

**Sygn. akt: KIO 1439 / 11**

**WYROK**  
**z dnia 18 lipca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lipca 2011r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (odwołujący) Biuro Informatyczno - Wdrożeniowe „Koncept” sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i Techelon sp. o.o. z siedzibą w Warszawie; ul. Raławicka 56, 30-017 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa statio fisci Inspektorat Uzbrojenia ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa

**orzeka:**

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Skarbowi Państwa statio fisci Inspektorat Uzbrojenia ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa statio fisci Inspektorat Uzbrojenia ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa  
i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 **zł** (słownie: piętnaście tysięcy) uiszczoną przez Biuro Informatyczno - Wdrożeniowe „Koncept” sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i Techelon sp. o.o. z siedzibą w Warszawie; ul. Raławicka 56, 30-017 Kraków tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Skarbu Państwa statio fisci Inspektorat Uzbrojenia ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa na rzecz Biuro Informatyczno - Wdrożeniowe „Koncept” sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i Techelon sp. o.o. z siedzibą w Warszawie; ul. Raławicka 56, 30-017 Kraków kwotę 18 600,00 **zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i koszty wynagrodzenia

pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:**

### Uzasadnienie

Skarb Państwa statio fisci Inspektorat Uzbrojenia ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa zwany dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa komputerów przenośnych dla resortu obrony narodowej, o numerze ewidencyjnym IU/256/VII-53/ZO/PN/AE/DOS/K/2011.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 05.04.2011r. pod poz.2011/S 66-107031.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.- Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej „ustawą”

Pismem z dnia 5 lipca 2011 r. Konsorcjum wykonawców:

1. Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe "Koncept" sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Raclawicka 56, 30-017 Kraków,
  2. Techelon sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie ul. Tamka 38, 00-355 Warszawa zwane dalej „Odwołującym”
- wniosło odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy poprzez bezzasadne unieważnienie postępowania przetargowego,
3. art. 93 ust. 3 ustawy poprzez brak uzasadnienia faktycznego, co skutkuje brakiem możliwości dokonania właściwej subsumcji;

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania przetargowego
2. podania Odwołującemu terminu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego i oznaczenia tego terminu w sposób umożliwiający wykonanie zamówienia.

W ocenie Odwołującego unieważnienie postępowania narusza przepisy ustawy.

W uzasadnieniu odwołania przedstawiono następującą argumentację formalną i prawną.

Zamawiający unieważniając postępowanie powołał się na opinię konkurencyjnego wykonawcy w stosunku do Odwołującego, który stwierdził, że opis przedmiotu zamówienia (w zakresie wymogu wyposażenia komputera przenośnego w złącze Express Card oraz złącze PC Card) jednoznacznie wskazuje na produkty firmy DELL.

Przy czym według Odwołującego sam fakt zaoferowania komputerów DELL nie jest dowodem na to ilu producentów spełnia wymagania SIWZ.

W ocenie Odwołującego w decyzji Zamawiającego brak jest uzasadnienia faktycznego, czym Zamawiający naruszył art. 93 ust. 3 ustawy, ponieważ zamiast uzasadnienia znalazły się tylko przypuszczenia - konkurenta spółki Techelon.

Odwołujący uważa, że decyzja o unieważnieniu postępowania umożliwia nieuczciwą walkę konkurencyjną.

Odwołujący uważa, że stanowisko Zamawiającego, iż przedmiot zamówienia został opisany z naruszeniem przepisów art.29 - 30 ustawy, jest nieudowodnione.

Zwraca również uwagę na fakt, że jego oferta spełnia wszystkie wymagania postawione w SIWZ.

Twierdzi również, że nie tylko produkty DELL spełniają postawione wymagania w SIWZ.

Odwołujący może podać przykłady produktów innych producentów niż DELL, posiadających jednocześnie złącze PC Card i Express Card.

Odwołujący również uważa, że Zamawiający nie podał uzasadnienia prawnego dla zastosowania normy wyrażonej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Unieważnienie postępowania na podstawie tego przepisu jest błędne.

Odwołujący uważa, iż wymóg wyposażenia komputera przenośnego w złącze Express Card oraz złącze PC Card nie świadczy o tym, że zawarta umowa będzie nieważna. Jako dowód przywołuje art.146 ust.1 ustawy, który wskazuje przesłanki nieważności umowy, a żadna z tych przesłanek nie wystąpiła.

Podsumowując argumentację Odwołujący stwierdza, że unieważnienie postępowania przetargowego, jest sprzeczne z prawem.

Wskazuje także na podstawy unieważnienia umowy wynikające z art. 70 k.c., które również nie wystąpiły w przedmiotowym postępowaniu.

### **Izba ustaliła i zważyła co następuje**

#### **Izba ustaliła**

Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy, ponieważ jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza spośród dwóch ważnie złożonych ofert, a unieważnienie postępowania uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie zamówienia.

Pismem z dnia 30.06.2011r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznał ofertę Odwołującego.

W tym samym piśmie Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu postępowania.

W tej części zawiadomienia Zamawiający przedstawił następujące stanowisko.

Jako podstawę prawną unieważnienia postępowania podał art. 93 ust.1 pkt 7 ust.3 ustawy stwierdzając, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu czynności o unieważnieniu postępowania podał.

W trakcie postępowania wykonawcy składali pytania dotyczące wymagań technicznych przedmiotu zamówienia, proponując zmiany w zakresie kart rozszerzeń, które pozwoliłyby na szerszy udział wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający podał, że opisując przedmiot zamówienia jakim są komputery przenośne zastosował „Wykaz obowiązujących standardów sprzętu informatyki i oprogramowania do stosowania w resorcie obrony narodowej ”- wersja 2.80 z dnia 25 stycznia 2011r. i w trakcie udzielania wyjaśnień opis techniczny w zakresie kart rozszerzeń nie został zmieniony.

W dniu otwarcia ofert 20 maja 2011r. do Zamawiającego wpłynęło odwołanie, które dotyczyło opisu technicznego z zarzutem naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z opinią Odwołującego opis przedmiotu zamówienia w zakresie wymogu wyposażenia komputera przenośnego w złącze Express Card oraz złącze PC Card, które muszą być umieszczone w obudowie notebooka bez zastosowania przejściówek czy adapterów, jednoznacznie wskazuje na produkty firmy DELL, co w konsekwencji prowadzi do ograniczenia konkurencji do produktów wyłącznie jednego producenta.

Jako potwierdzenie zarzutu podniesionego w odwołaniu, Zamawiający przyjął okoliczność, że złożono tylko dwie oferty, w których zaproponowano rozwiązania firmy DELL.

W związku z tym, że na tym etapie postępowania, to jest po otwarciu ofert i wyborze najkorzystniejszej

oferty, nie jest możliwe dokonanie modyfikacji wymagań technicznych, Zamawiający unieważnił postępowanie.

Odwołujący od czynności unieważnienia postępowania złożył odwołanie, wskazując na jego bezprawność co opisano we wstępie niniejszego uzasadnienia.

Na rozprawie Zamawiający podniósł, że w sprawie KIO 1063/11, która została rozstrzygnięta przez odrzucenie z powodu przekroczenia terminu ustawowego do wniesienia odwołania, złożył oświadczenie na posiedzeniu z udziałem stron, że w przypadku przystąpienia przez Krajową Izbę Odwoławczą do merytorycznego rozpoznania odwołania uwzględni odwołanie w całości. Ponadto w poczet dowodów przedłożył pismo z dnia 24 maja 2011r. Ministerstwa Obrony Narodowej Departament Informatyki i Telekomunikacji, odnoszące się do odwołania Hewlett-Packard Polska, w którym odwołanie zostało uznane za uzasadnione. Ponadto w piśmie tym poinformowano, że oprotestowany zapis specyfikacji technicznej o wymogu posiadania przez notebook złącza PC CARD został usunięty w nowej wersji „Wykazu obowiązujących standardów sprzętu informatyki i oprogramowania do stosowania w resorcie obrony narodowej”.

Z kolei Odwołujący przedstawił szereg dokumentów mających stanowić dowód na to, że nie tylko produkty DELL są wyposażone w złącze ExpressCard oraz złącze PC Card według wymogu SIWZ.

Odwołujący przedstawił:

1. Pismo z dnia 14 lipca 2011r. spółki Techelon przywołujące postępowanie Zamawiającego prowadzone przez Inspektorat Uzbrojenia, w którym działając jako HP Preferred Partner (preferowany Partner HP) oświadcza, że istnieją produkty HP posiadające złącze ExpressCard oraz złącze PC Card. Do pisma załączył oświadczenie Hewlett-Packard potwierdzające, że Techelon jest wybranym partnerem Handlowym i stanowi gwarancję najwyższej jakości produktów i usług oferowanych przez HP.
2. Pismo z dnia 19 maja 2011r. stanowiące odpowiedź na pismo spółki Techelon z dnia 16 maja 2011r. przywołujące przedmiotowe postępowanie, w której to odpowiedzi spółka NTT System S.A. z siedzibą w Warszawie, przesyła ofertę komputerów przenośnych dla poszczególnych konfiguracji to jest Notebooki NTT ze wskazaniem terminu 10 tygodniowej realizacji dostawy.
3. Oświadczenie spółki Action S.A. z siedzibą w Piasecznie z dnia 23.05.2011r. odnośnie przedmiotowego postępowania, (...)”że posiada sprzęt spełniający wszystkie wymagania zawarte w SIWZ w w/w postępowaniu.”
4. Oświadczenie z dnia 23 maja 2011r. do przedmiotowego postępowania,(...)”że firma PC Factory jest w stanie zaoferować (notebooki) spełniające wymagania Zamawiającego.”

5. Informacja Polskiego Komitetu Normalizacyjnego z dnia 6 lipca 2011r. odnosząca się do przedmiotowego postępowania.(...) Niniejszym informujemy, iż według naszej najlepszej wiedzy istnieje wiele modeli komputerów przenośnych posiadających złącze ExpressCard oraz złącze PC Card. Wśród producentów, których urządzenia są wyposażone w złącza, o których mowa powyżej wymienić należy m.in. Fujitsu, HP, Dell, IBM oraz Toshiba. Poniżej przedstawiamy zestawienie producentów wraz z modelami komputerów przenośnych posiadającymi złącze ExpressCard oraz złącze PC Card: Fujitsu E780 oraz Fujitsu Celsius H710, HP zv 6000, Dell E6510, IBM R60, Toshiba tecra M3.”

### **Izba zważyła co następuje**

Z treści art. 93 ust.1 ustawy wynika, że w określonych w nim sytuacjach obowiązkiem zamawiającego jest unieważnienie postępowania, ponieważ brzmienie tegoż artykułu wskazuje, że „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli(...)”. Jednocześnie z treści zacytowanego powyżej uregulowania wynika, że art. 93 ust.1 ustawy wymienia okoliczności w sposób taksatywny (wyczerpujący wszystkie przypadki, w których unieważnienie postępowania następuje), ponieważ brak w nim zwrotu np.: w szczególności.

Zamawiający wskazał w cytowanym powyżej piśmie z dnia 30 czerwca 2011r., że unieważnia postępowanie na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy czyli z powodu, iż ”postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Pierwszym wymogiem w zacytowanym pkt 7 jest wada w postępowaniu nie do usunięcia. Z przeprowadzonego postępowania dowodowego na rozprawie wynika, w sposób jednoznaczny, że nie zaistniała wada, ponieważ Odwołujący wykazał, że są inni niż twierdził Zamawiający wykonawcy, którzy są w stanie spełnić warunek techniczny przedmiotu zamówienia jakim są złącze ExpressCard oraz złącze PC Card ( pięciu wykonawców). Czyli odpada zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji przez opis przedmiotu zamówienia, który był bezpośrednią przyczyną unieważnienia postępowania. Tym samym uzasadnienie Zamawiającego w dniu 30 czerwca 2011r., że unieważnia postępowanie, ponieważ w postępowaniu złożono tylko dwie oferty i to z komputerami produkcji DELL co wskazuje na to, że zarzut naruszenia uczciwej konkurencji jest wiarygodny, okazało się nieuprawnione.

W tym stanie rzeczy nie został spełniony pierwszy podstawowy warunek „ zaistnienie wady w ogóle”. Niemniej nawet przy założeniu, że wystąpiła wada i jest nieusuwalna (wykrycie wady nastąpiło po

otwarcu ofert) to Zamawiający nie spełnił drugiego wymogu (uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy) wynikającego z art.146 ustawy. Bowiem tenże artykuł znowu taksatywnie wymienia, w jakich okolicznościach zamawiający ma obowiązek unieważnić umowę. Zamawiający żadnego z tych przypadków nie określił ani w czynności unieważnienia postępowania, ani w toku postępowania odwoławczego.

Również Zamawiający nie wskazał spełnienia okoliczności, która jest fakultatywną co do możliwości unieważnienia postępowania art.146 ust.5 ustawy ( przepis ust.1 nie wyłącza możliwości żądania przez zamawiającego unieważnienia umowy na podstawie art.70 ze zn.5 ustawy kodeks cywilny).

Reasumując w ocenie Izby żaden warunek nie został spełniony co do unieważnienia postępowania , a nawet gdyby zaistniał to w postępowaniu odwoławczym Zamawiający nie wykazał, że zaistniały podstawy do unieważnienia z kolei umowy.

W związku z powyższym odwołanie zasługuje na uwzględnienie na podstawie art.192 ust.2 ustawy, ponieważ naruszenie Zamawiającego ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania.

Bowiem Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty spośród dwóch złożonych ofert i jest zobowiązany do zawarcia umowy z wykonawcą wybranym to jest Odwołującym.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 1) w związku z § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania ( Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty uiszczanego wpisu od odwołania w kwocie 15.000,00zł. i wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego na podstawie przedstawionej faktury w kwocie 3.600,00zł.

Przewodniczący: