

**WYROK**  
**z dnia 8 czerwca 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz**

**Członkowie: Emil Kuriata**

**Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Jadwiga Ząbek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 czerwca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Narodowy Bank Polski Departament Informatyki i Telekomunikacji, ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa** protestu z dnia **29 kwietnia 2009 r.**

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty odwołującego,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Narodowy Bank Polski Departament Informatyki i Telekomunikacji, ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa i nakazuje:**
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Narodowy Bank Polski Departament Informatyki i Telekomunikacji, ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa** na rzecz **ComArch S.A. Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „świadczanie usług wsparcia technicznego dla oprogramowania Microsoft w formie trzyletniej umowy serwisowej” wykonawca ComArch S.A., zwany dalej również protestującym lub odwołującym, w dniu 30.04.2009 r., pismem z dnia 29.04.2009 r., złożył zamawiającemu - Narodowemu Bankowi Polskiemu protest, którym objął:

1. dokonanie czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) - zwanej dalej ustawą, w sytuacji, gdy brak jest podstaw do unieważnienia postępowania,
2. zaniechanie dokonania wyboru oferty ComArch S.A., pomimo, iż jest to najkorzystniejsza oferta, a jednocześnie jedyna oferta w przedmiotowym postępowaniu niepodlegająca odrzuceniu, a ComArch S.A. nie podlega wykluczeniu.

Wniósł o:

1. unieważnienie czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania,
2. dokonanie wyboru oferty ComArch S.A.,

zarzucając zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 2 ustawy, poprzez prowadzenie przedmiotowego postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równości wykonawców oraz niezapewnienie bezstronności i obiektywizmu w przedmiotowym postępowaniu, w szczególności poprzez dokonanie czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania w sytuacji, gdy brak jest podstaw do jego

unieważnienia, zaniechanie podjęcia i dalszego prowadzenia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami ustawy oraz zaniechanie dokonania wyboru oferty ComArch S.A., pomimo, iż jest to najkorzystniejsza oferta i jednocześnie jedyna oferta w postępowaniu niepodlegająca odrzuceniu, a ComArch S.A. nie podlega wykluczeniu,

2. naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy, poprzez unieważnienie przedmiotowego postępowania bez zaistnienia przesłanek wskazanych w ustawie.

W uzasadnieniu protestu ComArch S.A. podał, że:

1. w dniu 15.01.2009 r. został poinformowany przez zamawiającego o odrzuceniu wszystkich ofert w niniejszym postępowaniu i w konsekwencji o unieważnieniu postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy,
2. w dniu 26.01.2009 r. ComArch S.A. wniósł protest na w/w czynności zamawiającego,
3. pismem z dnia 4.02.2009 r. zamawiający protest oddalił,
4. w dniu 13.02.2009 r. ComArch S.A. wniósł odwołanie do Prezesa UZP,
5. w dniu 27.02.2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok (sygn. akt: KIO/UZP 162/09), w którym orzekła, iż „uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego”.

Protestujący wyjaśnił, że wobec bezczynności zamawiającego, w dniu 10.04.2009 r. wniósł protest na zaniechania zamawiającego, polegające na niezastosowaniu się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, poprzez zaniechanie unieważnienia decyzji o unieważnieniu postępowania, zaniechanie unieważnieniu decyzji o wykluczeniu ComArch S.A. z niniejszego postępowania, zaniechanie unieważnieniu decyzji o odrzuceniu oferty ComArch S.A., zaniechanie dokonania ponownego badania i oceny ofert z udziałem oferty ComArch S.A. oraz zaniechanie dokonania wyboru oferty ComArch S.A, pomimo, iż oferta ta jest ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu.

Podał także, że w dniu 20.04.2009 r. zamawiający protest oddalił, informując w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu, iż unieważnił czynność unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, unieważnił czynność wykluczenia protestującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, dokonał ponownego badania i oceny ofert z udziałem oferty protestującego oraz dokonał unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy. Wskazał nadto, że w tym samym dniu, tj. 20.04.2009 r. zamawiający przesłał protestującemu zawiadomienie o unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy.

Protestujący podniósł, że zastosowany przez zamawiającego przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy zawiera przesłanki, które muszą być spełnione łącznie. W ocenie protestującego redakcja tego przepisu wskazuje, iż w celu unieważnienia postępowania na jego podstawie niezbędne jest wystąpienie istotnej zmiany okoliczności, która musi powodować po pierwsze utratę interesu publicznego do realizacji zamówienia, a po drugie zmiany tych okoliczności nie było można przewidzieć, co oznacza, że powinny wystąpić zdarzenia nadzwyczajne, nieoczekiwane, na które zamawiający nie miał wpływu, a nadto dla zastosowania powołanego przepisu niezbędne jest, aby zmiana okoliczności faktycznie wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia, wreszcie - zmiana ta bezwzględnie musi mieć istotny charakter - na tyle znaczący, że zarówno prowadzenie postępowania, jak też udzielenie zamówienia i samo jego wykonanie nie leży już w interesie publicznym.

Podniósł także, że zamawiający, powołując się na tę przesłankę, musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, przy zachowaniu odpowiedniej staranności, nie można było przewidzieć, że nastąpi zmiana okoliczności w wyniku, której kontynuowanie postępowania nie będzie leżało w interesie publicznym (W. Dzierżanowski w: Prawo zamówień publicznych, komentarz, wyd. n, Zakamycze 2005, s. 320.)

W ocenie protestującego, w niniejszym postępowaniu żadna z w/w przesłanek, skutkujących obowiązkiem unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy nie wystąpiła.

Wskazał, że zamawiający w uzasadnieniu faktycznym decyzji o unieważnieniu postępowania podał, iż „sytuacja jaka zaistniała na skutek niejednoznaczności warunku udziału w postępowaniu spowodowała także doprowadzenie do sytuacji, w której wybór oferty ComArch S.A. nie byłby wyborem oferty najkorzystniejszej, a w dodatku byłby wyborem naruszającym zasady uczciwej konkurencji. To zaś stanowi podstawę unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, w myśl którego zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. W niniejszej sprawie istotna zmiana okoliczności polegała na tym, że na skutek wyroku KIO z dnia 27 lutego 2009 r. zamawiający został zobowiązany interpretować zapisy zawarte w SIWZ w sposób odmienny od zamierzonego przez zamawiającego”.

Odnosząc się do powyższego, protestujący stwierdził, że Krajowa Izba Odwoławcza nie zobowiązała zamawiającego do określonej interpretacji zapisów SIWZ, gdyż nie jest i nie może być to przedmiotem jej rozstrzygnięcia, ponieważ zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy „Uwzględniając odwołanie, Izba może: 1) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności

zamawiającego, 2) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego" - co też Krajowa Izba Odwoławcza uczyniła.

Protestujący stwierdził również, że w zakresie komentowanego warunku udziału w postępowaniu nie istnieje żadna faktyczna rozbieżność, ani też niejednoznaczność jego brzmienia wynikająca z jego treści, bądź literalnego zapisu.

Podniósł, że niejednoznaczność, na jaką wskazuje zamawiający powstała wyłącznie w sferze subiektywnej jego oceny i w zakresie postrzegania przez zamawiającego owego warunku oraz, że wykonawca mający szansę na uzyskanie zamówienia, którego oferta spełnia wszystkie wymagania SIWZ nie może ponosić negatywnych konsekwencji w postaci unieważnienia postępowania wyłącznie dlatego, że zamawiający na etapie wyboru oferty twierdzi, że sformułował warunek udziału w postępowaniu niezgodnie ze swoją intencją. Wykonawców, jak też i zamawiającego wiążą bowiem warunki udziału w postępowaniu określone w ogłoszeniu o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ).

Protestujący stwierdził też, że w żaden sposób nie można zaakceptować sytuacji, w której wykonawca, działając w zaufaniu do zamawiającego jest obciążony konsekwencją w sytuacji, gdy postrzeganie przez zamawiającego wymagań określonych w warunku jest odmienne od rzeczywistych wymagań w nim postawionych. Podkreślił, że zamawiający ma swobodę kształtowania warunków udziału w postępowaniu na etapie sporządzania dokumentacji postępowania.

Protestujący stwierdził nadto, że nawet gdyby przyjąć wyjaśnienia zamawiającego, iż warunek, jaki ustanowił odbiega od jego intencji, to sytuacja taka byłaby wynikiem jego błędu, niewiedzy lub braku zachowania należytej staranności, co nie może być istotną okolicznością (zdarzeniem), którego nie można było przewidzieć.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy, ustanawiając wymóg wystąpienia przesłanki niemożliwości przewidzenia danej okoliczności wyraźnie określa te okoliczności jako zdarzenia / fakty niezależne od zamawiającego. Wola zamawiającego, czy też jego błąd do okoliczności takich nie należą, przeciwnie - są całkowicie od niego zależne. Z tego względu podstawa unieważnienia postępowania, określona w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy - z uwagi na błąd zamawiającego - nie znajduje zastosowania.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego, iż wskutek „niejednoznaczności” warunku udziału w postępowaniu wybór oferty protestującego naruszałby zasady uczciwej konkurencji oraz nie byłyby wyborem oferty najkorzystniejszej” stwierdził, że stanowisko to jest całkowicie pozbawione oparcia w obowiązujących przepisach ustawy, jak i nie ma oparcia w zaistniałym stanie faktycznym. Wskazał, że po dokonaniu oceny i badaniu złożonych ofert został jedynym wykonawcą, który nie podlega wykluczeniu, a złożona przez niego oferta - jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu, co oznacza, że oferta złożona przez

ComArch S.A. jest oferta najkorzystniejszą, która w przedmiotowym postępowaniu uzyskała najwyższą liczbę punktów. Pozostałe złożone oferty nie mogą być brane pod uwagę przy sporządzaniu „rankingu oferty najkorzystniejszej”, z uwagi na fakt, iż zostały skutecznie odrzucone przez zamawiającego. Konsekwencją powyższego stanu prawnego i faktycznego musi być wybór oferty protestującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego, iż wybór jedynej oferty niepodlegającej odrzuceniu „byłby wyborem naruszającym zasady uczciwej konkurencji” stwierdził, że nie znajduje to oparcia w obowiązujących przepisach ustawy, a nadto zdanie to jest wewnętrznie sprzeczne - oferta, której złożenie narusza zasady uczciwej konkurencji podlegałaby odrzuceniu, a jeśli odrzuceniu nie podlega - jej złożenie i wybór nie może tych zasad naruszać.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego, iż podstawą unieważnienia postępowania na mocy art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy było zaistnienie istotnej okoliczności polegającej na tym, że „na skutek wyroku KIO z dnia 27 lutego 2009 r. zamawiający został zobowiązany interpretować zapisy zawarte w SIWZ w sposób odmienny od zamierzonego przez zamawiającego”, protestujący stwierdził, że wskazywane przez zamawiającego inne postrzeganie warunku udziału w postępowaniu nie wypełnia przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy, a mianowicie, że nie można go było przewidzieć, gdyż istotny jest fakt, że inna interpretacja przedmiotowego warunku przez zamawiającego istniała już w dacie wszczęcia postępowania, a nie powstała dopiero później, wskutek wydanego wyroku KIO. Izba we wskazanym wyroku nakazała jedynie zamawiającemu, aby respektował postawione przez siebie postanowienia SIWZ (warunki udziału w postępowaniu) zgodnie z ich upublicznionym brzmieniem. Wskazane przez zamawiającego okoliczności leżą wyłącznie w jego sferze wewnętrznej, co automatycznie eliminuje zasadność zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy i nie mają charakteru obiektywnego i nieprzewidywalnego.

Protestujący podniósł również, że w przedmiotowym stanie faktycznym nie wystąpiła przesłanka, iż zamówienie nie leży w interesie publicznym, ponieważ nie można go oceniać tylko z punktu widzenia wewnętrznych uwarunkowań zamawiającego. „Interes publiczny” nie jest tożsamy z interesem samego zamawiającego.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego, iż „Odmienne zrozumienie zapisów SIWZ od tego jakim kierowała się firma ComArch S.A. (a które następnie podzieliła KIO wydając orzeczenie) czyli takie, które było intencją Zamawiającego (aby wskazać wartość zrealizowanych zamówień o podobnym zakresie) mogło być przyczyną nie złożenia ofert przez innych wykonawców” oraz „rozbieżnie podane informacje obciążły skutkami wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty, a także mogły ograniczyć udział w postępowaniu innym potencjalnym wykonawcom, którzy nie zdecydowali się na złożenie ofert” stwierdził, że argumentacja ta nie wypełnia dyspozycji żadnej z przesłanek zawartych

w art. 93 ustawy. Intencją zamawiającego było takie rozumienie warunku, które nie wynikało z jego jednoznacznego brzmienia. „Intencja” jako taka nie jest podstawą dokonywania żadnych czynności w trybie ustawy, zarówno po stronie zamawiającego, jak i wykonawców.

Jako niejasne protestujący ocenił to, w jaki sposób intencja zamawiającego mogłaby być przyczyną zniechęcającą w jakikolwiek sposób wykonawców do złożenia ofert, zwłaszcza, że nie wiadomo, w jaki sposób intencja ta byłaby im dostępna (możliwa do poznania) oraz dlaczego podnoszona przez zamawiającego ewentualność „nie złożenia ofert przez innych wykonawców, a także rzekomo istniejąca rozbieżność w brzmieniu warunku od intencji zamawiającego mogłaby mieć wpływ na „ograniczenie udziału w postępowaniu innym potencjalnym wykonawcom”.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego, iż „fakt tak odmiennego zrozumienia treści oświadczenia woli złożonego przez NBP w ogłoszeniu i w SIWZ przez firmę ComArch S.A. (podzielonego także przez skład orzekający KIO) oraz przez BSB Sp. z o. o. i konsorcjum Microsoft Sp. z o. o. i KA-NA Sp. z o. o. świadczy o tym, że warunek udziału w postępowaniu i sposób jego potwierdzenia dotyczący posiadania doświadczenia związanego z wykonaniem lub wykonywaniem zamówień odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom będącym przedmiotem zamówienia oznacza, że warunek ten jako niejednoznaczny narusza uczciwą konkurencją. Stanowi to naruszenie zakazu zawartego w art. 22 ust. 2 Pzp zakazującego określanie warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający uczciwą konkurencją, jak również narusza art. 7 ust. 1 Pzp zgodnie, z którym postępowanie o zamówienie publiczne musi być przeprowadzone w sposób nieutrudniający uczciwą konkurencją.” Protestujący stwierdził, że fakt wskazania przez pozostałych wykonawców w formularzu wartości opisanych tam usług, nie zmienia w żaden sposób sytuacji faktycznej przedmiotowego postępowania z uwagi okoliczność, iż inni wykonawcy uczestniczący w przedmiotowym postępowaniu i tak zostali skutecznie wykluczeni z postępowania, na podstawie innych przesłanek (zgodnie z pismem zamawiającego z dnia 14 stycznia 2009 roku Konsorcjum Microsoft Sp. z o. o. i KA-NA Sp. z o.o. zostało wykluczone na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - konsorcjum nie wniosło w prawidłowej formie wadium; natomiast Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. zostało wykluczone na podstawie art. 22 ust.1 pkt 2 ustawy - załączone referencje nie potwierdzają spełnienia warunku postawionego przez zamawiającego).

Protestujący wskazał, że fakt, iż pozostali wykonawcy podali w ofercie dodatkowe, nadmiarowe informacje, ponad te, których wymagał zamawiający, nie powoduje zaistnienia niejednoznaczności warunku bądź rozbieżności w jego brzmieniu. Z tego też powodu argumentacja zamawiającego, jakoby taka sytuacja naruszała zasady uczciwej konkurencji bądź treść warunku udziału w postępowaniu została określona w sposób naruszający przepis art. 22 ust. 2 ustawy jest chybiona.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego, iż powyższe jest podstawą „do stwierdzenia nieważności umowy bowiem nieprecyzyjnie sformułowany i niejednoznacznie zredagowany warunek udziału w postępowaniu i sposób jego potwierdzenia spowodował, że w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie (art. 22 ust. 2, art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 1, art. 25 ustawy w związku z § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane, które miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania)” protestujący stwierdził, że komentowany warunek udziału w postępowaniu, jako czytelny i jasno sformułowany, nie narusza wskazanych przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odnosząc się do drugiej, przyjętej przez zamawiającego podstawy unieważnienia postępowania, tj. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy - protestujący wskazał, że jej uzasadnienie jest nielogiczne, niespójne i brak jest rzeczywistego przełożenia na stan faktyczny wskazanej podstawy unieważnienia.

Podniósł, że wada postępowania musi być nieusuwalna, wywierająca tak istotny wpływ na umowę, że powoduje jej bezwzględną nieważność, a tym samym bezskuteczność oraz, że ustawa nie zawiera katalogu enumeratywnie wymienionych przypadków, kiedy postępowanie zawiera nieusuwalną wadę, dlatego też pomocne jest w tej kwestii orzecznictwo (sprzeczność pomiędzy SIWZ a ogłoszeniem, brak kryteriów oceny ofert w ogłoszeniu, zmiana warunków udziału w postępowaniu oraz zmiana sposobu dokonywania oceny ich spełniania).

W ocenie protestującego, do katalogu wad skutkujących bezwzględną nieważnością umowy nie można zaliczyć „innej intencji zamawiającego”, bowiem w żaden sposób nie narusza ona wskazanych przez zamawiającego przepisów ustawy.

Protestujący wskazał, że obowiązkiem zamawiającego, powołującego się na przesłankę art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy jest wykazanie związku przyczynowego między wadą a niemożliwością zawarcia umowy.

W ocenie protestującego, niemożność zawarcia umowy w tym przypadku nie nastąpiła, a zamawiający nie wykazał istnienia jakiegokolwiek powiązania pomiędzy stanem faktycznym, a niemożnością zawarcia ważnej umowy (powołał się na wyrok KIO z dnia 10 lutego 2009 roku, sygn. akt. KIO/UZP/125/09).

W ocenie protestującego, warunek nie był określony w sposób niejasny, czy budzący wątpliwości wykonawców. Również wyszczególnienie dokumentów, które należy składać w celu potwierdzenia warunku nie budziło wątpliwości. Jako niejasne protestującego ocenił wskazanie przez zamawiającego, jakoby przedmiotowy warunek naruszył jakiegokolwiek przepisy ustawy, a w szczególności, iż naruszenie jest na tyle istotne, że miało wpływ na wynik postępowania.



Wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 lutego 2009 roku nie stwierdziła, iż istniały jakiegokolwiek rozbieżności, niejasności czy też niejednoznaczności w treści komentowanego warunku, a jedynie nakazała zamawiającemu ocenę spełniania warunku przez protestującego w świetle literalnego brzmienia postawionego warunku, a nie w świetle intencji zamawiającego. Zatem, wskazane przez zamawiającego naruszenie przepisów ustawy, które rzekomo miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania, nie miały miejsca.

Zdaniem protestującego, nawet gdyby przyjąć, że doszło do niejednoznacznego sformułowania warunku udziału w postępowaniu, to w dalszy ciągu nie stanowi to przesłanki unieważnienia postępowania, bowiem wskazane rzekome naruszenie nie miało żadnego wpływu na wynik niniejszego postępowania, gdyż pozostali wykluczeni wykonawcy nie zostali wykluczeni z uwagi na niespełnianie tegoż warunku. Podstawy ich wykluczenia były zupełnie inne i nie były w żaden sposób z tymże warunkiem związane (powołał się na wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP/114/07).

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego, iż niejednoznaczne określenie warunków udziału w postępowaniu spowodowało naruszenie art. 7 ust 1 ustawy, protestujący stwierdził, że Krajowa Izba Odwoławcza we wskazanym wyroku nie stwierdziła, iż przedmiotowy warunek został sformułowany przez zamawiającego w sposób budzący lub mogący budzić wątpliwości, a jedynie nakazała ocenę, czy wykonawca spełnia warunek w świetle jego literalnego brzmienia. Zatem twierdzenia zamawiającego, iż zostały w niniejszym postępowaniu naruszone zasady równego traktowania wykonawców lub też zasady uczciwej konkurencji są całkowicie nieuzasadnione i chybione.

Odnosząc się do stwierdzenia zamawiającego, iż w obecnym stanie postępowania dokonano zmiany warunków udziału w postępowaniu i dokonano zmiany sposobu jego potwierdzenia w zakresie posiadanego przez wykonawców doświadczenia, poprzez nowy sposób jego interpretacji, z tym że zmiana ta jest niezgodna z zamiarem zamawiającego, a ponadto nie mogą do niej odnieść się wykonawcy, którzy podejmowali decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu, czy też rezygnacji z ubiegania się o zamówienie publiczne, protestujący stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu nie dokonano żadnej „zmiany warunków udziału w postępowaniu” a tym bardziej nie dokonano żadnej „zmiany sposobu jego potwierdzenia w zakresie posiadanego przez wykonawców doświadczenia”.

Protestujący powtórzył, że Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu do wydanego wyroku nakazała jedynie zamawiającemu, aby oceniał kwestię spełniania warunków udziału w postępowaniu zgodnie z brzmieniem postawionego warunku, bowiem „zamawiający nie żądał wykazania się przez wykonawców (...) konkretną wartością usług wykonanych lub wykonywanych. Warunek udziału w postępowaniu dotyczył wykazania się realizacją zamówień o zbliżonym charakterze tj. przedmiocie i zakresie do zamówienia, będącego

przedmiotem niniejszego postępowania, a nie odnosił się w żaden sposób do wartości usług potwierdzających wymagane doświadczenie ". Nadto Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „stanowisko Zamawiającego, (...) że pod pojęciem zakres realizowanej pracy zbliżony do niniejszego zamówienia mieści się wymaganie dotyczące wskazania wartości realizowanych lub zrealizowanych usług nie zasługuje na uznanie ".

W ocenie protestującego, argumentacja zamawiającego, iż „na skutek orzeczenia KIO, które wyknęło zamawiającemu niespójność zapisów SIWZ, nie można wybrać najkorzystniejszej oferty, bowiem wybór taki nastąpiłby w okolicznościach faktycznego uprzywilejowania jednego wykonawcy tj. firmy ComArch S.A. " jest całkowicie pozbawiona ratio legis i nie znajduje oparcia w stanie faktycznym przedmiotowego postępowania, a ponadto jest krzywdząca dla protestującego, który jako jedyny złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu.

Podkreślił, że unieważnienie postępowania może nastąpić tylko w sytuacjach ściśle określonych w ustawie, zgodnie z enumeratywnymi podstawami unieważnienia, okresowymi w art. 93 ust. 1 ustawy - które muszą być interpretowane ściśle. Dowolne czy rozszerzające stosowanie podstaw unieważnienia postępowania jest, zgodnie z art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.), naruszeniem dyscypliny finansów publicznych („unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania").

Wykazując swój interes prawny we wniesieniu protestu ComArch S.A. wskazał, że unieważnienie niniejszego postępowania uniemożliwia wybór jego oferty, która jest ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający protest oddalił, wskazując, iż sytuacja, jaka zaistniała na skutek niejednoznaczności warunku udziału w postępowaniu spowodowała doprowadzenie do sytuacji, w której wybór oferty firmy ComArch S.A. nie byłby wyborem oferty najkorzystniejszej, a w dodatku byłby wyborem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, co stanowi podstawę unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy.

W ocenie zamawiającego, istotna zmiana okoliczności polegała na tym, że na skutek wyroku KIO z dnia 27 lutego 2009 r. zamawiający został zobowiązany interpretować zapisy zawarte w SIWZ w sposób odmienny od zamierzonego, co prowadzi do konieczności wyboru oferty, która w podstawowym zakresie świadczenia (usługi stałe określone w formularzu oferty cenowej w pkt I) jest ofertą najdroższą i najmniej korzystną spośród wszystkich złożonych ofert w postępowaniu. Dalsze prowadzenie postępowania skutkowałoby, zdaniem zamawiającego, wyborem oferty, która nie jest ofertą

najkorzystniejszą ekonomicznie, co stanowi naruszenie celu, dla którego przepisy ustawy zostały ustanowione.

Zamawiający stwierdził, że rozbieżnie podane informacje obciążąły skutkami wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, a także mogły ograniczyć udział w postępowaniu innym potencjalnym wykonawcom, którzy nie zdecydowali się na złożenie ofert.

Zamawiający wskazał, że w wyniku rozbieżności w powyższym opisie ComArch S.A. złożył (na wezwanie zamawiającego, w trybie art. 26 ust. 3) wykaz zrealizowanych lub realizowanych prac oraz list referencyjny, jednakże w żadnym z nich nie była podana wartość wykonanych lub wykonywanych usług, ponieważ uznał, że zamawiający nie wymaga takiej informacji. Natomiast inny uczestnik postępowania złożył dokumenty zawierające wartość usług, a nadto, na wezwanie zamawiającego o złożenie dokumentów w trybie art. 26 ust 3 ustawy - firma ta nie przedstawiła nowych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, co mogło, w ocenie zamawiającego, być spowodowane m.in. brakiem innych dokumentów potwierdzających wykonanie prac o wartości zbliżonej do usługi będącej przedmiotem zamówienia.

Zamawiający podniósł, że odmiennie zrozumienie zapisów SIWZ od tego, jakim kierowała się firma ComArch S.A., czyli takie, które było intencją zamawiającego (aby wskazać wartość zrealizowanych zamówień o podobnym zakresie) mogło być także przyczyną nie złożenia ofert przez innych wykonawców. Fakt tak odmiennego zrozumienia treści SIWZ przez firmę Comarch S.A. oraz przez innych wykonawców świadczy o tym, że warunek udziału w postępowaniu i sposób jego potwierdzenia dotyczący posiadania doświadczenia związanego z wykonaniem lub wykonywaniem zamówień odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom będącym przedmiotem zamówienia oznacza, że warunek jako niejednoznaczny, narusza uczciwą konkurencję i stanowi naruszenie zakazu zawartego w art. 22 ust. 2 ustawy, zakazującego określanie warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający uczciwą konkurencję, jak również narusza art. 7 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym postępowanie o zamówienie publiczne musi być przeprowadzone w sposób nie utrudniający uczciwą konkurencję. Jest to podstawa do stwierdzenia nieważności umowy, bowiem nieprecyzyjnie sformułowany i niejednoznacznie zredagowany warunek udziału w postępowaniu i sposób jego potwierdzenia spowodował, że w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie (art. 22 ust. 2, art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 1, art. 25 ustawy w związku z § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane), które miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Świadczyć może o tym fakt, że inni wykonawcy niż ComArch S.A. przedkładali na potwierdzenie spełnienia warunku

podmiotowego dotyczącego posiadania przez nich doświadczenia tylko te informacje, które dotyczyły wykonanych lub wykonywanych zamówień zbliżonych pod względem wartości do przedmiotu zamówienia. Gdyby wykonawcy mieli świadomość, że potwierdzić spełnienie warunku można wykazaniem się usługi, której wartość nie musi odpowiadać wartości zamówienia wówczas wynik postępowania byłby zupełnie inny.

Zamawiający stwierdził, że obecny stan sprawy jest taki, że dokonano zmiany warunków udziału w postępowaniu i dokonano zmiany sposobu jego potwierdzenia w zakresie posiadanego przez wykonawców doświadczenia, poprzez nowy sposób jego interpretacji, z tym, że zmiana ta jest niezgodna z zamiarem zamawiającego, a ponadto nie mogą się do niej odnieść wykonawcy na etapie prowadzonego postępowania, podejmując decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu, czy też rezygnacji z ubiegania się o zamówienie publiczne.

Zamawiający na każdym etapie postępowania, aż do zawarcia umowy ma obowiązek unieważnić postępowanie w przypadku stwierdzenia, że zachodzą przesłanki wymienione w art. 93 ust. 1 ustawy. Ustawa zaś wymaga, aby takie same dokumenty były żądane od wszystkich uczestników postępowania. Na skutek orzeczenia KIO, które wytknęło zamawiającemu niespójność zapisów SIWZ, nie można wybrać najkorzystniejszej oferty, bowiem wybór taki nastąpiłby w okolicznościach faktycznego uprzywilejowania jednego wykonawcy tj. firmy ComArch S.A.

W odwołaniu ComArch S.A. ponowił zarzuty i argumentację zawarte uprzednio w proteście.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lutego 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 162/09, pisma zamawiającego DIT-WZI-8-243/00821/09 z dnia 20 lutego 2009 r. – „Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania”, protokołu komisji przetargowej zamawiającego z dnia 16 lutego 2009 r., stanowisk i oświadczeń stron, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu, a także w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odnośnie interesu prawnego odwołującego skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadał interes prawny tak na etapie wnoszenia protestu, jak i odwołania, ponieważ potwierdzenie się zarzutów niezasadnego unieważnienia przedmiotowego postępowania na „świadczenie usług wsparcia technicznego dla oprogramowania Microsoft w formie trzyletniej umowy serwisowej” w sytuacji, gdy oferta odwołującego pozostała jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu w tym postępowaniu, oznaczałoby dla odwołującego szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego. Tym samym wypełniona została

materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W „Zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania” zamawiający podał, że: „W wyniku ponownej analizy okoliczności przedmiotowego postępowania, uwzględniając treść uzasadnienia do przywołanego wyżej orzeczenia KIO (chodzi o wyrok o sygn. akt KIO/UZP 162/09) i stan jaki powstał w wyniku tego orzeczenia, Zamawiający (...) podjął decyzję o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 u Pzp, ponieważ:

- postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego,
- wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.”

Skład orzekający Izby uznał jednak, że w przedmiotowym postępowaniu nie zaistniała żadna z przesłanek, na które powołał się zamawiający, a która obligowałaby go do unieważnienia postępowania, wobec czego uznał, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Z dokumentacji postępowania, tj. z protokołu komisji przetargowej zamawiającego z dnia 16.04.2009 r. wynika, że zamawiający jest zainteresowany ponownym przeprowadzeniem postępowania na przedmiotową usługę, przy czym chciałby w nowym postępowaniu uwzględnić ofertę na świadczenia usług wsparcia technicznego, jaką już po wszczęciu przedmiotowego postępowania wprowadziła na rynek firma Microsoft („Premier Indirect Support”), co w ocenie komisji byłoby dla zamawiającego korzystniejsze, ponieważ zamawiający uzyskałby znaczne oszczędności - str. 2 protokołu. Na rozprawie zamawiający potwierdził, że zamierza ponowić postępowanie z uwzględnieniem nowych możliwości, jakie oferuje rynek.

Pomimo istnienia potrzeby wykonania zamówienia, zamawiający uznał, że przeszkodą w udzieleniu zamówienia jest wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Zamawiający powołał się na rozbieżności pomiędzy swoimi intencjami, jakimi kierował się formułując warunek udziału w postępowaniu i przez pryzmat, których odczytywał ten warunek a odczytaniem tegoż warunku przez wykonawcę ComArch S.A. Powołał się także na skutki odmiennego rozumienia warunku (odmiennego od odwołującego) przez wykonawcę Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. oraz innych wykonawców. W przypadku spółki Bazy i Systemy Bankowe skutek miałby polegać na tym, że firma ta w wyniku uznania, że zamawiający wymagał podania informacji odnośnie wartości

zrealizowanych lub realizowanych prac w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, na wezwanie zamawiającego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, nie przedstawiła nowych dokumentów, „co mogło być spowodowane m.in. brakiem innych dokumentów potwierdzających wykonanie prac o wartości zbliżonej do usługi będącej przedmiotem zamówienia” - str. 3 zawiadomienia, zaś w przypadku innych wykonawców, którzy nie złożyli ofert w przedmiotowym postępowaniu skutek ten miałby polegać na tym, że wykonawcy ci nie mogli złożyć ofert w wyniku uznania, że należy wskazać wartość zrealizowanych lub realizowanych prac w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający przyjął, że również wykonawca - konsorcjum firm w składzie Microsoft Sp. z o.o. i KA - NA Sp. z o.o. odmiennie od ComArch S.A. zrozumiało warunek odnośnie wymaganego doświadczenia, ponieważ wykonawca ten w przedłożonym przez siebie wraz z ofertą wykazie wskazał zamówienia zbliżone pod względem wartości do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający przyjął, że wykonawcy odmiennie zrozumieli treść jego oświadczenia woli i w konsekwencji uznał, że warunek i sposób jego potwierdzenia został sformułowany niejednoznacznie, co jest równoznaczne z jego sformułowaniem z naruszeniem uczciwej konkurencji, z naruszeniem przepisu ustawy, co stanowi podstawę do stwierdzenia nieważności umowy.

Skład orzekający Izby stwierdził, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt KIO/UZP 162/09, wbrew twierdzeniu zamawiającego, nie stwierdziła niejednoznaczności warunku udziału w postępowaniu, czy niejednoznaczności wymogów dotyczących dokumentów potwierdzających jego spełnienie, ale brak korelacji pomiędzy warunkiem wymaganego doświadczenia (...) a dokumentem potwierdzającym ten warunek (str. 12 wyroku). Co do samego warunku KIO stwierdziła, że: „istotnie Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale IV.1.2 b w sposób węższy niż wymóg co do dokumentu potwierdzającego ten warunek, jednak takim działaniem nie naruszył przepisów prawa”.

Narodowy Bank Polski chce uzyskać „świadczenie usług wsparcia technicznego dla oprogramowania Microsoft w formie trzyletniej umowy serwisowej”. Aby było to możliwe, konieczne jest, aby NBP, jako podmiot ustawowo zobligowany, przeprowadził postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w wyniku którego zostanie zawarta umowa z wykonawcą, który złożył ofertę najkorzystniejszą, a w wyniku, której wybrany wykonawca zrealizuje niezbędną dla zamawiającego usługę.

Będąc zamawiającym w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych, Narodowy Bank Polski musiał wszcząć postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i to na nim spoczywa obowiązek jego prowadzenia w sposób prawidłowy, tj. zgodny

z obowiązującymi przepisami prawa, a zatem tak, aby postępowanie nie było obciążone wadami. Ustawodawca przewidział bowiem w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, że postępowanie obciążone wadami nie może prowadzić do udzielenia zamówienia publicznego.

Kierując się zasadą racjonalnego ustawodawcy, nie można twierdzić, że zarówno przepis art. 93 ust. 1 pkt 6, jak i przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy regulują tę samą kwestię, tj. obowiązku unieważnienia postępowania w następstwie naruszenia przepisów ustawy. Przyjmując to założenie, skład orzekający Izby uznał, że przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy, w którym w szczególności mowa o wystąpieniu istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, nie można w ogóle odnosić do naruszeń ustawy, jakich dopuścił się zamawiający w toku prowadzonego przez siebie postępowania, ale należy go wiązać z innymi okolicznościami, jakie mogą wystąpić w postępowaniu. Przykładowo jedynie można wskazać, że konieczność unieważnienia postępowania wynikająca z wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym może być wynikiem oświadczenia wykonawcy, który w przetargu nieograniczonym złożył prawidłową ofertę, jedyną ofertą złożoną w tym postępowaniu, a który już po terminie składania ofert oświadczył, że nie zawrze z zamawiającym umowy. Dalsze prowadzenie takiego postępowania, choć prowadzonego przez zamawiającego prawidłowo i nie obciążonego żadnymi wadami, o którym, wobec oświadczenia wykonawcy, wiadomo, że nie doprowadzi do zawarcia umowy i realizacji zamówienia, jest bezcelowe z punktu widzenia interesu publicznego.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że powoływanie się na obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy w związku z wystąpieniem w tym postępowaniu naruszeń przepisów ustawy, w ogóle nie zostało przez ustawodawcę dopuszczone.

W konsekwencji powyższego skład orzekający Izby całą argumentację zamawiającego, uzasadniającą unieważnienie przedmiotowego postępowania odniósł wyłącznie do drugiej z przywołanych podstaw unieważnienia, tj. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Zamawiający, uzasadniając unieważnienie postępowania na podstawie przesłanki wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy odwołał się do naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik tego postępowania.

Intencją zamawiającego, co zamawiający potwierdził na rozprawie, była weryfikacja doświadczenia wykonawców nie tylko pod kątem zbliżonego do przedmiotowego postępowania zakresu uprzednio wykonanych, czy nadal wykonywanych usług, ale również pod kątem zbliżonej do przedmiotowego postępowania wartości tych usług.

Obowiązkiem zamawiającego, wynikającym z przepisu art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy jest zawarcie w SIWZ w szczególności opisu warunków udziału w postępowaniu oraz wykazu dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia tych warunków. Realizacja tego obowiązku ma zagwarantować zamawiającemu udzielenie zamówienia publicznego podmiotowi, który daje rękojmię należytego wykonania tego zamówienia. Warunki i wymogi, zgodnie z zasadą pisemności postępowania, wyrażoną w art. 9 ust. 1 ustawy, zamawiający formułuje na piśmie - tylko taki sposób formułowania wymogów może stanowić późniejszą weryfikację wykonawców pod kątem ich zdolności do realizacji zamówienia. Oznacza to jednocześnie, że intencje zamawiającego, które nie znalazły odzwierciedlenia i nie zostały wyartykułowane w pisemnych postanowieniach SIWZ, nie mogą stanowić podstaw tejże weryfikacji. Skład orzekający Izby zwrócił przy tym uwagę na fakt, że zamawiający nie podnosił w ogóle argumentu zagrożenia realizacji przedmiotowego zamówienia przez podmiot niezdolny do jego należytego wykonania.

Konsekwencją ustawowego obowiązku zawarcia w pisemnych postanowieniach SIWZ i wyłącznie tam kompletnych wymogów zamawiającego adekwatnych do danego postępowania jest zagwarantowanie wykonawcom, że sprostanie tamże wskazanym wymogom zagwarantuje im uznanie przez zamawiającego, że spełniają żądane warunki udziału w postępowaniu.

W przedmiotowym postępowaniu żaden z wykonawców nie żądał wyjaśnień odnośnie postawionego przez zamawiającego warunku doświadczenia i dokumentów go potwierdzających w związku z żądaniem wskazania wartości wykazywanych usług. Oznaczać to może, że dla wszystkich wykonawców, w świetle ich wiedzy i doświadczenia, postanowienia SIWZ w tym zakresie były jasne i nie wymagały komentarza zamawiającego bądź też, że niejasności te powstały, ale w świetle przepisu art. 38 ust. 1 ustawy zbyt późno, aby móc skutecznie domagać się od zamawiającego ich wyjaśnienia, wreszcie, że wykonawca, mając wątpliwości, nie skorzystał z przysługującego mu na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy zdanie pierwsze uprawnienia.

Bez względu na przyczyny braku żądania wyjaśnień, skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że w takim przypadku to wykonawca ponosi ryzyko poprawnego, tj. przy zastosowaniu przepisów ustawy i reguł interpretacyjnych, odczytania postanowień opracowanej przez zamawiającego SIWZ. Tylko taka interpretacja może stanowić podstawę weryfikacji udziału wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i wiąże nie tylko wykonawców, ale i zamawiającego.

Wskazany przez KIO w wyroku o sygn. akt KIO/UZP 162/09 brak korelacji pomiędzy warunkiem wymaganego doświadczenia (...) a dokumentem potwierdzającym ten warunek wymagał od KIO, a uprzednio od wykonawców odczytujących postanowienia SIWZ, nadania hierarchii warunkowi i dokumentowi go potwierdzającemu, co Izba uczyniła uznając, że



„istotnym dla oceny kwalifikacji podmiotu do udziału w postępowaniu jest treść określonego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu a nie dokumentu, który ma potwierdzać ten warunek” (str. 12 wyroku).

Wskazana niespójność, zawarta w postanowieniach SIWZ jest obiektywna, tj. możliwa do stwierdzenia w świetle przepisów ustawy.

Powołując się na wskazaną wcześniej zasadę pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stwierdzić należy, że ani warunek w zakresie doświadczenia, ani wymóg w zakresie dokumentów warunek ten potwierdzających, nie został przez zamawiającego zmieniony; zamawiający nie skorzystał bowiem z prawa modyfikacji postanowień SIWZ, o którym mowa w art. 37 ust. 4 ustawy. Fakt błędnej interpretacji pisemnego brzmienia postawionego warunku przez samego zamawiającego, jak też ewentualnie przez jakiegokolwiek wykonawcę nie powoduje zmiany tego warunku, dla której skuteczności niezbędne jest zachowanie formy pisemnej.

W ocenie składu orzekającego Izby, nie można przypisać zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy, które miałyby polegać na odczytaniu przez wykonawców postanowień opracowanej przez zamawiającego SIWZ, w sposób, który przy zastosowaniu przepisów ustawy i reguł interpretacyjnych, jest obiektywnie nieuzasadniony i niedopuszczalny.

Jak wskazano powyżej KIO w wyroku o sygn. akt KIO/UZP 162/09 nie stwierdziła, aby warunek odnośnie doświadczenia lub wymóg dotyczący dokumentów potwierdzających jego spełnienie, był niejednoznaczny. Naruszenie przepisów ustawy, jak ustaliła Izba, polegało na tym, że zamawiający zażądał informacji dotyczącej „wartości zrealizowanych usług”, które to informacje były zbędne i bezprzedmiotowe dla oceny kwalifikacji podmiotu do udziału w postępowaniu i oceny jego zdolności do realizacji przedmiotowego zamówienia (str. 11 wyroku). Uchybienie to kwalifikuje się jako żądanie ponadnormatywne, niosące ze sobą dla wykonawców ujemne skutki jedynie w postaci konieczności zgromadzenia i podania żądanych wartości, ale które nie wpływa na status wykonawcy w postępowaniu.

Brzmienie art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy, przez pryzmat, którego należy odczytywać przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy nie pozostawia wątpliwości, że ustawodawca rygor nieważności umowy przewidział nie dla każdego przypadku naruszenia przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przepisów ustawy, ale jedynie do przypadków naruszenia rażącego, czego zamawiający nie podnosił w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, nadto takiego naruszenia, które miało wpływ na wynik postępowania, nie zaś takiego, w którym wpływ ten oceniany jest jako możliwy, potencjalny.

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło 3 wykonawców, z których konsorcjum firm w składzie Microsoft Sp. z o.o. i KA-NA Sp. z o.o. zostało wykluczone ze względu na nieprawidłowość formy wniesionego wadium, zaś spółka Bazy i Systemy Bankowe ze

względu na fakt, że załączone do oferty referencje nie potwierdzały spełniania postawionego warunku udziału w postępowaniu. Uwzględniając wskazane podstawy wykluczenia obu tych wykonawców, stwierdzić należy, że ich wykluczenie z udziału w postępowaniu pozostawało bez związku z warunkiem udziału w postępowaniu rozumianym jako wykazanie się zrealizowanymi lub realizowanym pracami zbliżonymi do przedmiotu zamówienia również pod względem wartości. Innymi słowy status obu tych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu nie zmieniłby się, nawet gdyby odmiennie od firmy ComArch S.A. rozumieli oni warunek odnośnie żądanego doświadczenia.

Skład orzekający Izby uznał także, iż brak jest w ogóle wystarczających podstaw do uznania, że rzeczywiście którykolwiek z tych wykonawców odmiennie od firmy ComArch S.A. zrozumiał warunek odnośnie żądanego doświadczenia, a tym bardziej, że miało to wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

Zamawiający nie wykazał, że firmy te, wskazując w swoich ofertach informacje dotyczące wartości usług, uczyniły to uznając, że zaniechanie temu żądaniu spowoduje ich wykluczenie z udziału w postępowaniu. Jest to jedynie przypuszczenie zamawiającego. Nie można wykluczyć, że wykonawcy ci, podając żądane informacje, uczynili to będąc świadomymi, że czynią zadość wymogowi zamawiającemu pozostającemu obojętnym dla skutków oceny spełniania przez nich warunku doświadczenia zawodowego. Praktyka zamówień publicznych wskazuje, że niejednokrotnie w składanych ofertach wykonawcy czynią zadość zbędnym, wygórowanym żądaniom zamawiających, a nawet, chcąc jak najlepiej zaprezentować swoje kwalifikacje i doświadczenie, zarzucają zamawiającego dodatkowymi informacjami, certyfikatami i referencjami.

Brak jest także wystarczających podstaw, aby twierdzić, że spółka Bazy i Systemy Bankowe, na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, nie przedstawiła nowych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku z tego właśnie powodu, że uznała, iż musi wskazać prace o wartości zbliżonej do usługi będącej przedmiotem zamówienia. Jest to jedynie przypuszczenie zamawiającego. Nie można wykluczyć zupełnie innych powodów, jakimi kierowała się ta spółka.

Odnosząc się do wpływu na wynik przedmiotowego postępowania zaniechania złożenia ofert przez innych wykonawców, to stwierdzić należy, że zamawiający nie wykazał, że:

1. inni wykonawcy, niż ci którzy złożyli oferty, byli rzeczywiście zainteresowani złożeniem ofert w przedmiotowym postępowaniu,
2. jakkolwiek inny wykonawca zrozumiał warunek odnośnie doświadczenia w sposób odmienny od odwołującego,
3. jakkolwiek inny wykonawca nie złożył oferty w przedmiotowym postępowaniu właśnie ze względu na warunek udziału w postępowaniu rozumiany jako wykazanie się

zrealizowanymi lub realizowanymi pracami zbliżonymi do przedmiotu zamówienia również pod względem wartości.

W świetle brzmienia przepisu art. 146 ust.1 pkt 6 ustawy bez znaczenia pozostają rozważania zamawiającego odnośnie hipotetycznego jedynie wpływu naruszenia ustawy na wynik postępowania i to tak w przypadku wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, jak i tych, którzy tego nie zrobili.

Skład orzekający Izby nie odniósł się do tego, że w przedmiotowym postępowaniu zaszła okoliczność niezgodności SIWZ z ustawą (postanowienia odnośnie wadium), co skutkuje unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy (str. 7 rozstrzygnięcia protestu), ponieważ przesłanka ta nie stanowiła podstawy unieważnienia przedmiotowego postępowania. Przesłanka ta pojawiła się dopiero w rozstrzygnięciu protestu, jednak nie jako podstawa, na której zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie, wobec czego nie było możliwe ewentualne złożenie protestu w tym zakresie, ale jedynie jako stwierdzenie bez następstw w postaci decyzji zamawiającego o unieważnieniu postępowania na tej podstawie.

Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska zamawiającego, że jest to jedynie rozszerzenie argumentacji unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, ponieważ zupełnie inną przyczyną nieważności umowy jest przepis art. 146 ust. 1 pkt 5, a inną przepis art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy i ich odrębności winny być zachowane, pomimo ich wspólnego ujęcia w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Odmienne rozumienie tej kwestii prowadziłyby w istocie do rozszerzenia przez zamawiającego przesłanek unieważnienia postępowania po przekazaniu wykonawcom informacji o podstawach faktycznych unieważnienia postępowania i do pozbawienia wykonawców podstawowego ich prawa, tj. możliwości terminowego wnoszenia protestów.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zamawiający bezpodstawnie unieważnił postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy, czym naruszył wskazane przepisy, a w konsekwencji także przepis art. 7 ust. 1 ustawy.

Skład orzekający Izby nie znalazł natomiast podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia przepisu art. 7 ust. 2 ustawy, ponieważ odwołujący w żaden sposób nie wykazał, aby czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem przedmiotowego postępowania wykonywały osoby, które nie zapewniały bezstronności i obiektywizmu.

Na podstawie art. 191 ust. 1 zdanie pierwsze, art. 191 ust. 1a oraz art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....