

WYROK
z dnia 9 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak

Andrzej Niwicki

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 września 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Narodowy Bank Polski, ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa** protestu z dnia 13 lipca 2009 r.

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Narodowy Bank Polski, ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **8 062 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Narodowy Bank Polski, ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa** na rzecz **ComArch S.A. Al. Jana Pawła II 39a, 31-**

864 Kraków stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków.**

Uzasadnienie

I. W dniu 31.10.2008 r. Narodowy Bank Polski (zwany dalej Zamawiającym), ogłosił postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. "Świadczenie usług wsparcia technicznego dla oprogramowania Microsoft w formie trzyletniej umowy serwisowej".

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie Prawa zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 15 stycznia 2009 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o odrzuceniu wszystkich ofert, i w konsekwencji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych.

W dniu 26 stycznia 2009 r. Comarch S.A. (dalej: Odwołujący) wniósł protest na w/w czynności Zamawiającego. Pismem z dnia 4 lutego 2009 r. Zamawiający protest złożony przez Comarch S.A. oddalił.

W dniu 13 lutego 2009 r. Comarch S.A. wniósł odwołanie do Prezesa UZP od oddalenia przez Zamawiającego w/w protestu.

W wyniku wniesionego odwołania w dniu 27 lutego 2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok (Sygn. akt KIO/UZP 162/09), w którym orzekła, iż "uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego".

Wobec okoliczności, że Zamawiający powstrzymał się z wykonaniem wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, Comarch S.A. w dniu 10 kwietnia 2009 r. wniósł kolejny protest – tym razem na zaniechania Zamawiającego.

W dniu 20 kwietnia 2009 r. Zamawiający protest rozstrzygnął, poprzez jego oddalenie w całości. Jednocześnie Zamawiający w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu poinformował Odwołującego, iż unieważnił czynność unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, unieważnił czynność wykluczenia

Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, dokonał ponownego badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego, oraz dokonał unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

W tym samym dniu, tj. 20 kwietnia 2009 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu zawiadomienie o powtórным unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 Prawa zamówień publicznych, wskazując, iż po pierwsze, wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć oraz po drugie - postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z tą czynnością Zamawiającego w dniu 30 kwietnia 2009 r. Odwołujący wniósł kolejny protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 11 maja 2009 r. przez jego oddalenie. Odwołujący nie mogąc zgodzić się z argumentacją Zamawiającego zawartą w rozstrzygnięciu protestu, w dniu 21 maja 2009 r. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W dniu 8 czerwca 2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok (sygn. akt KIO/UZP 670/09), w którym uwzględniła odwołanie Odwołującego w całości i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty Odwołującego.

W dniu 1 lipca 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż dokonał unieważnienia czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Jednak w dniu 3 lipca 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o kolejnym, już trzecim unieważnieniu postępowania, tym razem jako podstawę wskazując art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający wskazał, iż w SIWZ znalazły się wadliwe postanowienia odnoszące się do sposobu wniesienia wadium oraz wadliwie skonstruowano kryteria oceny ofert.

W związku z powyższą czynnością Zamawiającego w dniu 13 lipca 2009 r. Odwołujący wniósł protest dotyczący czynności Zamawiającego polegających na: dokonaniu czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych w sytuacji, w której brak jest podstaw do unieważnienia postępowania oraz zaniechaniu dokonania wyboru oferty Comarch S.A., pomimo, iż jest to najkorzystniejsza oferta, jedyna oferta w przedmiotowym postępowaniu niepodlegająca odrzuceniu, zaś sam Comarch S.A. nie podlega wykluczeniu.

W dniu 23 lipca 2009 r. Zamawiający protest oddalił w całości.

W dniu 3.08.2008 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie (wpływ bezpośredni), rozpatrywane w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Izba oddaliła wniosek dowodowy Odwołującego – o uwzględnienie dwóch opinii ekspertów: jednej, w zakresie ustalenia, czy postępowanie prowadzone przez Zamawiającego podlega unieważnieniu, drugiej – dotyczącej interpretacji postanowień SIWZ. Opinie tego rodzaju (będące opiniami co do interpretacji przepisów prawa i postanowień SIWZ) nie mogą być w ocenie składu orzekającego „dowodami w sprawie”, niemniej jednak mogą być uznane za stanowisko Strony (Odwołującego), niezależnie od tego, że stanowią wypowiedź osoby trzeciej (skoro Odwołujący składa je do akt). Złożenie pisma z załączonymi opiniami przez Odwołującego na rozprawie nie mogło uzasadniać odroczenia rozprawy celem pisemnego ustosunkowania się przez Zamawiającego (zarządzono przerwę, celem zapoznania się przez pełnomocników Zamawiającego z treścią pisma), bowiem nie wskazano w nim żadnych nowych stwierdzeń ani okoliczności, które mogłyby mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia.

Niezależnie od powyższych spostrzeżeń proceduralnych, Izba zauważa, że przedmiot obu opinii dotyczył istoty rozstrzygnięcia, która należy do domeny Krajowej Izby Odwoławczej i Izba ma nie tylko prawo, ale i obowiązek dokonać w tym zakresie samodzielnych ustaleń.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania, jego oferta miałaby szansę zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Bezsporna była okoliczność, że Zamawiający w SIWZ określił sposób wniesienia wadium w sposób wadliwy (pomiął jedną z form wnoszenia wadium oraz jeden z powodów zatrzymania wadium), a jeden z wykonawców uczestniczących w postępowaniu (Konsorcjum Microsoft) został wykluczony z postępowania, ponieważ jego oferta nie była zabezpieczona zgodnie z przepisami wadium (gwarancja wadialna w ofercie Konsorcjum nie zawierała wszystkich przesłanek zatrzymania wadium, zgodnie z Prawem zamówień publicznych). W ocenie składu orzekającego ta okoliczność nie może powodować konieczności unieważnienia postępowania. Przepisy Prawa zamówień publicznych dotyczące wadium są przepisami bezwzględnie obowiązującymi, i zarówno wykonawcy, jak i zamawiający (a także podmioty uprawnione do wydawania gwarancji wadialnych) winni je stosować w zakresie, w jakim wynikają z ustawy, która jest nadrzędna wobec postanowień SIWZ. W przypadku sprzeczności postanowień SIWZ z przepisami Prawa zamówień publicznych pierwszeństwo zawsze mają przepisy ustawy (tak byłoby na przykład w sytuacji, gdyby zamawiający określił

formę wnoszenia protestów w sposób niezgodny z ustawą). W niniejszym postępowaniu, w SIWZ nie zawarto postanowień, które byłyby sprzeczne z Prawem zamówień publicznych, a jedynie nie uwzględniono wszystkich elementów wskazanych w ustawie. Zatem nieuprawnione jest nawet stwierdzenie, że „wadium zgodne z SIWZ byłoby sprzeczne z ustawą”, pomijając nawet wyrażoną już wyżej zasadę, że forma i sposób wniesienia wadium określa ustawa.

Reasumując zagadnienie wadliwości SIWZ w odniesieniu do sposobu wniesienia wadium, Izba stwierdziła, że rzeczywiście w postępowaniu wystąpiła wada, ale nie była to wada uzasadniająca unieważnienie postępowania. Na marginesie należy zauważyć, że gdyby uznać za wadę uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy niezgodność SIWZ z przepisami Prawa zamówień publicznych dotyczącymi wadium, to nieważna byłaby spora część umów, zawarta po przeprowadzeniu postępowań ogłoszonych po wejściu w życie nowelizacji Prawa zamówień publicznych w dniu 24.10.2008 r., która m.in. zmieniła przepisy dotyczące wadium – nie wszyscy Zamawiający dostosowali obowiązujący u siebie wzór SIWZ do nowych przepisów.

W zakresie zarzutu dotyczącego unieważnienia postępowania w związku z nieprawidłowym określeniem kryteriów oceny ofert, Izba ustaliła, co następuje:

1. W ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich nr 2008/S 212-282008 z dnia 31.10.2008 roku Zamawiający w pkt. IV.2.1) zatytułowanym „Kryteria udzielenia zamówienia” określił, za ofertę najkorzystniejszą uzna ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie, z uwzględnieniem kryteriów „cena brutto usług serwisowych” z wagą 80, oraz „cena brutto za dodatkowe usługi konsultacyjne” z wagą 20.
2. W SIWZ Zamawiający określił sposób oceny ofert w Rozdziale XII, gdzie w punkcie 1 powtórzył (w tabeli) sposób oceny ofert opisany w ogłoszeniu, w punkcie 2 określił wzór, za pomocą którego dokona oceny ofert, natomiast w punkcie 4 określił ocenę ofert w sposób opisowy, wskazując, że „oferty będą oceniane w odniesieniu do najkorzystniejszych warunków przedstawionych przez wykonawców w zakresie kryterium, a ofertą najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyskała najniższą wartość Ceny ważonej, zgodnie z przyjętym kryterium”.

W ocenie składu orzekającego powyższy sposób określenia kryteriów oceny ofert nie jest sprzeczny z przepisami Prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 2 pkt 5 Prawa zamówień publicznych najkorzystniejsza oferta to ta oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertę z najniższą ceną. Zamawiający do oceny ofert w tym postępowaniu wybrał kryterium ekonomiczne. Sposób oceny ofert przez Zamawiającego był jasny, jednoznaczny i niebudzący żadnych wątpliwości. Zamawiający na rozprawie wywodził, że z pkt. 4 Rozdziału XII SIWZ wynika inny sposób oceny ofert, niż

opisany w punkcie 2 (wskazywał na inny wzór, który może być sformułowany na podstawie postanowień punktu 4 – jeżeli rzeczywiście by tak było, istniałyby co najmniej dwa wzory obliczenia punktacji w postępowaniu, za pomocą których można by otrzymać inny wynik postępowania). Rzeczywiście sformułowaniu punktu 4 można zarzucić brak stylistycznej poprawności, jednak brzmienie tego postanowienia SIWZ, w kontekście pozostałych jej postanowień (oraz treści ogłoszenia), nie budzi żadnych wątpliwości, a z całą pewnością nie można wywodzić, że wynika z niego potencjalnie możliwy inny sposób oceny ofert, niż opisany za pomocą wzoru określonego w punkcie 2. Należy przyjąć, zgodnie z zasadami legislacji (zgodnie z tymi zasadami są - a przynajmniej powinny być - tworzone również postanowienia SIWZ), że kolejne punkty Rozdziału XII opisują (objaśniają i uszczegóławiają) zasadę oceny ofert opisaną w punkcie 1, a nie, że określają nowy (alternatywny) sposób oceny. Zresztą, wydaje się, że wywodzenie z punktu 4 możliwości innej oceny ofert jest sporą nadinterpretacją, a z kontekstu pozostałych, wcześniejszych postanowień SIWZ wynika, że punkt 4 Rozdziału XII opisuje szczegółowo ocenę ofert w zakresie „każdego z kryteriów”, a nie jednego kryterium.

Zamawiający ustalił w kryteriach oceny ofert wagę „80” dla ceny usług serwisowych (określonych przez Zamawiającego na rozprawie jako podstawowe), a wagę „20” – dla usług konsultacyjnych (określonych przez Zamawiającego na rozprawie jako opcjonalne). Wydaje się, że takie określenie kryteriów oceny ofert należy uznać za „bilans ceny i innych kryteriów”, o którym mówi Prawo zamówień publicznych w definicji oferty najkorzystniejszej. Cena za usługi „podstawowe” ma dla Zamawiającego decydujące znaczenie, czemu dał wyraz przypisując jej przeważające znaczenie dla oceny ofert. Jednak niebagatelne znaczenie ma też wartość usług konsultacyjnych.

Puła godzin „usług konsultacyjnych” to 5 000 godzin, i Zamawiający na rozprawie twierdził, że może, lecz nie musi ich wykorzystywać. Jednak należy przyjąć, że Zamawiający określił zakres przedmiotu zamówienia z należytą starannością, i puła usług konsultacyjnych może być przez Zamawiającego skonsumowana w ramach przedmiotu zamówienia (gdyby nie zamierzał w ogóle wykorzystywać godzin konsultacyjnych, nie określiłby ilości tych godzin na tak wysokim poziomie, a w konsekwencji, nie przypisywałby ich wartości wagi 20 w ocenie ofert). Usługi konsultacyjne nie są żadnym zamówieniem dodatkowym, ani uzupełniającym, w rozumieniu przepisów Prawa zamówień publicznych, lecz stanowią część przedmiotu zamówienia.

W postępowaniu złożono trzy oferty: Odwołującego, i dwóch wykonawców już skutecznie wykluczonych z postępowania, w tym przez Konsorcjum Microsoft. Cena oferty Microsoft za usługi serwisowe wynosiła 4 532 544,00 zł i 2 928 000,00 zł za usługi konsultacyjne. Cena oferty Odwołującego – odpowiednio 4 952 224,00 zł i 838 750,00 zł.

Maksymalna wartość zobowiązania finansowego Zamawiającego wobec wykonawcy wynikająca z umowy będzie sumą wartości usług konsultacyjnych i dodatkowych – oferta Odwołującego jest więc korzystniejsza ekonomicznie od oferty Konsorcjum Microsoft (niepodlegającej już ocenie, skoro Konsorcjum zostało skutecznie wykluczone z postępowania), i stwierdzenie to jest zgodne ze sposobem ustalenia, która oferta jest najkorzystniejsza, opisanym w Rozdziale XII SIWZ. Z postanowień SIWZ nie wynika jakkolwiek inny sposób ustalenia, która oferta jest najkorzystniejsza.

Należy również zauważyć, że taki sposób oceny ofert, jak w niniejszym postępowaniu, bywa stosowany w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, a ustalone przez Zamawiającego kryteria oceny ofert nie są ekstraordynaryjne. Niewątpliwie, taki sposób oceny ofert jest obciążony pewnym ryzykiem, ponieważ wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą kształtować „ceny” w obu podkryteriach w sposób niezgodny z oczekiwaniami Zamawiającego (np. mogą zaniżać wartość w kryterium z większą wagą, a zawyżać – w kryterium z niższą wagą), w celu uzyskania maksimum punktacji przy jak najwyższej wartości łącznej przedmiotu zamówienia.

Nie można jednak zakładać, że sporządzając SIWZ, Zamawiający nie zdawał sobie sprawy z tego oczywistego ryzyka; musiał je uwzględnić, stwierdzając, że podstawowe znaczenie ma dla niego łączna sumaryczna wartość oferty (tzn. suma wartości usług serwisowych i konsultacyjnych). Wartość zamówienia oszacowano na kwotę 6 135 719,57 zł, co wskazuje, że Zamawiający uwzględnił w niej zarówno wartość usług serwisowych, jak i wartość usług konsultacyjnych; wartość oferty Odwołującego jest poniżej tej kwoty.

Niezależnie od powyższego, oferta Odwołującego jest jedyną ofertą, która nie podlega odrzuceniu w tym postępowaniu, a w takiej sytuacji określenie kryteriów oceny ofert nie ma żadnego wpływu na wynik postępowania.

Wobec powyższego, uwzględniono zarzut naruszenia art. 93 ust 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust 1 pkt 5 i 6 Prawa zamówień publicznych i orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Uwzględniono koszty zastępstwa Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), zgodnie z par. 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....