowanych w trakcie postępowania”.

Wskazana przez Zamawiającego okoliczność nie jest uwzględniona w art. 146 ust. 1 pkt 1-7 ustawy Pzp. Według zaś art. 146 ust. 6 ustawy Pzp Prezes Urzędu może wystąpić 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. Można tylko domniemywać, że jest to przesłanka, którą mógł mieć na myśli Zamawiający podejmując decyzję o unieważnieniu postępowania.

W celu unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp Zamawiający musiałyby udowodnić, że w toku postępowania doszło do:

- a) naruszenia przepisów ustawy wskutek jego czynności lub zaniechania dokonania czynności; oraz
- b) naruszenie to miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Dopiero wówczas Zamawiający mógłby twierdzić, że z uwagi na upływ terminu składania ofert występuje wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W tej sprawie, z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 listopada 2019 r. (sygn. akt KIO 2217/19) zapadłego w podobnym stanie faktycznym w zakresie treści SIWZ wynika, że Testy akceptacyjne (weryfikacyjne) określone w Załączniku nr 6 do SIWZ zostały przez Zamawiającego ukształtowane w pewnym zakresie z naruszeniem przepisu art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Oznacza to, że w toku postępowania doszło potencjalnie do naruszenia przepisów ustawy Pzp, którego z uwagi na upływ terminu składania ofert nie da się już usunąć, ponieważ według art. 38 ust. 4 ustawy Pzp treść SIWZ można zmienić tylko do upływu terminu składania ofert.

Niemniej jednak, aby Zamawiający mógł unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, Zamawiający winien dodatkowo wykazać, że zaistniałe naruszenie miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Jak wskazuje się w doktrynie *„naruszenia prawa określone są w ust. 1 w sposób jednoznaczny i precyzyjny, natomiast w ust. 6 mamy do czynienia z ogólnym stwierdzeniem naruszenia, bez wskazywania konkretnego czynu lub zaniechania. Elementem kwalifikującym te czyny lub zaniechania jest skutek w postaci wpływu na wynik postępowania. Z przepisu wynika w sposób niebudzący wątpliwości, że nie musi to być bezpośredni wpływ na wybór oferty lub unieważnienie postępowania. Wystarczy uprawdopodobnienie tego wpływu, aby mógł nastąpić skutek w postaci unieważnienia umowy o zamówienie publiczne.*

*Z naruszeniem prawa mającym wpływ na wynik postępowania najczęściej będziemy mieli do czynienia przy dokonywaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Takim czynem może być np. bezpodstawne odrzucenie oferty lub ocena ofert dokonana w oderwaniu od kryteriów opisanych w SIWZ. W tych okolicznościach mamy z reguły do czynienia z bezpośrednim wpływem na wynik postępowania.*

*Z naruszeniem prawa mogącym mieć wpływ na wynik postępowania będziemy mieli do czynienia w trakcie prowadzenia postępowania przed złożeniem ofert, a nawet podczas wykonywania czynności przygotowujących postępowanie. Może to być np. określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia albo opis przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencją. (...) W takich okolicznościach wykazanie bezpośredniego wpływu na wynik może być trudne, więc ustawa dopuszcza wykazanie jedynie potencjalnej możliwości wpływu na wynik postępowania”* (tak J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych - komentarz, 14 wyd. C.H. Beck, Warszawa 2017 r., s. 668-669).

W przedmiotowej sprawie, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie wykazał, że naruszenie przez niego przepisów ustawy Pzp wskazane w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W postępowaniu, oferty złożyli następujący wykonawcy:

- a) Konsorcjum Integrale IT Sp. z o.o. i NTT Technology Sp. z o.o.
- b) Comarch Polska S.A.
- c) ENIGMA Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o.
- d) Konsorcjum: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. i ITS Solutions Sp. z o.o.
- e) UMO Sp. z o.o.

Poza Odwołującym, oferty wszystkich pozostałych wykonawców zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako sprzeczne z SIWZ.

W przypadku ENIGMA Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. i konsorcjum Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. oraz ITS Solutions Sp. z o.o. oferty tych wykonawców zostały uznane za sprzeczne z SIWZ z uwagi na dostarczenie na testy innych niż oferowane urządzeń.

Oferta Comarch Polska S.A. została odrzucona z powodu negatywnego wyniku testu F.2.1: Tworzenie bazy danych wszystkich nagrań wideo wraz z ich metadanymi oraz testu F.2.12: Możliwość zapisania na zewnętrznym nośniku (np. DVD, pamięć flash) dowolnego nagrania w otwartym formacie, w pojedynczym niezabezpieczonym pliku z kompresją MPEG-4. Nagrania te muszą zawierać znak wodny z kamery.

W przypadku wykonawcy UMO Sp. z o.o. w ogóle nie doszło do testów oferowanych urządzeń, ponieważ już sama treść złożonej oferty była sprzeczna z SIWZ, co uzasadniało jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, nawet jeżeli uznać, że Zamawiający w ten sam sposób naruszył przepisy ustawy w toku postępowania, jak w sprawie sygn. akt KIO 2217/19, to naruszenie to nie miało jakiegokolwiek znaczenia dla tego postępowania i wpływu na jego wynik. W przypadku bowiem wykonawców UMO Sp. z o.o., ENIGMA Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. i konsorcjum Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. oraz ITS Solutions

Sp. z o.o. w ogóle nie doszło do przeprowadzenia testów zakwestionowanych przez KIO wyrokiem w sprawie sygn. akt KIO 2217/19, a w przypadku Comarch Polska S.A. i Odwołującego, urządzenia w tych testach zostały uznane za przeprowadzone z wynikiem pozytywnym. Tym samym, oferta żadnego z wykonawców nie została odrzucona jako sprzeczna z SIWZ na podstawie zakwestionowanych przez KIO Testów akceptacyjnych (weryfikacyjnych), o których mowa w pkt E - Sprawdzenie parametrów jakościowych kamer nasobnych w Załączniku nr 6 do SIWZ.

W konsekwencji, nie można stwierdzić, a co wymagane jest przepisem art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, że naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp miało wpływ na wynik postępowania. W postępowaniu wykonawcy złożyli oferty, a więc wynik postępowania jest weryfikowalny, naruszenie to nie mogło też mieć potencjalnego wpływu na wynik postępowania - doszło bowiem do złożenia ofert i żadna z ofert nie została odrzucona na podstawie związanej z zakwestionowanymi postanowieniami SIWZ w innym postępowaniu. Dlatego też nie występuje sytuacja, w której dokonane przez Zamawiającego naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp mogłoby stanowić podstawę do unieważnienia zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Skoro zaś tak jest, to nie ma także podstawy do stwierdzenia, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W konsekwencji, unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie ma podstaw prawnych i winno zostać unieważnione. Zamawiający dokonując czynności unieważnienia postępowania naruszył art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W świetle powyższego Odwołujący wnosil jak w petitum odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertach, odwołaniu wraz z załącznikami, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179

ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert a w konsekwencji unieważnienie prowadzonego postępowania, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpienia po żadnej ze stron.

W odwołaniu prawidłowo przedstawiono stan faktyczny, odtworzono przebieg czynności Zamawiającego i podano zapisy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości.

**Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i w całości podlegało oddaleniu.**

Dostrzeżenia wymaga, że czynność unieważnienia postępowania stanowi wyjątek od ogólnej reguły prowadzenia postępowania w celu zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa zamknięty katalog podstaw unieważnienia postępowania nie podlega regułom wykładni rozszerzającej.

Zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego

Przesłanka powyższa może mieć zastosowanie wówczas, gdy postępowanie obarczone taką wadą, która na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia jest niemożliwa do usunięcia, a wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przesłanka unieważnienia postępowania określona tym przepisem składa się więc 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. Po drugie, dopiero ta wada postępowania, ma skutkować niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia. Wada zaistniała w postępowaniu musi być na tyle istotna, iż niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy. Nie może być to jakakolwiek wada, którą

obarczone jest postępowanie. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. W dodatku wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Należy uznać, że wszystkie wymienione w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp przypadki naruszeń ustawy odnoszące się do prowadzenia postępowania są wadą w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a więc taką, która skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania.

Izba stwierdziła, że ciężar dowodu co do zaistnienia powyższych okoliczności spoczywa na Zamawiającym, jako na podmiocie, który wywodzi skutki prawne zgodnie z art. 6 kc oraz art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym, aby udowodnić zasadność unieważnienia postępowania, Zamawiający musiałby wykazać w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, że nastąpiła taka wada niemożliwa do usunięcia powodująca możliwość unieważnienia zawieranej między stronami umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Izba ustaliła, że Zamawiający w *Informacji o unieważnieniu postępowania* powołał się na treści orzeczenia KIO 2217/19, którym to Izba unieważniła inne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez tego samego Zamawiającego odnosząc przesłanki unieważnienia do wadliwości opisu przedmiotu zamówienia, w tym do warunków badania zgodności oferowanego przez wykonawców przedmiotu do wymogów SIWZ i przebiegu samego procesu badania. Przedmiotowe postępowanie zawierało tożsame zapisy o sposobie badania – przeprowadzenia testów akceptacyjnych, gdzie testy zostały już przeprowadzone po złożeniu ofert. Oznacza to, że w tym postępowaniu, będącym obecnie przedmiotem badania Izby, Zamawiający już po otwarciu ofert i przeprowadzeniu testów akceptacyjnych na podstawie ustalonych zapisów SIWZ dowiedział się, że w sposób nieprawidłowy dokonał opisu przedmiotu zamówienia w związku ze swoimi potrzebami odnoszącymi się do przedmiotu zamówienia ustalając nieprawidłowy przebieg procesu badania przedmiotu złożonych ofert. Stwierdzenie niezgodności opisu przedmiotu zamówienia ma więc charakter niepodważalny i jednoznaczny, wynika wprost z sentencji orzeczenia Izby w sprawie KIO 2217/19. Nie ulega również wątpliwości, że okoliczność ta ustalona została po wyznaczonym terminie składania ofert w niniejszym postępowaniu.

Powyższe ustalenia w ocenie składu orzekającego Izby implikują okoliczność, że ziściła się jedna z przesłanek skutkujących możliwością unieważnienia umowy w świetle przyczyn podanych przez Zamawiającego. W opinii Izby, w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający, uzasadniając unieważnienie postępowania wykazał, że mogło mieć miejsce naruszenie przepisu ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Co prawda naruszenia przepisów dotyczących sporządzania opisu przedmiotu zamówienia ustawodawca nie wymienił wśród przesłanek skutkujących unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 ust. 1 ustawy Pzp wprost, ale podstawę taką może stanowić art. 146 ust.

6 ustawy Pzp przywołany w uzasadnieniu odwołania przez samego Odwołującego. Skoro Prezes UZP może, w przypadku dokonania przez Zamawiającego lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, wystąpić do sądu o unieważnienie umowy, to tym bardziej Zamawiający, w wyniku samokontroli postępowania, może unieważnić nieprawidłowo prowadzone postępowanie. W przeciwnym wypadku powstałby stan niepewności prawnej, gdyż zamawiający zmuszeni byłiby do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w wyniku przeprowadzenia postępowań obarczonych poważnymi i nieusuwalnymi wadami i oczekiwania na to, czy Prezes UZP wystąpi do sądu o stwierdzenie nieważności takiej umowy. Stanowisko takie wydaje się nie do zaakceptowania, zwłaszcza w kontekście wydatkowania środków publicznych i konieczności dochowania zasad związanych z dyscypliną finansów publicznych.

Podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest prawidłowe sporządzenie SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia jako elementu znaczącego i warunkującego złożenie prawidłowej oferty przez zainteresowanych wykonawców. W ocenie składu niejednoznaczność opisu odnoszącego się do przesłanek spełnienia warunków przedmiotowych zamówienia może stanowić negatywną przesłankę udziału w postępowaniu dla wykonawców i może być uznana za wadę takiego postępowania. Nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie zasad określonych w ustawie Pzp. Nie można wykluczyć, że gdyby opis przebiegu testów akceptacyjnych i ustalone zasady ich przeprowadzania były opisane inaczej, to jest bez udziału subiektywnych elementów, krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia byłby inny. Izba uważa, że do ziszczenia się przesłanki unieważnienia postępowania opisanej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wystarczający jest hipotetyczny wpływ naruszenia na możliwość unieważnienia przyszłej umowy (tak wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 76/18).

Tego rodzaju stwierdzona wada postępowania na obecnym jego etapie nie może zostać usunięta choćby przez zmianę opisu przedmiotu zamówienia, czy też jego doprecyzowanie, zgodnie z potrzebami Zamawiającego i Wykonawców. Wada ta więc ma charakter nieusuwalny. Niewątpliwie taka sytuacja ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przy czym Izba zauważa, że dokumenty złożone przez Zamawiającego na rozprawie nie były przesądzające dla brzmienia sentencji orzeczenia. Zestawienia te odnoszą się do poprzednio prowadzonych postępowań i bez szczegółowego porównania wymagań ustalonych w tych postępowaniach w stosunku do przedmiotowego postępowania, na ich podstawie nie można jednoznacznie przesądzić, że krąg podmiotów ubiegających się o dane zamówienie byłby inny.

Izba zauważa, że opis przedmiotu zamówienia winien być dokonany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący ale jednocześnie z uwzględnieniem potrzeb Zamawiającego, ponieważ prawa takiego nie można mu odmówić. Jednocześnie precyzyjne opisanie

przedmiotu zamówienia i sposobu badania tej zgodności przez Zamawiającego w stosunku do treści złożonych ofert zapobiegnie w przyszłości ewentualnej różnicy zdań między stronami umowy, tj. Zamawiającym a wykonawcą w toku realizacji przedmiotu zamówienia. Nie można również zapominać, że prawem wykonawców jest wymaganie dokonania oceny prawidłowości złożonych ofert przy uwzględnieniu jak najbardziej obiektywnie i rzeczowo opisanych kryteriów, zwłaszcza co do sposobu prowadzenia testów – badania próbek. Nie może przesądzać o prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia okoliczność, że oferty innych wykonawców zostały odrzucone na innej podstawie, niż wynik testów akceptacyjnych w zakwestionowanej przez Izbę w orzeczeniu KIO 2217/19 części. Na obecnym etapie nie można antycypować jaki charakter i przebieg miałyby ocena dokonana na podstawie zakwestionowanych przez Izbę zapisów, jaki były jej wynik, czy miałyby on obiektywny charakter w przypadku badania innych ofert. Nie można wykluczać, że doszłoby do naruszenie zasady równego traktowania, gdyby tylko oferta Odwołującego w danym zakresie przeszła z wynikiem pozytywnym daną część testów, a wyniki dla pozostałych ofert byłyby negatywne lub niejednoznaczne.

W tym stanie rzeczy, Izba uznała, iż Zamawiający unieważniając postępowanie w oparciu o przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w uzasadnieniu faktycznym unieważnienia wykazał w sposób dostateczny okoliczności skutkujące koniecznością unieważnienia postępowania, dlatego też Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia w niniejszym stanie faktycznym. Wbrew twierdzeniom Odwołującego się Zamawiający nie dokonał unieważnienia postępowania w sposób arbitralny.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....