

WYROK
z dnia 17 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2013 r. przez **wykonawcę Impulsy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 00-528 Warszawa, ul. Hoża 1/6** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Psychiatryczny Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Węgorzewie, 11-600 Węgorzewo, ul. Józefa Bema 24**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Informatyzacja Szpitala Psychiatrycznego SPZOZ w Węgorzewie” w ramach projektu „Wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego w Szpitalu Psychiatrycznym Samodzielnym Publicznym Zakładzie Opieki Zdrowotnej w Węgorzewie”, współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej - Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Warmia i Mazury 2007-2013.

2. Kosztami postępowania obciąża Szpital Psychiatryczny Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Węgorzewie, 11-600 Węgorzewo, ul. Józefa Bema 24 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Impulsy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 00-528 Warszawa, ul. Hoża 1/6 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Szpitala Psychiatrycznego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Węgorzewie, 11-600 Węgorzewo, ul. Józefa Bema 24 na rzecz wykonawcy Impulsy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 00-528 Warszawa,

ul. Hoża 1/6 kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaste 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 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Szpital Psychiatryczny Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Węgorzewie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Informatyzacja Szpitala Psychiatrycznego SPZOZ w Węgorzewie” w ramach projektu „Wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego w Szpitalu Psychiatrycznym Samodzielnym Publicznym Zakładzie Opieki Zdrowotnej w Węgorzewie”, współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej - Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Warmia i Mazury 2007-2013.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 stycznia 2013 r., nr 2013/S 020-030834.

Zamawiający unieważnił w dniu 23 maja 2013 r. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (zawiadomienie z tej daty).

A. Wykonawca Impulsy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - odwołujący w obecnym postępowaniu odwoławczym, którego oferta została wybrana w wyniku badania i oceny ofert, jako najkorzystniejsza (zawiadomienie z dnia 7 maja 2013 r.) - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2013 r. odwołanie, w którym na wstępie wykazał zachowanie terminu do wniesienia odwołania i podniósł posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody spowodowanej uniemożliwieniem uzyskania zamówienia, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W dalszej treści zarzucił zamawiającemu dokonanie czynności unieważnienia postępowania bezpodstawnie i niezgodnie z rzeczywistym stanem faktycznym i prawnym, a przez to naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 Pzp.

Odwołujący żądał nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania oraz o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania zgodnie z wykazem przedłożonym na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że w dniu 07.05.2013 r. został zawiadomiony o wyborze jego oferty, a w dniu 23.05.2013 r. o unieważnieniu postępowania ze wskazaniem podstawy prawnej - art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz podstawy faktycznej - czynności wynikającej z

konsekwencji wad postępowania, za które zamawiający czuje się odpowiedzialny. Zamawiający stwierdził, że przez rozbieżne wyjaśnienie postanowień pkt 2 załącznika nr 1A do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w skrócie SIWZ), wprowadził wykonawców w błąd, dopuszczając do sprzecznych interpretacji postanowień. Wskazał, że np. odwołujący wykreślił przedmiotowy wymóg, a część wykonawców nie uwzględniła skutków wyjaśnienia treści SIWZ. W ocenie zamawiającego sytuacja powyższa pozwala na unieważnienie postępowania, gdyż nie jest już możliwe usunięcie wad i kontynuowanie postępowania.

Odwołujący nie zgodził się z czynnością unieważnienia postępowania oraz z przedstawioną argumentacją prawną i faktyczną, gdyż w jego ocenie zamawiający unieważnił postępowanie bezpodstawnie, niezgodnie ze stanem faktycznym i z naruszeniem przepisów Pzp.

Na potwierdzenie zarzutów i wniosków odwołania odwołujący przedstawił argumentację:

I. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp powinien być interpretowany ściśle, zgodnie z jego dyspozycją oraz znaczeniem użytych w nim pojęć. Przesłanka unieważnienia postępowania zawarta w tym przepisie składa się z koniunkcji łącznej dwóch przesłanek:

- 1) postępowanie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą,
- 2) wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Dopiero łączne wystąpienie przesłanek warunkuje zastosowanie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, co oznacza, że zamawiający, w pierwszej kolejności powinien dowieść, że postępowanie obciążone jest wadą niemożliwą do usunięcia, a w drugiej, że wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia.

Na konieczność łącznego rozumienia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, odwołujący wskazał przykładowo wyrok KIO z dnia 31 marca 2009 r., sygn. akt KIO/333/09, w którym podkreślono obligatoryjność łącznego traktowania wypowiedzi ustawodawcy ujętych w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, niezbędnego do jego prawidłowej interpretacji. Wyrok został wydany w stanie prawnym obowiązującym przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223 poz. 1778), jednakże w ocenie odwołującego zachowuje aktualność, gdyż konstrukcja prawna, co do tej kwestii w dawnej i w obecnej regulacji pozostaje w pełnej analogii.

W ocenie odwołującego, zamawiający nie udowodnił, w jaki sposób zanegowane wyjaśnienia SIWZ przesądzają o zaistnieniu wady. Błędnie i bezzasadnie założył, że wyjaśnienia prowadziły do opisanych uchybień, skutkujących tak dotkliwą konsekwencją, jaką jest unieważnienie postępowania. W szczególności zamawiający na przedstawione twierdzenia nie przywołał

naruszenia przepisów materialnych Pzp lub innych przepisów prawa. Nie wykazał również nieodwracalności wad postępowania.

II. Odwołujący stwierdził, że zamawiający nie uprawdopodobnił, że domniemana wada rzeczywiście wystąpiła, natomiast uważa, że zanegowane wyjaśnienia SIWZ wcale nie wywołały skutków opisanych w decyzji o unieważnieniu.

Zwrócił uwagę, że pierwotna treść pkt 2 załącznika nr 1A brzmiała następująco: „Na etapie wdrożenia systemu należy uwzględniać uwagi personelu medycznego dotyczące funkcjonalności poszczególnych modułów i na bieżąco dokonywać usprawnień.”

Uznał, że w istocie ten wymóg nic nie wnosił do wymagań merytorycznych w zakresie oprogramowania aplikacyjnego obsługującego część szpitalną. Po pierwsze, wymóg odwoływał się do potencjalnych i bliżej nieokreślonych „uwag personelu” mogących mieć miejsce w okresie wdrożenia. Tym samym nie sposób uznać, że nieuwzględnienie pierwotnej treści pkt 2 załącznika nr 1A mogło automatycznie wpływać na jakiegokolwiek funkcje dostarczanego oprogramowania aplikacyjnego. Po drugie, aktualnym pozostaje § 3 ust. 2 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ, w którym na wykonawcę został nałożony obowiązek o treści: „Wykonawca w ramach dostawy dostarczy, zainstaluje, skonfiguruje do potrzeb Zamawiającego system informatyczny wraz ze wszelkim niezbędnym dla jego funkcjonowania oprogramowaniem dodatkowym oraz przeszkoli w zakresie obsługi użytkowników oraz administratorów.”

Odwołujący podniósł, że zamawiający w sposób wyraźny zaznaczył, iż obowiązkiem wykonawcy zamówienia będzie m.in. skonfigurowanie systemu informatycznego do potrzeb zamawiającego. W ocenie odwołującego wiąże to wykonawcę analogiczną koniecznością dostosowania systemu do uwag wynikających z potrzeb zamawiającego. Z jedyną różnicą, a mianowicie w odróżnieniu od zamawiającego, który jest stroną umowy, „personel” stanowią osoby trzecie, które bez odpowiednich pełnomocnictw zamawiającego nie mogą być stronami umowy.

Odwołujący podkreślił, że składając ofertę uwzględnił konieczność wykonania wskazanych postanowień wzoru umowy. Wydaje się mu, że podobną świadomość posiadali również inni wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu.

III. Odwołujący uznał, że zamawiający nie wykazał, w jaki sposób domniemana wada postępowania uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. W tym celu zamawiający powinien wskazać na jedną lub więcej przesłanek obligatoryjnego unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego spośród określonych w art. 146 Pzp. Gdyby zamawiający tego dokonał, wówczas zarzut w zakresie nieudowodnienia niemożności zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, byłby ograniczony do rzeczywistych powodów decyzji o unieważnieniu postępowania.

Tym samym zamawiający nie wykazał zaistnienia drugiego elementu przesłanki unieważnienia postępowania zawartej w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

IV. Odwołujący wskazał ponadto, że zamawiający wraz z podjęciem decyzji o unieważnieniu postępowania naruszył wynikającą z art. 7 ust. 1 Pzp zasadę obowiązku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców. Przez unieważnienie postępowania zamawiający zrównał pozycje prawne wykonawców, który nie zostali wybrani z pozycją prawną odwołującego, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, przez uniemożliwienie mu zawarcia i wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący uznał odwołanie za w pełni uzasadnione i wobec przedstawionych okoliczności, wniósł o jego uwzględnienie.

B. Zamawiający wniósł drogą elektroniczną w dniu 14 czerwca 2013 r. oraz złożył na rozprawie pisemne stanowisko zatytułowane „Oświadczenie Zamawiającego”, które jest odpowiedzią na odwołanie w rozumieniu art. 186 ust. 1 Pzp.

Pierwsza część stanowiska zawierała odniesienie do stanu sprawy w związku z wniesieniem w dniu 17 maja 2013 r. odwołań przez CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. oraz Asseco Poland S.A. i uwzględnieniem przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniach oraz wskazywała status odwołującego z tym związany (przedstawiała okoliczności odmienne od wynikających z uzasadnienia wyroku Izby z dnia 31 maja 2013 r., pełnomocnik zamawiającego wniósł o pominięcie tej części). W dalszej części odwołujący wniósł o oddalenie odwołania podnosząc brak spełnienia przez odwołującego przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp.

Wskazał, że w postępowaniu zaistniała niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, której zaistnienie zamawiający uświadomił po złożeniu ofert, w wyniku wniesienia odwołania przez Asseco Poland S.A. wobec wyboru najkorzystniejszej oferty - wykonawcy Impulsy Sp. z o.o. (aktualny odwołujący). Asseco Poland S.A. (ówczesny odwołujący) stwierdził, że w wybranej ofercie wykonawca Impulsy Sp. z o.o. wykreślił jedno z wymagań SIWZ, które powinno być uwzględnione.

Zamawiający przypisał niejednoznaczność opisu odpowiedziom udzielonym na pytania dotyczące SIWZ, stąd trzech wykonawców skreśliło w swoich ofertach sporny pkt 2 załącznika nr 1A, a dwóch nie wykreśliło. Wskazał, że doszło do nieporównywalności ofert, gdyż nie wiedział, które oferty należy odrzucić, a które nie. Podtrzymał stanowisko, co do wystąpienia przesłanek z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp wskazując na wadliwość opisu przedmiotu zamówienia. Postanowienia § 3 ust. 2 wzoru umowy przywołane w uzasadnieniu odwołania potraktował, jako typowe postanowienie standardowo zamieszczane w postanowieniach umów wdrożeniowych.

Zaprzeczył naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców uznając, że ofertą najkorzystniejszą nie mogłaby być oferta odwołującego, w związku z niekwestionowaniem przez odwołującego (Impulsy Sp. z o.o.) odwołań wniesionych przez Asseco Poland S.A. i CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. i konieczności odrzucenia oferty odwołującego w postępowaniu (wskazano okoliczności odmienne od ustaleń przedstawionych w uzasadnieniu wyroku Izby z 31 maja 2013 r.).

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania na rozprawie ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła stan faktyczny sprawy.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostały zadane pytania dotyczące postanowień SIWZ, m.in. pytanie nr 4 str. 3 i pytanie nr 25 str. 30. W pierwszym wykonawca zapytał, czy we wskazanym pkt 2 załącznika nr 1A do SIWZ o treści: „Na etapie wdrożenia systemu należy uwzględniać uwagi personelu medycznego dotyczące funkcjonalności poszczególnych modułów i na bieżąco dokonywać usprawnień”, Zamawiający ma na myśli konfigurację systemu za pomocą parametryzacji pod kątem usprawnienia jego funkcjonowania zgodnie z sugestiami użytkowników? Zamawiający odpowiedział „Zgodnie z SIWZ”. Na pytanie innego wykonawcy - prośbę o rozwinięcie pojęcia „usprawnień”, zamawiający oświadczył, że usuwa cały opis - pkt 2 załącznika nr 1A do SIWZ.

Spośród ofert złożonych w postępowaniu, wykonawcy: Impulsy Sp. z o.o., CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., Kamssoft S.A. wykreślili pkt 2 z załącznika nr 1A, wykonawcy: Asseco Poland S.A. i Comarch S.A. pozostawili ten punkt.

Zamawiający dokonał badania i oceny ofert, odrzucił ofertę CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z innych przyczyn niż wykreślenie/lub nie opisu pkt 2 w załączniku nr 1A, wybrał ofertę Impulsy Sp. z o.o., jako najkorzystniejszą (Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 7 maja 2013 r.).

Od czynności zamawiającego wnieśli odwołania w dniu 17 maja 2013 r. wykonawcy: CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. i Asseco Poland S.A.

Zamawiający pismem z dnia 22 maja 2013 r. zawiadomił Prezesa Izby i wykonawców, że wobec wniesionych odwołań i przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawców: Impulsy Sp. z o.o. po stronie zamawiającego oraz CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. po stronie odwołującego Asseco Poland S.A., na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp, uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniach i unieważnia czynności z dnia 7 maja 2013 r. dotyczące

wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniach.

Pismem z dnia 23 maja 2013 r. zamawiający zawiadomił wszystkich pięciu wykonawców o unieważnieniu postępowania, podając, że uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniach, unieważnił czynności z dnia 7 maja 2013 r. i poinformował o powtórzeniu czynności, z uwagi na fakt, że poprzednie czynności obarczone są wadą, a wybór oferty najkorzystniejszej narusza przepis art. 7 ust. 1 Pzp. W uzasadnieniu pisma podał, że podjął decyzję o unieważnieniu postępowania „W związku z kolejnymi posunięciami w czasie terminu rozstrzygnięcia wyniku przetargu oraz widząc kolejne potencjalne zagrożenia dalszego przebiegu rozwoju sytuacji”.

Powtórzył treść zadanych pytań i udzielonych odpowiedzi dotyczących postanowień pkt 2 w załączniku nr 1A SIWZ, uznając, że wskutek rozbieżnych wyjaśnień spowodowano wadę postępowania, co wynika z art. 7 ust. 1 i 3, art. 24, art. 89 Pzp. Wskazał też m.in., że „Logika stwierdzenia przez Zamawiającego takich właśnie wad już w toku postępowania o udzielenie zamówienia i unieważnienie tego postępowania wydaje się oczywiste. Lepiej bowiem wszcząć nowe postępowanie o udzielenie zamówienia, przeprowadzić je poprawnie, a następnie zawrzeć nową umowę”.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznała dwa odwołania dotyczące rozstrzygnięcia postępowania z dnia 7 maja 2013 r. Uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego był wykonawca Impulsy Sp. z o.o. i w wyniku wniesienia sprzeciwu przez tego wykonawcę wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w obu odwołaniach, odwołania zostały rozpoznane na rozprawie. W wyroku z dnia 31 maja 2013 r. Izba oddaliła oba odwołania. W sprawie sygn. akt KIO 1151/13 Izba stwierdziła, że zamawiający nie dopuścił się wyboru oferty najkorzystniejszej Impulsy Sp. z o.o. z naruszeniem przepisów Pzp. Naruszenie przepisów Pzp wobec wykonawcy CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. nie miało wpływu na wynik postępowania - wybór najkorzystniejszej oferty (art. 192 ust. 2 Pzp). Izba wskazała wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 4 marca 2013 r., sygn. akt V Ca 3270/12 - odwołanie uwzględniane wyłącznie w sytuacji, gdy prowadzi to do wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez innego wykonawcę.

W sprawie sygn. akt KIO 1164/13 Izba uznała: „W odpowiedzi na pytanie dotyczące funkcjonalności wymaganej w SIWZ w załączniku nr 1A, o treści: „Czy Zamawiający ma na myśli konfigurację systemu za pomocą parametryzacji pod kątem usprawnienia jego funkcjonowania zgodnie z sugestiami użytkowników.” (pytanie 4 str. 3) zamawiający odpowiedział: „Zgodnie z SIWZ”. Natomiast w odpowiedzi na pytanie nr 25 str. 30, gdzie pytający wniósł o rozwinięcie pojęcia „usprawnień” i w jaki sposób mają być dokonywane - zamawiający usunął całe wymaganie.

„IMPLUSY” Sp. z o.o. wykreślił cały punkt dotyczący opisanej konfiguracji, co w ocenie Izby nie przynosi skutku odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż wykonawca skreślając wymaganie zastosował się do przywołanej odpowiedzi na pytania 25. Odpowiedź na to pytanie spowodowała bowiem, że zgodnie z SIWZ nie były wymagane wszystkie funkcjonalności, a podstawą odrzucenia oferty na podstawie przywołanego przepisu mogą być wyłącznie wymagania wskazane w SIWZ w sposób jednoznaczny.”.

Na rozprawie w dniu 17 czerwca 2013 r. zamawiający przyznał, że zamieszczenie lub wykreślenie opisu pkt 2 w załączniku 1A do SIWZ nie miało wpływu na wybór oferty, a czynność o unieważnieniu postępowania została podjęta na skutek trwających postępowań odwoławczych.

Izba zważyła.

Odwołujący spełnia przesłanki legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp. Złożył ofertę wybraną, jako najkorzystniejszą, o czym zamawiający zawiadomił wykonawców pismem z dnia 7 maja 2013 r. Wobec unieważnienia postępowaniu odwołujący może ponieść szkodę przez brak uzyskania zamówienia.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podstawę do unieważniania postępowania stanowi wada skutkująca - na podstawie przepisów Pzp - koniecznością unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeśli doszłoby do zawarcia umowy. A ponadto, wada musi być nieusuwalna. Dokonując oceny podstaw do unieważnienia postępowania z zastosowaniem wskazanej przesłanki ustawowej należy sięgnąć do art. 146 Pzp, w którym w ustępie 1 enumeratywnie wyliczono przesłanki unieważnienia umowy (bezpodstawne i błędne zastosowanie niektórych trybów, brak zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w odpowiednim publikatorze lub przekazania ogłoszenia o zamówieniu, zawarcie umowy lub udzielenie zamówienia na podstawie umowy ramowej z naruszeniem terminów, w tym standstill, oraz określone nieprawidłowości w dynamicznym systemie zakupów). Katalog ten jest zamknięty i nie może być interpretowany rozszerzająco.

Dodatkowe przesłanki wskazujące na możliwość unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego zostały określone w art. 146 ust. 5 i 6 Pzp i dotyczą: możliwości żądania przez zamawiającego unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ kc (uprawnienie przypisane zamawiającemu) oraz dokonania przez zamawiającego czynności lub ich zaniechania z naruszeniem przepisu Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik

postępowania. Zamawiający unieważniając postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp uwzględnia nie tylko okoliczności skutkujące unieważnieniem zawartej umowy, określone w art. 146 ust. 1 Pzp, ale także okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy na podstawie w art. 146 ust. 5 i 6 Pzp. Brak jest natomiast podstaw do unieważnienia umowy na podstawie okoliczności innych niż wynikające ze wskazanych przepisów Pzp, gdyż prowadziłoby to do naruszenia zasady postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, szczególnie w sytuacji, gdy stwierdzenie wady postępowania ma miejsce po otwarciu ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. Stąd ustalona przez zamawiającego wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub jej zaniechanie w postępowaniu z naruszeniem przepisów Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

W ustalonym stanie faktycznym nie wykazano wystąpienia przesłanek skutkujących koniecznością unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 146 ust. 1 Pzp), w kontekście przyczyn przedstawionych przez zamawiającego w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania z dnia 23 maja 2013 r. Wskazywane przez zamawiającego okoliczności: uwzględnienie w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniach, wada postępowania skutkująca naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3, art. 24, art. 89 Pzp, wykreślenie w ofercie w załączniku nr 1A do SIWZ pkt 2 tylko przez jednego wykonawcę, którego ofertę z tego powodu należało odrzucić, nie znalazły potwierdzenia. Trzech z pięciu wykonawców wykreśliło wskazany punkt, okoliczność ta nie stanowiła przeszkody w wyborze oferty najkorzystniejszej i wybór oferty wykonawcy Impulsy Sp. z o.o. został potwierdzony, jako nie naruszający ustawy (wyrok KIO w sprawie 1151/13) oraz Izba wskazała, że wykreślenie punktu w ofercie Impulsy Sp. z o.o. nie przynosi skutku odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy (wyrok KIO w sprawie 1164/13). Żadna z ofert z tego powodu nie została odrzucona.

Nie potwierdzono na rozprawie, że czynność zamawiającego wskazana, jako podstawa unieważnienia postępowania została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania, co przeczy zastosowaniu przesłanki z art. 146 ust. 6 Pzp. Na rozprawie potwierdzono, że przyczynę unieważnienia postępowania stanowiły w istocie trwające procedury odwoławcze.

W orzecznictwie wskazano w zakresie unieważnienia postępowania m.in.:

wyroki Izby - z dnia 19 września 2012 r., sygn. akt KIO 1900/12 „1. Przesłanka unieważnienia postępowania określona w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. składa się z

koniunkcji trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje koniecznością zastosowania tego przepisu. 2. W sytuacji, w której zamawiający wybierze ofertę, a następnie poweźmie wiadomość, że oferta ta nie spełnia warunków określonych w SIWZ, o ile możliwa będzie powtórna ocena ofert, nie zaistnieją podstawy do zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p., ze względu na fakt, że wadę postępowania będzie można usunąć”;

- z dnia 4 października 2012 r., sygn. akt KIO 2024/12 „Przyczyną unieważnienia postępowania nie może być możliwość lepszego, sprawniejszego przeprowadzenia postępowania przez zamawiającego lub opisanie warunków udziału w tym postępowaniu.”;
- z dnia 5 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2259/12; KIO 2261/12; KIO 2274/12 „Stwierdzona przez zamawiającego wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu p.z.p., które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik. W przypadku unieważnienia postępowania należy wskazać konkretną wadę i konkretne naruszenie p.z.p.”;
- wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 sierpnia 2010 r., sygn. akt IV Ca 831/10 - przyznane przez zamawiającego wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia nie może działać na niekorzyść wykonawców, (...) a kryteria unieważnienia przetargu wynikają z przepisów ustawy Pzp, a nie z uznania Zamawiającego”.

Powyższe ustalenia wskazują na brak uzasadnienia unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego, uwzględniła wniosek odwołującego o przyznanie kosztów postępowania odwoławczego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy - § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b rozporządzenia, obciążając kosztami zamawiającego - § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący: