

WYROK

z dnia 23 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Anna Packo**

Protokolant: **Piotr Ceglowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 czerwca 2017 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 9 czerwca 2017 r. przez wykonawcę **Q. S.A. (...)**,

B. w dniu 12 czerwca 2017 r. przez wykonawcę **I. S. Sp. z o.o. (...)**

w postępowaniu prowadzonym przez

Mazowiecki Szpital Wojewódzki w S. Sp. z o. o.

(...)

przy udziale:

A. wykonawcy **I. S. Sp. z o.o. (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1184/17 po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy **Q. S.A. (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1196/17 po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia oba odwołania i nakazuje Mazowieckiemu Szpitalowi Wojewódzkiemu w S. Sp. z o. o. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz prowadzenie dalszych czynności zgodnie z procedurą określoną w ustawie Prawo zamówień publicznych,

2. kosztami postępowania obciąża Mazowiecki Szpital Wojewódzki w S. Sp. z o. o. i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Q. S.A. tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę I. S. Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.3. zasądza od Mazowieckiego Szpitala Wojewódzkiego w S. Sp. z o. o. na rzecz Q. S.A. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,**
- 2.4. zasądza od Mazowieckiego Szpitala Wojewódzkiego w S. Sp. z o. o. na rzecz I. S. Sp. z o.o. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Siedlcach.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1184/17

KIO 1196/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Mazowiecki Szpital Wojewódzki w S. Sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „rozbudowę funkcjonalną e-platformy medycznej dla mieszkańców subregionu s.” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 30 grudnia 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 252-464457. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania – odwołanie o sygn. KIO 1184/17

Odwołujący Q. S.A. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 93 ust. 1 pkt. 7 w zw. z art. 93 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zastosowanie tego przepisu pomimo niewystąpienia przesłanki do jego zastosowania, bowiem postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i w konsekwencji nie ziszcila się przesłanka uprawniająca Zamawiającego do unieważnienia postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezgodne z ww. przepisami i nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego, której Zamawiający nieprawidłowo zarzucił niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zaoferowanego przez Odwołującego sprzętu – komputerów All-in-One D. (...), w sytuacji kiedy to zaoferowane rozwiązanie spełnia wymagania wskazane przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 1 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezgodne z ww. przepisami i nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego i niewezwanie do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, a w zakresie, w którym w ocenie Zamawiającego „pojawiły się wątpliwości” niewezwanie do wyjaśnień w zakresie zaoferowanego przez Odwołującego sprzętu – komputerów All-in-One D. (...),
4. art. 87 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Q. S.A. do wyjaśnień w sytuacji, gdy Zamawiający miał wątpliwości co do sposobu spełnienia przez ofertę Q. S.A. oczekiwanych w specyfikacji istotnych

warunków zamówienia wymagań co do zaoferowanego przez Odwołującego sprzętu – komputerów All-in-One D. (...),

5. art. 91 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego dokonania wyboru oferty Wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,

6. art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na brak uzasadnienia decyzji Zamawiającego, co do odrzucenia oferty Q. S.A. – Zamawiający nie wskazał żadnego uzasadnienia ani faktycznego, ani prawnego, co do odrzucenia oferty Q. S.A., co bezpośrednio wpływa na możliwość skutecznej obrony w chwili obecnej, bowiem Odwołujący nie zna argumentów i zdania Zamawiającego w tym zakresie, które doprowadziło do podjęcia zaskarżanej obecnie decyzji. Odwołujący nie wie, w jakim rzekomo zakresie jego oferta jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, Zamawiający nie wskazał, z jakim zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest ta rzekoma niezgodność,

7. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez bezpodstawne unieważnienie postępowania i uchylanie się od zawarcia umowy w sytuacji, kiedy nie zaszły przesłanki uprawniające Zamawiającego do unieważnienia postępowania;

8. art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie oferty wykonawców ubiegających się o zamówienie, biorąc pod uwagę, że oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w sposób bezpodstawny została odrzucona bez obiektywnej i rzetelnej weryfikacji,

9. art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na zaniechaniu wykonania w całości wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 15 maja 2017 r., sygn. KIO 821/17, tj. niedokonaniu badania i oceny oferty spółki Q. S.A.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: uchylecia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dokonania ponownego badania oraz oceny ofert w celu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Q. S.A., przeprowadzenie dowodu z dokumentów przywołanych w treści uzasadnienia odwołania oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów niniejszego postępowania.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający w piśmie z 30 maja 2017 r. poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. z uwagi, iż w jego ocenie po kolejnej analizie dokumentacji przetargowej zmuszony był stwierdzić, że w trakcie postępowania nastąpiło naruszenie art. 7 i art. 29 ust.

2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję i stanowić ograniczenie liczby potencjalnych wykonawców mogących brać udział w postępowaniu. Określenie poniższych wymogów: 1) BIOS zgodny ze specyfikacją UKFI: wersja Biosu wraz z datą produkcji, 2) możliwość z poziomu BIOS ustawienia portów USB w tryb braku możliwości kopiowania danych na nośniki USB lub całkowitego braku komunikacji z urządzeniami pamięci masowej (na poziomie systemu operacyjnego), 3) możliwość z poziomu BIOS ustawienia hasła: administratora, Power-On, HDD, przy update Biosu, 4) BIOS zgodny ze specyfikacją UEFI: możliwość, bez uruchamiania systemu operacyjnego z dysku twardego komputera lub innych podłączonych do niego urządzeń zewnętrznych, uzyskania informacji o stanie pracy wentylatora; doprowadziło do ograniczenia konkurencji poprzez eliminację równoważnych produktów innych producentów.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazał, jakiego producenta danego rozwiązania wymaga, tym samym niewymagane było wskazanie rozwiązań równoważonych; opis parametrów technicznych został opisany w sposób zapewniający możliwość zaoferowania rozwiązania różnych producentów, co potwierdzają oferty wykonawców złożone na produktach, np. firmy D. czy L.

Ponadto w piśmie o unieważnieniu postępowania Zamawiający jedynie wskazał podstawę prawną unieważnienia oraz w bardzo lapidarny sposób stwierdził, że: „spośród 3 złożonych w postępowaniu ofert, 2 oferty należy odrzucić za niezgodne z SIWZ”. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 15 maja 2017 r., sygn. KIO 821/17, na który powołuje się Zamawiający, Izba stwierdziła, iż zarzut podnoszony przez ówczesnego odwołującego – I. S. Sp. z o. o. w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych należy uznać za podniesiony przedwcześnie zarzut wobec oferty złożonej przez Q. S.A., która to oferta, według oświadczenia Zamawiającego, nie była badana pod kątem spełnienia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba oddaliła odwołanie w ww. zakresie w stosunku do spółki Q. S.A.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający dopiero w sytuacji, gdy okazało się, że zgodnie z ww. wyrokiem powinien odrzucić ofertę konsorcjum J. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą E. J. T. i R. C. Sp. z o. o., bez podjęcia czynności w zakresie oceny i badania oferty złożonej przez Odwołującego, zdecydował się na unieważnienie postępowania. Q. S.A. czuje się pokrzywdzony takim obrotem sprawy. Zgodnie z art. 93 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty.

Odwołujący zakwestionował wyjaśnienia faktyczne i prawne Zamawiającego do podjętej przez niego decyzji o unieważnieniu przetargu, uznając je za niezgodne ze stanem

faktycznym oraz obowiązującymi przepisami prawa. Unieważnienie postępowania jest instytucją wyjątkową w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Celem bowiem postępowania jest wyłonienie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę i z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Przesłanki unieważnienia postępowania podlegają wykładni ścisłej, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych spoczywa na zamawiającym.

Zamawiający w sposób nieuzasadniony ocenił, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oferta Q. S.A. zawierała wszystkie niezbędne elementy, wymagane treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dodatkowo w sposób nieuprawniony Zamawiający zaniechał wezwania do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 26 ust. 1, 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający zamiast powzięte wątpliwości co treści oferty Odwołującego wyjaśnić, ofertę odrzucił bez wzywania do wyjaśnień. Oferta Odwołującego została nierzetelnie i nieobiektywnie oceniona, co dodatkowo narusza art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający nieprawidłowo zarzucił niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej zaoferowanych przez Odwołującego komputerów All-in-One D. (...), podczas gdy komputery zaoferowane przez konsorcjum J. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą E. J. T. i R. C. Sp. z o. o. to komputery D. (...), tym samym jest to innym model produktu aniżeli sprzęt zaoferowany przez Q. S.A.

Na potwierdzenie Odwołujący posiada oświadczenie producenta sprzętu – D. Sp. z o. o. potwierdzające powyżej wskazane okoliczności, w tym spełnienie przez zaoferowany przez produkt wymagań Zamawiającego wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zatem niezrozumiała jest decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Wykonawcy i w konsekwencji unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, w sytuacji kiedy to zaoferowane przez Odwołującego rozwiązanie spełnia wymogi wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie narusza przez to zasady konkurencyjności poprzez zapewnienie możliwości złożenia oferty na bazie komponentów równych producentów. Zdaje się zatem, że Zamawiający dokonał oceny oferty Wykonawcy w sposób nie oparty na żadnym postanowieniu specyfikacji, a na tym etapie postępowania powołuje się na jakieś enigmatyczne swoje „rozumienie” zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jeżeli Zamawiający miał wątpliwości co do treści oferty w zakresie zaoferowanych przez Odwołującego komputerów, powinien był skorzystać z procedury wskazanej w art. 26 ustawy Prawo zamówień publicznych i wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień.

Ewentualnie, jeżeli Zamawiający miał wątpliwości co do treści oferty w zakresie kwestionowanego opisu parametrów zaoferowanych przez Odwołującego komputerów, powinien był skorzystać z procedury z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych

i wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Oczywiście w kontekście ogólności uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Q. S.A. trudno jest Odwołującemu skonkretyzować, o co Zamawiający miałby pytać, skoro nie bardzo wiadomo, co było rzeczywistym powodem odrzucenia oferty. Jak wynika z ukształtowanego orzecznictwa KIO, zastosowanie tej procedury nie jest jedynie uprawnieniem Zamawiającego, a jego obowiązkiem. Reguła należytej staranności wskazuje, że każdy zamawiający zobowiązany jest do podjęcia wszelkich dopuszczalnych prawem środków zmierzających do wyboru oferty najkorzystniejszej, a nie przedwczesnego odrzucania ofert czy też wykluczania wykonawców. W niniejszej sprawie Zamawiający w oparciu o niejasne przesłanki podjął decyzję o odrzuceniu oferty Q. S.A. zaniechawszy podjęcia tej procedury.

Unieważnienie postępowania jest czynnością niweczącą całość postępowania, powodującą, że cel prowadzenia postępowania, tj. udzielenie zamówienia publicznego, nie zostaje osiągnięty. Tym samym działanie Zamawiającego stoi w sprzeczności z jedną z podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych – zasadą trwałości postępowania oraz realizacji celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej i realizacji zamówienia. Katalog przesłanek unieważnienia procedury udzielenia zamówienia publicznego ma charakter enumeratywny, a samą instytucję unieważnienia należy traktować jak wyjątek.

Pod pojęciem niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych kryje się każde uchybienie przepisom Prawa zamówień publicznych, którego skutków nie można usunąć przy zastosowaniu procedur z nich wynikających. Musi to być przy tym uchybienie na tyle poważne, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta w następstwie procedury dotkniętej tym uchybieniem – w świetle art. 146 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych podlegałaby unieważnieniu. Pomiędzy wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy musi istnieć normalny związek przyczynowy.

Wymieniona w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych przesłanka unieważnienia postępowania składa się z koniunkcji trzech przesłanek, których łączne zaistnienie skutkuje zastosowaniem tego przepisu, tj.: 1) musi nastąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania); 2) wada ta musi powodować niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego; 3) wada musi być niemożliwa do usunięcia. Powyższe okoliczności w niniejszym stanie faktycznym nie miały miejsca, tym samym decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania nie ma podstaw zarówno faktycznych, jak i prawnych. W toku niniejszego postępowania nie może być mowy o naruszeniu art. 7 i art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję i stanowić ograniczenie liczby potencjalnych wykonawców mogących brać udział w postępowaniu, bowiem możliwe było

zaoferowania produktów różnych producentów spełniających w 100% wymagania Zamawiającego wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zdaniem Odwołującego wskazana przez Zamawiającego przyczyna unieważnienia postępowania ma charakter pozorny i nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach prawa. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem o wysoce sformalizowanym charakterze, wobec czego brak w nim miejsca na dowolność działań po stronie Zamawiającego, a co ma miejsce niniejszym stanie sprawy.

Ciężar udowodnienia zaistnienia okoliczności pozwalających skorzystać z przesłanki zawartej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych ciąży na Zamawiającym. W piśmie z 30 maja 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania, w którym jedynie stwierdził, że: „spośród 3 złożonych w postępowaniu ofert, 2 oferty należy odrzucić za niezgodne z SIWZ”. Tak lakoniczne uzasadnienie uniemożliwia w praktyce jakąkolwiek polemikę z przyznaną oceną i jej weryfikację. Jak bowiem polemizować ze stwierdzeniem, że oferty należy odrzucić jako niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, skoro nie wiadomo, co Zamawiający ma na myśli. Wykonawca ma prawo wiedzieć, dlaczego dokonano takiej, a nie innej oceny jego oferty.

II Zarzuty i żądania odwołania – odwołanie o sygn. KIO 1196/17

Odwołujący – I. S. Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne uznanie, iż postawione przez Zamawiającego warunki odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia powodują, iż została naruszona zasada uczciwej konkurencji, co wpłynęło lub mogło wpłynąć na wynik postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie Pakietu 1,
2. dokonania oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że podstawą do unieważnienia postępowania w zakresie pakietu 1. był według Zamawiającego błąd popełniony przez niego na etapie formułowania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności w zakresie wymagań opisu przedmiotu zamówienia dotyczących komputerów All-in-One dotyczących: 1) „BIOS zgodny ze specyfikacją UEFI: wersja Biosu wraz z datą produkcji, 2) „możliwość z poziomu BIOS ustawienia portów USB w tryb braku możliwości kopiowania danych na nośniki USB lub całkowitego braku komunikacji z urządzeniami pamięci masowej (na poziomie systemu operacyjnego), 3) „możliwość z poziomu BIOS ustawienia hasła: administratora, Power-On, HDD, przy update Biosu, 4) „BIOS zgodny ze specyfikacją UEFI: możliwość, bez uruchamiania systemu operacyjnego z dysku twardego komputera lub innych podłączonych do niego urządzeń zewnętrznych, uzyskania informacji o: (...) stanie pracy

wentylatora". W aktualnej ocenie Zamawiającego ww. wymagania nie są wymaganiami priorytetowymi i nie mogą przesądzać o wyborze oferty. Biorąc pod uwagę, iż wymagania te zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 15 maja 2017 r., sygn. KIO 821/17 powinny stać się podstawą odrzucenia dwóch spośród trzech ofert złożonych w tym postępowaniu, Zamawiający uznał, iż doprowadziło to do ograniczenia konkurencji poprzez eliminację równoważnych produktów innych producentów. W tej sytuacji Zamawiający doszedł do wniosku, iż doszło do naruszenia ustawy, które ma lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co może stanowić podstawę do unieważnienia umowy na wniosek Prezesa UZP, zgodnie z treścią przepisu art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w tej sytuacji uprawnia Zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Odwołujący nie zgadza się z decyzją Zamawiającego. Formalnoprawną przesłanką decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania jest przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak wynika z treści pisma Zamawiającego, ta niemożliwa do usunięcia wada sprowadza się do wprowadzenia do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagań wobec jednego z elementów przedmiotu zamówienia, tj. komputerów typu All in One, których nie spełniają komputery firmy D. zaoferowane przez dwóch spośród trzech wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie. Według Zamawiającego doprowadziło to do ograniczenia konkurencji poprzez eliminację równoważnych produktów innych producentów. Zamawiający nie wskazał nawet, jaki przepis ustawy został według niego naruszony, a jedynie, iż naruszenie to doprowadziło do ograniczenia konkurencji. Jest to o tyle istotne, iż, jak wskazuje dotychczasowe orzecznictwo Izby, znaczenie uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania nie ogranicza się do dopełnienia formalnego wymagania wynikającego z art. 93 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz przede wszystkim stanowi element konstytutywny podjętej decyzji o unieważnieniu postępowania, w szczególności, jeżeli została ona podjęta z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. W konsekwencji właściwe sformułowanie uzasadnienia ma kluczowe znaczenie dla oceny, czy wykazał on zaistnienie podstaw do unieważnienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Jeżeli przyczyna unieważnienia wykracza poza katalog oczywistych sytuacji opisanych w pkt od 1 do 6 art. 146 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tym bardziej musi zostać sprecyzowana na tyle dokładnie, aby nie było wątpliwości, że ma charakter rzeczywisty i jest na tyle poważna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oznacza to w szczególności, że nie jest wystarczające powołanie się jedynie na generalną zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Konieczne jest wykazanie

naruszenia przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych, które miało lub co najmniej mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji na zamawiającym w takiej sytuacji ciąży ciężar wykazania wystąpienia naruszenia konkretnego przepisu regulującego udzielanie zamówień (wada postępowania), istotnego charakteru tej wady jako wpływającej na ważność umowy oraz związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy, a także nieusuwalności wady przez zastosowanie instytucji dostępnych podmiotowi prowadzącemu postępowanie.

W tej sytuacji Odwołujący domyśla się jedynie, iż ewentualną podstawą do unieważnienia umowy na podstawie przepisu art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych miałyby być przepis art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Samo zaś naruszenie ma postać wprowadzenia do opisu przedmiotu zamówienia takich wymagań, które uniemożliwiają zaoferowanie swoich produktów przez innych producentów. Z tak sformułowanymi tezami nie sposób się jednak zgodzić, zaś Zamawiający nie udowodnił, iż zaistniały wszystkie okoliczności umożliwiające dojście do wniosku, że zaistniało jakiegokolwiek naruszenie przepisów ustawy, a tym bardziej, iż ma ono postać wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Aby można było mówić o naruszeniu uczciwej konkurencji, na którą powołuje się Zamawiający, zobowiązany byłby on udowodnić, iż poprzez wprowadzenie „spornych” warunków dla komputerów typu Ali-in-One doszło do sytuacji, w której nie ma możliwości zaoferowania innych produktów, niż produkty wyłącznie jednego producenta. Tymczasem Zamawiający w treści uzasadnienia swojej decyzji o unieważnieniu postępowania wskazuje, iż określenie przez niego spornych wymogów doprowadziło do ograniczenia konkurencji poprzez eliminację równoważnych produktów innych producentów, gdyż spośród 3 złożonych ofert, 2 trzeba było odrzucić jako niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zapomina jednak, iż obaj oferenci, których oferty winny zostać odrzucone, zaoferowali ten sam produkt – komputer firmy D. Stąd wyraźnie należy zaznaczyć, iż w żadnym wypadku nie jest dopuszczalne stwierdzenie naruszenia zasad uczciwej konkurencji tylko i wyłącznie z tego względu, iż jeden z zaoferowanych produktów (firmy D.) nie spełniał warunków określonych przez Zamawiającego. Zamawiający nie udowodnił, iż w związku z wprowadzonymi warunkami możliwe było zaoferowanie sprzętu dostarczanego wyłącznie przez jednego producenta, co rzeczywiście mogłoby zostać uznane za utrudniające uczciwą konkurencję. Tymczasem wniosek wyprowadzony przez Zamawiającego opiera się wyłącznie na tym, iż konkretne urządzenie firmy D. nie spełniło wymagań przez niego postawionych i sam ten fakt świadczyć miały o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji.

Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie

narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców. Sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez niektórych wykonawców nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Zamawiający, działając w granicach określonych przepisami prawa, ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia o określonych minimalnych standardach jakościowych i technicznych. Okoliczność o charakterze notoryjnym, że nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania Zamawiającego opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i można go zaoferować oraz, że wymagania techniczne są trudne do spełnienia przez niektórych wykonawców, nie oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Wobec powyższego dla unieważnienia postępowania z uwagi na ograniczenie zasady uczciwej konkurencji Zamawiający nie tyle powinien wykazać, że część dostępnego na rynku asortymentu nie spełnia jego wymagań, ale że wprowadzenie tych wymogów doprowadziło do sytuacji, gdy nie ma właściwie innej alternatywy niż sprzęt oferowany wyłącznie przez jednego producenta. Tego zaś Zamawiający nie tylko nie uczynił, ale nawet nie podjął próby udowodnienia zaistnienia takiej okoliczności. Tymczasem, jak wskazuje ugruntowane już w tej mierze orzecznictwo, w sytuacji, gdy w danym postępowaniu została złożona tylko jedna oferta (lub kilka ofert z produktami tylko jednego producenta), nie da się zasadnie mówić o ograniczeniu konkurencji, jeśli na rynku istnieją inne produkty spełniające wymagania Zamawiającego, nawet jeśli nie zostały zaoferowane w danym postępowaniu.

Zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem KIO, w orzecznictwie Izby ukształtował się pogląd, że nawet opis przedmiotu zamówienia dokonany w taki sposób, że wyłącznie jeden wykonawca może złożyć zgodną z nim ofertę, może nie być poczytany za naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający może bowiem oczekiwać rozwiązań najnowocześniejszych i wyjątkowych.

Nie budzi wątpliwości fakt, iż „sporne” postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowiły od samego początku treść specyfikacji, a zatem były emanacją potrzeb i oczekiwań Zamawiającego. Jak wynika z analizy przebiegu przedmiotowego postępowania, wymagania te stały się przedmiotem szczegółowych pytań wykonawców oraz odpowiedzi ze strony Zamawiającego. Na tamtym etapie postępowania Zamawiający wyraźnie podtrzymywał swoje wymagania dotyczące parametrów BIOS, zaś żaden z wykonawców mających zamiar ubiegania się o to zamówienie nie kwestionował prawidłowości tak sformułowanych wymagań Zamawiającego ani poprzez wnioski o zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani też poprzez wniesienie odwołania. Skoro więc od samego początku wymagania dotyczące BIOS-u komputerów typu All-in-One były na tyle istotne, aby je umieścić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a następnie, pomimo szczegółowych pytań wykonawców, Zamawiający utrzymał te wymagania w niezmienionej formie, to oznacza to z punktu widzenia Odwołującego, że absolutnie nie da

się racjonalnie obronić tezy, iż wymagania te nie miały dla Zamawiającego większego znaczenia. Wręcz odwrotnie – fakt utrzymania w niezmienionym brzemieniu wymagań pomimo pytań ze strony wykonawców zmuszających Zamawiającego do weryfikacji swoich potrzeb i oczekiwań oznacza, że wymagania te na etapie przed złożeniem ofert miały dla Zamawiającego istotne znaczenie, co zresztą – zdaniem Odwołującego – jest merytorycznie uzasadnione. Co więcej, początkowo na etapie oceny ofert obowiązywanie wymagań dotyczących BIOS-u również nie stanowiło dla Zamawiającego podstawy do unieważnienia postępowania, czego dowodem był dokonany przez Zamawiającego wybór oferty najkorzystniejszej. Dopiero po wyroku Krajowej Izby Odwoławczej nakazującej odrzucenie oferty tego wykonawcy oferującego produkty firmy D. okazało się, że niektóre z wymagań stanowiących podstawę odrzucenia jego oferty nie są już według Zamawiającego „priorytetowe” i nie mogą stanowić „podstawy wyboru oferty najkorzystniejszej”.

Zdaniem Odwołującego to właśnie aktualne działanie Zamawiającego stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż dyskryminuje podmioty stosujące się do wyraźnych i powtarzanych na etapie postępowania wymagań Zamawiającego. Szczególnie w sytuacji, gdy wymagania te były dla Zamawiającego istotne przed dniem składania ofert, a przestają być istotne, gdy stanowią przeszkodę w wyborze konkretnej oferty preferowanej przez Zamawiającego.

III Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołania Zamawiający wniósł o oddalenie obu odwołań w całości jako nieuzasadnionych pod względem faktycznym i prawnym, jak i nieudowodnionych oraz zasądzenie od Odwołujących na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu odwoławczym.

W uzasadnieniu (analogicznym dla obu odwołań) Zamawiający wskazał, iż podjął decyzję o unieważnieniu postępowania na skutek ponownej analizy dokumentacji przetargowej dokonanej po wydaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku w sprawie o sygn. KIO 821/17. Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu odrzucenie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, oferty konsorcjum J. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą E. J. T. i R. C. Sp. z o. o. wybranej pierwotnie jako najkorzystniejsza, gdyż zaoferowany przez konsorcjum komputer All-in-One D. OptiPlex 7440 AIO nie spełnia minimalnych parametrów technicznych opisanych w punkcie 2. tabela, wers 16. załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W trakcie przeprowadzonego badania oferty Odwołującego – Q. S.A. w zakresie spełniania wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający dokonał analizy strony internetowej producenta sprzętu tj. D. . Z pozyskanych w ten sposób informacji wynikało, że wśród wszystkich desktopów i komputerów All-in-One produkcji tej firmy jest tylko jeden model o symbolu (...). Na wskazanej w wydruku ze strony internetowej producenta sprzętu

liście wszystkich rodzajów i modeli komputerów, nie ma modelu komputera o oznaczeniu (...). W ocenie Zamawiającego oznaczało to bez żadnych wątpliwości, że model komputer All-in-One wskazany w ofercie Odwołującego nie może mieć innego rozwiązania w odniesieniu do BIOS lub płyty głównej. Zamawiający potwierdził więc, iż jest to ten sam model komputera All-in-One, który zaoferowało konsorcjum J. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą E. J. T. i R. C. Sp. z o. o., wobec czego oferta Odwołującego – Q. S.A. jest niezgodna z wymaganiami opisanymi w punkcie 2. tabeli, poz. 16 załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie spełniania minimalnych wymagań technicznych i powinna zostać odrzucona, jak to nakazała uczynić Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 821/17 w stosunku do oferty konsorcjum J. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą E. J. T. i R. C. Sp. z o. o. Zamawiający nie miał wątpliwości, co do faktu, że oferta ta powinna zostać odrzucona. Art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych co do zasady stanowi uprawnienie zamawiającego, a nie jego obowiązek i stosowanie tej normy jako obowiązkowej należy każdorazowo oceniać indywidualnie. Przepis ten nie zobowiązuje, lecz uprawnia zamawiającego do podjęcia czynności w toku badania ofert. Wyjaśnienia wykonawcy służą właściwej ocenie oferty i mogą dotyczyć potwierdzenia merytorycznego jej zakresu, niewynikającego wprost ze złożonych oświadczeń lub dokumentów. Z treści oferty Q. S.A. wynikało natomiast wprost, jaki model komputera All-in-One został zaoferowany. Zamawiający miał dostęp do całościowej, wymaganej przez specyfikację istotnych warunków zamówienia, dokumentacji technicznej dotyczącej tego modelu komputera All-in-One i dokonał jej badania w ramach badania oferty konsorcjum J. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą E. J. T. i R. C. Sp. z o. o. W końcu wydany został przez Krajową Izbę Odwoławczą jednoznaczny wyrok wskazujący, że w zakresie wskazanym w piśmie z 30 maja 2017 r., ten model komputera All-in-One jest niezgodny z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dodatkowo, procedury przewidziane w przepisach art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nie dopuszczają możliwości złożenia oświadczenia wykonawcy co do określenia przedmiotu zamówienia, który nie został wskazany w złożonej ofercie. Podobnie przepis art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych służy wyeliminowaniu wątpliwości co do elementów oświadczenia woli zawartych w treści oferty. Przepisy te nie mogą prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli.

Odwołujący nie udowodnił, aby zaoferowany przez niego model komputera All-in-One D. (...) był innym modelem, niż zaoferowany przez konsorcjum J. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą E. J. T. i R. C. Sp. z o. o. – nie podjął nawet takiej próby. Stwierdzenie, że nie jest to ten sam komputer, bez jakiegokolwiek uzasadnienia oraz przedstawienia dowodów na tę okoliczność, nie jest wystarczające dla uznania prawdziwości tej tezy.

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Z tej zasady wynika też reguła art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionują i nie zgadzają się z podjętymi przez Zamawiającego czynnościami, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy Prawo zamówień publicznych, to na Odwołujących ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe.

Odwołujący Q. S.A. nie sprostął temu zadaniu. Nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu na okoliczność, że oferowany przez niego model komputera All-in-One D. (...) jest innym modelem komputera niż zaoferowało konsorcjum J. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą E. J. T. i R. C. Sp. z o.o. ani, że jest zgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w zakresie wymaganych przez specyfikację minimalnych wymagań technicznych wynikających z ww. punktu 2 tabeli. Q. S.A. miał status przystępującego do postępowania w sprawie o sygn. KIO 821/17, ma więc szczegółową wiedzę odnośnie przebiegu rozprawy w tamtej sprawie, postępowania dowodowego, przedstawianej przez strony argumentacji, a zwłaszcza treści wyroku wraz z uzasadnieniem. W odwołaniu natomiast ogranicza się do zdawkowych stwierdzeń, że w kwestionowanych parametrach oferowany przez niego model komputera All-in-One spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wyjaśnia odpowiednio do poszczególnych wymogów dotyczących BIOS. Analiza przedstawionego przez Q. S.A. stanowiska potwierdza w sposób jednoznaczny, że zaoferowany przez niego model komputera All-in-One jest identyczny, przynajmniej w zakresie BIOS, z modelem zaoferowanym przez ww. konsorcjum, co jedynie legitymizuje prawidłowość postępowania Zamawiającego przy dokonywaniu badania oferty Q. S.A. co do jej zgodności z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie zmienia zasadności tego twierdzenia fakt dołączenia przez Odwołującego do odwołania oświadczenia producenta D. z 8 czerwca 2017 r. Treść tego oświadczenia jest

zbliżona do oświadczenia firmy D. z 6 kwietnia 2017 r., jedynie pozbawiona wyjaśnienia co do sposobu spełniania wskazanych wymagań.

Po dokonaniu badania oferty Odwołującego Q. S.A. co do jej zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, Zamawiający dokonał sprawdzenia rynku komputerów All-in-One dostępnych w Polsce, jak również przeprowadził badanie oferty I. S. Sp. z o.o. w zakresie spełniania ww. wymagań z punktu 2. tabeli. Z przeprowadzonej analizy wynikało, że jedynie komputer zaoferowany przez I. S. Sp. z o.o., produkcji L., spełnia w pełni te wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Zamawiającego, dochował on szczególnej staranności oraz pogłębionej analizy przedstawionych ofert przed podjęciem dalszych decyzji. Tym samym w całości wykonał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 15 maja 2017 r., sygn. KIO 821/17, wobec czego zarzut naruszenia art. 192 ust. 3 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest bezpodstawny.

W zaistniałej sytuacji wobec stwierdzenia powyżej przytoczonych okoliczności Zamawiający uznał, że obowiązany jest do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przedmiotowa przesłanka unieważnienia postępowania składa się z koniunkcji trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje obowiązkiem zastosowania tego przepisu. Po pierwsze – musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania). Po drugie – wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Po trzecie – wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Wada postępowania musi mieć charakter trwały, musi rzeczywiście wystąpić i musi powodować niemożliwość zawarcia ważnej umowy.

Pierwsza przesłanka – nastąpiło naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wobec faktu, że opis przedmiotu zamówienia spowodował ograniczenie przedmiotu zamówienia do produktu jednego konkretnego producenta, tj. Lenovo, co stanowi ograniczenie liczby potencjalnych wykonawców mogących brać udział w postępowaniu. Doszło więc do ograniczenia konkurencji poprzez eliminację równoważnych produktów innych producentów.

Druga przesłanka – orzecznictwo wypracowało spójną linię orzeczniczą, w oparciu o którą umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu także w sytuacji wypełnienia się szczególnej przesłanki wynikającej z art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym określone zostało uprawnienie procesowe dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu powszechnego o unieważnienie umowy. Ustawodawca w tym przepisie zawarł również przesłankę materialną takiego wystąpienia o unieważnienie umowy, tj. wpływ na wynik postępowania. Ustawodawca zatem przewidział, że umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega także unieważnieniu,

jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do określonego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Trzecia przesłanka – wada ujawniona na tym etapie postępowania jest niemożliwa do usunięcia, ponieważ Zamawiający nie może dokonywać jakichkolwiek zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia po terminie składania ofert, a wszelkie interpretacje postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które prowadzą do zmiany lub dookreślenia postanowień specyfikacji, które zostałyby poczynione w trakcie oceny ofert na okoliczność tej oceny są niedopuszczalne.

Należy zaznaczyć również, co podnosi też Odwołujący, że w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, wykonawcy, który złożył w tym postępowaniu ofertę niepodlegającą odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty (art. 93 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych). Takie uprawnienie wykonawcy wynikające z ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi swoiste potwierdzenie tego, że ustawodawca przewidział sytuacje, w których Zamawiający będzie zmuszony unieważnić postępowanie po terminie składania ofert z przyczyn, które leżą po jego stronie.

Z uwagi na fakt, że z chronologii postępowania podczas wyboru najkorzystniejszej oferty, która to chronologia jest uregulowana w art. 20 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (zmodyfikowana nieznacznie przez art. 24aa ustawy Prawo zamówień publicznych), zgodnie z którą komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powoływanym do badania i oceny ofert oraz do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Zamawiający najpierw bada oferty w zakresie ich zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i spośród pozostałych ofert niepodlegających odrzuceniu dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z kryteriami oceny ofert. Taka kolejność działań podczas wyboru najkorzystniejszej oferty wynika również z kolejności przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, gdzie najpierw jest wskazanie odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 pkt 2), a następnie dopiero jest uregulowane zagadnienie wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Ponadto, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wzywa (o ile nie zostały złożone) do złożenia oświadczenia, o których mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. W sytuacji, gdy Zamawiający stwierdził, że oferta Odwołującego Q. S.A. nie spełnia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia i

powinna zostać odrzucona, a wskutek tego konieczne stało się unieważnienie postępowania – nie był zobowiązany do wzywania Odwołującego do złożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie nastąpiło więc naruszenia art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający uznał, że mimo stwierdzonych podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, brak jest uzasadnienia do formalnego zrealizowania tej czynności w sytuacji, gdy zobowiązany był do dokonania czynności wywołującej dalej idące skutki, a mianowicie unieważnienie całego postępowania.

Zamawiający nie zgodził się ze stwierdzeniem, że uzasadnienie faktyczne informacji z 30 maja 2017 r. nie pozwala na weryfikację zasadności unieważnienia postępowania, a Odwołujący musi się domyślać, co było podstawą do podjęcia takiej decyzji – już sama treść odwołania wskazuje, że Odwołujący doskonale zdaje sobie sprawę z podstaw i istoty tej czynności. Przede wszystkim Zamawiający, poza przytoczonym w odwołaniu jednym zdaniem, wskazał podstawę prawną i przyczyny podjętej decyzji, realizując zobowiązanie z art. 93 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z uwagi na fakt, że wszyscy oferenci brali udział w postępowaniu o sygn. KIO 821/17 i otrzymali wyrok z uzasadnieniem, było dla Zamawiającego oczywiste, że wskazane fakty są wystarczające i jednoznaczne dla wszystkich uczestników postępowania.

Co do zarzutu braku udowodnienia przez Zamawiającego zaistnienia okoliczności pozwalających skorzystać z przesłanki zawartej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych – postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy stronami sporu. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przedstawił dowody wskazujące na zasadność unieważnienia postępowania w oparciu o wskazaną podstawę prawną, znane Odwołującemu. Rolą Odwołującego jest natomiast przedstawić dowody potwierdzające fakty przeciwne, z których to on wywodzi skutki prawne.

Żądanie Odwołującego wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej jest w świetle art. 192 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nieuprawnione. Ponadto nie można uznać za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w sytuacji, gdy oferta Odwołującego przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i nie przewiduje możliwości zwiększenia tej kwoty.

Działanie Zamawiającego, które podjął w wyniku wcześniej popełnionych błędów w postępowaniu, czyli unieważnienie postępowania wobec stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych było zasadne i dzięki temu nie doszło do naruszenia podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uzasadnia oddalenie odwołania w całości.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący mają interes we wniesieniu swoich odwołań.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz zaprezentowaną argumentacją Stron i Przystępujących, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: oba odwołania zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, podając następujące uzasadnienie tej czynności: „Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt. 7 Ustawy jest obligatoryjne, tym samym jest obowiązkiem Zamawiającego, którego to obowiązku nie niweczy np. niedochowanie w czasie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ciążących na Zamawiającym obowiązków, jak również nie niweczy tego obowiązku błąd w działaniu Zamawiającego. Zamawiający obowiązany jest do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Po kolejnej analizie dokumentacji przetargowej Zamawiający zmuszony jest stwierdzić, że w trakcie postępowania nastąpiło naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Ustawy poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję i stanowić ograniczenie liczby potencjalnych wykonawców mogących brać udział w postępowaniu. Określenie niżej przywołanych wymogów: 1) „BIOS zgodny ze specyfikacją UEFI: (...) wersja Biosu wraz z datą produkcji”, 2) „Możliwość z poziomu BIOS (...) ustawienia portów USB w tryb braku możliwości kopiowania danych na nośniki USB lub całkowitego braku komunikacji z urządzeniami pamięci masowej (na poziomie systemu operacyjnego)”, 3) Możliwość z poziomu BIOS: (...) ustawienia hasła: administratora, Power-On, HDD, przy update Biosu”, 4) BIOS zgodny ze specyfikacją UEFI: (...) możliwość, bez uruchamiania systemu operacyjnego z dysku twardego komputera lub innych podłączonych do niego urządzeń zewnętrznych, uzyskania informacji o: (...) - stanie pracy wentylatora” doprowadziło do ograniczenia konkurencji poprzez eliminację równoważnych produktów innych producentów. W/w stanowisko znalazło potwierdzenie w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15.05.2017 sygn. akt: KIO 821/17. Spośród 3 złożonych w postępowaniu ofert, 2 oferty należy odrzucić jako niezgodne z SIWZ. Tak określone wymagania dotyczące BIOS nie są priorytetowe dla Zamawiającego i nie mogą przesądzać o wyborze oferty.

Orzecznictwo wypracowało spójną linię orzeczniczą, w oparciu o którą umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu także w sytuacji wypełnienia się szczególnej przesłanki wynikającej z art. 146 ust. 6 Ustawy, gdzie określone zostało uprawnienie procesowe dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu powszechnego o unieważnienie umowy. Ustawodawca w tym przepisie zawarł również przesłankę materialną takiego wystąpienia o unieważnienie umowy, tj. takiego naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Co w niniejszym postępowaniu nastąpiło. Ujawniona na tym etapie postępowania, wskazana wyżej wada postępowania, jest niemożliwa do usunięcia, ponieważ Zamawiający nie może dokonywać jakichkolwiek zmian SIWZ po terminie składania ofert, a wszelkie interpretacje postanowień SIWZ, które prowadzą do zmiany, dookreślenia postanowień SIWZ w przestrzeni Zamawiającego na etapie oceny ofert są niedopuszczalne.”

Powyższe uzasadnienie unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak też sama przyczyna tego unieważnienia, są, w opinii Izby, daleko niewystarczające.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli postępowanie to obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis ten powiązany jest z art. 146 ustawy Prawo zamówień publicznych, który wskazuje przypadki, w których umowa o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu. Jak już Strony wskazały powyżej, z przepisu tego w okolicznościach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mogłaby mieć zastosowanie wyłącznie przesłanka opisana w ust. 6, tj. naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co mogłoby być podstawą do wystąpienia przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do sądu o unieważnienie umowy.

Taką okolicznością według Zamawiającego jest domniemane przez niego naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję i stanowić ograniczenie liczby potencjalnych wykonawców mogących brać udział w postępowaniu ze względu na określenie przywołanych wymogów dotyczących BIOS. Jak wynika z dalszej argumentacji Zamawiającego, stanowisko to znalazło potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 15 maja 2017 r., sygn. KIO 821/17 oraz w fakcie, że spośród trzech złożonych w postępowaniu ofert, dwie oferty należy odrzucić jako niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – tak określone wymagania dotyczące BIOS nie są priorytetowe dla Zamawiającego i nie mogą przesądzać o wyborze oferty.

Izba nie znalazła jednak w przywołanym wyroku żadnego stwierdzenia, z którego wynikałoby, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję i stanowić ograniczenie liczby potencjalnych wykonawców mogących brać udział w postępowaniu ze względu na określenie przywołanych wymogów dotyczących BIOS. Izba uznała jedynie, że Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji uznając za najkorzystniejszą ofertę, która powinna zostać odrzucona i nakazała odrzucenie tej oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Orzeczenie Izby dotyczyło też jedynie oferty złożonej przez konsorcjum J. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą E. J. T. i R. C. Sp. z o. o., nie zaś oferty Odwołującego – Q. S.A., której Izba w ogóle nie badała z tego względu, że nie badał jej też Zamawiający (str. 19 wyroku).

Również na obecnym etapie postępowania Zamawiający, przynajmniej w sposób oficjalny, nie dokonał badania oferty Q. S.A. i nie dokonał jej odrzucenia. (Dodatkowo, z pisma Zamawiającego z 30 maja 2017 r. można jedynie się domyślać, i to wyłącznie znając okoliczności postępowania, że drugą ofertą podlegającą według Zamawiającego odrzuceniu, jest oferta Odwołującego Q. S.A. – Zamawiający potwierdził to dopiero w odpowiedzi na odwołanie i podczas rozprawy.) Odwołujący – Q. S.A. zaś neguje zarówno istnienie podstaw do odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie BIOS, jak też fakt, że zaoferował identyczny model komputera, co konsorcjum J. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą E. J. T. i R. C. Sp. z o. o. (fakt – oznaczenia obu modeli symbolami nieco się różnią).

Poza tym z argumentacji Zamawiającego wynika, że *de facto* nie dokonał badania oferty złożonej przez wykonawcę Q. S.A., lecz swoje stanowisko oparł na ofercie konsorcjum. Jest to działanie merytorycznie i formalnie błędne, gdyż w postępowaniu ocenia się indywidualnie każdą ofertę, a nie ofertę innego wykonawcy i na jej podstawie stwierdza, że dana oferta jest nieprawidłowa. Nawet więc jeśli w obu ofertach naprawdę lub pozornie zaoferowano ten sam model komputera, o identycznym ukompletowaniu, to każdą ofertę należy ocenić indywidualnie. W obecnym więc stanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie istnieje stan, w którym dwie oferty podlegałyby odrzuceniu.

Zdaniem Izby, jak można wnioskować z argumentacji Zamawiającego, prawdziwą podstawą faktyczną unieważnienia postępowania jest fakt, że Zamawiający zauważył, że „spośród trzech złożonych w postępowaniu ofert, dwie oferty należy odrzucić jako niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia”, a „tak określone wymagania dotyczące BIOS nie są priorytetowe dla Zamawiającego i nie mogą przesądzać o wyborze oferty”.

Powyższa argumentacja Zamawiającego prowadzi do powstania wrażenia, że problemem jest nie tyle fakt, iż opis przedmiotu zamówienia jest dokonany w sposób naruszający uczciwą konkurencję (opisu tego, za wyjątkiem Zamawiającego, nie kwestionował żaden

wykonawca ani na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani teraz – ani, wbrew twierdzeniu Zamawiającego, Izba), lecz fakt, że Zamawiający musiał odrzucić ofertę (a potencjalnie dwie oferty) i wybrać ofertę najdroższą. Tymczasem Zamawiający, po zapoznaniu się z ofertami, doszedł do wniosku, że wymogi dotyczące BIOS nie są dla niego aż tak istotne, by „mogły przesądzać o wyborze oferty”.

Jednak konieczność odrzucenia oferty czy ofert ze względu na niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia nie stanowi jeszcze podstawy do stwierdzenia przesłanki unieważnienia postępowania opisanej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych – istnieją postępowania, w których zamawiający, z powodu niespełnienia wymagań, odrzucają kilka lub nawet kilkanaście ofert. Dla odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma też znaczenia, jak kluczowe dla zamawiającego jest spełnienie danego wymogu – każda niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia o charakterze tzw. merytorycznym, jest równoważną podstawą do odrzucenia oferty, bez jej waluacji.

Stwierdzenie, że dokonany opis przedmiotu zamówienia narusza zasady uczciwej konkurencji, gdyż tylko jeden producent jest w stanie spełnić postawione wymagania, wymaga kompleksowej analizy rynku, a nie może być oparte jedynie na stwierdzeniu, że w danym postępowaniu jako prawidłowa ostałaby się potencjalnie tylko jedna oferta albo że złożono tylko trzy oferty (*notabene* – ze „Sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2015 r.” str. 9 wynika, że w zamówieniach o wartości poniżej progów unijnych, średnia liczba ofert składanych podczas jednego postępowania wyniosła 2,90 (w roku 2014 – 2,89). W przypadku zamówień o wartościach powyżej progów unijnych, średnia ta wyniosła 2,65 (w roku 2014 – 2,49).”

Co więcej – analiza ta nie może opierać się wyłącznie na standardowych rozwiązaniach wskazanych w katalogach czy zawartych na stronach internetowych, lecz musi uwzględniać okoliczność, że rynek informatyczny charakteryzuje się wyjątkowo dużą elastycznością w konfiguracjach parametrów oferowanych produktów, czy to w zakresie sprzętu, czy oprogramowania, a wykonawcy oraz producenci *de facto* przygotowują indywidualne produkty do każdego większego zamówienia, dostosowując oferowany sprzęt i oprogramowanie do wymagań opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający takiej kompleksowej analizy nie dokonał. Należy tu przyznać też rację Odwołującemu – I. S. Sp. z o.o. – Zamawiający mógł kwestionować treść czy pochodzenie oświadczeń producenta czy dystrybutora sprzętu komputerowego, przedstawionych przez Odwołujących, sam jednak nie posiadał nawet takich dowodów.

Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ma zastosowanie na każdym etapie postępowania, podobnie jak inna wymieniona w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo

zamówień publicznych, zasada przejrzystości postępowania. Zamawiający, choć nie zostało to wyrażone wprost w ustawie Prawo zamówień publicznych, zobowiązany jest do traktowania wykonawców zgodnie z wymaganiami zasady lojalności wymaganej od strony stosunku prawnego wobec drugiej strony. Tymczasem stwierdzenie w trakcie postępowania (dodatkowo – pomimo braku takich sygnałów od wykonawców, choćby potencjalnych), że postępowanie obarczone jest wadą tego typu, jest, zdaniem Izby, zaprzeczeniem zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości postępowania i lojalności. Zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ma zobowiązania przede wszystkim wobec wykonawców, którzy oferty złożyli (nawet te najdroższe), a nie tych potencjalnych, którzy mogliby je złożyć, ale tego nie zrobili z nieznanых powodów. Tym samym po złożeniu ofert zamawiający nie może pochopnie unieważnić postępowania.

Izba nie rozpoznawała zarzutów postawionych w odwołaniu Q. S.A. odnoszących się do zgodności jego oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze względu na fakt, że Zamawiający, niezależnie od swojego przekonania o poprawności tej oferty, oferty tej dotychczas w ogóle nie odrzucił. Tym samym Izba nie może ocenić prawidłowości czynności, która nie została dokonana. Podobnie o ofercie Odwołującego Q. S.A. Izba nie wypowiedziała się w wyroku KIO 821/17, tym samym trudno mówić o „zaniechaniu wykonania w całości wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 15 maja 2017 r., sygn. KIO 821/17, tj. niedokonaniu badania i oceny oferty spółki Q. S.A.” Jak była mowa o tym powyżej, w przywołanym wyroku Izba uznała zarzut dotyczący Q. S.A. za przedwczesny.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący: