

Sygn. akt: KIO 43/13

WYROK

z dnia 23 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Rakowska**

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 stycznia 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2013 r. przez wykonawcę **B3System S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162A** w postępowaniu prowadzonym przez **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-337 Warszawa, ul. Mszczonowska 4,**

przy udziale wykonawcy **IT.expert Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 176** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 43/13 po stronie odwołującego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności dokonanej pismem z dnia 31 grudnia 2012 r., a dotyczącej poprawienia ofert dwóch wykonawców oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert.

2. kosztami postępowania obciąża **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-337 Warszawa, ul. Mszczonowska 4** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **B3System S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162A** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-337 Warszawa, ul. Mszczonowska 4** na rzecz wykonawcy **B3System S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162A** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na „Nabycie macierzy dyskowych na potrzeby Centrum Przetwarzania Danych.”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 września 2012 r., nr 2012/S 188-309764..

W dniu 31 grudnia 2012 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował B3System S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o tym, iż w celu porównania ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu oraz przyznania punktów w podkryterium „cena realizacji Opcji nr 1 –nr 8” na zasadach określonych w Rozdziale XVIII ust. 1 i 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”. Tym samym przyjął, iż wykonawca Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., zwany dalej wykonawcą „Fujitsu”, oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie opcji nr 1- 8 za cenę 0,01 zł brutto, oraz wykonawca Polcom Sp. z o.o., zwany dalej wykonawcą „Polcom”, oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie opcji nr 7- 8 za cenę 0,01 zł brutto.

Nadto podniósł, iż w świetle okoliczności, które wystąpiły w przedmiotowym postępowaniu, zamawiający chcąc zastosować wzory przyznawania punktów określone w Rozdziale XVIII SIWZ zostałby zmuszony do przyznania wszystkim wykonawcom, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu „0” punktów w podkryterium „cena realizacji Opcji odpowiednio nr 1 – nr 8”. Zamawiający chcąc zachować zasady uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców zgodnie z normą prawną zawartą w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, jak również móc dokonać sprawiedliwej oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu postanowił przyjąć cenę za realizację przedmiotu zamówienia w zakresie Opcji proponowaną przez wykonawców: Fujitsu oraz Polcom wartość „0,01 złotych brutto”. Założenie to przyjął wyłącznie w celu porównania ofert na podstawie kryteriów, które zostały określone w SIWZ.

W dniu 8 stycznia 2013 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 8 stycznia 2013 r.) wobec czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu, a polegającej na niezgodnej z prawem czynności z dnia 31.12.2012 r. (pismo znak: PZ.260.58.2012), której

skutkiem jest zmiana treści złożonych w postępowaniu ofert, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp na skutek zastosowania nieokreślonego w SIWZ sposobu oceny ofert, w ramach kryterium oceny, w sposób sprzeczny z określonym wzorem matematycznym,
- 2) art. 87 ust 1 ustawy Pzp poprzez zmianę treści oferty dwóch wykonawców w zakresie kryterium oceny „cena” za oferowane opcje,
- 3) art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp obligujący do unieważnienia postępowania, gdy obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jednocześnie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia dokonanej czynności poprawienia treści oferty wykonawców: Fujitsu oraz Polcom, a w jej konsekwencji ewentualnie, uwzględniając brak możliwości dokonania przez zamawiającego czynności oceny złożonych w postępowaniu ofert zgodnie z ustalonymi w treści SIWZ zasadami, dokonanie czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania, uwzględniając fakt obarczenia go nieusuwalną wadą.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż system badania i oceny złożonych ofert został oparty w tym postępowaniu o konkretny wzór matematyczny. Dlatego też zamawiający obowiązany jest dokonywać czynności w postępowaniu ściśle według tego wzoru - przewidzianej matematycznej formuły. Za niedopuszczalne należy więc uznać jakiegokolwiek próby dokonywania zmian tych kryteriów, ich znaczenia, jak i sposobów przyznawania/oceny punktowej w ramach kryteriów oceny na etapie po złożeniu ofert w postępowaniu. Argumentacja zamawiającego winna zostać przedstawiona na wcześniejszym etapie postępowania i skutkować stosowną korektą treści SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert. Zamawiający jako gospodarz postępowania ma prawo ukształtowania kryterium oceny ofert w sposób zgodny z jego preferencjami oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Na obecnym etapie postępowania nie ma możliwości poprawienia tej wadliwości postępowania, bowiem ani nie można zmodyfikować kryteriów oceny i SIWZ w tym zakresie ani też nie ma formalnych podstaw do odrzucenia ofert wykonawców, którzy zaoferowali opcje za wartości zerowe. W tej sytuacji jedynym rozwiązaniem jest wyłącznie unieważnienie tego postępowania jako obciążonego nieusuwalną wadą.

W dniu 8 stycznia 2013 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 11 stycznia 2013 r. (pismem z tej samej daty) wpłynęło do Izby przystąpienie wykonawcy IT.expert Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą IT”, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający – zgodnie z treścią SIWZ – wymagał od wykonawców podania w Formularzu „Oferta” ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia (pkt 3) oraz ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie OPCJI (pkt 4).

Nadto w rozdziale XVIII SIWZ „Informacje o kryteriach, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty” podał wzory, w oparciu o które zostanie obliczona liczba punktów.

Wykonawca Fujitsu zaoferował w złożonej ofercie wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie opcji nr 1 – nr 8 za cenę „0,00 zł brutto”, także wykonawca Polcom zaoferował w złożonej ofercie wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie opcji nr 7 – nr 8 za cenę „0,00 zł brutto”.

Pismem z dnia 31 grudnia 2012 r. zamawiający dokonał poprawienia ofert dwóch wykonawców w ten sposób, iż przyjął, że wykonawca Fujitsu oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie opcji nr 1- 8 za cenę „0,01 zł brutto”, a wykonawca Polcom oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie opcji nr 7- 8 również za cenę „0,01 zł brutto”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż zamawiający ustalając kryteria oceny ofert kieruje się przede wszystkim własnymi potrzebami, biorąc pod uwagę jedynie to, aby każdy wykonawca, który jest w stanie je zaspokoić był równo traktowany. Dlatego też kryteria ustalone przez zamawiającego powinny być jednoznaczne i precyzyjne, gdyż wybierając najkorzystniejszą ofertę może on posłużyć się wyłącznie kryteriami oceny ofert podanymi w SIWZ. Kryteria te są znane wykonawcom od momentu wszczęcia postępowania i nie powinny być zmieniane. Natomiast zamawiający dokonując oceny ofert jest obowiązany tych kryteriów przestrzegać.

W niniejszym stanie faktycznym zamawiający określił szczegółowo w SIWZ kryteria, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty. Kryteria te były jasne i przejrzyste. Ilość punktów uzyskanych przez ofertę obliczana miała być według podanego wzoru. To właśnie w oparciu o nie (kryteria określone w SIWZ) miał być dokonany wybór najkorzystniejszej oferty. W niniejszym stanie faktycznym dwóch wykonawców, a mianowicie wykonawca Fujitsu (opcje nr 1-8) i wykonawca Polcom (opcje nr 7-8), zaofერowało w ramach wymaganych opcji ceny w wysokości „0,00 zł brutto”. Powyższe spowodowało niemożność skutecznego obliczenia punktów przyznanych wykonawcom, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu. Zastosowanie przewidzianego wzoru, w tym konkretnym stanie faktycznym, skutkowałoby bowiem – co zgodnie podnosiły strony - zarówno mnożeniem przez zero, jak i wymagałoby dzielenia przez zero, a więc dokonania działania matematycznego niemożliwego do wykonania. Zamawiający nie przewidział bowiem w SIWZ, opisując kryteria oceny ofert i tworząc w tym celu wzory matematyczne, iż w ramach opcji wykonawca zaproponuje cenę w wysokości „0,00 zł brutto”. Tymczasem zamawiający, pismem z dnia 31 grudnia 2012 r., dokonał zmiany treści oferty wykonawcy Fujitsu (opcje nr 1-8) i wykonawcy Polcom (opcje nr 7-8), którzy dla wskazanych w ofercie opcji zaofერowali cenę w wysokości „0,00 zł brutto”, na cenę w wysokości „0,01 zł brutto”, uzasadniając to tym, iż „zmiana ta nie stanowi zmiany istotnej treści ofert tych wykonawców i jest jedynie założeniem służącym wyłącznie do dokonania matematycznej oceny ofert, zgodnie z przyjętym w SIWZ sposobem obliczenia wartości punktowej”, a więc i opisanych w SIWZ kryteriów. Okoliczność tę, a więc możliwość zaofერowania ceny w wysokości 0,00 zł brutto, zamawiający powinien był uwzględnić przygotowując to konkretne postępowanie. Tak powinien był ustalić kryteria oceny ofert, aby możliwym było porównanie ofert także wówczas, gdy wykonawca zaofერuje cenę 0,00 zł. A ponieważ tego nie uczynił to na obecnym etapie postępowania jest zobowiązany dokonać wyboru oferty w oparciu o wcześniej ustalone i zapisane w SIWZ kryteria, w tym konkretny wzór matematyczny. Tym samym dokonana przez zamawiającego zmiana treści ofert złożonych przez dwóch wykonawców (wykonawcę Fujitsu i wykonawcę Polcom) nie powinna mieć miejsca. Dotyczyła ona bowiem zaofერowanej przez nich ceny w ramach określonych opcji, a więc istotnego elementu treści złożonych ofert. Art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zawiera zakaz dokonywania jakiegokolwiek zmiany treści oferty, z zastrzeżeniem sytuacji wymienionych w ustępie 2 tego artykułu. W myśl tego przepisu (art. 87 ust. 2 ustawy Pzp) możliwa jest jedynie zmiana treści oferty będącej skutkiem poprawienia w jej tekście oczywistej omyłki pisarskiej, omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny lub innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, a żadna z tych okoliczności w niniejszym stanie faktycznym nie nastąpiła. Tym samym stwierdzić należy, iż zamawiający dokonując poprawienia cen zaofერowanych przez dwóch

wykonawców w ramach poszczególnych opcji dokonał istotnych zmian treści oferty, będących istotnymi elementami przyszłej umowy. W kontekście powyższego dokonana poprawa treści dwóch ofert, wbrew twierdzeniom zamawiającego, nie może być potraktowana jako czynność jedynie techniczna. Czynność ta – jak słusznie podnosili odwołujący i przystępujący - ma bowiem wpływ na wynik tego postępowania. Dlatego też Izba stwierdziła, iż zamawiający nie był uprawniony do dokonania czynności opisanej w piśmie z dnia 31 grudnia 2013 r., a więc poprawienia cen dotyczących opcji w ofertach dwóch wykonawców.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania, a także dokumenty złożone na rozprawie przez strony, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego i ograniczając je do wysokości 3.600,00 zł, stosownie do faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący: