

Sygn. akt: KIO 2502/17

WYROK

z dnia 11 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TK Telekom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz S&T Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego „**PKP Intercity**” **Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zarzutu naruszenia art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie wynikającym z uwzględnienia dwóch pierwszych zarzutów i nakazuje zamawiającemu „PKP Intercity” Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.
2. Pozostałe zarzuty odwołania oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego „PKP Intercity” Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, i:
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TK Telekom spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz S&T Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania, 3.2 zasądza od zamawiającego „PKP Intercity” Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TK Telekom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz S&T Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa prawnego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 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

Zamawiający - „PKP Intercity” Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) prowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*dostawę terminali mobilnych wraz z oprogramowaniem dla pracowników drużyn konduktorskich w formie leasingu finansowego*”, numer postępowania nadany przez Zamawiającego: 14/01/IT/2017 (dalej jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 4 marca 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 045-083013

I. W dniu 27 listopada 2017 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: TK Telekom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz S&T Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności oraz zaniechania wykonania czynności przez Zamawiającego w Postępowaniu.

Odwołanie zostało wniesione wobec:

- a) czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu Postępowania;
- b) zaniechania Zamawiającego polegającego na niepodaniu jednoznacznego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego unieważnienia Postępowania;
- c) zaniechania Zamawiającego polegającego na niedokonaniu wyboru oferty Odwołującego i niepoinformowaniu o dokonanych wyborze;
- d) zaniechania Zamawiającego polegającego na niepodaniu jednoznacznego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty wykonawcy Wasko S.A. (dalej jako „wykonawca Wasko”);
- e) zaniechania Zamawiającego polegającego na braku udostępnienia uzasadnienia faktycznego powodów odrzucenia oferty wykonawcy Wasko;
- f) zaniechania Zamawiającego polegającego na braku udostępnienia pełnej treści dokumentu w postaci uzasadnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa załączonego do oferty przez wykonawcę Wasko;

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie Postępowania [zarzut nr 1];
- 2) art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania jednoznacznego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego unieważnienia Postępowania [zarzut nr 2];
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp i art. 92 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niedokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty i niepoinformowaniu o wyborze Odwołującego [zarzut nr 3];
- 4) art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 96 ust. 3 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie podania jednoznacznego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego powodów odrzucenia oferty wykonawcy Wasko [zarzut nr 4];
- 5) art. 96 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz 8 ust. 1, 2, 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia protokołu postępowania w części dotyczącej uzasadnienia faktycznego powodów odrzucenia oferty wykonawcy Wasko, które zgodnie z art. 96 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp stanowią część protokołu o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego informacje zawarte w tym dokumencie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co narusza zasadę jawności i przejrzystości postępowania i prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców [zarzut nr 5];
- 6) art. 96 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia pełnej treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez wykonawcę Wasko, pomimo, iż informacje zawarte w tym dokumencie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [zarzut nr 6];
- 7) art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie przez Zamawiającego Postępowania w sposób naruszający zasadę przejrzystości, naruszający zasadę jawności oraz zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców [zarzut nr 7].

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania oraz nakazanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto, Odwołujący wniósł o dołączenie do niniejszego postępowania odwoławczego akt postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 496/17, KIO 511/17 i przeprowadzenie dowodu z pism i dokumentów w nim przedłożonych na okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu, a w szczególności na okoliczność, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie występowały ani nadal nie występują przesłanki uzasadniające unieważnienie postępowania,

a przedmiot zamówienia został przez Zamawiającego opisany w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący w szczególności wskazał, co następuje:

Na wstępie Odwołujący wyjaśnił, iż piśmie z dnia 15 listopada 2017 r. (Informacja o wyniku Postępowania), przekazanym Odwołującemu w tym samym dniu, Zamawiający poinformował o unieważnieniu Postępowania, wskazując jako podstawę unieważnienia przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, tj. obarczenie postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Wada ta według Zamawiającego polega na naruszeniu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnił uczciwą konkurencję, tzn. postawienie wygórowanych wymagań minimalnych dla terminali mobilnych oraz drukarek mobilnych. Jak wskazuje sam Zamawiający w treści uzasadnienia unieważnienia Postępowania, Zamawiający zdaje sobie sprawę, że kwestia rzekomo zbyt wygórowanych wymagań minimalnych postawionych w stosunku do terminali mobilnych, które mogłyby zostać potraktowane jako naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, była przedmiotem postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą (KIO 511/17), która w wyroku z dnia 3 kwietnia 2017 r. nie stwierdziła naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Co warto podkreślić, Zamawiający w toku rozprawy przed Izbą wskazywał konsekwentnie na potrzebę postawienia wysokich wymagań, które są odzwierciedleniem jego potrzeb.

Dla Odwołującego całkowicie niezrozumiałe są wątpliwości Zamawiającego co do zgodności jego Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej jako „OPZ”) z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, a także działania podjęte przez Zamawiającego po ogłoszeniu wyroku z dnia 3 kwietnia 2017 r., który był przecież dla niego ze wszech miar korzystny. W ocenie Odwołującego, nie nastąpiła żadna zmiana stanu faktycznego, która powodowałaby, że sformułowany przez Zamawiającego i obroniony przed zarzutami OPZ miałby zostać uznany za niekonkurencyjny.

Brak wystąpienia przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający na stronie 3-ciej (ostatni akapit) Informacji o wyniku Postępowania, w części dot. uzasadnienia unieważnienia Postępowania wskazał, iż zdaniem biegłych podstawową przyczyną ograniczenia konkurencji było zbyt drobiazgowe i niespójne opisanie przez niego parametrów technicznych zamawianych urządzeń.

Zamawiający w obszernej odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 511/17 cytując orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz opinię Urzędu Zamówień Publicznych

wskazywał na stronie 11 Odpowiedzi, iż *„Zamawiający ma prawo wymagać, aby przedmiot zamówienia był zrealizowany w jakości wyższej niż standardowa, lub o podwyższonych parametrach, o ile jest w stanie swoje wymagania usprawiedliwić obiektywnymi okolicznościami”*. W treści odpowiedzi na odwołanie oraz w toku wystąpień na rozprawie Zamawiający szczegółowo opisał obiektywne okoliczności, które uzasadniają wysokie wymagania, które zostały postawione w OPZ dla zamawianych urządzeń, podając również uzasadnienie dla różnic pomiędzy parametrami przyjętymi dla terminali mobilnych, a parametrami przyjętymi dla drukarek mobilnych. Zamawiający bardzo szczegółowo argumentował swoje stanowisko odnosząc się do potrzeb wynikających ze specyfiki bieżącej pracy konduktorów, warunków panujących podczas obsługi tras przewozów. Izba, uznając również argumentację przedstawioną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i rozprawie uznała, nie dopatrując się w treści OPZ naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, iż takie wysokie wymagania co do wymaganych urządzeń, odmienne w swej treści dla terminali mobilnych i drukarek mobilnych, Zamawiający był uprawniony zawrzeć w SIWZ. Należy w tym miejscu podkreślić, że dla stwierdzenia, że dane wymaganie jest dyskryminacyjne, nie wystarczy wykazać, że eliminuje ono z postępowania danego wykonawcę, czy produkt. Konieczne jest jeszcze ustalenie, że wymaganie takie nie wynika z uzasadnionych, obiektywnych wymagań Zamawiającego.

Z niezrozumiałych jednak powodów, po ponad półrocznym okresie trwania postępowania, na jego końcowym etapie, Zamawiający powziął wątpliwości co do zgodności z przepisami stworzonych przez siebie dokumentów przetargowych, wskazując w treści uzasadnienia unieważnienia Postępowania, iż zdaniem „biegłych” postawione przez Zamawiającego wymagania są niespójne, zbyt drobiazgowe.

Odwołujący wskazał, iż wymagania wskazane pkt. 2,3,4 tabeli zawartej w Informacji o wyniku Postępowania, Zamawiający określał jako wymagania, które wynikają z jego uzasadnionych potrzeb i w stosunku do nich Krajowa Izba Odwoławcza nie dopatrzyła się naruszenia przepisów ustawy Pzp, Idąc dalej, ten sam Zamawiający, nagle odwrotnie do dotychczas prezentowanego stanowiska twierdzi, iż tak ważne z uwagi na specyfikę Zamawiającego parametry techniczne, nie są już *„kluczowe z punktu widzenia możliwości realizacji procesów realizowanych przez Zamawiającego (sprzedaż biletu, kontrola)”*.

Ponadto, wskazane przez Zamawiającego „niespójności” w istocie nie mają żadnego znaczenia z punktu widzenia zasad konkurencyjności i równego traktowania wykonawców. Postawienie innych wymagań dla terminala, niż dla drukarki, nie wyłącza dostarczenia zestawów spełniających wymagania.

Z treści samego uzasadnienia unieważnienia Postępowania wynika, iż na skutek odrzucenia oferty wykonawcy Wasko Zamawiający powziął wątpliwość, czy fakt, że w Postępowaniu w którym zostały złożone dwie oferty (wykonawcy Wasko i Odwołującego), a tylko jedna oferta nie podlega odrzuceniu, nie wskazuje na to, iż opis przedmiotu zamówienia narusza art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Ilość złożonych w Postępowaniu ofert nie świadczy w przypadku tego typu postępowań o zawarcie w OPZ wymogów naruszających przepisy ustawy Pzp. Mając na uwadze wcześniejsze stanowisko Zamawiającego, zapewne jest on w pełni świadomy, iż pomimo, iż na świecie istnieje wielu producentów terminali mobilnych, wysokie wymagania branży kolejowej jest w stanie spełnić jedynie ich niewielka liczba, a często kilku wykonawców składających oferty w postępowaniu oferuje de facto sprzęt tego samego producenta.

Kolejnym błędem Zamawiającego jest oparcie się w swojej decyzji o unieważnieniu postępowania o błędny i oparty na nieprawidłowych założeniach wynik ekspertyzy, której autor w konkluzji stwierdza, iż nie istnieją na rynku urządzenia, które spełniają wymagania postawione przez Zamawiającego. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na to, czym w istocie jest dokument nazwany przez Zamawiającego „Ekspertyzą” - dokument z dnia 6 listopada 2017 r. przygotowany przez prywatny podmiot Trusted Information Consulting Sp. z o.o. pn. *„Ekspertyzy w zakresie oceny poziomu konkurencyjności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę terminali mobilnych wraz z oprogramowaniem dla pracowników drużyn konduktorskich w formie leasingu finansowego (nr postępowania 14/011T/2017 w świetle wymagań wynikających z opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego Załącznik Nr 1 do SIWZ”*. Z całą pewnością można stwierdzić, iż ów dokument to wynik porównania informacji najprawdopodobniej odnalezionych przez jego autora na przytoczonych w dokumencie stronach internetowych. Po pierwsze nie jest wiadomym, jakim kluczem autor kierował się wybierając urządzenia akurat tych a nie innych producentów, być może mylnie uznając, iż jest to katalog zamknięty. Po drugie, co wynika choćby z przytoczonej przez Zamawiającego treści uzasadnienia wyroku, Zamawiający powinien być w pełni świadomy faktu, iż dane urządzenie może występować w różnej konfiguracji, także tej, która z przyczyn związanych choćby z tajemnicą przedsiębiorstwa lub z innych organizacyjnych względów, nie jest publikowana na oficjalnej stronie producenta urządzeń. Zarówno Zamawiający, jak i autor ekspertyzy z pewnością powinni być też świadomi faktu, że informacje zawarte na stronach internetowych producentów mają jedynie charakter poglądowy, nie stanowią kompletnej oferty handlowej i dotyczą zwykle jedynie parametrów urządzeń typowych. Nadto, co wynika również z treści samej ekspertyzy nie wszyscy producenci publikują pełne dane techniczne urządzeń. Co więcej, często na

stronach internetowych producentów znajdują się informacje o parametrach nieaktualnych, z uwagi na brak aktualizacji stron przez samego producenta.

Odwołujący stwierdził, iż zakomunikowana przez Zamawiającego w dniu 15 listopada 2017 r. decyzja o unieważnienia Postępowania z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp stanowi działanie stojące w sprzeczności z przepisami ustawy, która enumeratywnie wylicza okoliczności skutkujące unieważnieniem Postępowania. Powołał się w tym zakresie na poglądy doktryny (*W. Dzierżanowski, Art. 93. W: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VI. LEX, 2014* oraz *P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 4, Warszawa 2014*).

Wskazał, iż celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy przez wybór najkorzystniejszej oferty, a samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi rodzaj przyrzeczenia zawarcia umowy. Unieważnienie postępowania może być zatem dokonywane jedynie w wyjątkowych okolicznościach, przy spełnieniu określonych przesłanek, a z uwagi na fakt, iż unieważnienie postępowania jest sytuacją, przesłanki zastosowania tej instytucji powinny być wykładane w sposób restrykcyjny.

Brak jednoznacznego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego dla unieważnienia Postępowania.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył normę wynikającą z przepisu art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp poprzez brak należytego, wyczerpującego i jednoznacznego uzasadnienia unieważnienia Postępowania dla wskazanej przez siebie podstawy prawnej, w szczególności art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał podstawę unieważnienia, nie odnosząc się w sposób należyty do poszczególnych przesłanek zawartych w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, nie załączył również kluczowych w świetle podjętej przez niego decyzji opinii biegłych, które to dokumenty były podstawą dla unieważnienia Postępowania (dokumenty te zostały Odwołującemu udostępnione dopiero po dodatkowym wniosku, a nie równocześnie z informacją o unieważnieniu Postępowania, co oczywiście utrudniło dodatkowo złożenie odwołania w terminie). Zamawiający w żaden sposób nie wskazał dlaczego tak obszernie argumentowane przez niego uzasadnione potrzeby dla wysokich wymagań postawionych w OPZ straciły nagle dla niego znaczenie.

Niedokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty i niepowiadomienie w terminie o wyniku.

Odwołujący wskazał, iż wybór najkorzystniejszej oferty nie jest zatem uprawnieniem, lecz obowiązkiem zamawiającego. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma się co do zasady zakończyć wyborem wykonawcy i zawarciem z nim umowy. Należy przy tym podkreślić, że - jakkolwiek praktyka Izby jest w tym zakresie bardzo ostrożna - to jednak żaden przepis

ustawy nie wprowadza zakazu orzeczenia przez Izbę nakazania Zamawiającemu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty. Z uwagi na fakt, iż w przedmiotowej sprawie Zamawiający powstrzymał się z wyborem przez bardzo długi czas (otwarcie ofert miało miejsce dnia 17 maja 2017 r. i z pewnością nie ma obecnie żadnych podstaw do dalszego odzwlekania tej czynności), należy stwierdzić, że jeżeli Izba dojdzie do wniosku, że nie zachodzą podstawy do unieważnienia postępowania, to powinna również nakazać Zamawiającemu dokonanie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp nie wynika, w jakim terminie powinna zostać wybrana najkorzystniejsza oferta, wobec czego należy odwołać się do przepisów ogólnych dotyczących przetargu stosowanych per analogiam [art. 70(3) § 2 k.c.]. Interpretacja terminu „niezwłocznie” zależy oczywiście od konkretnego przypadku, jednak konsekwentnie uznaje się, iż oznacza on wprawdzie nie „natychmiast”, ale z pewnością „bez nieuzasadnionego odzwlekania”. Musi to być zatem termin realny, uwzględniający okoliczności miejsca, czasu i rozmiaru świadczenia. Przy ocenie, co w konkretnym stanie faktycznym oznacza „niezwłocznie” uwzględnia się przepisy art. 354 § 1 i 355 k.c., które wymagają od stron stosunku zobowiązaniowego wykonania zobowiązania nie tylko zgodnie z jego treścią, lecz również w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu, zasadom współżycia społecznego oraz ustalonym zwyczajom, a także do dochowania należytej staranności w stosunkach danego rodzaju. Z kolei zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający jest zobowiązany do powiadomienia o dokonanym wyborze.

Niepodanie jednoznacznego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty wykonawcy Wasko, zaniechanie udostępnienia uzasadnienia odrzucenia oferty wykonawcy Wasko

Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi w ogóle nie podał uzasadnienia faktycznego dla czynności odrzucenia oferty wykonawcy Wasko. Zamawiający wskazał w treści Informacji o wyniku Postępowania, iż szczegółowe uzasadnienie odrzucenia oferty wykonawcy Wasko zostało utajnione z uwagi na zastrzeżenie przez wykonawcę danych zawartych w ofercie jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z informacji uzyskanych na skutek zwrócenia się do Zamawiającego z wnioskiem o wgląd do dokumentacji postępowania wynika, iż wykonawca Wasko zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wypełniony Załącznik Nr 8 opisujący parametry techniczne oferowanych urządzeń oraz próbkę demonstracyjną.

W opinii Odwołującego Zamawiający narusza zasadę jawności postępowania oraz art. 8 ust. 3 ustawy Pzp decydując za wykonawcę jakie informacje w wygenerowanym przez siebie dokumencie stanowią wartość gospodarczą dla wykonawcy Wasko. W opinii Odwołującego, co można stwierdzić choćby po treści protokołu z posiedzenia komisji przetargowej, które dotyczyło oceny złożonej przez Konsorcjum próbki, takie dokumenty jak Protokół z posiedzenia komisji przetargowej dotyczący oceny złożonych próbek demonstracyjnych, czy też dokument zawierający uzasadnienie odrzucenia oferty wykonawcy Wasko nie zawierają w sobie informacji, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z powyższym, jako część protokołu o udzielenie zamówienia publicznego winny zostać udostępnione wykonawcom niezwłocznie. Dodatkowo należy zauważyć, że nawet, gdyby w powyższych dokumentach znalazły się jakiegokolwiek informacje, które uznać można za tajemnicę przedsiębiorstwa, to nie byłaby to podstawa do objęcia tajemnicą pełnej treści dokumentów.

Brak udostępnienia ww. dokumentów jest rażącym przykładem naruszenia przez Zamawiającego zasady jawności i przejrzystości postępowania, co prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez celowe uniemożliwienie przez Zamawiającego zapoznania się z treścią uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty wykonawcy Wasko.

Nieudostępnienie pełnej treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez wykonawcę Wasko.

Odwołujący powołał się na przepisy art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i przytoczył treść definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż treść uzasadnienia jest dokumentem o charakterze *stricte* formalnym, dokument jedynie wspomina o informacjach, zawartych w innych dokumentach, które być może stanowią wartość gospodarczą, handlową, czy technologiczną wykonawców, natomiast takich informacji nie zawierają, zatem taki dokument nie spełnia łącznie 3 przesłanek pozwalających uznać go jako dokument zawierający informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Na rozprawie przed Izłą Odwołujący podtrzymał stanowisko w sprawie wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Sprecyzował swój wniosek dowodowy zawarty w odwołaniu i wniósł o przeprowadzenie dowodu z protokołu posiedzenia i rozprawy w sprawie KIO 511/17 w zakresie wypowiedzi Zamawiającego oraz odpowiedzi na odwołanie złożonej w tej sprawie przez Zamawiającego, jak i uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 kwietnia 2017 r. w ww. sprawie na okoliczność, że postanowienia

SIWZ nie miały charakter dyskryminacyjnego z uwagi na fakt, że poszczególne wymagania stanowią odzwierciedlenie potrzeb Zamawiającego.

Jako dowody w sprawie złożył następujące dokumenty:

- **dowody nr 1-5** - oświadczenia różnych producentów sprzętu (nr 1-3 – drukarki, nr 4-5 terminale) - na okoliczność istnienia co najmniej 3 urządzeń (tj. zarówno 3 terminali mobilnych, jak i 3 drukarek mobilnych, oferowanych przez różnych producentów i spełniających wymagania OPZ)
- **dowód nr 6** – zestawienie danych od producenta Zebra dla modeli terminali z serii TC 75, potwierdzające spełnienie prawie wszystkich parametrów wymaganych przez Zamawiającego z wyłączeniem parametru jasności (na potwierdzenie którego złożył **dowód nr 8** oraz **dowód nr 10** – korespondencja e-mailowa z pracownikiem producenta Zebra oraz pomiar iluminacji ekranu terminala mobilnego Zebra TC75 FK) oraz parametru szybkości odczytu kodów (na potwierdzenie którego złożył **dowód nr 9** – pomiar szybkości odczytu kodu dla terminala mobilnego Zebra TC75 FK), a ponadto **dowód nr 7** - certyfikat autoryzacji na potwierdzenie, iż członek konsorcjum (Odwołującego) jest autoryzowanym partnerem producenta Zebra;
- **dowód nr 11** – zestawienie postępowań na terminale mobilne na okoliczność, iż zwykle w postępowaniach na ten przedmiot zamówienia bierze udział maksymalnie 3 wykonawców (najczęściej 1-2);
- **dowód nr 13** – zestawienie producentów terminali nie uwzględnionych w ekspertyzie [**dowód nr 12 nie został złożony**].

Podkreślił dwie podstawowe wady ekspertyzy, która stanowiła podstawę do podjęcia decyzji o unieważnieniu Postępowania, tj. po pierwsze oparcie się na informacjach zawartych na stronach internetowych. Ponadto wskazał, iż przedmiotem ekspertyzy nie była druga okoliczność mająca istotne znaczenie dla unieważnienia Postępowania, sprowadzająca się do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy wymagania przewidziane przez Zamawiającego należy uznać za nadmiarowe.

II. Pismem z dnia 6 grudnia 2017 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał w szczególności, co następuje:

Na wstępie Zamawiający podkreślił, iż po pierwsze zakresem wcześniejszego odwołania nie były objęte wszystkie wymagania techniczne dla terminali mobilnych (wszystkich łącznie Zamawiający ustanowił w OPZ równo 31). Odwołujący zaskarżył też jedynie dwa (spośród 22) wymagań technicznych dla drukarek mobilnych. Po drugie, oddalając zarzuty odnoszące się do wymagań technicznych dla terminali mobilnych, Izba w większości przypadków

kierowała się zasadą z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, uznając, że w tych przypadkach Odwołujący nie sprostął ciężącemu na nim ciężarowi dowodowemu.

Zamawiający wyjaśnił, iż w procesie badania i oceny ofert (trwającym do połowy lipca 2017 r. 2), w szczególności z uwagi na małą liczbę wykonawców (2), którzy ostatecznie złożyli oferty, Zamawiający powziął wątpliwości dotyczące zapewnienia należytej konkurencyjności w Postępowaniu. Co więcej wątpliwości te stały się jeszcze bardziej wyraźne kiedy okazało się, że terminal oraz drukarka mobilna oferowane przez wykonawcę Wasko (co do których Zamawiający był przekonany, że spełniają warunki sprzętowe wskazane w OPZ) także nie odpowiadają wymaganiom sprzętowym z uwagi na niespełnienie parametrów zupełnie nieistotnych z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego, które jednak zostały uwzględnione w OPZ. Z uwagi na powyższe okoliczności, w celu zachowania należytej staranności, Zamawiający rozpoczął już w sierpniu 2017 r. poszukiwania ekspertów technicznych niezależnych od wykonawców biorących udział w Postępowaniu (i w żaden sposób z nimi nie powiązanych), którzy mogliby zweryfikować poziom konkurencyjności Postępowania.

Ostatecznie we wrześniu 2017 r. Zamawiający zlecił przeprowadzenie analizy podmiotowi, który podjął się przygotowania bezstronnej i niezależnej analizy poziomu konkurencyjności, tj. Trusted Information Consulting Sp. z o.o. Przygotowywana przez wskazany podmiot opinia, sporządzona na podstawie analizy dostępnych na rynku urządzeń, miała za zadanie dokonać oceny czy Zamawiający zapewnił w rzeczywistości minimalną konkurencyjność Postępowania. W wyniku powyższego Trusted Information Consulting Sp. z o.o. przygotowało na początku października 2017 r. dla Zamawiającego dokument pn. *„Ekspertyza w zakresie oceny poziomu konkurencyjności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę terminali mobilnych wraz z oprogramowaniem dla pracowników drużyn konduktorskich w formie leasingu finansowego (nr postępowania 14/01/172017) w świetle wymagań wynikających z opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ”* („Ekspertyza”). Ekspertyza stanowiła bardzo obszerny dokument (liczący ponad 70 stron), który niestety potwierdził wątpliwości Zamawiającego co do braku zapewnienia minimalnego poziomu konkurencyjności Postępowania. W szczególności wnioski płynące z Ekspertyzy wprost wskazywały na pewne „grupy” uchybień Zamawiającego w zakresie niespójności stawianych wymagań czy ustalaniu wymagań mało istotnych z punktu widzenia funkcjonalności urządzeń. Jak wskazano w końcowym fragmencie Ekspertyzy, z uwagi na takie a nie inne ustalenie wymagań sprzętowych, *„wielu producentów urządzeń konkurencyjnych spełnia większość wymaganych przez PKP IC parametrów technicznych, lecz zazwyczaj jeden lub dwa dyskwalifikują ich z możliwości spełniania wymagań.”*

Bez względu na powyższe Zamawiający postanowił dokonać weryfikacji prawidłowości ustaleń zawartych w Ekspertyzie. W związku z powyższym, pod koniec października 2017 r., wystąpił do kolejnego eksperta technicznego - Pana D. R. z prośbą o weryfikację Ekspertyzy. Na tej podstawie powstał dokument pn. *„Analiza i podsumowanie oceny opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu 14/01/172017 w oparciu o ekspertyzę Trusted Information Consulting Sp. z o.o.”* z 31 października 2017 r. („Analiza”). Dokument ten potwierdził zastrzeżenia co do konkurencyjności Postępowania wskazane w Ekspertyzie. W szczególności w treści Analizy wskazano, że *„podstawową przyczyną zidentyfikowanych w analizie problemów jest zbyt drobiazgowo i niespójne opisanie parametrów technicznych zamawianych urządzeń. Każde urządzenie opisane jest w sposób niezależny, tak jakby była to kopia fragmentów z kart katalogowych pojedynczych produktów, a nie opis cech zbioru komponentów tworzących jedno spójne rozwiązanie. Aby sprawnie przeprowadzić postępowanie i skutecznie wyłonić w jego wyniku dostawcę w sposób zapewniający minimalny poziom konkurencyjności należałoby dokonać daleko idących zmian w opisie przedmiotu zamówienia”*.

Zarówno Ekspertyza jak i Analiza wskazywały, że wiele urządzeń zamawianych przez Zamawiającego spełnia większość wymaganych parametrów technicznych, lecz zazwyczaj jeden lub dwa parametry dyskwalifikują urządzenie z możliwości spełnienia wszystkich wymagań określonych w OPZ. Najczęściej są to parametry, które nie są kluczowe z punktu widzenia możliwości procesów realizowanych przez Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający uznał, że OPZ doprowadził w rzeczywistości do ograniczenia konkurencji w Postępowaniu. Tym samym w Postępowaniu nie został zapewniony zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp — minimalny poziom konkurencyjności. Gdyby zatem Zamawiający zdecydował się na zawarcie umowy w zaistniałych okolicznościach, umowa ta mogłaby zostać unieważniona z uwagi na treść art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

Na marginesie warto zaznaczyć, że potwierdzeniem znaczącego ograniczenia konkurencyjności Postępowania była także konieczność odrzucenia przez Zamawiającego oferty Wykonawcę Wasko. Z treści utajnionej i przekazanej wyłącznie temu wykonawcy informacji o wyniku Postępowania wyraźnie widać (str. 5 tej informacji) jak mało istotne z punktu widzenia funkcjonalności urządzeń parametry zadecydowały o odrzuceniu tej oferty.

Zarzut odnoszący się do rzekomego niezgodnego z przepisami ustawy Pzp unieważnienia Postępowania.

W celu zapewnienia jak największej konkurencyjności Postępowania, Zamawiający w ramach rozeznania rynku przeprowadził dialog techniczny. Duże zainteresowanie

proszonym Postępowaniem ze strony rynku potwierdziła też liczba wykonawców, którzy brali udział w postępowaniu odwoławczym toczącym się przed Krajową Izbą Odwoławczą. Niestety jak się później okazało, nawet urządzenia wprost przywoływane przez Izbę w uzasadnieniu wyroku, co do których nie wykazano niezgodności z wymaganiami OPZ nie spełniały bardzo wygórowanych i „odcinających” parametrów technicznych Zamawiającego. Jako, że jednak Zamawiającemu bardzo zależało na tym, aby Postępowanie zakończyć zawarciem ważnej umowy, podjął on wszelkie możliwe działania, które mogłyby wykazać, że mimo wszystko w Postępowaniu zapewniony został minimalny poziom konkurencyjności, a wymagania OPZ wcale nie dopuszczały wyłącznie jednego terminala i jednej drukarki mobilnej spełniających wszystkie parametry. Opisane powyżej działania sprowadzały się do uzyskania opinii technicznych podmiotów zewnętrznych w stosunku do uczestników Postępowania. Ostatecznie uzyskana przez Zamawiającego Ekspertyza, której rzetelne przygotowanie także niestety spowodowało pewne opóźnienia, potwierdziła wątpliwości Zamawiającego zaistniałe w toku badania i oceny ofert.

W ocenie Zamawiającego brak spójności pomiędzy wymaganiami technicznymi dla nabywanych urządzeń (która zdaniem Odwołującego nie ma znaczenia) ma bardzo istotny wpływ na poziom konkurencyjności Postępowania.

Według Zamawiającego Ekspertyza jest kompletna i obejmuje znakomitą większość urządzeń oferowanych na rynku, a już z pewnością Odwołujący nie wykazał aby było inaczej. Urządzenia uwzględnione w Ekspertyzie zostały wytypowane na podstawie reprezentatywnej próbki, która obejmowała terminale oraz drukarki o parametrach zbliżonych lub równoważnych do wymagań przedstawionych przez Zamawiającego w OPZ. Brak uwzględnienia niektórych urządzeń w Ekspertyzie spowodowany był tym, że ich parametry znacząco odbiegały od wymagań zawartych w OPZ (np. zdecydowana większość urządzeń posiadała system operacyjny Windows Embedded lub Androida w wersjach poniżej 6.0, które to na starcie dyskwalifikowały je w dalszej analizie porównawczej).

Nie jest też zasadnym kwestionowanie wniosków płynących z Ekspertyzy wyłącznie w oparciu o to, że dane urządzenie (ujęte w Ekspertyzie) może występować w różnej konfiguracji i że w związku z tym pewne parametry, których ono co do zasady nie spełnia, mogą być spełnione w drodze jego modyfikacji na potrzeby złożenia konkretnej oferty.

Odnosząc się do powyższego, należy wyraźnie wskazać, że w rzeczywistości modyfikowalnych pozostaje zaledwie kilka parametrów technicznych, co do których Zamawiający ustalił wyraźne wymagania w OPZ. W tym sensie kilku producentów umożliwia konfigurację, co pokazuje tabela przedstawiona w odpowiedzi na odwołanie. Poza tymi parametrami producenci nie przewidują dostosowywania parametrów urządzeń ze względu

na potrzeby nabywców. Produkowanie terminali mobilnych z dostosowaną na potrzeby konkretnego zamówienia specyfikacją na ilość przewidzianą w niniejszym Postępowaniu (2150 sztuk) nie jest opłacalna ze względu na wymagania linii produkcyjnej. Także zatem z tego powodu ograniczona jest konfiguracja urządzeń pod kątem stałych parametrów, takich jak: moduły komunikacyjne czy parametry fizyczne (np. temperatura pracy czy odporność na upadki). W rzeczywistości zatem argument Odwołującego o możliwości „dostosowania” oferowanych na rynku urządzeń do wymagań Zamawiającego nie jest zasadny, a wymagania techniczne Zamawiającego były zbyt wygórowane i w sposób realny ograniczyły konkurencyjność Postępowania.

Niezależnie jednak od Ekspertyzy Zamawiający w celu dołożenia wręcz nadzwyczajnej staranności a także chcąc dokonać dodatkowej weryfikacji Ekspertyzy, poprosił kolejnego biegłego o sprawdzenie czy wyniki Ekspertyzy są właściwe. Kolejny biegły w pełnym zakresie potwierdził wnioski płynące z Ekspertyzy.

W świetle powyższego, z uwagi na fakt, że wymagania techniczne ustalone przez Zamawiającego dla zamawianych urządzeń nawet jeżeli nie dyskwalifikowały wszystkich złożonych ofert (jak wynika z Ekspertyzy) to i tak skutkowały w praktyce znaczącym ograniczeniem konkurencyjności Postępowania. Potwierdzeniem powyższego pozostaje złożenie w Postępowaniu zaledwie dwóch ofert, z czego przynajmniej jedna (a w zasadzie, jak wynika z Ekspertyzy, obie) pozostaje niezgodna z wymaganiami Zamawiającego.

Warto też w tym miejscu wskazać, że „odcinający” charakter parametrów technicznych ustalonych w Postępowaniu wyraźnie widać na przykładzie porównania wymagań ustalonych w Postępowaniu oraz w dwóch innych postępowaniach prowadzonych w celu nabycia takich samych urządzeń, tj. terminali mobilnych, przez innych przewoźników kolejowych, tj. przez Przewozy Regionalne Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („Przewozy Regionalne”) oraz przez Koleje Mazowieckie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („Koleje Mazowieckie”) W tabeli zawartej poniżej przedstawiono wyłącznie porównanie kilku najprostszych wymagań technicznych jakie poszczególni zamawiający, tj. Zamawiający, Przewozy Regionalne oraz Koleje Mazowieckie:

	Przewozy Regionalne	Koleje Mazowieckie	Zamawiający
Odporność na upadki z wysokości [m]	1,5	1	2

Kamera	Co najmniej tylny aparat fotograficzny 8MP z funkcją <i>autofocus</i>	Brak wymogu co do kamery	Kamera przednia (od strony wyświetlacza) o rozdzielczości minimum 1,3 MP oraz wbudowana w urządzenie i zintegrowana z urządzeniem kamera tylna o rozdzielczości minimum 13 MP
Temperatura przechowywania	- 20 °C do 50°C	Brak wymogu	- 25°C do 70°C

Powyższa tabela jednoznacznie pokazuje na przykładzie wyłącznie tylko trzech parametrów, że wymagania ustalone przez Zamawiającego były znacznie bardziej rygorystyczne niż w przypadku podobnych postępowań prowadzonych na rynku kolejowym. Co istotne, wymagań technicznych ustalonych w Postępowaniu nie można już obecnie zmienić.

W związku z powyższym nie można zgodzić się z Odwołującym jakoby Zamawiający na potrzeby unieważnienia Postępowania opierał swoje stanowisko o podstawę unieważnienia nieprzewidzianą przepisami PZP. W rzeczywistości przywołana przez Zamawiającego podstawa prawna, tj. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp znajduje swoje pełne uzasadnienie w stanie faktycznym sprawy. Na potrzeby wykazania prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego (i stwierdzenia zaistnienia obciążającego go obowiązku) czynności unieważnienia, wystarczające jest wykazanie dwóch przesłanek zawartych w tym przepisie. Po pierwsze Postępowanie musi być obciążone wadą, której nie można usunąć. Przy przyjęciu, że wadą Postępowania były zbyt wygórowane wymagania techniczne dla zamawianych urządzeń, to niewątpliwie wady tej nie można (na obecnym etapie Postępowania) już usunąć. Po drugie wada, o której mowa w przywołanym powyżej przepisie, musiałaby uniemożliwiać zawarcie umowy, gdyż w każdym przypadku umowa taka podlegałaby unieważnieniu. Przyczyny, w których umowa podlegałaby unieważnieniu zostały wymienione zarówno w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp jak i w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

Odnosząc powyższe do zaistniałego w sprawie stanu faktycznego należy uznać, że Zamawiający miał podstawę do przyjęcia, że OPZ został przygotowany przez Zamawiającego z naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, a zatem w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Okoliczność ta mogła mieć wpływ na wynik Postępowania, ponieważ w praktyce skutkowało tym, że tylko jeden oferent (spośród co najmniej kilku zainteresowanych Postępowaniem, co znalazło wyraz w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą) złożył ofertę spełniającą wszystkie wymagania SIWZ lub, jeżeli przyjąć wnioski płynące z Ekspertyzy za prawdziwe, takiej oferty nie złożył żaden oferent.

Zarzut odnoszący się do rzekomego niepodania jednoznacznego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego unieważnienia Postępowania.

Zdaniem Zamawiającego nie można twierdzić (jak czyni to Odwołujący), że Zamawiający pominął element uzasadnienia faktycznego decyzji o unieważnieniu Postępowania. Praktycznie całe uzasadnienie decyzji o unieważnieniu Postępowania stanowi bowiem bardzo obszerne uzasadnienie faktyczne dla czynności podjętej przez Zamawiającego. Dodał, że przywołane przez Odwołującego orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczy zupełnie innych stanów faktycznych, tj. takich gdzie rzeczywiście poza lakoniczną informacją o podstawie prawnej dla unieważnienia prowadzonych postępowań, zamawiający w żaden sposób nie uzasadniali szerzej swojego stanowiska. Informacja zatem płynąca do wykonawców była praktycznie żadna i musieli oni w zasadzie domyślać się rzeczywistych podstaw unieważnienia postępowania. Tymczasem, w tym miejscu bardziej właściwym jest przywołanie chociażby fragmentu z uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 30 października 2015 r. (sygn. KIO 2257/15), w którym Izba odnosząc się do zarzutu braku podania „wyczerpującego” uzasadnienia faktycznego decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej stwierdziła, że żaden przepis ustawy Pzp nie wymaga, aby uzasadnienie miało taki charakter.

Na marginesie, nawet przyjmując, że uzasadnienie wskazane przez Zamawiającego jest lakoniczne (z czym Zamawiający oczywiście się nie zgadza), to warto przywołać orzeczenie z dnia 19 września 2012 r., sygn. KIO 1901/12, w którym Krajowa Izba Odwoławcza, w bliźniaczej wręcz sytuacji, uznała, że zawiadomienie, w którym Zamawiający wskazał art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jako postawę prawną unieważnienia oraz wskazał, że warunki postawione w specyfikacji mogą utrudniać uczciwą konkurencję i stanowić naruszenie art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, podając o jakie warunki chodzi, stanowi uzasadnienie, które mimo że jest lakoniczne, to wypełnia dyspozycję art. 93 ust. 3 ustawy Pzp.

Zarzut odnoszący się do niedokonania wyboru oferty najkorzystniejszej i niepoinformowaniu o wyborze Odwołującego.

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z art. 2 pkt 7a ustawy Pzp celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rzeczywiście jest wybór oferty najkorzystniejszej - ale jedynie wybór dokonany w sposób prawidłowy i zgodny z procedurą udzielania zamówień (tak: Krajowa Izba Odwoławcza np. w wyroku z 6 czerwca 2016 r., sygn. KIO 883/16). Tymczasem przyjęcie stanowiska Odwołującego prowadziłoby do wniosku, że zamawiający jest zobowiązany każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zakończyć wyborem oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający wskazał, iż takie podejście jest oczywiście błędne. W art. 93 ust. 1 ustawy Pzp wskazano bowiem wprost, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli zaistnieje co najmniej jedna z przestanków wskazanych przez ustawodawcę. Nie ulega przy tym wątpliwości, że z obowiązkiem unieważnienia postępowania skorelowany jest zakaz wyboru oferty najkorzystniejszej i późniejszego zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego ze zwycięskim wykonawcą. Zamawiający podkreślił przy tym, że jego celem, w momencie wszczęcia i prowadzenia Postępowania rzeczywiście był wybór oferty najkorzystniejszej, ale jedynie wybór dokonany w sposób prawidłowy.

Na marginesie, Zamawiający wskazuje, że zupełnie niezrozumiałe jest twierdzenie Odwołującego, zgodnie z którym z uwagi na art. 70³ Kodeksu cywilnego, wybór oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinien nastąpić niezwłocznie, a więc Zamawiający naruszył wskazaną regulację. W szczególności należy podkreślić, że przywoływany przez Odwołującego przepis odnosi się do niezwłocznego zawiadomienia uczestników przetargu o jego wyniku, a nie do niezwłocznego rozstrzygnięcia postępowania. Już tylko z tej przyczyny, abstrahując od kwestii zastosowania wskazanego przepisu na gruncie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, wywód Odwołującego należy uznać za chybiony.

Zarzut odnoszący się do rzekomego niepodania jednoznacznego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego powodów odrzucenia oferty wykonawcy Wasko.

Zarzut dotyczący braku udostępnienia uzasadnienia faktycznego dla odrzucenia oferty Wasko.

Odnosząc się do tego zarzutu, Zamawiający w pierwszej kolejności wskazał, że zarówno Odwołujący jak i Przystępujący zastrzegli określone części swoich ofert jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa. Co więcej, zarówno jeden jak i drugi wykonawca w sposób należyty uzasadnili takie zastrzeżenie. Zamawiający nie miał podstaw do tego aby przyjąć inaczej i odtajnić zastrzeżone informacje. W zaistniałej sytuacji Zamawiający nie posiadał innego wyboru jak tylko konsekwentnie utajniać wszelkie dane, których podanie mogłoby prowadzić do naruszenia interesu wykonawcy poprzez ujawnienie jego bezpośrednio konkurentowi informacji, zastrzeżonych przez niego jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Biorąc pod uwagę powyższe i mając na względzie, że Zamawiający nie miał możliwości ujawnienia uzasadnienia dla odrzucenia oferty wykonawcy Wasko bez odniesienia się do informacji zawartych w zastrzeżonej części jego oferty, utajnienie części uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Przystępującego było konieczne i zasadne.

Ponadto Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie ma już obecnie żadnego interesu w popieraniu tego zarzutu, ponieważ wykonawca Wasko nie zaskarżył decyzji o unieważnieniu Postępowania (i odrzuceniu jego oferty), a zatem brak ujawnienia uzasadnienia decyzji o odrzuceniu jego oferty nie ma żadnego wpływu na pozycję Odwołującego w Postępowaniu.

Zarzut odnoszący się do braku udostępnienia pełnej treści dokumentu w postaci uzasadnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa załączonego do oferty przez wykonawcę Wasko.

Zamawiający wskazał, iż poza przywołaniem definicji tajemnicy przedsiębiorstwa i wskazaniem przesłanek z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Odwołujący nie uzasadnił tego zarzutu szerzej.

Na rozprawie przed Izbą Zamawiający podtrzymał stanowisko przedstawione w odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Wskazał na informację o wyniku postępowania w zakresie odrzucenia oferty wykonawcy Wasko i zawarte tam okoliczności dotyczące przyczyn podjęcia takiej decyzji, tj. po pierwsze na błahy charakter przyczyn uznania oferty za niezgodną z SIWZ, a po drugie na stwierdzoną sprzeczność z kartami katalogowymi, których treść potwierdzała spełnianie wymagań Zamawiającego. Stwierdził, iż przedmiotem badania na potrzeby Ekspertyzy nie było to, czy wymagania określone przez Zamawiającego w OPZ są nadmiarowe, tylko kwestia spełnienia tych wymagań. Wniósł o przeprowadzenie dowodu z treści odrzucenia oferty wykonawcy Wasko na okoliczność, iż urządzenie objęte tą ofertą nie spełnia wymagań SIWZ.

Odnosząc się do dowodów złożonych przez Zamawiającego wskazał na niedokładne tłumaczenie oświadczeń (w treści tłumaczeń została zawarta informacja na temat gwarancji, której nie ma w oryginalnych oświadczeniach, a ponadto postanowienia dotyczące gwarancji zawarte w oświadczeniach są mało precyzyjne, albowiem jest tam mowa wyłącznie o tym, że urządzenie posiada gwarancję na okres umowy). Podkreślił, że tabele zawarte w tych oświadczeniach (dowody nr 1-5) nie są kartami katalogowymi producenta, tylko sporządzonymi przez niego oświadczeniami własnymi na potrzeby tego postępowania (co też zostało potwierdzone przez Odwołującego). Stwierdził, iż stanowią one tylko dokumenty prywatne (tak samo jak dowód nr 8) i nie jest jasne, czy osoby, które je podpisały, są uprawnione do reprezentacji tych podmiotów. Wskazał, iż dowody nr 9 i 10 potwierdzają jedynie spełnianie parametrów przez dany sprzęt, jednakże nie potwierdzają, że producent gwarantuje spełnianie tych paramentów. Z kolei treść dowodu nr 11 w zasadzie potwierdza okoliczność, że na rynku jest wielu wykonawców, którzy mogliby złożyć ofertę

w Postępowaniu. Natomiast odnosząc do dowodu nr 13 zauważył, iż podmiot Data Logic wymieniony w pkt 5 tego zestawienia został uwzględniony w Ekspertyzie, a ponadto dowód ten stanowi tylko autorskie zestawienie producentów przez Odwołującego.

Ponadto stwierdził, iż w Postępowaniu skupił się za bardzo na wymaganiach dotyczących sprzętu, a na nie wymaganiach dotyczących aplikacji, które w kontekście całego przedmiotu zamówienia są zdecydowanie bardziej istotne. Dodał, iż w jego ocenie metodyka przyjęta do sporządzenia ekspertyzy była prawidłowa. Stwierdził, że czas sporządzania tej ekspertyzy byłby niezmiernie długi gdyby chciał przyjąć metodę, o której mówił Odwołujący, tj. zwracanie się o informacje do producentów.

III. W terminie przewidzianym przepisami ustawy Pzp przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Wasko. Izba stwierdziła, iż przystąpienie ww. wykonawcy do postępowania odwoławczego nie było skuteczne.

Jak bowiem wynikało z dokumentacji Postępowania oraz wyjaśnień Zamawiającego wykonawca Wasko nie złożył odwołania na czynność odrzucenia jego oferty, a termin na złożenie takiego odwołania minął. Tym samym wykonawca Wasko przestał być uczestnikiem Postępowania i nie mógł stać się uczestnikiem postępowania odwoławczego jako przystępujący do niego po stronie Zamawiającego.

W konsekwencji powyższego opozycja zgłoszona wobec przystąpienia wykonawcy Wasko do postępowania odwoławczego nie podlegała uwzględnieniu.

Jak bowiem wynika z treści art. 185 ust. 4 ustawy Pzp opozycja stanowi środek ochrony prawnej nakierowany na wykazanie braku interesu wykonawcy w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Opozycja dotyczy zatem wykonawcy, którego przystąpienie do postępowania odwoławczego zostało uprzednio uznane za skuteczne, co nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie. Ponadto Izba postanowiła włączyć w poczet materiału dowodowego sprawy i przeprowadzić dowody z dokumentacji Postępowania oraz dokumentów znajdujących się w aktach sprawy o sygn. KIO 511/17, tj. protokołu posiedzenia i rozprawy oraz pisma Zamawiającego stanowiącego odpowiedź na odwołanie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

I. zarzuty uwzględnione przez Izbę: zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie Postępowania [zarzut nr 1], zarzut naruszenia art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania jednoznacznego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego unieważnienia Postępowania [zarzut nr 2] oraz zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie przez Zamawiającego Postępowania w sposób naruszający zasadę przejrzystości, naruszający zasadę jawności oraz zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców [zarzut nr 7 – uwzględniony w zakresie wynikającym z uwzględnienia zarzutów nr 1 i 2].

Za ugruntowany zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie, należy uznać pogląd, iż przesłanka unieważnienia postępowania, o której mowa w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, odwołuje się nie tylko do podstaw unieważnienia umowy zawartych w zamkniętym katalogu art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, ale również do innych wad postępowania, z powodu których Prezes Urzędu Zamówień Publicznych jest uprawniony do wystąpienia do sądu z powództwem o unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie przepisu art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Katalog wad postępowania, które mogą skutkować unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest zatem katalogiem otwartym. Nie jest również kwestionowane, iż za taką wadę należy uznać opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Jak wskazuje np. P. Granecki: Artykuł 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp koreluje przede wszystkim z art. 146 ustawy Pzp, w którym zostały określone przesłanki powodujące unieważnienie umowy o zamówienia publiczne. Korelacji tej nie można przy tym ograniczyć jedynie do art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, ale powinna się ona również rozciągać na okoliczności unieważnienia umowy, do których odnosi się art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. */Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Paweł Granecki, Rok: 2016, Wydanie: 5.* Jak natomiast zauważa

M. Jaworska: Katalog uchybień wad postępowania określony w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp nie ma charakteru zamkniętego. Unieważnienie postępowania może nastąpić również z powołaniem się na okoliczności określone w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, tj. dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. (...) Wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 146 ust. 6 ustawy Pzp mają z pewnością wady określone w jego ust. 1, ale także inne przypadki istotnego naruszenia przepisów ustawy Pzp, w szczególności podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, np. naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp)/ *Prawo zamówień publicznych, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Rok: 2017, Wydanie: 3.*

Powyższy pogląd prezentowany jest również w orzecznictwie - np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2011 r. (KIO 849/11); wyrok z dnia 29 sierpnia 2016 r. (KIO 1522/16).

Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku z dnia 27 maja 2014 r. (KIO 914/14): Niewątpliwie sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepisy art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, uznać należy za takie naruszenie przepisów ustawy, które co najmniej mogło mieć wpływ na wynik postępowania, a tym samym mogłoby stanowić przyczynę wystąpienia przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, do sądu o unieważnienie umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania obciążonego taką wadą. Okoliczność ta z kolei jest jedną z tych, do których odwołuje się przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Ponadto, w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, iż unieważnienie postępowania jest rozwiązaniem o charakterze wyjątkowym w stosunku do podstawowego sposobu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a przesłanka unieważnienia postępowania określona w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp powinna być interpretowana wąsko - tak np. w wyroku Izby z dnia 2 marca 2017 r. (KIO 281/17). Zgodnie z poglądem wyrażonym przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 30 maja 2016 r. (KIO 798/16): Postępowanie o udzielenie zamówienia, co do zasady, kończyć się powinno wyborem oferty najkorzystniejszej i zawarciem umowy o udzielenie zamówienia, a jego unieważnienie winno być jedynie wyjątkiem od tej zasady i jako takie, musi być ono dokonywane przez zamawiającego z należytą starannością. Staranność ta objawiać się powinna w pogłębionej analizie czynności podjętych w postępowaniu w kontekście zamiaru podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania, a jej wynikiem powinno być wyczerpujące uzasadnienie takiej decyzji, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli

możliwość weryfikacji prawidłowości podjętej przez zamawiającego czynności unieważnienia postępowania.

Zgodnie z poglądem wyrażanym w doktrynie to na zamawiającym spoczywa ciężar udowodnienia wystąpienia przesłanek unieważnienia postępowania. Obowiązek ten w żadnym przypadku nie może zostać przeniesiony na wykonawcę/ *A. Gawrońska-Baran, Unieważnienie postępowania, Praktyczne wyjaśnienia, Legalis*. Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 lutego 2016 r. (KIO 812/16) do zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp konieczne jest wykazanie przez zamawiającego zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek. Natomiast w myśl stanowiska przedstawionego w uchwale Regionalnej Izby Obrachunkowej w Krakowie z dnia 25 lutego 2015 r. (WK-613-80/14): Jeżeli przyczyna unieważnienia wykracza poza katalog oczywistych sytuacji opisanych w art. 146 ust. 1 pkt od 1 do 6 ustawy Pzp, tym bardziej musi zostać sprecyzowana na tyle dokładnie, aby nie było wątpliwości, że ma charakter rzeczywisty i jest na tyle poważna, że uniemożliwia zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W dalszej kolejności wymaga wskazania, iż w przepisie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca zawarł zasadę opisu przedmiotu zamówienia bez utrudniania uczciwej konkurencji. Przestrzeganie tej zasady przez zamawiającego musi być jednak powiązane z rzeczywistymi potrzebami zamawiającego.

Jak bowiem wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 lipca 2013 r. (KIO 1550/13): opis przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego stanowi wypadkową uzasadnionych potrzeb zamawiającego oraz konieczności zachowania zasady uczciwej konkurencji przy opisie tych potrzeb. W ocenie Izby ingerencja przez wykonawców w opis przedmiotu zamówienia nie może prowadzić do ograniczenia jego zakresu o elementy, które z punktu widzenia zamawiającego są niezbędne, a wynikają z jego uzasadnionych potrzeb. Zdaniem Izby, nie zawsze opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, iż nie wszyscy wykonawcy będą zdolni do jego wykonania, stanowić będzie naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

W wyroku z dnia 10 lipca 2009 r. (KIO/UZP 807/09) Izba stwierdziła, iż: ustalenie, że tylko jeden podmiot może spełnić wymagania zamawiającego ma drugorzędne znaczenie dla oceny, czy naruszono przepisy ustawy Pzp – skład orzekający podziela pogląd, wielokrotnie prezentowany w orzeczeniach zarówno Zespołów Arbitrów, jak i Krajowej Izby Odwoławczej, iż jeśli potrzeba zamawiającego jest zobiektywizowana, może on tak opisać przedmiot zamówienia, że jest w stanie zadośćuczynić mu tylko jeden wykonawca – w takim wypadku

celem nie jest preferowanie określonego wykonawcy, ale otrzymanie przez zamawiającego świadczenia odpowiadającego jego rzeczywistym potrzebom.

W orzecznictwie Izby podkreśla się dopuszczalność stawiania przedmiotowi zamówienia nawet bardzo restrykcyjnych wymagań, o ile po stronie zamawiającego występują obiektywne powody ograniczania w taki sposób kręgu potencjalnych wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia (tak np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 marca 2017 r., KIO 445/17).

Rozstrzygając zatem o ewentualnym naruszeniu przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający konkurencję, należy wziąć pod uwagę:

- 1) po pierwsze krąg wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia;
- 2) po drugie, tzw. uzasadnione potrzeby zamawiającego, które w sposób istotny kształtują ocenę pierwszej przesłanki [*krąg wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia*].

Zagadnienie to można sprowadzić do prostego stwierdzenia, iż postanowienie utrudniające konkurencję traci taki charakter, w przypadku gdy staje się uzasadnione w związku z potrzebami zamawiającego.

W związku z powyższym, sytuacja, w której więcej niż jeden wykonawca jest w stanie zaoferować świadczenie zgodne z opisem przedmiotu zamówienia, nie przesądza jeszcze o tym, iż nie mamy w danym przypadku do czynienia z postanowieniami utrudniającymi uczciwą konkurencję.

Możliwa jest bowiem sytuacja, w której, mimo że kilku wykonawców posiada możliwość zrealizowania zamówienia, w istocie dochodzi do ograniczenia konkurencji, jeżeli znacznej liczbie innych wykonawców uniemożliwia się wzięcie udziału w postępowaniu, co też nie znajduje uzasadnienia w potrzebach zamawiającego. Z tego właśnie powodu, w ocenie składu orzekającego Izby, dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego nie przesądzają, iż w Postępowaniu nie doszło do sformułowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający konkurencję.

Decyzję o unieważnieniu Postępowania Zamawiający uzasadnił wynikami ekspertyzy oraz uzupełniającej ją opinii biegłego. W zawiadomieniu o unieważnieniu Postępowania (*Informacja o wyniku postępowania* z dnia 15 listopada 2017 r.) Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie:

„W toku procesu badania i oceny ofert, w szczególności z uwagi na małą liczbę wykonawców, którzy złożyli oferty, Zamawiający powziął wątpliwości dotyczące zapewnienia należytej konkurencyjności w Postępowaniu. Zamawiający zdaje sobie sprawę, że kwestia ta

była przedmiotem postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, która w wyroku z dnia 3 kwietnia 2017 r., w sprawie o sygn. akt KIO 496/17, KIO 511/17 („Wyrok KIO”) nie stwierdziła naruszenia art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 29 ust. 2 PZP w powyższym zakresie. Tym niemniej, należy zauważyć, że z uzasadnienia Wyroku KIO jasno wynika, że decyzja Izby była umotywowana niesprostaniu przez wykonawców ciężarowi dowodu. (...)

Z uwagi na powyższe okoliczności, w celu zachowania należytej staranności, Zamawiający zwrócił się do niezależnych biegłych o sporządzenie opinii, w których na podstawie analizy dostępnych na rynku urządzeń ocenią oni czy Zamawiający zapewnił konkurencyjność Postępowania. W wyniku tych działań, Zamawiający uzyskał opinie sporządzone przez:

- Trusted Information Consulting Sp. z o. o. (ul. Krzywickiego 34, 02-078 Warszawa) pn. „Ekspertyzy w zakresie oceny poziomu konkurencyjności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę terminali mobilnych wraz z oprogramowaniem dla pracowników drużyn konduktorskich w formie leasingu finansowego (nr postępowania 14/01/1T/2017) w świetle wymagań wynikających z opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ” z dnia 6 października 2017 roku („Ekspertyza”) oraz
- D. R. „Analiza i podsumowanie oceny opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu 14/01/1T/2017 w oparciu o ekspertyzę firmy Trusted Information Consulting Sp. z o. o.” z dnia 31 października 2017 roku („Analiza”) (Ekspertyza oraz Analiza są dalej łącznie zwane „Opiniami”).

Zdaniem biegłych, Zamawiający nie zapewnił minimalnego poziomu konkurencyjności Postępowania. Podstawową przyczyną ograniczenia konkurencji było zbyt drobiazgowe i niespójne opisanie parametrów technicznych zamawianych urządzeń. W szczególności, zidentyfikowano następujące niespójności w zakresie wymagań dotyczących parametrów terminali oraz drukarek mobilnych:

Lp.	Wymaganie terminal	Wymaganie drukarka
1	Wbudowany w urządzenie i zintegrowany z urządzeniem moduł radiowy Bluetooth <u>minimum 4,0</u> , wersja klasy minimum Class II (s. 21 OPZ)	Wbudowany w urządzenie i zintegrowany z urządzeniem moduł radiowy Bluetooth typ <u>minimum 3.0 + EDR</u> (S. 23 OPZ)
2	Temperatura pracy w zakresach co najmniej <u>od minus 20 stopni Celsjusza do plus 70 stopni Celsjusza</u> (s. 22 OPZ)	Temperatura pracy w zakresach co najmniej <u>od minus 15 stopni Celsjusza do plus 50 stopni Celsjusza</u> (s. 23 OPZ)

3	Odporność urządzenia na wielokrotne upadki z wysokości minimum 2 metrów (str. 22 OPZ)	Odporność urządzenia na wielokrotne upadki z wysokości <u>minimum 1.5 metra</u> (s. 23 OPZ)
4.	Spełnienie normy pyło i bryzgoszczelności w standardzie <u>minimum IP 67</u> (s. 22 OPZ)	Spełnienie normy pyło i bryzgoszczelności w standardzie <u>minimum IP 43</u> (s. 23 OPZ)
5.	Maksymalna waga urządzenia 380 g (s. 22 OPZ), przy czym maksymalna waga zestawu terminal + drukarka = 800g (s. 3 OPZ)	Maksymalna waga urządzenia 230g (s. 23 OPZ), przy czym maksymalna waga zestawu terminal + drukarka - 800g (s. 3 OPZ)

Podsumowując, wiele urządzeń dostępnych na rynku spełnia większość wymaganych przez Zamawiającego parametrów technicznych (w tym urządzenia zaoferowane przez TK Telekom), lecz zazwyczaj jeden lub dwa dyskwalifikują je z możliwości spełniania wymagań określonych w SIWZ. Są to przy tym zazwyczaj takie parametry techniczne, które nie są kluczowe z punktu widzenia możliwości realizacji procesów realizowanych przez Zamawiającego (sprzedaż biletu, kontrola itp.).

Biorąc powyższe pod uwagę, należy jasno stwierdzić, że opis przedmiotu zamówienia doprowadził do ograniczenia konkurencji w Postępowaniu, co jest niezgodne z art. 29 ust. 2 PZP. Co za tym idzie, w przypadku gdyby Zamawiający zdecydował się na wybór oferty najkorzystniejszej, a następnie na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranym wykonawcą, to taka umowa mogłaby podlegać unieważnieniu z uwagi na treść art. 146 ust. 6 PZP („Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania”). Nie jest przy tym jasne przez jaki okres trwałby stan nieprawności prawnej w odniesieniu do zawartej umowy, gdyż przepisy Ustawy Pzp nie precyzują w jakim terminie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych mógłby wystąpić o jej unieważnienie.”

Biorąc pod uwagę treść zawiadomienia o unieważnieniu postępowania, a także wyniki ww. Ekspertyzy, w ocenie Izby, jako uzasadnienie podjętej przez Zamawiającego decyzji nie mogą być wzięte pod uwagę te okoliczności, które wskazywane są jako tzw. niespójności, z uwagi na fakt, iż w żaden sposób nie zostało wyjaśnione w jaki sposób niespójności te przekładają się na utrudnienie konkurencyjności. Ponadto, w znaczącym zakresie występowanie tych niespójności zostało wyjaśnione w trakcie poprzedniego postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 511/17. Różnice w zakresie wymaganych

parametrów dla terminala mobilnego i drukarki mobilnej zostały przez Zamawiającego wyjaśnione:

- w odniesieniu do wymogu temperatury pracy urządzeń - na str. 8 odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 511/17 (pkt 4);
- w odniesieniu do wymogu odporności urządzenia na wielokrotne upadki – na str. 9 i 10 odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 511/17;
- w odniesieniu do wymogu spełnienia norm pyło i bryzgoszczelności – na str. 10 odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 511/17.

Powyższe wyjaśnienia znalazły również odzwierciedlenie w treści uzasadnia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 kwietnia 2017 r. (str. 27 – 28 uzasadnienia). Natomiast w treści uzasadnienia unieważnienia Postępowania kwestie te zostały przez Zamawiającego całkowicie pominięte.

Należy również podkreślić, iż Zamawiający nie wymagał, aby oferowane terminale mobilne i drukarki mobilne pochodziły od tego samego producenta.

W konsekwencji powyższego wzięte pod uwagę mogą być wyłącznie okoliczności, które wprost zostały wskazane jako skutkujące ograniczeniem konkurencyjności.

Okoliczności te w ogóle nie zostały wymienione w treści zawiadomienia o unieważnieniu Postępowania (*Informacji o wyniku postępowania*). Natomiast w treści Ekspertyzy zostały one wskazane w pkt 3 oraz 6. Pozostałe punkty zawierają jedynie wskazanie niespójności (pkt 1 – tabela, pkt 2 oraz pkt 5). Ponadto, w przypadku wymogu określonego w pkt 4 (wymagana pojemność akumulatora a czas pracy) zostało wyrażone jedynie przypuszczenie ograniczającego wpływu na konkurencję, a wniosek taki został sformułowany na podstawie niekompletnych informacji zawartych we wcześniejszej części Ekspertyzy zawierającej zestawienie danych dla poszczególnych modeli terminali mobilnych – na ogół brak jest któregoś z parametrów zawartych w tym wymaganiu, tj. pojemności akumulatora lub częściej ilości godzin ciągłej pracy. W przypadku tego wymogu w odniesieniu do drukarki mobilnej nie wskazuje się na skutek ograniczenia konkurencji, lecz na brak funkcjonalnego podejścia do opisanego tego wymogu, co może być w istocie niekorzystne z punktu widzenia Zamawiającego, ale samo w sobie nie stanowi zapisu utrudniającego konkurencję, a przynajmniej z treści Ekspertyzy to nie wynika.

Natomiast większość z okoliczności wskazanych w pkt 6 /**odporność na upadek, wymóg, aby terminal spełniał normy pyło i bryzgoszczelności na poziomie wynikającym z normy IP 67 oraz wymóg posiadania dwóch kamer o wysokiej rozdzielczości – dotyczący w zasadzie tego samego wymogu, który został opisany w pkt 3)** oraz

okoliczność wskazana w pkt 3 (**wymagane rozdzielczości kamer w terminalu mobilnym (kamera tylna 13 MP)**) były również przedmiotem rozpoznania Izby w sprawie KIO 511/17.

Natomiast te wymogi, których nie dotyczyło poprzednie postępowanie odwoławcze, spełnia większość urządzeń poddanych analizie (waga terminala mobilnego – tylko jedno urządzenie nie spełnia tego wymogu) lub wszystkie urządzenia (konieczność posiadania przez drukarkę portu szeregowego), trudno zatem je uznać za okoliczności potwierdzające wadę Postępowania, z powodu której nastąpiło unieważnienie Postępowania. Z kolei wymóg dotyczący wagi torby do przechowywania urządzeń w ogóle nie był poddany badaniu na potrzeby sporządzenia Ekspertyzy. Natomiast ostatni z wymogów wskazanych w tym fragmencie Ekspertyzy, tj. *„definiowanie pamięci pojemności ROM i RAM bez korelacji z wykorzystywanymi przez urządzenie aplikacjami, które są również częścią tego zamówienia i to aplikacje – ich jakość i funkcjonalność będą decydować o wymaganiach co do ilości pamięci urządzenia”* nie świadczy o ograniczającym wpływie na konkurencję, lecz o wadliwym dokonaniu przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, przejawiającym się w przypisaniu zbyt małego znaczenia wymaganiom dla aplikacji (zostało to wyjaśnione w pkt 7 Ekspertyzy, a także potwierdzone przez Zamawiającego w toku rozprawy).

Odnosząc się do tych wymogów, które były przedmiotem postępowania w sprawie KIO 511/17, należy zauważyć, iż uzasadniając konieczność ich zachowania w treści opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający w trakcie tego postępowania przedstawił rozbudowane wyjaśnienia wskazujące na jego konkretne potrzeby uzasadniające przyjęcie określonych rozwiązań. Stanowisko to zostało przedstawione w szczególności w treści odpowiedzi na odwołanie, a następnie zostało przez Zamawiającego podtrzymane na rozprawie (protokół posiedzenia i rozprawy z dnia z dnia 28 marca 2017 r.)

- W odniesieniu do wymogu wbudowanej w urządzenie i zintegrowanej z urządzeniem kamery tylnej o rozdzielczości minimum 13 MP Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie przedstawił bardzo szczegółową argumentację wskazującą na jego uzasadnione potrzeby w tym zakresie, powołując się na konieczność wystawiania wezwań do zapłaty, w przypadku których dostarczana jest dokumentacja fotograficzna dotycząca zatrzymanych dokumentów przejazdowych. Wskazał na potrzebę pozyskiwania w jak najkrótszym czasie środków dowodowych w postaci dokumentacji fotograficznej dotyczącej m.in. dewastacji taboru i zatrzymanych dokumentów, a w przypadku podejrzenia fałszerstw biletów, przesyłania wysokiej jakości obrazu umożliwiającego weryfikację znajdujących się na dokumencie zabezpieczeń w celu sprawdzenia jego autentyczności. Podsumowując Zamawiający stwierdził: Tym samym wymóg, by urządzenie posiadało tylną kamerę o rozdzielczości 13 MP jest w pełni uzasadniony ważnymi potrzebami Zamawiającego

i w żadnej mierze nie ma na celu ograniczenia konkurencji. [podkreślenie składu orzekającego]”

(...) Postawiony przez Zamawiającego wymóg ma dla Zamawiającego bardzo istotne znaczenie i wynika z jego potwierdzonych zapisami specyfikacji i umowy potrzeb [podkreślenie składu orzekającego]. Tym samym zarzut dotyczący parametrów technicznych urządzenia: wbudowanej w urządzenie i zintegrowanej z urządzeniem kamery tylnej o rozdzielczości minimum 13 MP jest bezzasadny.” /str. 7 odpowiedzi na odwołanie.

Należy wskazać, iż Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku wydanym w sprawie KIO 511/17 (wyrok z dnia 3 kwietnia 2017 r. w połączonych sprawach KIO 496/17 oraz KIO 511/17) nie stwierdziła, iż potrzeby Zamawiającego nie są uzasadnione. Wręcz przeciwnie, Izba w uzasadnieniu ww. wyroku wskazała, iż „*Fakt, że obecnie konduktorzy nie wykorzystują kamery w terminalu mobilnym nie ma istotnego znaczenia, gdyż urządzenia te zakupione były 9 lat temu, które nie przystają do obecnych potrzeb Zamawiającego i dostępnych na rynku nowych rozwiązań. Zamawiający wykazał, że funkcja kamery w terminalu mobilnym nie jest tylko funkcją pomocniczą. Odwołujący nie przedstawił natomiast żadnego dowodu na okoliczność, że przy rozdzielczości kamery 8 MP zachodzi możliwość osiągnięcia obiektywnych określonych celów Zamawiającego w zakresie użytkowania tego urządzenia.*” /str. 26 uzasadnienia wyroku.

Mając na uwadze rozbudowaną argumentację Zamawiającego w odniesieniu do jego uzasadnionych potrzeb dotyczących wymogu wbudowanej w urządzenie i zintegrowanej z urządzeniem kamery tylnej o rozdzielczości minimum 13 MP zdziwienie budzi fragment na str. 66 Ekspertyzy, gdzie wymóg ten autorzy opracowania określili jako funkcjonalnie mało istotny, stwierdzając, iż analiza wymogów Zamawiającego nie wskazuje by urządzenia musiały wykorzystywać kamery – przednią i tylną, a system jako całość nie będzie korzystał z danych zbieranych za pośrednictwem tych urządzeń (kamer). Z tego fragmentu Ekspertyzy można wyciągnąć wniosek, iż jej autorzy nie mieli pełnej wiedzy na temat potrzeb Zamawiającego w zakresie opisywanego przedmiotu zamówienia. Zdaje się to potwierdzać wypowiedź pełnomocnika Zamawiającego (będącego autorem Ekspertyzy) na rozprawie, który stwierdził, iż przedmiotem badania na potrzeby Ekspertyzy nie było to, czy wymagania określone przez Zamawiającego w OPZ są nadmiarowe, tylko kwestia spełnienia tych wymagań. W ocenie składu orzekającego Izby świadczy to o tym, iż wyniki badania przeprowadzonego na potrzeby sporządzenia Ekspertyzy nie zostały – w celu sformułowania końcowych wniosków – odniesione do uzasadnionych potrzeb Zamawiającego dotyczących tego przedmiotu zamówienia.

- Również w odniesieniu do wymogu odporności na wielokrotne upadki z wysokości 2 metrów Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie przedstawił szczegółową argumentację wskazującą na jego uzasadnione potrzeby w tym zakresie. Zamawiający wyjaśnił, iż określając wymóg odporności na poziomie minimum 2 metrów, wziął pod uwagę wysokość, z jakiej może upaść urządzenie na podłoże twarde o różnej strukturze (tłuczeń, beton, kamienie, piach) trzymane w dłoni pracownika znajdującego się przy krawędzi peronowej lub w wagonie (wysokość taka wynosi ponad 2 m). Zamawiający podał także kilka innych przypadków, kiedy w trakcie wykonywania obowiązków służbowych przez pracowników Zamawiającego urządzenia te mogą upaść z wysokości ok. 2 m. Na potwierdzenie istotności wskazanego wymagania Zamawiający złożył karty serwisowe dotyczące uszkodzeń terminali z powodu upadku. Podsumowując, Zamawiający stwierdził, iż „ze względu na standard świadczonych usług, nie może dopuścić urządzeń, które posiadają niższe parametry wytrzymałościowe [podkreślenie składu orzekającego], ze względu na utrzymanie ciągłości świadczonych usług na składzie pociągu.” /str. 9 odpowiedzi na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła, iż wskazane przez Zamawiającego potrzeby są nieuzasadnione. Wręcz przeciwnie, Izba w uzasadnieniu ww. wyroku zauważyła, iż *„Wymóg, aby urządzenie było odporne na wielokrotne na wielokrotne upadki z wysokości min. 2 m. jest uzasadniony w świetle obiektywnych potrzeb Zamawiającego, ze względu na specyfikę sposobu użytkowania urządzeń oraz środowisko, w jakim są one użytkowane. (...) Zamawiający jednoznacznie wykazał, że w okolicznościach użytkowania terminali występują warunki, w których urządzenia te mogą spaść z wysokości 2 m., np. na podtorze. Pomimo, że obecnie użytkowane przez Zamawiającego terminale spełniają normę w zakresie upadków z wysokości 1,2 m to przy wykazanych przez Zamawiającego upadkach urządzeń, należy uznać za uzasadnione wymaganie odporności na upadek z wysokości min. 2m.”* /str. 27 uzasadnienia wyroku.

- W odniesieniu do wymogu spełnienia normy pyło i bryzgoszczelności w standardzie minimum IP 67 argumentację wskazującą na jego obiektywne potrzeby w tym zakresie Zamawiający przedstawił na stronie 10 odpowiedzi na odwołanie, między innymi wskazując na różnice pomiędzy normą IP 67 oraz IP 65 w zakresie uzasadniającym przyjęcie jako wymogu w prowadzonym Postępowaniu normy IP 67.

Również w odniesieniu do tego wymogu Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła, iż potrzeby Zamawiającego nie są uzasadnione. Wręcz przeciwnie, Izba w uzasadnieniu ww. wyroku wskazała, iż *„wymóg, aby urządzenie spełniało normy pyło i bryzgoszczelności w standardzie minimum IP 67 jest uzasadniony w świetle obiektywnych potrzeb*

Zamawiającego i nie prowadzi do ograniczenia konkurencji i uprzywilejowania konkretnego produktu.” /str. 28 uzasadnienia wyroku.

Podobnie szczegółowa argumentacja została przez Zamawiającego przedstawiona w sprawie KIO 511/17 (str. 8 – 9 odpowiedzi na odwołanie) w odniesieniu postanowienia OPZ dotyczącego wymogu temperatury przechowywania, którego „niekonkurencyjny” charakter Zamawiający podkreślał w obecnym postępowaniu odwoławczym. Okoliczność, iż wymóg ten jest uzasadniony w świetle obiektywnych potrzeb Zamawiającego została potwierdzona w treści wyroku z dnia 3 kwietnia 2017 r. / str. 27 uzasadnienia wyroku.

Obecnie natomiast Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu Postępowania powołując się na treść Ekspertyzy zewnętrznego podmiotu (oraz uzupełniającej ją opinii biegłego, która w ocenie Izby ma jedynie charakter podsumowania zawierającego również wytyczne co do sposobu opisanego przedmiotu zamówienia w kolejnym postępowaniu), nie odnosząc się w żaden sposób do okoliczności stanowiących jego uzasadnione potrzeby, wskazywane w toku poprzedniego postępowania odwoławczego.

Zamawiający wskazuje, iż zarzuty odwołania dotyczące ww. parametrów zostały przez Izbę oddalone w przeważającej mierze z powodu nie udowodnienia przez Odwołującego zarzutów postawionych w odwołaniu. Bez względu jednak na motywy wydania przez Izbę rozstrzygnięcia w sprawie KIO 511/17 (które jednak jak wynika z przytoczonych powyżej fragmentów uzasadnienia nie sprowadzały się wyłącznie do niesprostania przez Odwołującego obowiązkowi udowodnienia postawionych zarzutów), podstawowe znaczenia dla oceny decyzji o unieważnieniu Postępowania ma fakt złożenia przez Zamawiającego w toku tego postępowania oświadczenia o istnieniu po jego stronie konkretnych potrzeb uzasadniających przyjęcie określonych wymagań co do przedmiotu zamówienia.

Tym samym, nie jest możliwe zaakceptowanie przez Izbę obecnej decyzji o unieważnieniu Postępowania, w której uzasadnieniu Zamawiający nie odnosi się do zadeklarowanych wcześniej okoliczności stanowiących jego uzasadnione potrzeby, a jedynie poprzestaje na opinii podmiotu zewnętrznego, który – jak można wnioskować w oparciu o treść Ekspertyzy – o istnieniu tych potrzeb nie miał wystarczającej wiedzy, czy też nie były one przedmiotem jego zainteresowania w procesie sporządzania tego opracowania (wypowiedź pełnomocnika Zamawiającego na rozprawie).

Skoro bowiem określone potrzeby Zamawiającego uzasadniały przyjęcie konkretnych wymogów w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, to w sytuacji w której Zamawiający podejmując decyzję o unieważnieniu Postępowania powołuje się na ograniczającą konkurencję charakter tych właśnie rozwiązań, pytanie o aktualność uzasadnionych potrzeb Zamawiającego jest jednym z najważniejszych jakie wymaga zadania i uzyskania odpowiedzi

w ramach dokonywanej oceny czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto, w odniesieniu do dowodów złożonych przez Odwołującego, Izba stwierdziła, co zostało już nadmienione powyżej, iż **dowody nr 1-5** (oświadczenia różnych producentów) nie przesądzają, iż w Postępowaniu nie doszło do sformułowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający konkurencję. Możliwa jest bowiem sytuacja, w której, mimo że kilku wykonawców posiada możliwość zrealizowania zamówienia, w istocie dochodzi do utrudnienia konkurencji, jeżeli znacznej liczbie innych wykonawców uniemożliwia się wzięcie udziału w postępowaniu, co też nie znajduje uzasadnienia w potrzebach zamawiającego. To samo w ocenie Izby należy odnieść do **dowodu nr 6** (zestawienie danych od producenta Zebra dla modeli terminali z serii TC 75, potwierdzające spełnienie prawie wszystkich parametrów wymaganych przez Zamawiającego) wraz z **dowodem nr 8** oraz **dowodem nr 10** (korespondencja e-mailowa z pracownikiem producenta Zebra oraz pomiar iluminacji ekranu terminala mobilnego Zebra TC75 FK na potwierdzenie parametru jasności), **dowodem nr 9** (pomiar szybkości odczytu kodów terminala mobilnego Zebra TC75 FK na potwierdzenie parametru szybkości odczytu kodu) oraz **dowodem nr 7** - certyfikat autoryzacji na potwierdzenie, iż członek konsorcjum (Odwołującego) jest autoryzowanym partnerem producenta Zebra.

Dowód nr 11 (zestawienie postępowań na terminale mobilne) może mieć jedynie pomocnicze znaczenie, albowiem informacja o ilości ofert składanych na ogół w postępowaniach na podobny przedmiot zamówienia nie stanowi sama w sobie potwierdzenia, iż w Postępowaniu nie doszło do sformułowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający konkurencję.

Jeżeli natomiast chodzi o **dowód nr 13** (zestawienie producentów terminali nie uwzględnionych w Ekspertyzie) to w ocenie Izby zestawienie wskazanych tam podmiotów powinno zostać poddane dodatkowej analizie przez Zamawiającego, w szczególności, iż do treści tego zestawienia Zamawiający nie był w stanie się ustosunkować w trakcie rozprawy.

Wymaga przy tym wskazania, iż w ocenie Izby, na potrzeby stwierdzenia występowania przesłanki unieważnienia postępowania wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, nie jest bezwzględnie konieczne sprawdzenie wszystkich producentów oferujących urządzenia zamawiane przez Zamawiającego w Postępowaniu. Izba podziela w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, iż wystarczające jest przebadanie odpowiedniej pod względem ilościowym (czyli odpowiednio dużej) reprezentatywnej próbki. Nie jest również wykluczone oparcie się w tym zakresie na informacjach zamieszczanych na stronach internetowych producentów. Należy zgodzić się z Zamawiającym, iż

przeprowadzenie badania rynku w sposób sugerowany przez Odwołującego (uzyskanie informacji o wszystkich produktach oferowanych na rynku i bezpośrednie zwracanie się do wszystkich producentów) zajęłoby nieproporcjonalnie dużo czasu do okresu prowadzenia samego postępowania, a wręcz należałoby je uznać za niewykonalne z uwagi na częste zmiany zachodzące na rynku sprzętu informatycznego. Ponadto, dopuszczalne jest przyjęcie w ramach przeprowadzanego badania informacji o braku danych dotyczących określonego parametru danego urządzenia, o ile nie ma to wpływu na końcowe wnioski dokonywanej analizy – jeżeli np. w odniesieniu do danego urządzenia brak spełnienia innych parametrów wyklucza wzięcie go pod uwagę jako zgodnego z wymaganiami określonymi w OPZ.

Odnosząc się z kolei do argumentacji Zamawiającego dotyczącej przyczyn odrzucenia oferty wykonawcy Wasko i ich wpływu na decyzję Zamawiającego o unieważnieniu Postępowania, Izba wskazuje, iż okoliczności dotyczącego tylko jednego wykonawcy nie mogą uzasadniać unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze wszystkie wskazane powody, w ocenie składu orzekającego, należało uznać, iż Zamawiający nie wykazał w sposób wystarczający zaistnienia podstawy unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, co skutkowało uwzględnieniem zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie Postępowania [zarzut nr 1].

W konsekwencji powyższego Izba uznała, iż Zamawiający nie przedstawił również uzasadnienia czynności unieważnienia Postępowania w zakresie wymaganym przez przepisy ustawy Pzp, co skutkowało uwzględnieniem również zarzutu naruszenia art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania jednoznacznego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego unieważnienia Postępowania [zarzut nr 2]. Braki uzasadnienia polegają nie tylko na braku odniesienia się do wskazywanych uprzednio potrzeb Zamawiającego, lecz także na zaniechaniu wskazania jakichkolwiek wymogów skutkujących utrudnieniem konkurencji. W treści *Informacji o wyniku Postępowania* zostały przez Zamawiającego wskazane jedynie nieścisłości opisu przedmiotu zamówienia (w formie tabeli), co zostało podsumowane ogólną konstatacją, iż „wiele urządzeń dostępnych na rynku spełnia większość wymaganych przez Zamawiającego parametrów technicznych (w tym urządzenia zaoferowane przez TK Telekom), lecz zazwyczaj jeden lub dwa dyskwalifikują je z możliwości spełniania wymagań określonych w SIWZ. Są to przy tym

zazwyczaj takie parametry techniczne, które nie są kluczowe z punktu widzenia możliwości realizacji procesów realizowanych przez Zamawiającego (sprzedaż biletu, kontrola itp.).”

Wskazane powyżej okoliczności uzasadniające uwzględnienie dwóch pierwszych zarzutów musiały skutkować uznaniem, iż częściowo potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie przez Zamawiającego Postępowania w sposób naruszający zasadę przejrzystości, naruszający zasadę jawności oraz zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców [zarzut nr 7] – w zakresie wynikającym z uwzględnienia dwóch pierwszych zarzutów. W ocenie Izby w stanie faktycznym niniejszej sprawy doszło do naruszenia nie tylko art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (w szczególności określonej tym przepisem zasady przejrzystości), ale również art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia pełnego uzasadnienia podjętej przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu Postępowania.

II. Zarzuty oddalone przez Izbę:

1. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp i art. 92 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niedokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty i niepoinformowaniu o wyborze Odwołującego [zarzut nr 3].

W ocenie Izby zarzut ten należało uznać za niezasadny. Wymaga bowiem wskazania, iż postępowanie o udzielenie zamówienia może zakończyć się w jeden z dwóch sposobów określonych przez ustawodawcę przepisami ustawy Pzp, tj. poprzez wybór oferty najkorzystniejszej [zasada] albo unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego [wyjątek od zasady]. Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania, co też uniemożliwiało mu zakończenie postępowania poprzez wybór oferty najkorzystniejszej. Zamawiający zobowiązany jest dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej jedynie w sytuacji, gdy zostanie ustalone, iż danym postępowaniu nie zachodzą podstawy do jego unieważnienia.

Należy również zauważyć, iż nie jest możliwe uwzględnienie przez Izbę przedmiotowego zarzutu także z tego powodu, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy zarzut ten sprowadza się (wobec braku innych ofert) do zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Tak więc rozstrzygnięcie tej kwestii wymagałoby dokonania przez Izbę oceny oferty złożonej przez Odwołującego, do czego Izba nie jest uprawniona. Czynność badania i oceny oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzana jest wyłącznie przez Zamawiającego, natomiast Izba jedynie rozpoznaje zarzuty dotyczące tej oceny.

2. Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 96 ust. 3 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie podania jednoznacznego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego powodów odrzucenia oferty wykonawcy Wasko [zarzut nr 4] oraz zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz 8 ust. 1, 2, 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia protokołu postępowania w części dotyczącej uzasadnienia faktycznego powodów odrzucenia oferty wykonawcy Wasko, które zgodnie z art. 96 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp stanowią część protokołu o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego informacje zawarte w tym dokumencie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co narusza zasadę jawności i przejrzystości postępowania i prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców [zarzut nr 5]

Nieudostępnienie Odwołującemu przez Zamawiającego dokumentu zawierającego uzasadnienie odrzucenia oferty wykonawcy Wasko jest prostą konsekwencją tego, iż jego treść dotyczy informacji, które zostały przez tego wykonawcę zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z tym, iż Odwołujący nie domagał się na wcześniejszym etapie postępowania (czy też w treści obecnego odwołania) uznania tego zastrzeżenia za nieskuteczne, nie może w chwili obecnej żądać udostępnienia mu dokumentacji zawierającej informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa innego wykonawcy.

Należy także dodać, iż zarzut ten nie został przez Odwołującego w sposób należyty określony. Skoro Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie udostępnienia mu określonego dokumentu, to powinien wskazać kiedy zwracał się do Zamawiającego z wnioskiem o wgląd do tej dokumentacji oraz kiedy i w jaki sposób nastąpiła odmowa ze strony Zamawiającego.

3. Zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia pełnej treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez wykonawcę Wasko, pomimo, iż informacje zawarte w tym dokumencie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [zarzut nr 6].

Przede wszystkim należy poczynić podobną uwagę jak w odniesieniu do zarzutu nr 5, tj. że zarzut ten nie został przez Odwołującego w sposób należyty określony, co uniemożliwiało Izbie jego rozpoznanie. Zarzucając Zamawiającemu zaniechanie udostępnienia mu określonego dokumentu, Odwołujący powinien wskazać kiedy zwracał się do Zamawiającego z wnioskiem o wgląd do tej dokumentacji oraz kiedy i w jaki sposób

nastąpiła odmowa ze strony Zamawiającego. Wymaga w tym miejscu przypomnienia, iż pod pojęciem zarzutu rozumienie się przede wszystkim wskazanie określonych okoliczności faktycznych. Informacje te mają również znaczenie w kontekście ustalenia, czy zarzut nie został podniesiony z przekroczeniem terminu określonego w ustawie Pzp. Mając na uwadze fakt, iż otwarcie ofert w Postępowaniu miało miejsce w dniu 17 maja 2017 r. zwracanie się z wnioskiem o wgląd do oferty innego wykonawcy mogło już mieć miejsce kilkakrotnie. Nie jest rolą Izby określanie zarzutu w zastępstwie wykonawcy i domyślanie się okoliczności faktycznych, które się na niego składają. W związku z powyższym, zarzut nr 6, jako nie nadający się do rozpoznania, podlegał oddaleniu.

Konsekwencją oddalenia przez Izbę zarzutów odwołania nr 3 – 6 było również częściowe oddalenie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp [zarzut nr 7] – w zakresie w jakim zarzut ten nie został przez Izbę uznany za zasadny w związku z uwzględnieniem dwóch pierwszych zarzutów.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 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, ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: