

Sygn. akt: KIO 356/12

**WYROK**  
**z dnia 5 marca 2012 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**  
**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2012 roku przez wykonawcę **TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Agencję i Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie**

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i**

a) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę, tytułem wpisu od odwołania;

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 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:**

## UZASADNIENIE

W dniu **20 lutego 2012 roku** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. - Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 756 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, odwołanie złożył wykonawca **TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o.** z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”), w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa** w Warszawie.

Odwołanie wniesiono w związku z otrzymaniem informacji o unieważnieniu postępowania w dniu **9 lutego 2012 roku**, przesłanej wykonawcom za pomocą faksu.

Czynnościom Zamawiającego zarzucono naruszenie art. 7 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania i zaniechanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Powyższe naruszenia ustawy Pzp powodują naruszenie interesu prawnego Odwołującego. Oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza pod względem przyjętego kryterium oceny ofert, a naruszenie przepisów przez Zamawiającego powoduje, iż może on ponieść szkodę.

W związku z podniesionymi zarzutami, wnoszono o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu wskazano, że w przetargu złożyło oferty pięciu wykonawców, w tym Odwołujący, którego oferta była najtańsza. Jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu była cena.

W dniu 21 grudnia 2011 roku Zamawiający wezwał Odwołującego do "udzielenia jednoznacznej i wyczerpującej odpowiedzi czy biblioteki Qualstar model XLS812300 współpracują z oprogramowaniem HP Data Protector Linux oraz HP Data Protector HP-UX." W odpowiedzi z dnia 28 grudnia 2011 roku Odwołujący potwierdził, iż zaoferowana przez niego biblioteka taśmowa XLS812300 firmy Qualstar Corp poprawnie współpracuje z systemem backupu HP Data Protector. Odwołujący podkreślił, iż pomimo faktu, iż Zamawiający nie zawarł w SIWZ warunku by poprawna współpraca biblioteki taśmowej dotyczyła systemów backupu HP Data Protector Linux oraz HP data Protector HP-UX również tak uszczegółowione wymagania spełnia zaoferowana przez biblioteka. Na potwierdzenie swoich twierdzeń Odwołujący załączył do pisma zawierającego wyjaśnienia dokument dostępny na stronie internetowej producenta bibliotek „Applications Support for

Qualstar XLS TLS and RLS Senes Tape Libraries, November 11 2011 r."

W dniu 24 stycznia 2012 roku Zamawiający wezwał po raz kolejny Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty poprzez potwierdzenie, że oferowane biblioteki taśmowe współpracują (posiadają sterowniki) z systemami operacyjnymi Linux, są wspierane przez moduł Data Protector MediaAgent (napędy i zmieniarzka taśmek) zainstalowany na tych systemach operacyjnych i umożliwiają bezpośredni backup z ww systemów na napędy biblioteki.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż powyższe zapytanie Zamawiającego nie znajdowało uzasadnienia w treści SIWZ, ponieważ w rozdziale 1 pkt 1 ppkt 13 w tabeli w zakresie systemu backupu minimalna wymagana cecha bibliotek została opisana przez Zamawiającego w następujący sposób: "Biblioteka musi współpracować z systemem backupu HP Data Protector". W odpowiedzi z dnia 30 stycznia 2012 roku Odwołujący ponowił oświadczenie, iż zaoferowane przezeń biblioteki spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego zawarte w SIWZ. Podniósł bezzasadność żądania Zamawiającego udzielenia wyjaśnień w zakresie opisanym w wezwaniu z dnia 24 stycznia 2012 roku jako nieznajdującego oparcia w Opisie Przedmiotu Zamówienia zamieszczonym w SIWZ.

W dniu 9 lutego 2012 roku Zamawiający przesłał Odwołującemu za pomocą faksu zawiadomienie o unieważnieniu postępowania. Jako podstawę prawną swojej decyzji Zamawiający wskazał art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał, iż dopiero po otwarciu ofert dowiedział się, że na rynku istnieją biblioteki nie współpracujące z systemami operacyjnymi Linux oraz HP UX i nie są wspierane przez moduł Data Protector MediaAgent. Zamawiający podkreślił, iż cała jego infrastruktura jest oparta na systemach operacyjnych Linux oraz HP-UX, a zakup bibliotek, które nie współpracują z tymi systemami i nie są wspierane przez moduł Data Protector MediaAgent prowadziłby do braku możliwości wykorzystania sieci SAN do wykonywania backupu. Tym samym Zamawiający uznał, iż błędnie opisał przedmiot zamówienia, nie uwzględniając w nim wszystkich warunków jakie powinny spełniać biblioteki. Zdaniem Zamawiającego, ów niekompletny opis powoduje, iż postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Doszło bowiem do naruszenia przepisów ustawy, które mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania. W ocenie Zamawiającego kontynuowanie przedmiotowego postępowania prowadziłoby do zakupu bibliotek wprawdzie zgodnych z SIWZ jednak niespełniających warunków funkcjonalnych niezbędnych do prawidłowej pracy infrastruktury IT Zamawiającego, a w konsekwencji z rzeczywistymi i uzasadnionymi oczekiwaniami Zamawiającego.

Odwołujący nie zgadza się z takim stanowiskiem Zamawiającego. W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu nie zaistniały okoliczności uzasadniające

zastosowanie przez Zamawiającego wskazywanych przepisów oraz unieważnienie postępowania. Dokumentacja postępowania zawiera potwierdzenie poprawnej współpracy zaoferowanej biblioteki taśmowej z systemem backupu HP Data Protector na systemach operacyjnych Linux i HP-UX, a w konsekwencji brak jest podstaw do twierdzeń Zamawiającego zawartych w uzasadnieniu unieważnienia postępowania przetargowego, że biblioteki Qualstar XLS812300 współpracują wyłącznie z systemem backupu HP Data Protector na systemie operacyjnym Windows.

Odwołujący podkreślił, iż zaoferowane przez niego biblioteki taśmowe są nowoczesnymi urządzeniami, których zakup pozwoli Zamawiającemu korzystać z nich w sposób wymagany i zgodny z funkcją jaką pełnią te urządzenia.

Odnosząc się do działania Zamawiającego polegającego na unieważnieniu postępowania, wskazano, że czynność tę należy uznać za najbardziej radykalną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przepisy prawa zamówień publicznych określają wprost okoliczności obligujące Zamawiającego do podjęcia takiej czynności, jednak każdy z ustawowych warunków, w tym z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, podlegać powinien wnikliwej analizie i interpretacji, stosownie do szczegółów i okoliczności towarzyszących konkretnemu przypadkowi. Zatem, aby unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie normy prawnej wywodzonej z przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, należy bez cienia wątpliwości stwierdzić, że postępowanie jest obarczone wadą niemożliwą do usunięcia, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe powoduje, iż przepis ten koreluje z przepisem art. 146 ust. 1 Pzp, jak również w przypadku wystąpienia innych rażących i wpływających na wynik postępowania wad, z przepisem art. 146 ust. 6 pzp.

Bezspornym jest zdaniem Odwołującego, iż w przedmiotowym postępowaniu nie wystąpiła żadna z okoliczności opisanych w dyspozycji art. 146 ust. 1 Pzp. W ocenie Odwołującego postępowanie nie jest także obarczone żadną inną wadą, nieusuwalną, rażącą i wpływającą na wynik postępowania powodującą możliwość unieważnienia umowy. Zamawiający dokonując czynności unieważnienia postępowania w sposób rażący naruszył przepisy ustawy Pzp, co uniemożliwia przeprowadzenie badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący, który złożył ofertę w postępowaniu zgodną z treścią SIWZ oraz najtańszą, czyli najkorzystniejszą z punktu widzenia jedyne kryterium oceny ofert został pozbawiony możliwości ubiegania się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji Odwołujący poniesie szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zmiana decyzji Zamawiającego pozwoli na stworzenie Odwołującemu realnych szans w uzyskaniu zamówienia publicznego, którym jest on zainteresowany. Interes Odwołującego w koniunkcji z możliwością poniesienia szkody rozumianej jako szkoda majątkowa dają legitymację Odwołującemu do wniesienia odwołania

w przedmiotowym postępowaniu. Czynność Zamawiającego została dokonana wbrew przepisom ustawy Pzp oraz z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

Zgodnie ze stanowiskiem przedstawicieli doktryny wada uzasadniająca unieważnienie postępowania powinna tkwić w samym postępowaniu, a jednocześnie być istotna i nieusuwalna. Tylko w takim przypadku może nastąpić odwołanie się Zamawiającego do przesłanki opisanej w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp jako przyczyny unieważnienia postępowania. Treść powyższego przepisu w zestawieniu z art. 146 ust. 6 Pzp pozwala wysnuć wniosek, że rygor unieważnienia postępowania ustawodawca przewidział w szczególności wobec czynności Zamawiającego, które spowodowały naruszenie ustawy i miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania, a jednocześnie wada ta jest nieusuwalna.

Na bazie aktualnego orzecznictwa KIO oraz sądów okręgowych stwierdzić należy, że nie stanowi przyczyny unieważnienia postępowania rzekomo wadliwy opis przedmiotu zamówienia (wyrok z dnia 16 września 2010 r., sygn. KIO/UZP 1905/10, KIO/UZP 1921/10; wyrok z dnia 15 lutego 2011 r., sygn. KIO 214/11; KIO 215/11). Ponadto, składy orzekające są zgodne w kwestii wykładni art. 146 ust. 6, na którą powołuje się Zamawiający w decyzji o unieważnieniu postępowania uznając, iż choć ww przepis zawiera klauzulę generalną to zakresu jego zastosowania nie można rozciągać na wszystkie stany faktyczne obejmujące wszelkie nieprawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przesłanka unieważnienia postępowania zawarta w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp składa się z dwóch warunków, których dopiero łączne wystąpienie warunkuje zastosowanie przepisu. Po pierwsze postępowanie charakteryzuje się niemożliwą do usunięcia wadą. Oznacza to faktyczne zaistnienie wady postępowania, w odróżnieniu od wady, którą można przypisać samej umowie. Po drugie, dopiero ta wada postępowania, ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia. Wada postępowania, o której mowa w kontekście przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, która może być przyczyną jego unieważnienia, musi mieć charakter nieusuwalny i powodujący jednocześnie, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie, wskutek wystąpienia tej wady, podlegała unieważnieniu. Dla prawidłowego zastosowania normy wywodzonej z przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp konieczne zatem będzie łączne spełnienie dwóch przesłanek:

- a) wada postępowania musi być do tego stopnia istotna, że nie da się jej usunąć (nie da się konwalidować postępowania przy pomocy dostępnych Zamawiającemu czynności sanacyjnych),
- b) wada powoduje, że nawet gdyby umowa została zawarta pomimo niej, to i tak podlegałaby unieważnieniu.

Odwołujący na potwierdzenie przywołał orzecznictwo, tym wyrok z dnia 21 września

2010 r., sygn. KIO/UZP 1945/10, wyrok z dnia 5 marca 2010 r., sygn. KIO/UZP 134/10. W tym miejscu należy podkreślić, iż Zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania naruszenia żadnych konkretnych przepisów ustawy Pzp, które miałyby wpływ na wynik postępowania, zatem w świetle powyższych rozważań potwierdzonych stanowiskiem doktryny oraz KIO nie udowodnił, iż postępowanie obarczone jest wadą.

Ciężar dowodzenia występowania okoliczności uzasadniających rezygnację ze strony Zamawiającego z przeprowadzenia do końca postępowania o udzielenie zamówienia spoczywa na samym Zamawiającym. Wynika to wprost z dyspozycji normy prawnej wywodzonej z przepisu art. 93 ust. 3 Pzp.

Skoro Zamawiający nie udowodnił zaistnienia wady postępowania (nie wskazał naruszenia przez siebie bądź uczestników postępowania żadnego konkretnego przepisu ustawy Pzp) tym bardziej nie wykazał jej wpływu na wynik postępowania oraz możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Wadą ową nie jest rzekome pominięcie przez Zamawiającego elementu opisu przedmiotu zamówienia, zwłaszcza, że takiego braku nie zauważył żaden z wykonawców, zaś sam Zamawiający zidentyfikował go, jak twierdzi, dopiero po otwarciu ofert i dokonaniu ich oceny, na którą to czynność wskazuje choćby fakt dwukrotnego wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej przez niego oferty.

Reasumując, w przedmiotowym postępowaniu nie zachodzą przesłanki jego unieważnienia, zatem dokonana przez Zamawiającego czynność w sposób rażący narusza obowiązujące przepisy oraz interes Odwołującego.

W dniu **27 lutego 2012 roku** do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca **AGN Sp. z o.o. w Warszawie**, w związku z uzyskaniem w dniu 23 lutego 2012 roku informacji o wniesieniu odwołania. Wykonawca wnosił o oddalenie odwołania. Wskazywał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, ponieważ uwzględnienie odwołania może spowodować zawarcie umowy, a postępowanie obarczone jest wadą, która skutkować mogłaby unieważnieniem tej umowy. Natomiast w przypadku ponownego ogłoszenia postępowania, Przystępujący będzie mógł to zamówienie uzyskać. Mimo upływu okresu związania ofertą zgodnie z orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 roku (sygn. akt SK 22/08) nie stanowi to przeszkody do zawarcia umowy i wyboru oferty najkorzystniejszej. Celem Przystępującego jest udział w postępowaniu prowadzonym z poszanowaniem przepisów praw.

Zamawiający nie przedłożył odpowiedzi na odwołanie. Na rozprawie wnosił o jego oddalenie jako całkowicie bezzasadnego.

**Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron oraz pozostałej dokumentacji postępowania, a także stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych pisemnie i ustnie w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:**

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione dokonanie unieważnienia postępowania. Izba zważyła, że oferta złożona przez Odwołującego jest ofertą z najniższą ceną ustaloną jako jedyne kryterium w przedmiotowym postępowaniu. Unieważnienie postępowania pozbawia zatem Odwołującego możliwości wyboru jego oferty, tym samym uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie zgłoszonego przystąpienia Izba uwzględniła opozycję zgłoszoną przez Odwołującego odnośnie skuteczności przystąpienia z uwagi na niewykazanie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której wykonawca zgłosił przystąpienie oraz utratę statusu wykonawcy w postępowaniu.

Izba wskazuje, iż obligatoryjnym elementem przystąpienia do postępowania odwoławczego jest wykazanie przez zgłaszającego przystąpienie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Z uwagi na fakt upływu terminu związania ofertą i ważności złożonego wadium zabezpieczającego ofertę wykonawcy Przystępującego, w ocenie składu orzekającego, taki wykonawca nie bierze już udziału w postępowaniu i utracił on status wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp.

W ocenie składu także interesu nie można upatrywać w przyszłym postępowaniu, które czysto hipotetycznie może w przyszłości ogłosić dany Zamawiający, a wykonawca może wziąć w nim udział. Interes należy wykazać w obecnie toczącym się postępowaniu, które rozpatrywane jest przed Izbą. Interes zgłaszającego przystąpienie musi odnosić się do danego postępowania, a żądanie podtrzymania decyzji o unieważnieniu postępowania istnienia takiego interesu nie potwierdza. Interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępujący zgłasza przystąpienie winien być związany z sytuacją zgłaszającego przystąpienie w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zaś rozstrzygnięcie na korzyść strony, do której wykonawca przystępuje wpływać na pozycję tegoż wykonawcy w postępowaniu. Chęć unieważnienia postępowania i hipotetyczna wola

wzięcia udziału w hipotetycznym, przyszłym postępowaniu (co do ogłoszenia którego nie ma pewności oraz możliwości określenia, że dany wykonawca w takim postępowaniu weźmie udział) nie może zostać zakwalifikowana jako obiektywna potrzeba uzyskania rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której się przystępuje.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego, który przywołał zgłaszający przystąpienie w piśmie nie odnosił się do możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej po upływie terminu związana, ale odnosił się do możliwości zawarcia umowy po upływie terminu związania ofertą z wykonawcą, którego oferta została w terminie związania wybrana. Nie jest to zatem sytuacja adekwatna do sytuacji w toczącym się postępowaniu.

### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Przedmiot zamówienia dotyczy zakupu bibliotek taśmowych wraz z oprogramowaniem HP Data Protector oraz usługami gwarancyjnymi w okresie 36 miesięcy.

Ogłoszenie o zamówieniu: 2011/S 215-350649 opublikowano w dniu 9 listopada 2011 roku.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dokonanym załącznikiem nr 1 do SIWZ Zamawiający wymagał, aby oferowana biblioteka współpracowała z systemem backupu HP Data Protector.

Po złożeniu ofert Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zwracał się do wykonawców (w tym dwukrotnie do Odwołującego) o wyjaśnienia, czy zaproponowane biblioteki współpracują z oprogramowaniem HP Data Protector Linux oraz HP Data Protector HP-UX.

W dniu 9 lutego 2012 roku Zamawiający podjął i ogłosił wykonawcom decyzję o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Wskazał, że dopiero po otwarciu ofert dowiedział się, że na rynku istnieją biblioteki nie współpracujące z systemami operacyjnymi Linux oraz HP UX i nie są wspierane przez moduł Data Protector MediaAgent. Zamawiający podkreślił, iż cała jego infrastruktura jest oparta na systemach operacyjnych Linux oraz HP-UX, a zakup bibliotek, które nie współpracują z tymi systemami i nie są wspierane przez moduł Data Protector MediaAgent prowadziłby do braku możliwości wykorzystania sieci SAN do wykonywania backupu. Tym samym Zamawiający uznał, iż błędnie opisał przedmiot zamówienia, nie uwzględniając w nim wszystkich warunków jakie powinny spełniać biblioteki. Zdaniem Zamawiającego, ów niekompletny opis powoduje, iż postępowanie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Doszło bowiem do naruszenia przepisów ustawy, które mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania. W ocenie Zamawiającego kontynuowanie przedmiotowego postępowania prowadziłoby do zakupu bibliotek wprawdzie zgodnych z



SIWZ jednak niespełniających warunków funkcjonalnych niezbędnych do prawidłowej pracy infrastruktury IT Zamawiającego, a w konsekwencji zakupu niezgodnego z rzeczywistymi i uzasadnionymi oczekiwaniami Zamawiającego.

Na powyższą czynność odwołanie złożył wykonawca Odwołujący się.

**Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

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 jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przesłanka unieważnienia postępowania określona tym przepisem 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. 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 w niniejszej sprawie 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 piśmie z dnia 9 lutego 2012 roku uzasadniając unieważnienie postępowania na kwestionowanej podstawie wskazał, iż dopiero po otwarciu ofert dowiedział się, że w sposób nieprawidłowy dokonał opisu przedmiotu zamówienia w związku ze swoimi potrzebami odnoszącymi się do rozbudowy infrastruktury systemowej i sprzętowej. Twierdził, że w związku z podjęciem decyzji o rozbudowie posiadanego systemu w opisie przedmiotu zamówienia zawarł zbyt mało informacji w przypadku oferowania systemu i sprzętu o cechach równoważności i kompatybilności do posiadanego.

W ocenie Izby ziściła się jedna z przesłanek skutkujących możliwością unieważnienia umowy w świetle przyczyn podanych przez Zamawiającego. W opinii Izby, (nie przesądzając jednocześnie czy naruszenie przepisów ustawy Pzp niezakwalifikowane jako jedno z naruszeń określonych w art. 146 ust. 1 pkt 1-6 ustawy może być podstawą do unieważnienia postępowania w oparciu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy), w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający, uzasadniając unieważnienie niniejszego 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, ale podstawę taką może stanowić art. 146 ust. 6 ustawy Pzp przywołany w uzasadnieniu unieważnienia przez Zamawiającego. 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. Podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest prawidłowe sporządzenie SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia jako elementu znaczącego i warunkującego złożenie prawidłowej oferty przez zainteresowanych wykonawców. Skoro cała infrastruktura Zamawiającego oparta jest na systemach operacyjnych Linux i HP-UX, to zakup biblioteki, w przypadku której istnieje choćby potencjalna możliwość niespełnienia powyższego parametru, prowadziłyby do nieadekwatności zakupionego przedmiotu do potrzeb Zamawiającego.

Konieczność wyboru oferty najkorzystniejszej cenowo, odpowiadającej wymogom SIWZ ale nie odpowiadającej potrzebom Zamawiającego z uwagi na wadliwy opis przedmiotu zamówienia niewątpliwie można uznać za wadę postępowania mającą wpływ na jego wynik. Takie działanie doprowadzić może także do wydatkowania środków niezgodnie z przepisami ustawy o finansach publicznych, czyli w sposób niecelowy, z pominięciem zasady oszczędności i uzyskania najlepszych efektów z danych nakładów, ponieważ zakup bibliotek

nie kompatybilnych do użytkowanego systemu i oprogramowania rodziłby potrzebę zmiany infrastruktury w całości lub w znaczącej jej części. Tego rodzaju wada postępowania na tym jego etapie nie może zostać usunięta choćby przez zmianę opisu przedmiotu zamówienia, czy też jego doprecyzowanie, zgodnie z potrzebami Zamawiającego. Niewątpliwie taka sytuacja ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Możliwość zaistnienia takiej sytuacji pokazał już przebieg rozprawy, gdzie między stronami trwała dyskusja na temat spełniania odnośnie oferowanej przez Odwołującego biblioteki powyższych wymagań. Dyskusja ta nie mogła wpłynąć na sentencję orzeczenia, ponieważ oferta Odwołującego nie została przez Zamawiającego odrzucona jako nieodpowiadająca treści SIWZ z tego prostego powodu, że wymogi o których spełnianiu dyskutowano nie zostały wprost wyartykułowane w zapisach SIWZ. Zamawiający nie mógł zatem wnioskować o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i nie mógł jednocześnie wybrać oferty, której charakter być może nie odpowiada wprost jego potrzebom, które nie zostały w sposób właściwy opisane. Dokumenty składane przez Odwołującego odnoszą się do wymagań, które nie zostały w SIWZ uwzględnione, a więc wnioskowanie na ich podstawie o wymaganiach niewyspecyfikowanych wprost w SIWZ uznać należałoby za błędne.

Stanowisko Zamawiającego potwierdza również pismo złożone na rozprawie datowane na dzień 1 marca 2012 roku, ale w swej treści odnoszące się do etapu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wynika z niego, że Zamawiający chciał zakupić sprzęt umożliwiający bezpośredni backup danych z serwerów Windows, Linux i HP-UX na zamawiane biblioteki taśmowe. Każde więc inne rozwiązanie wiąże się z modyfikacją infrastruktury i kosztami dla Zamawiającego. 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 zapobiegnie w przyszłości ewentualnej różnicy zdań między stronami umowy, tj. Zamawiającym a wykonawcą w toku realizacji przedmiotu zamówienia.

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.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Wbrew twierdzeniom Odwołującego się Zamawiający nie dokonał unieważnienia postępowania w sposób arbitralny.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji nie dopatrując się w działaniu Zamawiającego naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zasady zachowania uczciwej konkurencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 3 pkt 1 i § 5 ust 4 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), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**