

Sygn. akt KIO 2048/14

KIO 2058/14

KIO 2060/14

WYROK

z dnia 20 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2014 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 3 października 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Infomex Sp. z o.o. w Żywcu i WizjaNet Sp. z o.o. w Bielsku-Białej;
- B. w dniu 3 października 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Combidata Poland Sp. z o.o. w Gdyni i Asseco Poland S.A. w Rzeszowie;
- C. w dniu 3 października 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AMG.net. S.A. w Łodzi, XSystem S.A. w Łodzi oraz GroMar Sp. z o.o. w Łodzi

w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Łódzkie w Łodzi w imieniu gmin Bełchatów, Będków, Brojce, Budziszewice, Czarnocin, Czarnożyły, Dalików, Dobryszce, Drużbice, Gidle, Głowno, Goszczanów, Góra św. Małgorzaty, Inowódz, Kielczyglów, Kleszczów, Kowiesy, Kutno, Lututów, Ładzice, Łanięta, Łódź, Lubnice, Maków, Moszczenica, Nowe Ostrowy, Nowosolna, Piątek, Rokiciny, Rząśnia, Rzeczyca, Skomlin, Strzelce, Sulmierzyce, Tuszyn, Ujazd, Widawa, Wieluń, Zadzim, Żelechlinek oraz powiatów Bełchatowskiego, Pabianickiego, Rawskiego oraz Wieruszowskiego przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Combidata Poland Sp. z o.o. w Gdyni i Asseco Poland S.A. w Rzeszowie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. KIO 2048/14 po stronie zamawiającego oraz o sygn. KIO 2060/14 po stronie odwołującego

B. wykonawcy Qumak S.A. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 2048/14, 2058/14 i 2060/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołania;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Infomex Sp. z o.o. w Żywcu i WizjaNet Sp. z o.o. w Bielsku-Białej, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Combidata Poland Sp. z o.o. w Gdyni i Asseco Poland S.A. w Rzeszowie i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AMG.net. S.A. w Łodzi, XSystem S.A. w Łodzi oraz GroMar Sp. z o.o. w Łodzi.
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 45 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Infomex Sp. z o.o. w Żywcu i WizjaNet Sp. z o.o. w Bielsku-Białej, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Combidata Poland Sp. z o.o. w Gdyni i Asseco Poland S.A. w Rzeszowie i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AMG.net. S.A. w Łodzi, XSystem S.A. w Łodzi oraz GroMar Sp. z o.o. w Łodzi tytułem wpisów od odwołań, w tym:
 - A. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaści tysięcy złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Infomex Sp. z o.o. w Żywcu i WizjaNet Sp. z o.o. w Bielsku-Białej;
 - B. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaści tysięcy złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Combidata Poland Sp. z o.o. w Gdyni i Asseco Poland S.A. w Rzeszowie;
 - C. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaści tysięcy złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AMG.net. S.A. w Łodzi, XSystem S.A. w Łodzi oraz GroMar Sp. z o.o. w Łodzi.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Łodzi.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2048/14

2058/14

2060/14

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Łódzkie działające w imieniu gmin Bełchatów, Będków, Brojce, Budziszewice, Czarnocin, Czarnożyły, Dalików, Dobryszycy, Drużbice, Gidle, Głowno, Goszczanów, Góra św. Małgorzaty, Inowódz, Kiełczygłów, Kleszczów, Kowiesy, Kutno, Lututów, Ładzice, Łanięta, Łódź, Łubnice, Maków, Moszczenica, Nowe Ostrowy, Nowosolna, Piątek, Rokiciny, Rzaśnia, Rzeczyca, Skomlin, Strzelce, Sulmierzyce, Tuszyn, Ujazd, Widawa, Wieluń, Zadzim, Żelechlinek oraz powiatów Bełchatowskiego, Pabianickiego, Rawskiego oraz Wieruszowskiego - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa i wdrożenie Zintegrowanego Systemu Edukacyjne Wrota Regionu Łódzkiego w ramach projektu 'Edukacyjne Wrota Regionu Łódzkiego' (EWRŁ). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE 7 lutego 2014r., pod numerem 2014/S 027-042693. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

23 września 2014 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem poczty elektronicznej informację o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, w związku z czym 3 października 2014 r. odwołania wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Infomex Sp. z o.o. w Żywcu i WizjaNet Sp. z o.o. w Bielsku-Białej (dalej: „Konsorcjum Infomex”), wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Combidata Poland Sp. z o.o. w Gdyni i Asseco Poland S.A. w Rzeszowie (dalej: „Konsorcjum Combidata”) oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia AMG.net. S.A. w Łodzi, XSystem S.A. w Łodzi oraz GroMar Sp. z o.o. w Łodzi (dalej: „Konsorcjum AMG.net”). Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołanie wniesione przez Konsorcjum Informex (KIO 2048/14):

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp przez błędne przyjęcie, że zamawiający jest uprawniony do unieważnienia postępowania, pomimo iż nie wystąpił w postępowaniu nieusuwalny błąd, skutkujący niemożnością zawarcia ważnej umowy;

2. art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. kodeks cywilny (dalej: „k.c.”) w związku z art. 65 § 1 k.c. przez błędne przyjęcie, że przy badaniu i ocenie ofert zamawiający nie ma obowiązku dokonywania wykładni specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”) w tym również „ustępu dot. dodatkowej punktacji, w sposób logiczny oraz z uwzględnieniem arytmetyki i zasad współżycia społecznego, tzn. poprzez przyjęcie, że sformułowanie „pow. 40,00%” obejmuje swą treścią również wartość „40,00%”;

3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do dochowania należytej staranności przy badaniu ofert;

4. art. 91 ust. 1 Pzp przez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do wyboru oferty odwołującego, pomimo że zgodnie z opublikowanymi w siwz kryteriami oceny ofert jest ona ofertą najkorzystniejszą;

5. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez dopuszczenie się w postępowaniu zaniechań i czynności podważających zaufanie wykonawców co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
2. dokonaniu wykładni treści siwz zgodnie z zasadami logiki oraz z uwzględnieniem arytmetyki i zasad współżycia społecznego, tzn. przez przyjęcie, że sformułowanie „pow. 40,00%” obejmuje swą treścią również wartość „40,00%”;
3. dokonanie ponownego badania i oceny ofert;
4. dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
5. zaprzestanie dalszego naruszania zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty odwołującego i jego wykluczenia oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Wykonawcy QUMAK S.A. w Warszawie oraz Konsorcjum Combidata przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

Odwołanie wniesione przez Konsorcjum Combidata (sygn. akt KIO 2058/14):

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

2. art. 91 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty Konsorcjum Combidata jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż oferta Konsorcjum Combidata jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz;

3. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy przez uznanie, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo że wada taka nie zachodzi;

4. art. 91 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 7 ustawy przez przyznanie ofercie odwołującego nieprawidłowej ilości punktów w podkryterium „Próbkowanie części systemu” z naruszeniem kryteriów oceny ofert określonych w siwz, tj. przyznanie zbyt małej ilości punktów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- unieważnienia czynności oceny ofert;
- przyznania ofercie odwołującego większej ilości punktów w podkryterium „Próbkowanie części systemu” zgodnie z uzasadnieniem odwołania;
- dokonania ponownej oceny ofert, uwzględniającej kryteria oceny ofert oraz zasady oceny ofert zgodne z siwz;
- prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz.

Szczegółowe zarzuty dotyczące przyznania ofercie odwołującego zbyt małej liczby punktów w podkryterium „Próbkowanie części systemu” oraz ich uzasadnienie odwołujący wyodrębnił w załączniku do odwołania stanowiącym tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego.

Wykonawca QUMAK S.A. w Warszawie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołanie wniesione przez Konsorcjum AMG.net (sygn. akt KIO 2060/14):

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 7 i art. 36 ust.1 pkt 13 ustawy przez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na unieważnieniu postępowania pomimo braku ustawowych przesłanek do takiej czynności;

2. art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy przez błędną wykładnię i zaniechanie zastosowania poprzez niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy przyjęte w SIWZ kryteria oceny ofert oraz sposób dokonywania tej oceny umożliwiały dokonanie tej czynności.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 2) dokonania oceny ofert z uwzględnieniem, że oferta złożona przez występujących wspólnie wykonawców Infomex Sp. z o.o. i WizjaNet Sp. z o.o. w podkryterium „Liczba zaoferowanych materiałów multimedialnych” powinna otrzymać 10 punktów.

Wykonawca QUMAK S.A. w Warszawie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, natomiast Konsorcjum Combidata przystąpiło po stronie odwołującego. Przystępujący zachowali termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wnieśli odpowiednio o oddalenie i uwzględnienie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

W pkt 14 siwz zamawiający ustalił dwa kryteria oceny ofert: cena (55%) i wartość merytoryczna (45%). Drugie z nich zostało podzielone na dwa podkryteria: a) liczba zaoferowanych materiałów multimedialnych (15 pkt), b) próbkowanie części systemu (30 pkt). Sposób przyznawania punktów za materiały multimedialne zamawiający opisał w pkt 14.1. siwz

Liczba punktów	Liczba materiałów audio powyżej wymogów minimalnych	Liczba materiałów video powyżej wymogów minimalnych
2,5	od 10,00% do 24,99%	od 10,00% do 24,99%
5	od 25,00% do 39,99 %	od 25,00% do 39,99 %
7,5	pow. 40,00%	pow. 40,00%

W postępowaniu złożono pięć ofert. Czterech wykonawców zaoferowało 85 lub więcej materiałów audio i 141 lub więcej materiałów video - powyżej 40% wymogów minimalnych. Konsorcjum Infomex Sp. z o.o. i WizjaNet Sp. z o.o. wskazało w ofercie odpowiednio 84 i 140 materiałów, 40% powyżej warunku granicznego.

27 czerwca 2014 r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, ale czynność ta została unieważniona w wyniku wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 28 lipca 2014 r. (sygn. akt KIO 1388/14,1397/14,1398/14,1403/14).

Pismem z 23 września 2014 r. zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ustawy. Podniósł, że doszło do naruszenia art. 7 i art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy z powodu nieokreślenia sposobu oceny ofert, które

zawierały materiały audio i video w liczbie większej o 40% niż minimalna ilość wymagana przez zamawiającego, co spowodowało brak możliwości oceny oferty Konsorcjum Infomex. Zamawiający stwierdził, że: „Brak takiego postanowienia w treści dokumentacji przetargowej stanowi naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych, które ma wpływ na wynik postępowania.” i przedstawił symulacje dwóch scenariuszy.

Pierwszy z nich przewiduje przyznanie Konsorcjum Infomex 10 punktów w podkryterium „Liczba zaoferowanych materiałów multimedialnych”, co powoduje, że najkorzystniejsza jest oferta Konsorcjum AMG.net. Wg drugiego scenariusza Konsorcjum Infomex otrzymuje 15 pkt i jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą.

Zamawiający ocenił, że nie można przyznać Konsorcjum Infomex ani 10, ani 15 pkt, gdyż taka sytuacja nie została przewidziana w kryteriach oceny ofert określonych w siwz, a skoro w zależności od liczby przyznanych punktów zmienia się pozycja tej oferty w liście rankingowej, sytuacja ta niewątpliwie ma wpływ na wynik postępowania.”

Prezentowanych ustaleń Izba dokonała na podstawie wymienionych pism i dokumentów. Siwz znajduje się w aktach sprawy sygn. akt KIO 1388/14,1397/14,1398/14,1403/14 i została z urzędu zaliczona w poczet materiału dowodowego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie uwzględniła wniosku Konsorcjum Infomex o niedopuszczenie do udziału w postępowaniu odwoławczym Konsorcjum Combidata. Odwołujący twierdził, że nie otrzymał zgłoszenia przystąpienia. Tymczasem do zgłoszenia przystąpienia przekazanego Prezesowi Izby dołączono dowód przekazania przystąpienia na numer faxu wskazany w danych adresowych podmiotu, który wniósł odwołanie.

Izba oddaliła opozycję Konsorcjum AMG.net wobec przystąpienia po stronie zamawiającego QUMAK S.A. Odwołujący pominął, że interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której wykonawca przystąpił, wskazany w art. 185 ust. 2 - 4 Pzp, jest innym, szerszym pojęciem, niż interes w uzyskaniu danego zamówienia, będący konieczną przesłanką dopuszczalności wniesienia odwołania wynikającą z art. 179 ust. 1 Pzp. Interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zostało zgłoszone przystąpienie, nie musi być związany z uzyskaniem zamówienia w danym postępowaniu przez przystępującego. Przepisy art. 185 ust. 2 - 4 Pzp posługują się kategorią interesu, który może mieć postać tak interesu prawnego, jak i faktycznego, co zbliża przesłanki uczestnictwa w procedurze odwoławczej do postępowania nieprocesowego uregulowanego w przepisach kodeksu postępowania cywilnego (postanowienie KIO z 26 lipca 2011 r., sygn. akt 1509/11, Zamówienia publiczne w orzecznictwie. M. Stręciwilk red. Zeszyt 11, teza 265). Niewątpliwie

QUMAK S.A. ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia korzystnego dla zamawiającego – oddalenia odwołań wobec czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący są uprawnieni do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Potwierdzenie zarzutów odwołania wraz z prezentowanym kierunkiem wykładni postanowienia pkt 14.1 siwz da każdemu z odwołujących możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołania okazały się bezzasadne.

Kluczowym zarzutem, wspólnym dla wszystkich odwołujących jest naruszenie przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli postępowanie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący podnosili, że możliwość unieważnienia postępowania na podstawie przywołanego przepisu ma miejsce wyłącznie wtedy, gdy wadą dotknięta jest czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, bo wówczas naruszenie przepisów prawa przez zamawiającego ma wpływ na wynik postępowania. Twierdzili, że brak możliwości oceny oferty złożonej przez Konsorcjum Infomex nie stanowi nieusuwalnej wady postępowania, gdyż wada ta podlega konwalidacji w drodze wykładni siwz, przy czym różnili się co do tego, który kierunek wykładni jest prawidłowy. Konsorcjum Informex wskazywało, że sformułowanie „pow.40%” powinno być interpretowane w ten sposób, że obejmuje 40%, natomiast Konsorcjum Combidata i Konsorcjum AMG.net twierdziły przeciwnie.

Izba nie podziela argumentacji żadnego z odwołujących.

Niewątpliwie jest, że w postępowaniu zaistniała wada w postaci nieuregulowania w siwz możliwości przyznania punktów ofercie z materiałami multimedialnymi w ilości 40% powyżej wartości minimalnych. Odwołujący oceniając znaczenie uchybienia zamawiającego błędnie koncentrują swoją uwagę wyłącznie na czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, podczas gdy wybór ten jest wynikiem czynności, których zamawiający dokonuje w postępowaniu wcześniej. Wybór najkorzystniejszej oferty jest przecież rezultatem czynności badania i oceny ofert, ta z kolei następuje na podstawie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W okolicznościach sporu wadą postępowania stanowiącą bezpośrednią przyczynę jego unieważnienia jest postanowienie pkt 14.1. siwz uniemożliwiające ocenę oferty, w której wykonawca wskazał materiały multimedialnych w liczbie 40% powyżej wartości minimalnych. Mimo że nie wynika to wprost z żadnego przepisu ustawy odnoszącego się bezpośrednio do kryteriów oceny ofert, w świetle zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji nie może

być wątpliwości, że postanowienia siwz dotyczące oceny ofert powinny być sformułowane w sposób szczególnie staranny, wyczerpujący i jednoznaczny, gdyż mają fundamentalne znaczenie dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia i zachowania zasad prowadzenia postępowania.

Kryteria oceny ofert zgodne z ustawą powinny umożliwiać ocenę każdej z ofert, która nie podlega odrzuceniu. Zamawiający nie wywiązał się z obowiązku podania kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty oraz znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert (art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp), jeśli taka oferta nie będzie mogła zostać oceniona na podstawie reguł zapisanych w siwz.

Prezentowane poglądy uzyskują szczególne znaczenie w sytuacji, gdy zamawiający chce wybrać ofertę prezentującą najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (tzw. kryteriów pozacenowych). Uzupełnienie sposobu oceny ofert w drodze wykładni zmierzającej do uzupełnienia luki w treści siwz na etapie oceny ofert pozostaje w oczywistej sprzeczności z zasadą jawności postępowania, która nie wyraża się jedynie w dostępie do dokumentacji postępowania, ale oznacza transparentność działań zamawiającego oraz zasadami pisemności oraz równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Wada, którą obarczone jest badane postępowanie o udzielenie zamówienia, uniemożliwiająca dokonanie oceny oferty Konsorcjum Infomex ma charakter nieusuwalny.

Luka w treści pkt 14.1 siwz polegająca na braku przypisania liczby punktów ofercie z liczbą materiałów multimedialnych o 40% większej od ilości minimalnych nie podlega konwalidacji ani na gruncie przepisów ustawy, ani przy zastosowaniu dyrektyw wynikających z art. 65 § 1 k.c.

Na gruncie przepisów ustawy, niezależnie od przyczyn wskazanych już wcześniej, przeszkodą do zmiany treści siwz jest zasada pisemności postępowania oraz art. 38 ust. 4 i 4a Pzp. Siwz będąca pisemnym oświadczeniem zamawiającego może być zmieniona wyłącznie przed upływem terminu składania ofert.

Odnosząc się do argumentacji Konsorcjum Infomex co do uwzględnienia kontekstu sytuacyjnego zgodnie z art. 65 § 1 k.c., Izba zważyła, że dyrektywy wynikające z powołanego przepisu znajdują zastosowanie przede wszystkim do oświadczeń składanych przez wykonawcę - przykładowo przy wykładni treści pełnomocnictwa lub oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. W odniesieniu do oświadczeń zamawiającego co do zasady przyjmowany jest większy rygorizm interpretacyjny, co wynika nie tylko z formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia, ale przede wszystkim z zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Postulat stwarzania na każdym etapie postępowania

takich samych warunków wszystkim konkurującym wykonawcom nakazuje ocenę oświadczeń zamawiającego na podstawie ich obiektywnego znaczenia.

Dostrzec należy ponadto, że stosunek przetargowy nawiązujący się w postępowaniu o udzielenie zamówienia między zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia ma charakter wielostronny, zatem w odniesieniu do oświadczeń zamawiającego kierowanego do wielu wykonawców, zastosowanie dyrektyw wykładni wynikających z art. 65 § 1 k.c. jest ograniczone. W orzecznictwie Izby jest wyrażany pogląd, zgodnie z którym wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia można traktować w kategoriach swego rodzaju przyrzeczenia publicznego (przykładowo: wyrok z 26 kwietnia 2010 r., sygn. akt 589/10). Zgodnie z art. 919 § 1 k.c. przyrzeczenie publiczne jest oświadczeniem skierowanym do nieograniczonej liczby adresatów. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażanym w doktrynie, wykładnia takich oświadczeń może polegać wyłącznie na ustaleniu ich znaczenia przyjętego powszechnie (P. Machnikowski w Kodeks cywilny. Komentarz. red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2013, str. 166).

Siwz w zależności od trybu postępowania zawiera oświadczenie woli zamawiającego kierowane albo do nieoznaczonej liczby, albo do wielu potencjalnych wykonawców. W takim przypadku sens oświadczenia, na który powołał się odbiorca, może uzyskać znaczenie prawne jedynie w sytuacji, gdy każdy uczestnik obrotu znajdujący się w tych okolicznościach zewnętrznych i dysponujący tą samą wiedzą (o oświadczeniu i jego kontekście) przyjąłby taki sam sens tego oświadczenia (wyrok SN z 19 września 2007 r., II CSK 189/07, Legalis, P. Machnikowski w Kodeks cywilny. Komentarz. red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2013, str. 165).

Uzasadnia to uznanie zarzutów naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp za całkowicie chybione, skoro odwołujący różnią się między sobą co do tego, jak należy na gruncie opisanych kryteriów oceny ofert potraktować sytuację zaoferowania materiałów multimedialnych w liczbie 40% większej niż ustalone minimum, a poglądy prezentowane na rozprawie mają takie same oparcie w treści siwz.

Wprawdzie pkt 14.1. w dwóch pierwszych przedziałach nakazuje uwzględnić dla ustalenia liczby punktów procentowy próg minimalny liczby materiałów multimedialnych, z drugiej jednak strony wyraźnie promuje większą liczbę tych materiałów. Nie wiadomo zatem, czy błąd zamawiającego polegał na pominięciu w trzecim przedziale ilości 40%, czy na nieuwzględnieniu owych 40% w drugim przedziale punktowym.

Zamawiający unieważniając postępowanie nie naruszył art. 7 ust. 1 Pzp, natomiast zasady wynikające z tego przepisu nie zostałyby zachowane w sytuacji uzupełnienia luki w treści

siwz w drodze wykładni. Przyznanie racji Konsorcjum Infomex nastąpiłoby z uszczerbkiem dla możliwości uzyskania zamówienia przez Konsorcjum AMG.net oraz Konsorcjum Combidata. Z kolei danie racji tym wykonawcom godziłoby w prawa Konsorcjum Infomex.

Izba nie uwzględniła również stanowiska Konsorcjum AMG.net opartego na tezach wynikających z opinii Państwowej Akademii Nauk oraz analizy dokonanej przez Politechnikę Łódzką. Ich sens sprowadzał się do konieczności zastosowania powszechnie przyjętych reguł zaokrąglania do wykładni postanowienia pkt 14.1 siwz. Izba uznała, że dokumenty prywatne pochodzące od specjalistów w dziedzinie nauk ścisłych mogą mieć ograniczone zastosowanie w procesie wykładni oświadczeń woli, które - nawet jeśli odwołują się do działań arytmetycznych - dokonywane są z użyciem metod i narzędzi charakterystycznych dla nauki prawa.

Naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy polegające na wadliwym sformułowaniu postanowień siwz mają wpływ na wynik postępowania.

W orzecznictwie Krajowej izby Odwoławczej ugruntował się pogląd, że przesłanki unieważnienia postępowania wskazane w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp podlegają ocenie nie tylko z uwzględnieniem art. 146 ust. 1 Pzp adresowanego do Izby, ale również w świetle art. 146 ust. 6 Pzp, dającego Prezesowi UZP możliwość wystąpienia do sądu o unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wszyscy odwołujący wskazywali wprawdzie na art. 146 ust. 6 Pzp, uszło jednak ich uwadze, że przepis ten wskazuje jako podstawę unieważnienia umowy nie tylko takie naruszenie ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania, ale również naruszenia, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Zgodnie z art. 146 ust. 6 Pzp podstawę do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowią nie tylko naruszenia ustawy mające bezpośredni wpływ na wynik postępowania, ale również takie, które mogą potencjalnie zmienić wynik postępowania. Jako wynik postępowania należy rozumieć wybór najkorzystniejszej oferty (wyrok SO w Warszawie z 4 marca 2013 r., sygn. akt V Ca 3270/12 - www.uzp.gov.pl.)

Izba zważyła, że brak możliwości oceny oferty Konsorcjum Infomex wywiera wpływ na wynik postępowania. Wpływ ten może mieć znaczenie bezpośrednie – w przypadku uznania tej oferty za najkorzystniejszą, albo pośredni - w przypadku, gdy oferta Konsorcjum zostałaby oceniona jako kolejna po ofercie wybranej. W drugim przypadku wykonawca może wnosić środki ochrony prawnej wobec wyboru najkorzystniejszej oferty i w przypadku ich skuteczności uzyskać zamówienie. Dlatego ustalenie miejsca oferty w rankingu ofert jest doniosłe prawnie, gdyż stanowi źródło wiedzy istotnej dla możliwości uzyskania zamówienia.

Przede wszystkim Konsorcjum Infomex uzyskałoby informację, czy w celu uzyskania zamówienia powinno kwestionować wyłącznie wybór najkorzystniejszej oferty, również podnosić zarzuty wobec wykonawcy sklasyfikowanego na drugiej pozycji. Jest to istotne również dla zamawiającego i pozostałych wykonawców.

Nie można pomijać również, że wykonawca, który złożył ofertę ocenioną jako druga w kolejności ma również potencjalną możliwość uzyskania zamówienia wynikającą z art. 94 ust. 3 Pzp.

Reasumując, brak możliwości oceny oferty złożonej w postępowaniu przez Konsorcjum Infomex pozostaje w związku z wynikiem postępowania. Izba nie podzieliła argumentacji Konsorcjum AMG.net i Konsorcjum Combidata i uznała, że zamawiający prawidłowo unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Podniesiony przez Konsorcjum Combidata zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 7 ustawy przez przyznanie ofercie odwołującego nieprawidłowej, zbyt małej ilości punktów w podkryterium „Próbkowanie części systemu” zasługuje na uwzględnienie w części.

Formułując uzasadnienie Izba stanęła przed dylematem wynikającym z zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa merytorycznej treści odwołania, kluczowych dla rozstrzygnięcia zarzutów dokumentów oraz wyłączenia jawności rozprawy w tej części. Izba uznała, że uzasadnienie powinno być takie same dla wszystkich uczestników sporu, bez wydzielania części zastrzeżonej zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego. Skoro wyrok dotyczy praw wszystkich uczestników postępowania odwoławczego, to również uzasadnienie powinno być dla nich jednakowe (wyrok KIO z 13 października 2013 r., sygn. akt 1975/14 niepubl.). Z tego powodu wywody uzasadnienia w tej części mają charakter ogólny z poszanowaniem tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego.

Odwołujący wskazał pięć scenariuszy, za które otrzymał zbyt małą liczbę punktów, a jeden z zarzutów został uwzględniony przez zamawiającego. Oceniając pozostałe zarzuty Izba przyznała rację odwołującemu w zakresie pierwszego z nich, uznając że stanowisko zamawiającego nie znajduje oparcia w treści siwz. W zakresie drugiego spornego stanu faktycznego Izba uznała, że odwołujący nie udowodnił swego stanowiska, w szczególności nie zostały zaprzeczone twierdzenia zamawiającego dotyczące zarejestrowanego przebiegu prezentacji. Dwa ostatnie zarzuty odwołującego są całkowicie chybione już w świetle jasných postanowień siwz.

Potwierdzenie dwóch zarzutów odwołania nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia, mimo że odwołujący powinien otrzymać większą liczbę punktów. Naruszenie popełnione przez zamawiającego nie ma wpływu na wynik postępowania, gdyż postępowanie zostało unieważnione przez zamawiającego zgodnie z prawem. Ponadto zmiana liczby punktów w

podkryterium „Próbkowanie sytemu” nie zmieniłoby pozycji oferty odwołującego w ramach ewentualnej oceny ofert.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 2 i 3 Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji, wydając orzeczenie łączne na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący: