

WYROK
z dnia 10 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2014 r. przez wykonawcę **ADT Group Sp. z o.o. z Warszawy** w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Rynku Rolnego z Warszawy**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Agencję Rynku Rolnego z Warszawy i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ADT Group Sp. z o.o. z Warszawy** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Agencji Rynku Rolnego z Warszawy** na rzecz **ADT Group Sp. z o.o. z Warszawy** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) 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 postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na rozbudowę i modernizację infrastruktury pamięci masowej przez Agencję Rynku Rolnego (dalej „zamawiający”), wykonawca ADT Group z Warszawy (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) [dalej ustawa Pzp], zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, poprzez jego zastosowanie pomimo braku zaistnienia sytuacji, która mogłaby skutkować jego zastosowaniem i w konsekwencji bezpodstawne unieważnienie postępowania,
2. art. 93 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez brak podania uzasadnienia faktycznego, które uzasadniałoby zastosowanie przesłanki unieważnienia postępowania,
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. dokonania unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
2. dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp

oraz o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący ocenił, że w bardzo lakonicznym uzasadnieniu zamawiający wskazał, że podstawą prawną unieważnienia postępowania jest art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp (dotknięcie postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy). Odwołujący podał, że w uzasadnieniu zamawiający użył pojęcia „terminy zakończenia okresu gwarancji dla systemów deduplikacji danych kopii zapasowych”, a następnie próbował definiować, że chodziło mu o „udzielenie trzyletniego wsparcia technicznego dla całości Zamawianego sprzętu i oprogramowania” oraz „Wsparcie Premium” jak gdyby były to pojęcia tożsame, czego jednak nigdzie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) nie wskazał. Odwołujący uznał, że zamawiający bardzo ogólnie wskazał na miejsca w SIWZ, gdzie miałyby dojść do wskazania „różnych terminów” dla „tej samej” usługi.

Powołując się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 30 sierpnia 2010r. IV Ca 831/10 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2011 r. w sprawie o sygn. akt 849/11 podniósł, że „przesłanki do unieważnienia powinny być traktowane w drodze wyjątku”, a nadto, że przesłanki unieważnienia nie powinny być interpretowane rozszerzająco.

Wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający zawarł szczegółowe wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia w Specyfikacji technicznej i ilościowej przedmiotu zamówienia (dalej „ST”) stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ oraz w Istotnych Postanowieniach Umowy (dalej „IPU”) stanowiących Załącznik nr 4 do SIWZ.

Podał, że w SIWZ w pkt II zamawiający opisał przedmiot zamówienia i na str. 2 tego opisu wyodrębnił elementy zwane łącznie sprzętem i oprogramowaniem nr 1, 2 i 3, a nadto w pkt II.1.6 SIWZ zamawiający przesądził, iż przedmiotem zamówienia jest udzielenie trzyletniego wsparcia technicznego (gwarancji jakości) dla całości zamawianego sprzętu i oprogramowania nr 1, 2 i 3. Szczegółowy opis zamawiający zawarł także w IPU w § 1 pkt 6 (zapis zawarty w SIWZ został powtórzony)

Odwołujący wskazał także, że IPU zawierają załącznik, którym jest Specyfikacja techniczna – jest to załącznik zarówno do SIWZ jak i do IPU. Podał, że w treści Specyfikacji technicznej w wyodrębnionej części II (tożsamej z oprogramowaniem nr 2) pkt 1d wskazano (strona 15 i 40), iż przedmiotem zamówienia jest również Wsparcie Premium do 30 października 2015 r. dla oferowanych komponentów.

W ocenie odwołującego opis przedmiotu zamówienia został sporządzony prawidłowo i jasno z niego wynika, iż zamawiający oczekiwał od wykonawców udzielenia trzyletniego wsparcia technicznego (gwarancji jakości) dla całości zamawianego sprzętu i oprogramowania nr 1, 2 i 3, co jest spójne w dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia (strona 2 i 21). Odwołujący podał, że dodatkowo zamawiający wskazał, w wyodrębnionej części II pkt 1d – Rozbudowa systemów deduplikacji danych kopii zapasowych, o których mowa w § 1 ust. 2 Umowy (tożsamej ze sprzętem i oprogramowaniem nr 2), iż przedmiotem zamówienia jest również Wsparcie Premium do 30 października 2015 r. dla oferowanych komponentów.

W ocenie odwołującego taki opis przedmiotu zamówienia miał na celu wzmocnienie gwarancji, poprzez poszerzenie jej dla elementu rozbudowy systemów deduplikacji danych kopii zapasowych.

Podkreślił, iż trzyletnie wsparcie techniczne dla całości zamawianego sprzętu nr 1, 2 i 3 miało być udzielane ze strony wykonawcy (§ 5 pkt 1 IPU - strona 28), natomiast Wsparcie Premium do 30 października 2015 r. dla oferowanych komponentów – jako dotyczące produktu nabywanego od Producenta, jest udzielane przez Producenta, co niesie za sobą dodatkowe koszty po stronie wykonawcy, i co uzasadnia żądanie przez zamawiającego krótszego okresu Wsparcia Premium od wykonawców.

Odwołujący stwierdził, iż dla osób związanych z branżą przedmiotowego postępowania informacje te są oczywiste i nie stanowią utrudnienia w rozumieniu opisu przedmiotu zamówienia.

Wskazał również, iż żaden z wykonawców ubiegających się o zamówienie nie zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ w tym aspekcie, co potwierdza fakt, iż informacje zawarte w SIWZ były jasne i czytelne.

Odwołujący stanął na stanowisku, że możliwe rozbieżności w interpretacji wynikać mogą jedynie z błędnego zapoznania się wykonawców z SIWZ, a w szczególności z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w specyfikacji technicznej, czego konsekwencją mogło być błędne oszacowanie ceny.

Zdaniem odwołującego praktyka, polegająca na unieważnianiu postępowań z powodu mało czytelnego opisu przedmiotu zamówienia mogłoby doprowadzić do absurdu polegającego na tym, iż praktycznie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający mógł doprecyzować dokładniej lub czytelniej przedmiot.

Odwołujący ocenił, że zamawiający został wprowadzony w błąd przez wykonawcę Integrity Solutions Sp. z o.o., który w piśmie z dnia 22 kwietnia 2014 r. domniemywał „rozbieżności”, tj. wskazywał na swoje „wątpliwości” które miały być spowodowane „rozbieżnym” ujęciem :

1. długości okresu wsparcia technicznego (gwarancji jakości) dla całości zamawianego sprzętu i oprogramowania nr 1, 2 i 3. (3 lata),
2. długości okresu „Wsparcia Premium” dla oferowanych komponentów Rozbudowy systemów deduplikacji danych kopii zapasowych,

ponieważ „wsparcie techniczne” (gwarancja jakości) dla całości sprzętu i oprogramowania jest czymś zupełnie innym niż „Wsparcie Premium” dla oferowanych komponentów Rozbudowy systemów deduplikacji danych kopii zapasowych.

Powołując się na § 5 wzoru umowy do SIWZ stwierdził, że zostały w nim jasno określone zasady gwarancji jakości świadczonej ze strony wykonawcy, natomiast Wsparcie Premium jest inną zakresowo usługą, która może być nabyta od Producenta.

Odwołujący podniósł, że aby prawidłowo unieważnić postępowanie zamawiający musiałby wykazać powiązanie art. 93 ust. 1 pkt 7 z 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 przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania).

Wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu nie było naruszenia przepisu ustawy, a nawet gdyby przyjąć skrajnie szeroką interpretację art. 29 ust. 1 ustawy Pzp i uznać, że każdy najmniejszy przykład jakiegokolwiek możliwości odmierności w rozumieniu

poszczególnych postanowień jest naruszeniem tego przepisu, to naruszenie to nie miało lub nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania, ponieważ odwołujący złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę.

Stanął na stanowisku, że wykonawca Integrity Solutions sp. z o.o. w chwili obecnej szuka jakiegokolwiek sposobu, aby uniemożliwić podpisanie prawidłowej, ważnej umowy.

Odnosnie do zarzutu naruszenia art. 93 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez brak podania uzasadnienia faktycznego, które uzasadniałoby zastosowanie przesłanki unieważnienia postępowania odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp postępowanie należy unieważnić nie w przypadku zaistnienia jakiejkolwiek wady niemożliwej do usunięcia, ale takiej wady, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie odwołującego w przedmiotowym przypadku zamawiający, poza ogólnym wskazaniem na „nieporównywalność ofert”, nie opisał, na czym ta „nieporównywalność” miałaby polegać, a wręcz wskazał, że nie ma podstaw do odrzucenia ofert, co oznaczało, że oferty te zbadał).

Wskazał, że poza niedostatecznym wykazaniem „wad”, zamawiający nie wykazał, dlaczego ta domniemana przez niego „wada” wpływa na wynik postępowania.

Odwołujący stanął na stanowisku, że brak wykazania bezpośredniego wpływu na wynik postępowania jest najlepszym dowodem na to, że unieważnienie zostało dokonane bezpodstawnie.

Odnosnie do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej odwołujący podniósł, że skoro zamawiający unieważnił postępowanie, to powinien zaniechać czynności badania i oceny ofert – z uzasadnienia zawiadomienia o unieważnieniu postępowania należy jednak wnioskować, iż zamawiający dokonał badania ofert, gdyż wskazał, że oferty złożone przez wykonawców są prawidłowe i nie podlegają wyjaśnieniu. Odwołujący uznał na tej podstawie, że skoro nie ma możliwości, iż którakolwiek oferta złożona w postępowaniu podlegała odrzuceniu lub któryś z wykonawców mógł być wykluczony z postępowania, to konieczne jest dokonanie czynności oceny ofert, a następnie zgodnie z art. 91 ust 1 Pzp wybór oferty najkorzystniejszej.

Odnosnie do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że zamawiający w sposób skrajnie nierówny potraktował odwołującego i wykonawcę Integrity Solutions Sp. z o.o., ponieważ nie wybrał oferty odwołującego pomimo, że jest najkorzystniejsza i nie podlega odrzuceniu, natomiast uwzględnił absurdalną argumentację

wykonawcy Integrity Solutions Sp. z o.o., unieważniając postępowanie i uniemożliwiając uzyskanie zamówienia przez odwołującego.

Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów, w tym z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, odpowiedzi zamawiającego na odwołanie – pismo z dnia 6 czerwca 2014 r., pisma procesowego odwołującego z dnia 10 czerwca 2014 r., a także stanowisk stron, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności i zaniechań zamawiającego.

Na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) oraz *Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (Druk ZP-PN)* [dalej „Protokół”] skład orzekający Izby ustalił, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej była cena (Rozdział XV *SIWZ*) ofertę z najniższą ceną złożył odwołujący (pkt 9 *Protokołu*). Ponieważ zarzuty odwołania zmierzają do unieważnienia czynności unieważnienia postępowania to oznacza to, że uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz poddania oferty odwołującego badaniu i ocenie, a zatem dałoby odwołującemu szansę na uzyskanie tego zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odwołujący, pismem z dnia 16 maja 2014 r., przedłużył termin związania ofertą do 20 czerwca 2014 r. wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium (Oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą z dnia 16 maja 2014 r.).

Izba dopuściła dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym:

1. *Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (Druk ZP-PN)* [dalej nadal „Protokół”].
2. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”).
3. Oferta odwołującego.
4. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 14 kwietnia 2014 r. skierowane do

- wykonawcy Integrity Solutions Sp. z o.o. (dowód opłacenia polisy)
5. Odpowiedź wykonawcy Integrity Solutions Sp. z o.o. z dnia 15 kwietnia 2014 r. na ww. wezwanie (uzupełnienie dokumentów – dowód opłacenia polisy).
 6. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 15 kwietnia 2014 r. skierowane do wykonawcy Infrastructure & Business Consulting Group Sp. z o.o.
 7. Odpowiedź wykonawcy Infrastructure & Business Consulting Group Sp. z o.o. z dnia 17 kwietnia 2014 r. na ww. wezwanie (uzupełnienie dokumentów – zobowiązanie podmiotu trzeciego, KRS, polisa OC, dowód opłacenia polisy).
 1. Pismo Integrity Solutions Sp. z o.o. z dnia 22 kwietnia 2014 r.
 2. *Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania* z dnia 14 maja 2014 r. (dalej także „Zawiadomienie”).

Zarzut bezpodstawnego unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp potwierdził się.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem skład orzekający Izby ustalił, że żaden z wykonawców nie zwracał się do zamawiającego o wyjaśnienie treści *SIWZ* w zakresie gwarancji dla systemów deduplikacji danych kopii zapasowych (co do rozbieżności w opisie tej gwarancji w *SIWZ*).

Na podstawie pkt. 7 *Protokołu* skład orzekający Izby ustalił, że otwarcie ofert w przedmiotowym postępowaniu nastąpiło w dniu 20 marca 2014 r.

Jak wynika z pkt. 9 *Protokołu* oferty złożyło 4 wykonawców z cenami (narastająco):

1. 2 760 120 zł (oferta odwołującego),
2. 2 767 500 zł,
3. 2 880 045 zł (oferta Integrity Solutions Sp. z o.o.)
4. 2 896 650 zł.

Na podstawie pkt .10 *Protokołu* oraz wezwań skierowanych do wykonawców (z dnia 14 i 15 kwietnia 2014 r.) skład orzekający Izby ustalił, że zamawiający wzywał wykonawców do złożenia (uzupełnienia) dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dokumenty te zostały uzupełnione 15 i 17 kwietnia 2014 r.

Skład orzekający Izby ustalił także, że w toku postępowania, po terminie otwarcia ofert, w piśmie Integrity Solutions Sp. z o.o. z dnia 22 kwietnia 2014 r., skierowanym do zamawiającego, wskazano: „W imieniu wykonawcy – Integrity Solutions Sp. z o.o. (...), po dokonaniu wglądu do ofert przez konkurencyjnych wykonawców (...) chciałbym zwrócić uwagę na możliwość niejednoznacznej interpretacji przez oferentów treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, co skutkować może nieprawidłową kalkulacją cen

przedstawionych w złożonych ofertach, a w konsekwencji przekładać się również na jakość produktu i usługi końcowej (...)", a nadto: „Zarówno Specyfikacja Istotnych Warunków zamówienia, jak również załączone doń Istotne Postanowienia Umowy, wymagają od wykonawców udzielenia trzyletniego wsparcia technicznego (gwarancji jakości) dla całości zamawianego sprzętu i oprogramowania nr 1, 2 i 3 (zob. punkt II.2.6) SIWZ, § 1 ust. 6 IPU). Wątpliwości w tym zakresie powoduje rozbieżne ujęcie długości okresu wsparcia technicznego w Specyfikacji Technicznej i Ilościowej Przedmiotu zamówienia i oprogramowania nr 2, tj. rozbudowy systemów deduplikacji danych kopii zapasowych, który to okres wsparcia określono „do dnia 30.10.2015 r.” (punkt II d STiPZ). Powyższa rozbieżność interpretacyjna powoduje, że wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu mogli (...) skalkulować cenę biorąc pod uwagę krótszy niż wymagany okres wsparcia technicznego (gwarancji jakości)”.

W *Zawiadomieniu o unieważnienia postępowania* z dnia 14 maja 2014 r. zamawiający, powołując się na art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, wskazał następujące uzasadnienie unieważnienia postępowania:

„Zamawiający w IPU (Załącznik nr 4 do SIWZ) i Specyfikacji technicznej i ilościowej przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1a do SIWZ) podał różne terminy zakończenia świadczenia okresu gwarancji dla systemów deduplikacji danych kopii zapasowych (udzielenie trzy letniego wsparcia technicznego dla całości Zamawianego sprzętu i oprogramowania oraz Wsparcie Premium do 30 października 2015 r.). Oferty złożone przez Wykonawców są prawidłowe i nie podlegają wyjaśnieniu (gdyż mogłoby to naruszyć wynikający z art. 87 ust. 1 ustawy zakaz prowadzenia między Zamawiającym a Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty) lub uzupełnieniu w aspekcie stwierdzonej wady SIWZ. W wyniku ww. wady część Wykonawców mogła złożyć ofertę z wyższą ceną, która uwzględni dłuższy termin świadczenia usługi, a część Wykonawców mogła złożyć ofertę z niższą ceną, która uwzględni krótszy termin świadczenia usługi. W efekcie mogły zostać złożone oferty, których porównywanie nie jest możliwe. Zatem ww. wada mogłaby mieć wpływ na wynik postępowania”.

Z powyższych ustaleń składu orzekający Izby wynika, że:

1. żaden z wykonawców, przygotowując ofertę nie miał wątpliwości, jak interpretować postanowienia SIWZ w zakresie gwarancji dla systemów deduplikacji danych kopii zapasowych (brak wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ),
2. zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania (w dniu 14.05.2014 r.) niemal po dwóch miesiącach od terminu otwarcia ofert (20.03.2014 r.), podejmując uprzednio działania w zakresie badania i oceny ofert (wezwania do

uzupełnienia dokumentów),

3. zamawiający unieważnił postępowanie po wpływie, po terminie otwarcia ofert, informacji od wykonawcy, którego cena nie była najkorzystniejsza (nie była najniższa cenowo).

Na rozprawie zamawiający oświadczył, że potrzebę analizy podstaw do unieważnienia postępowania wywołało porównanie cen złożonych w postępowaniu, to jest pewna rozbieżność pomiędzy ofertami na poziomie 2,9 mln zł oraz na poziomie 2,8 mln. Oświadczył także, że od tego momentu prowadzona była przez zamawiającego analiza, co rozbieżność tę mogło spowodować, zaś potrzeba uzyskania również analizy prawnej doprowadziła do podjęcia decyzji dopiero w maju.

W ocenie składu orzekającego Izby oświadczenia zamawiającego budzić muszą wątpliwości, ponieważ:

1. różnica cen pomiędzy ceną najniższą (2 760 120 zł) a ceną najwyższą (2 896 650 zł) w przedmiotowym postępowaniu wynosi 136 530 zł, tj. niespełna 5 % – taki poziom różnic, w ocenie składu orzekającego Izby, nie uzasadnienia twierdzenia o rozbieżności cen; wskazany przedział cenowy (2 760 120 zł – 2 896 650 zł) wpisuje się w pożądaną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego konkurencję pomiędzy wykonawcami;
2. ponad niemal dwumiesięczny okres, jaki upłynął pomiędzy terminem otwarciem ofert (kiedy wszystkie ceny były już znane zamawiającemu) a terminem unieważnienia postępowania jest nadmiernie długi dla analizy wątpliwej dla zamawiającego kwestii, biorąc także pod uwagę niezbyt rozbudowaną treść SIWZ i złożonych ofert; nadto w dokumentacji postępowania nie ma „analizy prawnej”, na której oczekiwanie powoływał się zamawiający; zamawiający nie przedstawił jej także na rozprawie; podjęcie przez zamawiającego działań w zakresie badania i oceny ofert, a w jej ramach wzywaniu wykonawców do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp świadczy raczej, że „potrzeba analizy” zaktualizowała się po terminie wezwań i uzyskanych uzupełnień, tj. po 17 kwietnia 2014 r. – za nieracjonalne uznać bowiem należy podejmowanie przez zamawiającego działań i angażowanie wykonawców zanim nie zapadnie decyzja (skoro wątpliwości takie powstały) o konieczności unieważnienia postępowania albo uznania, że brak ku temu podstaw.

W ocenie składu orzekającego Izby informacja o wątpliwościach co do interpretacji postanowień SIWZ, pochodząca od wykonawcy, który nie złożył w postępowaniu

najkorzystniejszej cenowo oferty, w sytuacji gdy informacja została złożona po tak długim czasie od otwarcia ofert, podjęciu przez zamawiającego działań w zakresie badania i oceny ofert, w tym nie wykluczeniu żadnego z wykonawców, winna być poddana przez zamawiającego szczególnie wnikliwej analizie, uwzględniającej fakt, że unieważnienia postępowania (z przyczyn wskazanych w informacji) jest dla takiego wykonawcy korzystne, ponieważ dałoby mu kolejną szansę na ubieganie się o udzielenie zamówienia przy powtórzeniu postępowania przez zamawiającego.

Oceniając prawidłowość czynności zamawiającego, polegającej na unieważnieniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przyczyn, o których mowa w *Zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania* w pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że zamawiający nie wskazał, które postanowienia w ramach liczących łącznie 31 stron Istotnych Postanowień Umowy (Załącznik nr 4 do *SIWZ*) oraz, które postanowienia liczącej 7 stron Specyfikacji technicznej i ilościowej przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1a do *SIWZ*) doprowadziły go do wniosku, iż podał „różne terminy zakończenia świadczenia gwarancji dla systemów deduplikacji danych kopii zapasowych”, tym bardziej, że jednym z załączników do Istotnych Postanowień Umowy stanowi Specyfikacja techniczna i ilościowa przedmiotu zamówienia.

Podnieść należy, że zamawiający odwołał się do pojęcia „termin zakończenia świadczenia okresu gwarancji dla systemów deduplikacji danych kopii zapasowych”, nie wskazując jednocześnie postanowień *SIWZ*, w których zamawiający użył tego pojęcia i zażądał jednocześnie różnych terminów tej gwarancji.

Wtrącone w nawiasie *Zawiadomienia* wyjaśnienie prowadzi do konstatacji, że zamawiający uznał, iż nieusuwalna wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy tkwi w treści *SIWZ* i polega na tym, że zamawiający odmiennie opisał swoje wymagania co do terminu gwarancji dla systemów deduplikacji danych kopii zapasowych (raz wskazał okres trzech lat, drugi raz: do 30 października 2015 r.), przyjmując uprzednio, iż pojęcia „wsparcie techniczne” i „Wsparcie Premium” są znaczeniowo tożsame, wobec czego nie jest możliwe świadczenie „wsparcia technicznego” oraz „Wsparcie Premium” w tych (różnych) terminach.

W tym miejscu przypomnienia wymaga, że to na zamawiającym spoczywa ciężar dowodu co do zaistnienia przesłanek uzasadniających unieważnienie postępowania, jako na podmiocie, który wywodzi skutki prawne (zgodnie z art. 6 kc i art. 190 ust.1 ustawy Pzp).

W przedmiotowej sprawie zamawiający musiałby wykazać w sposób nie budzący wątpliwości, iż pojęcia „wsparcie techniczne” i „Wsparcie Premium” są znaczeniowo tożsame, czego nie uczynił ani w *Zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania*, ani nawet na rozprawie. Przeciwnie, na rozprawie zamawiający potwierdził, że czym innym jest Wsparcie

Premium, a czym innym wsparcie techniczne.

W ocenie składu orzekającego Izby zamawiający nie miał podstaw, aby przyjąć, że profesjonalni uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie zdawali sobie sprawy z różnic w świadczeniu wsparcia w ramach wsparcia technicznego (poziom podstawowy) oraz w ramach Wsparcia Premium. Wątpliwości takie nie pojawiły się na etapie przed terminem składania ofert i zamawiający kwestii tej nie wyjaśniał także z wykonawcami z wykorzystaniem przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Wobec tego, że zamawiający nie wykazał istnienia nieusuwalnej wady w treści samej SIWZ, będącej podstawą przygotowania i składania ofert, ujawniony przez zamawiającego na rozprawie zamiar zawarcia umowy na świadczenie jednej usługi, tj. usługi Wsparcia Premium w terminie do dnia 30 października 2015 r. pozostaje w tych okolicznościach bez znaczenia, podobnie jak obawa zamawiającego co do konieczności opłaty Wsparcia Premium u producenta po 30 października 2015 r. (w związku z upływem Wsparcia Premium wcześniej niż trzyletnie wsparcie techniczne).

Fakt, że zamawiający nie wykazał jakiegokolwiek wady SIWZ bezprzedmiotowymi czyni rozważania co do wpływu wady na wynik postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby uznał, że zamawiający z naruszeniem przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp unieważnił przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarzut podania takiego uzasadnienia faktycznego, które uzasadniałoby zastosowanie przesłanki unieważnienia postępowania potwierdził się.

Zarzut, pomimo wskazania przez odwołującego w odwołaniu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 93 ust. 3 ustawy Pzp, obligującego zamawiającego do równoczesnego zawiadomienia wszystkich wykonawców o unieważnieniu postępowania z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego sprowadza się w istocie do zakwestionowania przez odwołującego istnienia podstaw do unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co skład orzekający Izby rozstrzygnął, rozpoznając zarzut pierwszy powyżej.

Zarzut zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej nie potwierdził się.

Z pkt 11 i 12 *Protokołu* rzeczywiście wynika, że żaden wykonawca nie został przez zamawiającego wykluczony, a nadto, że oferta żadnego z wykonawców nie została odrzucona. Jednocześnie jednak z *Zawiadomienia o unieważnieniu postępowania* wynika, że zamawiający, dostrzegając rozbieżność terminów zakończenia świadczenia okresu gwarancji dla systemów deduplikacji danych kopii zapasowych odstąpił od badania zgodności treści ofert z treścią SIWZ, uznając że nie jest w stanie tego dokonać, gdyż na przeszkodzie stoi przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz niemożność uzupełnienia ofert „w aspekcie stwierdzonej wady SIWZ”.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zamawiający nie dokonał jeszcze – nie zakończył czynności badania i oceny ofert, stąd nakazał zamawiającemu dokonanie (dokończenie) czynności badania i oceny ofert.

Zarzut przeprowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania, czym zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Odwołujący podniósł ten zarzut uznając, że naruszenie zasady równego traktowania wykonawców nastąpiło, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego i uwzględnienie przez zamawiającego „absurdalnej argumentacji” wykonawcy Integrity Solutions Sp. z o.o.

Po pierwsze, wskazać należy, że odwołujący nie wykazał (nie podjął nawet takiej próby), że zamawiający unieważnił postępowanie na skutek uwzględnienia argumentacji wskazanego wykonawcy, ani tego, że argumentacja ta była absurdalna. Z całą pewnością o absurdalności tej argumentacji nie świadczy fakt, że odwołujący z argumentacją tą się nie zgadza.

Nawet gdyby tak było (argumentacja by była absurdalna) to i tak nie można by było uznać, że zamawiający „w sposób skrajnie nierówny potraktował” odwołującego i Integrity Solutions Sp. z o.o., ponieważ z jednej strony nie można odmówić żadnemu z wykonawców prawa do informowania zamawiającego o dostrzeżonych nieprawidłowościach postępowania, a zamawiającemu, który za prawidłowość prowadzonego przez siebie postępowania odpowiada analizie takich informacji, z drugiej strony wybór oferty najkorzystniejszej musi być wynikiem ustalenia przez zamawiającego, że treść tej oferty jest zgodna z treścią SIWZ i ustalenia, że jest to oferta najkorzystniejsza w świetle wskazanego/wskazanych w SIWZ kryterium/kryteriów.

Wobec potwierdzenia się zarzutu bezpodstawnego unieważnienia przez zamawiającego postępowania skład orzekający Izby uwzględnił odwołanie.

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

Przewodniczący: