

**Sygn. akt: KIO 2361/11**  
**KIO 2362/11**  
**KIO 2364/11**

**WYROK**  
**z dnia 10 listopada 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Anna Packo**  
**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 listopada 2011 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 31 października 2011 r. przez wykonawcę **MCX Telecom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. ul. Gotarda 9, 02-683 Warszawa,**
- B. w dniu 31 października 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MCX Telecom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. ul. Gotarda 9, 02-683 Warszawa i MCX Systems Sp. z o.o. ul. Gotarda 9, 02-683 Warszawa,**
- C. w dniu 31 października 2011 r. przez wykonawcę **COMFORTEL Sp. z o.o. ul. Dojazdowa 9, 43-100 Tychy**

w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Policji w Rzeszowie ul. Dąbrowskiego 30, 35-036 Rzeszów**

przy udziale wykonawcy **Spółka Inżynierów SIM Sp. z o.o. ul. F. Stefczyka 34, 20-151 Lublin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2361/11 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia wszystkie odwołania i nakazuje Komendzie Wojewódzkiej Policji w Rzeszowie unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części 1., 2. i 3. i dokonanie dalszych czynności w postępowaniu zgodnie z procedurą określoną w ustawie Prawo zamówień publicznych,

2. kosztami postępowania obciąża Komendę Wojewódzką Policji w Rzeszowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 45 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: MCX Telecom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. ul. Gotarda 9, 02-683 Warszawa, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MCX Telecom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. ul. Gotarda 9, 02-683 Warszawa i MCX Systems Sp. z o.o. ul. Gotarda 9, 02-683 Warszawa oraz COMFORTEL Sp. z o.o. ul. Dojazdowa 9, 43-100 Tychy tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od Komendy Wojewódzkiej Policji w Rzeszowie kwotę 55 767 zł 00 gr (słownie: pięćdziesiąt pięć tysięcy siedemset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy), w tym:

A. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz MCX Telecom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. ul. Gotarda 9, 02-683 Warszawa stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

B. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MCX Telecom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. ul. Gotarda 9, 02-683 Warszawa i MCX Systems Sp. z o.o. ul. Gotarda 9, 02-683 Warszawa stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

C. kwotę 18 567 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) na rzecz COMFORTEL Sp. z o.o. ul. Dojazdowa 9, 43-100 Tychy stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 2361/11**

**KIO 2362/11**

**KIO 2364/11**

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

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Policji w Rzeszowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę systemu dystrybucji informacji głosowej, tekstowej, wizualnej oraz alarmowania w jednostkach Policji woj. podkarpackiego, wraz z elementami wyposażenia centrów zarządzania siecią regionalną” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w trybie przetargu nieograniczonego.

Zamówienie obejmuje pięć części, dla których Zamawiający dopuszczał składanie ofert częściowych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE 9 lutego 2011 r., a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

21 października 2011 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania dla części 1., 2. i 3. powołując się na art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, bez wyboru najkorzystniejszych ofert.

31 października 2011 r. odwołania wnieśli: MCX Telecom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. – w zakresie części 2., wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia MCX Telecom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. i MCX Systems Sp. z o.o. – w zakresie części 1. oraz COMFORTEL Sp. z o.o. – w zakresie części 3.

W odwołaniach KIO 2361/11 i KIO 2362/11 Odwołujący przedstawili analogiczne zarzuty, żądania i argumentację na ich poparcie.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez unieważnienie postępowania, pomimo iż nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie gwarantujący zachowania uczciwej konkurencji oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołań i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w danej części, dokonania oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając odwołanie Odwołujący stwierdzili, że nie podzielają stanowiska Zamawiającego. Z brzmienia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika obowiązek unieważnienia postępowania przetargowego, jeżeli kumulatywnie zajdą dwie przesłanki: postępowanie przetargowe jest obarczone wadą niemożliwą do usunięcia, a wada ta uniemożliwia zawarcie umowy nie podlegającej unieważnieniu. Art. 146 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych statuuje wyłączne i konkretne przyczyny unieważnienia postępowania, z których żadna nie odnosi się do rzekomej wady postępowania, na którą powołuje się Zamawiający.

Brak podania w ogłoszeniu o zamówieniu pełnej informacji na temat testów nie stanowi o wadzie postępowania. Stosownie bowiem do przepisu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający ma obowiązek wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert informacji na temat żądanych oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie: warunków udziału w postępowaniu oraz przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Zwłaszcza zaś biorąc pod uwagę przepis art. 41 Odwołujący stoją na stanowisku, iż zawarcie informacji o testach jedynie w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia czyni zadość przepisom ustawy.

Stanowisko Zamawiającego w zakresie braku zamieszczenia wszystkich informacji o testach w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz przekazaniu wykonawcom części informacji po otwarciu ofert jest niezrozumiałe i niezasadne. Zamawiający wyraźnie w treści załącznika nr 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia poinformował, iż przed wyborem najkorzystniejszej oferty przeprowadzi testy funkcjonalności, które będą miały na celu potwierdzenie spełniania przez oferowany system funkcjonalności wymaganych przez Zamawiającego oraz, że oferent jest w stanie przeprowadzić wymagane prace konfiguracyjne. Ten zakres testów w żaden sposób nie odbiega od przedmiotu zamówienia i zakresu wymagań, jakie musi spełnić wykonawca składający ofertę. Treść pisma zapraszającego do testów nie zawiera żadnych nowych informacji ponad te, które były znane wszystkim wykonawcom z treści specyfikacji i wyjaśnień udzielonych w toku postępowania, zaś załącznik „Harmonogram przeprowadzenia testów” wskazuje jedynie na nazwy wykonawców zaproszonych do testów, daty przeprowadzenia testów oraz kolejność testowania wykonawców, która to kolejność jest zgodna z klauzulą 1.6) załącznika nr 9.

Również brak jednoczesnego testowania wykonawców nie uchybia żadnemu z przepisów ustawy. W postępowaniach obejmujących dostawy sprzętu informatycznego czy telekomunikacyjnego procedura przeprowadzenia testów oferowanego sprzętu jest częstą

praktyką u wielu zamawiających, a zjawiskiem powszechnym jest testowanie sprzętu na przestrzeni kilku czy kilkunastu dni, po kolei u różnych wykonawców, bez stosowania zasady równoczesności weryfikacji sprzętu. Za nieuzasadnione należy uznać twierdzenie Zamawiającego, iż powodem zaistnienia wady postępowania jest fakt zdobywania wiedzy przez obserwatora w toku testowania sprzętu konkurencyjnego wykonawcy. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie tego zamówienia są profesjonalistami w danej branży i nie mogliby prowadzić działalności bez posiadania specjalistycznego doświadczenia i wykwalifikowanego zespołu osób, trudno zatem uznać za przekonujące stwierdzenie Zamawiającego, iż obserwator mógłby pozyskać w czasie testów konkurencyjnego wykonawcy wiedzę pozwalającą na spełnienie testów w odniesieniu do własnego sprzętu. Osoba dedykowana przez wykonawcę do wykazywania spełniania określonych funkcjonalności przez oferowany przedmiot zamówienia musi legitymować się wiedzą i doświadczeniem, uzyskanymi niekiedy w ciągu kilku lat, aby móc zaprezentować w sposób właściwy oferowane funkcjonalności i możliwości sprzętu. Wykonawcy oferują w złożonych ofertach sprzęt zupełnie innych producentów i niekiedy odmiennej technologii, co powoduje, iż obserwator wykonawcy oferującego sprzęt innego wykonawcy, nawet posiadający wieloletnie doświadczenie, nie będzie w stanie zaprezentować Zamawiającemu możliwości sprzętu innego producenta. Poza tym w części 3. wykonawca biorący udział w testach jako drugi w kolejności nie przeszedł testu pozytywnie. Okoliczność ta wskazuje, że udział obserwatora w prowadzonych testach nie przyczynia się do uzyskania wiedzy i umiejętności pozwalających na przeprowadzenie testów z końcowym sukcesem.

Poza tym Odwołującego nie przekonuje fakt, że ową „wadę” postępowania Zamawiający odkrył po ponad 8 miesiącach prowadzenia postępowania. Postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, treść specyfikacji i wyjaśnienia do niej udzielane w tym zakresie, zaproszenie do testów i czynności samych testów nie były kwestionowane przez żadnego z wykonawców ubiegających się o zamówienie. W tej sytuacji działanie Zamawiającego polegające na bezpodstawnym unieważnieniu postępowania należy uznać za naruszające art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołanie sygn. akt KIO 2364/11

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania, mimo niewykazania przesłanek unieważnienia postępowania tj. niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, żądając: uwzględnienia odwołania, nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i dokonania oceny złożonych ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, że instytucja unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter wyjątkowy i jest limitowana w sposób bezpośredni zakreślonymi przez ustawodawcę warunkami wynikającymi wprost z przepisów ustawy. Zdaniem Odwołującego nie wystąpiły żadne okoliczności wskazane przez ustawodawcę w art. 146 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jako przesłanki unieważnienia umowy.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wszystkie wymagane informacje. Art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się do dokumentów w rozumieniu rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, które są składane przez wykonawców wraz z ofertą. Zamawiający wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia pełen zakres wymaganych dokumentów, a twierdzenie, jakoby przekazanie procedur testowych po otwarciu ofert stanowiło naruszenie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest całkowicie nieuzasadnione. O ile bowiem nie ma wątpliwości, iż Zamawiający miał prawo zamiast próbek, żądać przeprowadzenia testów, o tyle procedury testowe, określone zostały przez Zamawiającego, a zatem ze względów oczywistych nie mogą być uznane za dokumenty wymagane od wykonawców, tym samym Zamawiający nie miał obowiązku ich wskazywania w ogłoszeniu o zamówieniu, pomijając fakt, że w ogłoszeniu o zamówieniu przekazywanym do Dziennika Urzędowego UE nie byłoby możliwości zamieszczenia pełnego opisu procedur testowych. Tym samym stanowisko Zamawiającego nie znajduje poparcia w przepisach prawa, co dowodzi, że postępowanie nie jest obciążone wadą, co więcej – wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przekazywane wykonawcom po otwarciu ofert informacje dotyczyły wyłącznie przebiegu procedur testowych i nie mogły mieć wpływu na decyzję o złożeniu ani na treść składanych ofert. Pismem z 26 sierpnia 2011 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o dacie i miejscu przeprowadzenia testów wraz z harmonogramem ich przeprowadzania, które miały charakter czysto informacyjny i proceduralny, zawierały dane na temat terminów przeprowadzenia testów, a także osób obecnych przy ich przeprowadzaniu, w pozostałym zakresie Zamawiający odniósł się do załącznika nr 9 do specyfikacji. Pismem z 2 września 2011 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu „Procedurę testową”, która również w sposób bezpośredni odnosiła się do zapisów załącznika nr 9. Wskazano w niej wyłącznie informacje proceduralne, takie jak np. ilość osób ze strony wykonawcy, które mogą wziąć udział w testach, czas trwania testów, udział obserwatorów oraz przebieg testów.

5 września 2011 r. Zamawiający przekazał osobiście przedstawicielowi Odwołującego „Wykaz weryfikowanych funkcjonalności”, który stanowił dokładne odzwierciedlenie wymagań technicznych Zamawiającego określonych w opisie przedmiotu zamówienia oraz w załączniku nr

9 „Zasady przeprowadzania testów funkcjonalności”. Przekazane informacje w żaden sposób nie zmieniły ani nie rozszerzyły dotychczasowej wiedzy wykonawców na temat wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia. W konsekwencji brak jest jakichkolwiek podstaw, by twierdzić, iż ich niezamieszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji stanowiło naruszenie przepisów. Zamawiający nie wskazał po upływie terminu składania ofert żadnych dodatkowych wymagań dotyczących spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego ani żadnych innych, które mogłyby mieć wpływ na treść złożonej oferty. Wszystkie wymagane parametry były podczas testów weryfikowane pod kątem ich spełniania przez rozwiązania oferowane przez wykonawcę, a wymagania dotyczące funkcjonalności i parametrów technicznych zostały w sposób jednoznaczny zakreślone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tym samym brak podstaw, by twierdzić, iż Zamawiający przekazał po otwarciu ofert jakiegokolwiek informacje, które mogłyby mieć wpływ na treść złożonych ofert. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego przesłanie ww. pism po upływie terminu składania ofert nie mogło stanowić ani naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ani zasady jawności postępowania.

Argument dotyczący uprzywilejowania wykonawcy, którego rozwiązanie było testowane w pierwszej kolejności w stosunku do wykonawcy uczestniczącego w testach w drugiej kolejności jest nieprawidłowy, bowiem testy były prowadzone już po złożeniu ofert, a zatem w momencie, gdy wykonawcy zaoferowali i wycenili konkretne rozwiązania, które nie mogły zostać zmienione. Odwołujący uczestniczył w testach w pierwszej kolejności i, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie odczuł, aby wykonawca testowany w drugiej kolejności był w stosunku do niego w jakikolwiek sposób uprzywilejowany, gdyż sam wykazał podczas testów, że rozwiązanie oferowane przez niego spełnia w 100% wymagania określone przez Zamawiającego, natomiast rozwiązanie konkurencyjne, testowane w drugiej kolejności, nie spełniło tych wymagań.

Powołana przez Zamawiającego jako dodatkowa, okoliczność, iż popełnione w postępowaniu uchybienia mogą skutkować nałożeniem na Zamawiającego korekty finansowej za naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przy wydatkowaniu środków z funduszy Unii Europejskiej, nie może mieć żadnego wpływu na ocenę przesłanek unieważnienia postępowania. Jak już bowiem wykazano unieważnienie postępowania może nastąpić wyłącznie w ściśle określonych w ustawie przypadkach, co ma zagwarantować zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców również w zakresie gwarancji cywilnoprawnych zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył ofertę najkorzystniejszą.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołania. Podczas rozprawy stwierdził, iż art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych powiązany jest nie tylko z art. 146 ust. 1, jak podnosili Odwołujący, ale również z ust. 5 i 6. Zawarcie zasad prowadzenia testów



w specyfikacji istotnych warunków zamówienia uważał za wystarczające, jednak po konsultacjach w Urzędzie Marszałkowskim i Urzędzie Kontroli Skarbowej stwierdził, że podnoszone wątpliwości dotyczące wad postępowania są uzasadnione i mogą skutkować cofnięciem dotacji albo karą finansową. W załączniku nr 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał tylko, co będzie testowane, natomiast w przekazanym wykonawcom przed rozpoczęciem testów „Wykazie weryfikowanych funkcjonalności” wskazał nie tylko co, ale i w jaki sposób należy wykonać.

Wyjaśnił, iż dla części 2. i 3. testy zostały przeprowadzone, natomiast dla części 1. – nie, gdyż decydując się na unieważnienie postępowania, zrezygnował z przeprowadzenia tych testów, aby nie narażać wykonawców na koszty ich przeprowadzenia. Stwierdził, iż, jego zdaniem, poprzez przekazanie „Wykazu weryfikowanych funkcjonalności” nastąpiło rozszerzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia niedopuszczalne po otwarciu ofert. Jego zdaniem nie ma znaczenia fakt, że Comfortel Sp. z o.o. nie czuje się pokrzywdzony tym, że był testowany jako pierwszy. Zwraca również uwagę, iż z opisu testu w załączniku nr 9 nie wynikało, czy testy miał prowadzić wykonawca, czy Zamawiający. Mogło się okazać, że wykonawca nie wydeleguje do przeprowadzenia testów kompetentnych pracowników. Na pytanie przewodniczącej, czy były podczas testów wątpliwości, kto ma je prowadzić lub czy któryś z wykonawców takich pracowników nie delegował, odpowiada przecząco.

Stwierdza również, iż istnieje pewna wątpliwość dotycząca uzupełniania dokumentów, ponieważ wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, iż do testów zostanie dopuszczony wykonawca, który nie podlega wykluczeniu, natomiast w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NextiraOne Polska Sp. z o.o. i Zeto Rzeszów Sp. z o.o. zaistniała wątpliwość co do poprawności wykazu dostaw, natomiast, biorąc pod uwagę brzmienie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dokumenty uzupełnia się, jeśli oferta nie podlega odrzuceniu, a przed przeprowadzeniem testów Zamawiający nie wie, czy oferta będzie podlegała odrzuceniu.

Na pytanie przewodniczącej, jaka jest podstawa prawna stwierdzenia, iż informacja o testach musi znaleźć się w ogłoszeniu, wskazał na art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych. Stwierdził również, iż w odpowiedzi na pismo wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NextiraOne Polska Sp. z o.o. i Zeto Rzeszów Sp. z o.o. zmienił treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze względu na uszczegółowienie informacji tam zawartych.

Przystępujący poparł argumentację Zamawiającego dodając, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie był wskazany – ani w załączniku nr 9, ani w opisie przedmiotu zamówienia – rezultat określony w punkcie 7. „Wykazu weryfikowanych funkcjonalności”, tj.

zdalne powiadamianie o zdarzeniach w funkcjonowaniu rejestratora, w specyfikacji wskazano jedynie zdalne powiadamianie, Przystępujący przyjął więc, że będzie to powiadamianie poprzez mail lub telefoniczne, a nie pojawienie się komunikatu na ekranie monitora. Mógłby podczas testów zmienić sposób powiadamiania na wymagany, gdyby miał o tym wcześniejszą informację. Tak samo mógłby wprowadzić funkcjonalność wysyłania komunikatów z zasilacza, gdyby wynikała ona wprost z opisu przedmiotu zamówienia. Stwierdza również, iż podczas testów wynikało, iż switche Zamawiającego nie są skonfigurowane z jego sprzętem, której to konfiguracji dokonał pracownik Zamawiającego po jego testach, a przed testami Odwołującego. Te trzy powody były przyczyną, dla których jego sprzęt nie spełnił wymagań Zamawiającego i nie przeszedł testów, a były one usuwalne, gdyby miał o nich informację wcześniej.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: wszystkie odwołania zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący mają interes we wniesieniu odwołań w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła też, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest sporny.

Izba w całości przyznaje rację zarzutom i argumentacji Odwołujących oraz podziela dotychczasowe poglądy orzecznictwa dotyczące zarówno możliwości unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i podstaw takiego unieważnienia z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Polski system prawa przewiduje ochronę prawną zobowiązań, zarówno na gruncie kodeksu cywilnego, jak i ustawy Prawo zamówień publicznych, której wyrazem jest m.in. niemożność bezpodstawnego i autorytarnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jedynie po zaistnieniu podstaw enumeratywnie wskazanych przez ustawodawcę. Wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający *de facto* zobowiązuje się do zawarcia z wykonawcą, którego oferta, zgodnie z przewidzianą procedurą udzielania zamówień, będzie ofertą najkorzystniejszą, umowy, a wykonawcy przysługuje w stosunku do zamawiającego takie roszczenie wyrażające się m.in. możliwością żądania wydania przez sąd orzeczenia, o którym mowa w art. 64 kodeksu

cywilnego. Nie bez przyczyny ogłoszenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest często porównywane ze złożeniem przyrzeczenia publicznego, o którym mowa w art. 919 § 1 kodeksu cywilnego ze wskazaniem, że przyrzeczenia tego należy dotrzymać. Tym samym oczywiste jest, iż zamawiający nie może unieważnić postępowania wyłącznie z tego powodu, iż zmienił koncepcję prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba podziela stanowiska Odwołujących, że przyczyny wskazane w informacji o unieważnieniu postępowania i podczas rozprawy nie spełniają przesłanek zawartych w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych i to niezależnie, czy odniesienie do art. 146 dotyczy tylko ust. 1, czy też pozostałych.

Z żadnego z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, dyrektywy unijnej, orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej ani innych znanych Izbie miarodajnych poglądów nie wynika konieczność zamieszczania w ogłoszeniu o zamówieniu (o wszczęciu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego) informacji o testach, a tym bardziej opisu przebiegu czy wymagań co do testów oferowanego sprzętu. Nie wynika to także z art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, na który powołał się Zamawiający, ani tym bardziej z art. 41 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazanego w odwołaniach, jak również z druku – wzoru ogłoszenia. Z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wynika, że dla zachowania przejrzystości postępowania informacje dotyczące różnych aspektów postępowania należy podać „z góry” w dokumentacji przetargowej, lecz Trybunał nie przywiązuje szczególnej wagi do tego, w którym konkretnie dokumencie to będzie miało miejsce (por. np. sprawę C-470/99 „Universale Bau”). Tym bardziej, że oczywiste jest, iż ogłoszenie o zamówieniu jest tylko wstępną informacją o zamówieniu i nigdy nie będzie zawierało tylu informacji, co specyfikacja istotnych warunków zamówienia, która jest umieszczana na stronie internetowej zamawiającego już w dniu ukazania się ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE, właśnie po to, aby wykonawcy czerpali z niej informacje. Przy tym Izba, w odpowiedzi na argumentację Zamawiającego, nie znajduje żadnej logicznej okoliczności, w której to właśnie informacja o testach, zawarta w ogłoszeniu, miałaby zachęcić jakiegokolwiek wykonawcę do wzięcia udziału w postępowaniu, bardziej niż w przypadku ogłoszenia, w którym zamawiający nie przewidywałby takich testów.

Poza tym, nawet gdyby przewidziane testy oferowanego sprzętu przyrównać do próbki, o której mowa w § 5 rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, to należy zwrócić uwagę, że w ogłoszeniu o zamówieniu nie ma obowiązku zamieszczania listy dokumentów tzw. przedmiotowych. Co więcej jednak testy nie są *stricto* próbka, gdyż Zamawiający nie wymagał przedłożenia sprzętu do przeprowadzenia testu wraz z ofertą,

należałoby je raczej uznać za etap merytorycznego badania oferty pod kątem jej zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W odniesieniu do różnicy w informacjach zawartych w załączniku nr 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pismach wysłanych do wykonawców po złożeniu ofert oraz „Wykazie weryfikowanych funkcjonalności” Izba stwierdziła, że nie zachodzi między nimi różnica, która miałaby skutkować nieważnością postępowania. Pisma wysłane do wykonawców po złożeniu ofert nie zawierają żadnych istotnych informacji czy różnic w stosunku do załącznika nr 9 do specyfikacji; obejmują one też kwestie praktyczne, lecz nie mające żadnego znaczenia dla przebiegu testów czy oceny ofert, jak np. dotyczące sporządzania protokołu z testów.

Z kolei „Wykaz weryfikowanych funkcjonalności” przekazany wykonawcom bezpośrednio przed rozpoczęciem przez nich testów, to w rzeczywistości sporządzony w formie tabelarycznej spis poleceń do wykonania i ich oczekiwanych rezultatów (jak ma wyglądać rezultat poprawnie wykonanego zadania). Logiczne jest, że Zamawiający, prowadząc test, taki zestaw musiał opracować – i mógłby go równie dobrze przedstawić wykonawcom w trakcie testu jako ciąg ustnych poleceń do wykonania, co nie byłoby uznawane za zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W odniesieniu do tego, że wykonawca, który był testowany jako pierwszy, był w gorszej sytuacji – oprócz pewnej oczywistości takiego stwierdzenia, gdyż każdy pierwszy egzaminowany potencjalnie ma najtrudniej – nie stwierdzono, aby akurat kolejność miejsca miała konkretny wpływ na wynik testu (zresztą była ona znana już w dniu otwarcia ofert – zgodnie z załącznikiem nr 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, była odwrotna do kolejności składania ofert i wcześniej nie budziła sprzeciwów wykonawców). Z argumentacji Przystępującego można wnosić, że to nie tyle w kolejności, co w wymienionych przez niego podczas rozprawy poleceniach (ich oczekiwanych wynikach), jak również wadliwej konfiguracji sprzętu Zamawiającego, upatrywał on niezawinionego przez siebie negatywnego rezultatu testów. Ze względu na brak stosowanych zarzutów sam przebieg testów nie był przedmiotem rozprawy i Izba nie badała, czy, jeśli już chodzi o sam jego rzeczywisty przebieg, został on wykonany poprawnie. Istnieje w tym zakresie zrozumiąca, wynikająca z ich interesów, sprzeczność opinii między Przystępującym a Odwołującym. Natomiast jeśli rzeczywiście wynik negatywny testu spowodowany byłby wyłącznie okolicznościami leżącymi po stronie Zamawiającego np. wskazywaną nieprawidłową konfiguracją switchy, to nie jest to jeszcze podstawą do unieważnienia postępowania, gdyż test ten, analogicznie jak i inne poszczególne czynności w postępowaniu związane z oceną ofert, można powtórzyć, jeśli jest to celowe (gdyż Zamawiający stwierdził niewykonanie kilku poleceń, a dla negatywnego wyniku testu wystarczy jeden błędny rezultat, zatem wszystkie błędne wyniki musiałyby być „winą” Zamawiającego).

Jednak w tym miejscu Izba podkreśla, że możliwość ta może być wykorzystana z wyjątkowo dużą ostrożnością, aby nie służyła jako okazja do „poprawki” niezliczonego przez wykonawcę testu, tym bardziej, że, jak wynikało ze stanowisk przedstawionych podczas rozprawy, w trakcie testu Przystępujący nie zgłaszał zastrzeżeń co do jego przebiegu, nie złożył też w terminie odwołania, więc i ewentualne dowodzenie przez Zamawiającego takich przyczyn błędnych rezultatów będzie utrudnione.

Powyższe stwierdzenia odnoszą się zasadniczo do części 2., gdyż w części 3. pierwszy testowany był Odwołujący, który test przeszedł pomyślnie, pomimo że polecenia trzymał bezpośrednio przed jego rozpoczęciem. Natomiast co do części 1., dla której Zamawiający testów nie przeprowadził, jeśli Zamawiający powziął wątpliwości co do dotychczasowej praktyki, może on przesłać wykonawcom spis poleceń do wykonania wraz z informacją o wyznaczonej dacie testu. Zdaniem Izby nie będzie to nosiło znamienia nierównego traktowania wykonawców, gdyż dla każdej z części zostały złożone odrębne i odrębnie oceniane oferty, a przebieg testów w którejkolwiek z części nie ma wpływu na pozostałe.

Na marginesie Izba zwraca uwagę, że, w razie konieczności, w analogiczny sposób Zamawiający może unieważnić lub powtórzyć wszystkie swoje czynności dokonane po otwarciu ofert, „odwracalne”.

Co zaś do wskazanej przez Zamawiającego trudności dotyczącej uzupełniania dokumentów, nie zasługuje ona w ogóle na uwagę. Oczywiście jest, że jeśli na podstawie otrzymanej oferty Zamawiający nie stwierdził podstaw do jej odrzucenia, powinien brakujący, niekompletny lub błędny dokument uzupełnić. Natomiast gdyby jednak takiej czynności nie dokonał przed testem, a wykonawca przeszedłby taki test pozytywnie, uzupełnienie może nastąpić po teście, jeśli natomiast wynik testu byłby negatywny, Zamawiający może wykonawcy o uzupełnienie dokumentów nie wzywać. W tym wypadku kolejność czynności nie ma wpływu na ocenę oferty, kwalifikację wykonawcy czy wynik postępowania.

Tym samym Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał zaistnienia podstaw do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, tym samym jego decyzja o unieważnieniu postępowania dla części 1., 2., i 3. powinna zostać unieważniona, a postępowanie kontynuowane od momentu, w którym zostało przerwane.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołania uwzględniając.

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

**Przewodniczący:** .....