

Sygn. akt: KIO 252/11

WYROK
z dnia 21 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., 02-337 Warszawa, ul. Mszczonowska 4**, od czynności zamawiającego, którym jest **Wyższa Szkoła Policji w Szczytnie, 12-100 Szczytno, ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 111**,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego – dostawa sprzętu komputerowego na potrzeby realizacji projektu pt. "Budowa i wyposażenie Policyjnego Centrum Dydaktyczno-Badawczego w Wyższej Szkole Policji w Szczytnie dla wzmocnienia bezpieczeństwa kraju"**
- 2) dokonanie uprzednio zaniechanej czynności badania i oceny wniosków**

2. Kosztami postępowania obciąża Wyższą Szkołę Policji w Szczytnie, 12-100 Szczytno, ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 111

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., 02-337 Warszawa, ul. Mszczonowska 4**,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Wyższą Szkołę Policji w Szczytnie, 12-100 Szczytno, ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 111** na rzecz **Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., 02-337 Warszawa, ul. Mszczonowska 4**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

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

Zamawiający Wyższa Szkoła Policji w Szczytnie prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest „Budowa i wyposażenie Policyjnego Centrum Dydaktyczno-Badawczego w Wyższej Szkole Policji dla wzmocnienia bezpieczeństwa kraju”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich Nr 201 O/S z dnia 20.11.2010 r. pod poz. 226-345617.

W niniejszym postępowaniu wnioski złożyło 21 Wykonawców. W trakcie oceny wniosków Zamawiający zauważył, iż część z Wykonawców nie dołączyła do wniosków wymaganego w treści ogłoszenia o zamówieniu dokumentu - wykazu dostaw. Zwrócił się zatem do Wykonawców o uzupełnienie ww. dokumentu. Wobec faktu, że liczba Wykonawców spełniających warunki zamówienia przekraczała 5, Zamawiający przystąpił do czynności

wyłania 5 Wykonawców na podstawie kryteriów określonych w ogłoszeniu. Zamawiający zapisał w ogłoszeniu, iż zastosuje kwalifikację punktową wniosków na podstawie ilości dotychczas zrealizowanych dostaw, jak również w oparciu o wskazane we wnioskach wartości zrealizowanych dotychczas przez Wykonawców dostaw. Zatem informacja o wartościach zrealizowanych zamówień miała stanowić podstawę dla Zamawiającego do ustalenia pozycji w rankingu Wykonawców. W trakcie przyznawania punktacji Zamawiający zauważył, że w części wniosków podane są wartości netto wykonanych dostaw, za które mają być przyznane punkty, w innych wnioskach podawane są wartości brutto, niektórzy Wykonawcy podali jednocześnie wartości netto i brutto zrealizowanych zamówień. Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia. Za postawę prawną unieważnienia postępowania Zamawiający wskazał przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawa zamówień publicznych. Jako powód unieważnienia postępowania Zamawiający wskazał niemożliwą do usunięcia wadę, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Według Zamawiającego wada ta polega na niezamieszczeniu w opisie oceny punktowej w sekcji IV.1.2 w pkt 1-4 ogłoszenia o zamówieniu precyzyjnej informacji, czy wartość wykonanych zamówień ma dotyczyć kwot „netto”, czy też „brutto”. Zamawiający uznał, iż brak doprecyzowania pojęcia wartość brutto czy netto w wykazie dostaw dalszą ocenę wniosków. Zamawiający ocenił, że jest to wada nieusuwalna, wywierająca wpływ na przyszłą umowę, w sposób oczywisty wypaczający wynik postępowania, co przesądziło o zasadności podjętej decyzji o unieważnieniu postępowania.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego.

Podkreślił, iż Zamawiający nie udowodnił, w jaki sposób postanowienia ogłoszenia o zamówieniu przesadzają o zaistnieniu wady postępowania. Błędnie i bezzasadnie założył, jakoby nieprzypisanie do wyrazu „wartość” jednego z określników „netto” albo „brutto” jest samym w sobie naruszeniem przepisów ustawy. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie wykazał również, w jaki sposób domniemana wada postępowania uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. W tym celu, w ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien wskazać na jedną lub więcej przesłanek obligatoryjnego unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego wyliczonych enumeratywnie w art. 146 ust. 1 ustawy.

Odwołujący uważa także za błędną interpretację Zamawiającego, iż w niniejszym postępowaniu obowiązkiem Zamawiającego było doprecyzowanie w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o wartości wykonanych zamówień, polegającego na dopisaniu jednego ze zwrotów: „netto” lub brutto”. Zamawiający nie powołał się na przepis ustawy lub inny przepis prawa, mający go zobowiązywać do doprecyzowania pojęcia wartości.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Zamawiający jest uprawniony do tego, aby w razie złożenia dokumentów zawierających błędy lub w razie wątpliwości dotyczących ich treści wezwać wykonawcę do uzupełnienia tych dokumentów lub do wyjaśnienia ich treści.

Zdaniem Odwołującego o tym, co należy rozumieć przez pojęcie „wartości w odniesieniu do „wykonanego zamówienia”, przesądza definicja „ceny”, przez którą zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97 poz. 1050 z późn. zm). W świetle tego przepisu ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym.

Zatem zakres znaczeniowy wyrażenia „wartość” jest zgodny z zakresem znaczeniowym wyrażenia „cena”. Przy podawaniu „wartości” wykonanych zamówień, kwoty należnych podatków od towarów i usług (VAT) oraz akcyzowego powinny więc być również uwzględnione.

Ponadto, w opisie ocenie punktowej w sekcji IV.1.2 (pkt 1-4 ogłoszenia o zamówieniu) w jednym z elementów tej oceny Zamawiający zamieścił informację, o tym że będzie w niej decydować „wartość brutto”. W zdaniu końcowym sekcji IV.1.2 Zamawiający zamieścił wypowiedź „Jeżeli w przypadku zastosowania oceny jak wyżej, kilku Wykonawców zajmie ostatnie, równorzędne miejsce, a liczba Wykonawców spełniających warunki udziału przewyższy 5, Zamawiający spośród Wykonawców zajmujących równorzędne ostatnie miejsce wybierze Wykonawców na podstawie łącznej wartości dostaw spełniających warunki w zakresie dostaw, przy czym im większa łączna wartość brutto, tym wyższa pozycja w rankingu.”

W ocenie Odwołującego, zwrot „wartość brutto”, mimo że użyty tylko jednokrotnie, ma znaczenie dla oceny punktowej. Jak zaznaczył, nie sposób sobie wyobrazić, że w pozostałych elementach oceny punktowej Zamawiający brałby pod uwagę „wartość netto”. Zdaniem Odwołującego zwrot „wartość brutto” powinien być konsekwentnie przeniesiony do wszystkich działań w zakresie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Odwołujący zauważył, iż dokonując czynności unieważnienia postępowania Zamawiający zaniechał obligatoryjnych czynności wynikających z przepisów prawa regulujących tryb przetargu ograniczonego, w tym oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz zawiadomienia wykonawców, przyznania wykonawcom oceny punktowej zgodnie ze złożonymi wnioskami o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz zawiadomienia wykonawców o jej wynikach, zaproszenia wykonawców do składania ofert.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wraz z podjęciem decyzji o unieważnieniu postępowania naruszył wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy zasadę obowiązku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców. Poprzez zaniechanie prowadzenia postępowania Zamawiający zrównał pozycje prawne wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, zarówno tych, którzy podlegają wykluczeniu i wykonawców niezaproszonych do składania ofert, którzy na podstawie art. 50 ust. 2 zdanie drugie ustawy powinni być traktowani jak wykonawcy wykluczeni, z wykonawcami, których zgodnie ze złożonymi wnioskami o dopuszczenie do udziału w postępowaniu powinien zaprosić do składania ofert.

Odwołujący uzyskał informację o unieważnieniu postępowania w dniu 27.01.2011 r. Wniósł w przepisany termin odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, przedstawił powyżej wskazaną argumentację, a także wskazał, iż zarzuca Zamawiającemu dokonanie czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania bezpodstawnie i niezgodnie z rzeczywistym stanem faktycznym i prawnym, zaniechanie dokonania wobec wykonawców uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu, w tym Odwołującego, czynności do których był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy, przeprowadzenie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zawiadomienia o jej wynikach, przyznanie oceny punktowej zgodnie ze złożonymi wnioskami o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz zawiadomienia o jej wynikach, zaproszenie do składania ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 2 pkt 1, art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1, art. 51 ust. 1-1 a i art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący żądał nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu przedmiotowego postępowania, dokonania wobec wykonawców uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu, w tym Odwołującego, uprzednio zaniechanych czynności, polegających na przeprowadzeniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zawiadomienia wykonawców o jej wynikach, przyznaniu oceny punktowej zgodnie ze złożonymi wnioskami o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz zawiadomienia wykonawców o jej wynikach, zaproszeniu do składania ofert.

W dniu 11 lutego 2011 r. przystąpienie do niniejszego postępowania zgłosili Wykonawcy - Comarch SA po stronie Zamawiającego i Wykonawca Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe Koncept sp. z o.o. po stronie Odwołującego. Przystępujący, pomimo iż zostali prawidłowo zawiadomieni o terminie posiedzenia i rozprawy, nie stawili się na posiedzenie. Podczas posiedzenia pełnomocnik Odwołującego oświadczył, iż nie otrzymał kopii przystąpień ww. Wykonawców. Izba dokonała ustaleń, z których wynika, iż w aktach sprawy brak jest dowodu doręczenia Odwołującemu kopii przystąpień ww. Wykonawców. Zgodnie z art. 185 ust. 2

ustawy Prawo zamówień publicznych Wykonawca, który zgłasza przystąpienie do postępowania odwoławczego jest zobowiązany doręczyć zgłoszenie przystąpienia Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a kopię zobowiązany jest przesłać zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Wobec nieprzekazania Izbie dowodu doręczenia przystąpienia Odwołującemu i bierności zgłaszających przystąpienie (którzy nie stawili się na posiedzenie i nie wykazali dowodu doręczenia przystąpienia Odwołującemu), Izba postanowiła uznać przystąpienie do niniejszego postępowania odwoławczego Wykonawców Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe Koncept sp. z o.o. i Comarch SA za bezskuteczne.

Po ustaleniu na posiedzeniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący i Zamawiający podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący złożył wniosek w niniejszym postępowaniu, tym samym należy rozumieć, iż oczekiwał uzyskania, a następnie realizacji, przedmiotowego zamówienia. Unieważnienie postępowania przez Zamawiającego oznaczałoby dla Odwołującego brak możliwości uzyskania i realizacji przedmiotowego zamówienia, a tym samym brak wymiernej korzyści. Brak uzyskania korzyści oznacza możliwość poniesienia szkody. Art. 361 KC wskazuje na rozumienie szkody jako straty, jakie poszkodowany poniósł oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono.

Zamawiający jako argument na wykazanie braku interesu przez Odwołującego we wniesieniu odwołania podniósł, iż wykonawcy nie zostali poinformowani o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i o przyznanych w wyniku oceny punktach. Zatem żaden Wykonawca, w tym Odwołujący, nie ma wiedzy w zakresie oceny jego wniosku, jak również, czy znalazł się lub mógłby znaleźć się pośród 5 wykonawców, którzy mieliby szansę na dalszy udział w postępowaniu, a tym samym na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Izba nie podziela takiego stanowiska. W szczególności należy zauważyć, iż skoro Zamawiający nie dokonał czynności badania i oceny wniosków, a tym samym Odwołujący nie ma wiedzy, jaka jest jego pozycja w rankingu Wykonawców, zatem należy uznać, iż szanse Odwołującego jak i pozostałych wykonawców są na chwilę

wniesienia odwołania równe. Brak oceny wniosków przez Zamawiającego nie niweczy w żaden sposób możliwości wniesienia odwołania przez któregokolwiek Wykonawcę biorącego udział w postępowaniu. Odwołujący mógłby ponieść szkodę wynikającą z uniemożliwienia uzyskania i wykonania zamówienia.

Zamawiający unieważnił niniejsze postępowanie przetargowe na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Artykuł ten stanowi, iż Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Izba zauważa, że przepis powyższy powinien być interpretowany ściśle, zgodnie z jego dyspozycją oraz znaczeniem użytych w nim pojęć.

Przesłanka unieważnienia postępowania składa się z koniunkcji łącznej dwóch okoliczności. Dopiero łączne wystąpienie okoliczności umożliwia/warunkuje jego zastosowanie.

Pierwsza przesłanka stanowi, iż postępowanie obarczone jest wadą. Wada taka musi mieć charakter nieusuwalny. Druga przesłanka stanowi, iż istniejąca wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia.

W niniejszej sprawie Zamawiający jako wadę postępowania wskazał uchybienie polegające na braku precyzyjnego wskazania Wykonawcom, jaki rodzaj wartości zrealizowanych dotychczas zamówień – brutto czy netto, zobowiązani byli przedstawić w złożonych wnioskach. Wartość podana we wnioskach stanowiła dla Zamawiającego podstawę do przyznawania punktacji w ramach oceny wniosków. Zamawiający uznał, że zasady przyznawania punktacji zostały błędnie ustalone. Uznał, iż fakt, że Wykonawcy podają we wnioskach różne wartości zrealizowanych zamówień stanowi wadę postępowania, która pozbawia Zamawiającego możliwości wyboru 5 Wykonawców do kolejnego etapu postępowania.

Izba nie podziela powyższego poglądu. Brak określenia wartości brutto czy wartości netto nie stanowi wady, nie stanowi także naruszenia jakichkolwiek przepisów. Przepisy Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane nie rozróżniają pojęcia brutto czy netto, nie nakładają również na Zamawiającego konieczności precyzowania pojęcia wartości. Zamawiający nie powołał się także na jakikolwiek inny przepis prawa, który nakładałby na niego obowiązek precyzowania pojęcia wartości w zakresie netto bądź brutto.

W niniejszej sprawie na uwagę zasługuje także fakt, iż Zamawiający w ogłoszeniu zamieścił zdanie, w którym jako podstawę do oceny przy dokonywaniu punktacji uznał kwotę brutto zrealizowanych zamówień („Jeżeli w przypadku zastosowania oceny jak wyżej, kilku Wykonawców zajmie ostatnie, równorzędne miejsce, a liczba Wykonawców spełniających

warunki udziału przewyższy 5, Zamawiający spośród Wykonawców zajmujących równorzędne ostatnie miejsce wybierze Wykonawców na podstawie łącznej wartości dostaw spełniających warunki w zakresie dostaw, przy czym im większa łączna wartość brutto, tym wyższa pozycja w rankingu."). Wyrażenie „wartość brutto” w treści ogłoszenia dotyczącej rankingu Wykonawców ewentualnie mogłoby wskazywać, iż intencją Zamawiającego było, aby Wykonawcy podawali we wnioskach wartość brutto zrealizowanych zamówień.

Izba stoi zatem na stanowisku, iż brak doprecyzowania przez Zamawiającego pojęcia wartość (brutto czy netto) w wykazie zrealizowanych zamówień nie stanowi wady postępowania. Co więcej, nawet jeśli Zamawiający uznał, iż jest to wada, uchybienie, które utrudnia dokonanie przyznania punktacji, winien rozważyć zastosowanie procedury wynikającej z artykułu 26 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający uprawniony jest bowiem do wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów lub wyjaśnienia ich treści. Izba zauważa, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający mógłby wykorzystać instytucję wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych dokumentów, zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy. W żadnym bowiem razie, Wykonawcy, którzy złożyli oferty zgodnie z SIWZ, przedstawiając wartości zrealizowanych zamówień, nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji (jaką niewątpliwie jest dla nich unieważnienie postępowania i tym samym utrata możliwości jego realizowania) działań Zamawiającego. Nawet jeśli Zamawiający w swej ocenie popełnił niedokładność, winien dopilnować, aby ją usunąć, w tym przypadku dokonać wyjaśnień, które doprowadzą do ustalenia jednolitej wartości zamówienia.

Zamawiający nie wykazał także naruszenia przepisów, które powodowałyby nieważność przyszłej umowy. Nie wskazał przesłanek z artykułu 146 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również naruszenia innych przepisów.

Na podstawie powyższego Izba uznała, iż Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek z artykułu 93 ust. 1 pkt 7, umożliwiających dokonanie czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania. Nie wykazał, iż postępowanie obarczone jest wadą, aby został naruszony jakikolwiek przepis ustawy. Nie wykazał także, aby wystąpiła wada, która uniemożliwiłaby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Zatem Izba uznała, iż nie zachodzą przesłanki do unieważnienia odwołania. Izba uznała, iż Zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt 7, a także art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wobec powyższego Izba orzekła o konieczności unieważnienia czynności unieważnienia niniejszego postępowania. Dokonanie takiej czynności przez Zamawiającego będzie skutkowało dokonaniem (zgodnie z przyjętą procedurą wynikającą z ustawy)

dalszego badania złożonych przez Wykonawców wniosków, przyznania wykonawcom oceny punktowej; z wykorzystaniem instytucji przewidzianej w artykule 26 ust. 4 (względnie art. 26 ust. 3) ustawy Prawo zamówień publicznych, a w znacznie dalszej kolejności zaproszenia wybranych wykonawców do składania ofert.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....