

Sygn. akt: KIO 2312/20

WYROK

z dnia 21 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 19 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2020 r. przez wykonawcę **FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k., Kudrowice 12, 95-200 Kudrowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wieluń, Plac Kazimierza Wielkiego 1, 98-300 Wieluń**

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k., Kudrowice 12, 95-200 Kudrowice** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k., Kudrowice 12, 95-200 Kudrowice** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Sieradzu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Wieluń, Plac Kazimierza Wielkiego 1 prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Zwiększenie wykorzystania odnawialnych źródeł energii na terenie Gminy Wieluń” nr sprawy ZP.271.2.15.2020.

Odwołujący: FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k., Kudrowice 12 95 - 200 Kudrowice wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania.

Czynnościom Zamawiającego zarzuca naruszenia:

I. art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 pzp przez unieważnienie postępowania z powodu istnienia wady mającej skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo że okoliczności, które Zamawiający przyjął za wadę postępowania:

- a) w ogóle nie stanowią wady postępowania,
- b) okoliczności przywołane w uzasadnieniu unieważnienia postępowania nie powodują niemożliwości zawarcia ważnej umowy,
- c) przyjęte kryteria oceny ofert w tym zasady wyliczenia wartości punktacji dla sprawności kotła na biomasę nie uniemożliwiają dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty,
- d) okoliczności przywołane w uzasadnieniu unieważnienia postępowania nie mają wpływu na wynik postępowania.

Wskazując na powyższe zarzuty, wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i przeprowadzenie badania ofert.

Uzasadnienie

I. Odwołująca uzyskała najlepszy wynik pod względem kryteriów oceny ofert (najwyższe wyniki w kryteriach cena (60%), sprawność kolektora (5%), sprawność kotła (5%), przedłużenie warunków gwarancji (25%). Gdyby postępowanie nie zostało unieważnione, ma możliwość uzyskania zamówienia. Utrzymanie się stanu unieważnienia postępowania naraża FlexiPower Group na szkodę w granicach *lucrum cessans* polegającą na niezyskaniu zamówienia. W tym stanie rzeczy interes Odwołującej się we wniesieniu odwołania jest niewątpliwy i uzasadniony.

II. W postępowaniu zamawiający określił kryteria oceny oraz sposób punktowania (25.2 SIWZ): „25.2. Są to:

Cena -60%, Sprawność kolektora słonecznego - 5%, Sprawność kotła - 5%, Sprawność panelu fotowoltaicznego - 5%, Wydłużenie okresu Gwarancji -25%

Punktacja końcowa ustalona zostanie w oparciu o wzór: $C = P_c + SPR_1 + SPR_2 + SPR_3 + P_g$

Oferowany kocioł na biomasę musi posiadać minimalną sprawność- min. 93 %

B) Sposób oceny ofert został przedstawiony we wzorach dla każdego kryterium oraz podkryterium.

W postępowaniu oferty złożyli wykonawcy :

Grupa Ekoenergia sp. z o.o., Eco-team sp. z o.o. sp.k, FlexiPower Group sp. z o.o sp.k.; Sanito sp. z o.o., SUNGRANT sp. z o.o., DOMOTERMIKA K.M..

W dniu 18 sierpnia 2020 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert, ujawnione zostały ceny i parametry stanowiące kryteria oceny ofert.

- 1 Grupa Ekoenergia sp. z o. o., Sierakowice Prawe,. Skierniewice 4 095 326,61 zł 84,5 % 15 kW-96,75% 20 kW-97,01% 25 kW-97.1% 20,37% KS*: 36 m-cy K* 36 m-cy MF*.36 m-cy
- 2 Eco-team sp. z o. o, sp. k., Częstochowa 3 826 841,70 zł 84,5 % 96,75 % 20,09 % KS*: 36 miesięcy K* 36 miesięcy MF* 36 miesięcy
- 3 FlexiPower Group sp z o. o. sp. k. Kudrowice 12. 3 266 551,17 zł 85,1 % 15 kW-96,75% 20 kW- 97,01% 25 kW-97.1% 20,1 % KS* 36 miesięcy K*:36 m-cy MF*:36 m-cy
- 4 Sanito Sp z o o., ul. Puławska 476. 02-884 Warszawa 4 075 599,18 zł 84,5% 96,75% 20,09 % KS* 36 miesięcy K*:36 miesięcy MF*:36 miesięcy
- 5 SUNGRANT Sp. z o.o., ul. Ciesielska 2/23.15-542 Białystok 3 561 788,66 zł 84,9% 96,75% 20.2 % KS*: 36 miesięcy K*:36 miesięcy MF**36 miesięcy
- 6 DOMOTERMIKA K.M., ul. Polna IE 6, 82-500 Kwidzyn 3 615 890,70 zł 84,5 % 93.10% 20,08% KS* 36 miesięcy K*.36 miesięcy MF* 36 miesięcy

Wszystkie oferty przekroczyły w zakresie kryteriów oceny ofert wartości minimalne oraz mieściły się w wysokości kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia publicznego - 4 110 734,61 zł brutto.

W dniu 2 września 2020 r. Zamawiający na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp unieważnił postępowanie wskazując, że w postępowaniu zachodzi wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego, która miałaby polegać na tym, że pomimo złożenia przez Wykonawców ofert, które nie są niezgodne z SIWZ, Zamawiający nie jest w stanie dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż nie przewidział, że zaoferowane zostaną różne wartości sprawności kotła na biomasę, z punktu widzenia mocy instalacji.

W ocenie FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. powyższa czynność Zamawiającego została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy.

Art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 pzp jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego Zamawiający postępowanie unieważnia. Unieważnienie umowy może natomiast nastąpić z wniosku Prezesa UZP jeżeli umowa została zawarta

wskutek czynności lub zaniechań dokonania czynności dokonanych z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

W ocenie FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. takie sytuacje nie zachodzą w przedmiotowym postępowaniu.

Po pierwsze, unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp może mieć miejsce jedynie w wyjątkowych sytuacjach. Celem postępowania samym w sobie jest bowiem przeprowadzenie go w całości i wybór wykonawcy, który będzie mógł konkretne zadanie publiczne zrealizować. Do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp konieczne jest wykazanie, że wada wystąpiła, wada musi być niemożliwa do usunięcia, niemożliwa do usunięcia wada musi powodować niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu, zagrożenie unieważnieniem umowy musi wynikać z zaistnienia jednej z podstaw unieważnienia określonych w art. 146 ust. 1 lub 6 ustawy pzp.

W przedmiotowym przypadku nie zachodzi żadna z przesłanek określających umowy, które podlegają unieważnieniu z mocy ustawy. Odwołać należy się zatem bezpośrednio do podstawy prawnej wskazanej przez Zamawiającego czyli przeprowadzenie postępowania z dokonaniem takiej czynności lub zaniechaniem dokonania takiej czynności, która mogła mieć wpływ na wynik postępowania. Za wynik postępowania należy uznać wybór oferty najkorzystniejszej, co determinuje sposób działania Zamawiającego w następujący sposób:

- Zamawiający zapoznaje się z ofertami,
- Po zapoznaniu się z ofertami Zamawiający orientuje się, że oferty dwóch wykonawców zawierają trzy wartości dla jednego z kryteriów oceny ofert,
- Zamawiający powinien zbadać, w jaki sposób to kryterium wpływa na ukształtowanie „pozycji rankingowej” dla potencjalnego wyboru najkorzystniejszej oferty.

W przedmiotowym postępowaniu kryterium sprawności kotła, bez względu na fakt, która z wartości zostanie przyjęta przez Zamawiającego do obliczenia punktacji oraz bez względu na fakt, czy zostanie ono pominięte nie wpływa na ukształtowanie punktacji Wykonawców i ich pozycji rankingowej.

Przyjmując bowiem różne warianty wyjścia ze swoistego impasu wynikłego z redakcji postanowień SIWZ można zrekonstruować różne sytuacje:

1. Zamawiający uwzględnił najniższą wartość sprawności kotła do oceny ofert Wykonawców FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. i Grupa Ekoenergia sp. z o.o. z wynikiem::

1	FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k.	99,93
2	SUNGRANT sp. z o.o.	94,3
3	DOMOTERMIKA K.M.	93,24
4	Eco-Team sp. z o.o. sp.k.	90,47
5	Sanito sp. z o.o.	87,39
6	Grupa Ekoenergia sp. z o.o.	87,23

2. Zamawiający uwzględnił środkową wartość sprawności kotła do oceny ofert Wykonawców FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. i Grupa Ekoenergia sp. z o.o. z wynikiem

1	FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k.	99,93
2	SUNGRANT sp. z o.o.	94,29
3	DOMOTERMIKA K.M.	93,23
4	Eco-Team sp. z o.o. sp.k.	90,46
5	Sanito sp. z o.o.	87,38
6	Grupa Ekoenergia sp. z o.o.	87,23

3. Zamawiający uwzględnił najwyższą wartość sprawności kotła do oceny ofert Wykonawców FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. i Grupa Ekoenergia sp. z o.o., co daje wynik:

1	FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k.	99,93
2	SUNGRANT sp. z o.o.	94,28
3	DOMOTERMIKA K.M.	93,22
4	Eco-Team sp. z o.o. sp.k.	90,45
5	Sanito sp. z o.o.	87,37
6	Grupa Ekoenergia sp. z o.o.	87,23

4. Zamawiający wobec niemożności ustalenia jednej wartości porównawczej zgodnie z wzorem przyznał maksymalną liczbę punktów za kryterium sprawności kotła/zero punktów:

		Dla max. wartości	Dla zera punktów
1	FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k.	99,93	94,93
2	SUNGRANT sp. z o.o.	94,30	89,30
3	DOMOTERMIKA K.M.	93,43	88,43
4	Eco-Team sp. z o.o. sp.k.	90,47	85,47
5	Sanito sp. z o.o.	87,39	82,39
6	Grupa Ekoenergia sp. z o.o.	87,23	82,23

Na powyższe ustalenia wyniku odwołujący przedstawił w odwołaniu stosowne wyliczenia i stwierdził, że obliczenia uwzględniają wzór zastosowany przez Zamawiającego, a przy zaoferowanych ofertach i ich treści kryterium sprawności kotła odgrywa marginalne znaczenie, gdyż przyjęcie jego wartości w różnych wariantach (podobna sytuacja zachodzi także dla średniej arytmetycznej zaoferowanych sprawności oraz przy średniej ważonej uwzględniającej ilość instalacji, których to obliczeń Odwołująca nie uwzględnia, z uwagi na to, że byłaby to zbyt duża ingerencja we wzór wskazany w SIWZ) w żaden sposób nie wpływa na wynik postępowania. Przy założeniu bowiem, że każdy z Wykonawców nie podlegałby wykluczeniu i wszystkie oferty byłyby zgodne z SIWZ oraz ustawą, przyjęcie którejkolwiek ze sprawności z ofert FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. lub Grupa Ekoenergia sp. o.o. nie wprowadza żadnej zmiany w relatywnej pozycji w punktacji, a co za tym idzie każdorazowo najkorzystniejszą jest oferta FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k.

Kryterium sprawności kotła według wzoru stanowi jedynie 5 % punktacji. W ramach przedmiotowego kryterium oferty różnią się od siebie o maksymalnie 4 punkty procentowe sprawności. Wzajemne relacje sprawności kotłów zaoferowanych przez Grupa Ekoenergia sp. z o.o. i FlexiPower Group to zaledwie 0,35 pkt proc. Mając na uwadze wzór Zamawiającego $SPR2 = \text{Sprawność w ocenianej ofercie} / \text{Najwyższa sprawność w ofertach} \times 100 \times 5\%$ różnica sprawności z punktu widzenia punktacji w zależności od przyjętej najwyższej sprawności w ofertach wyraża się zatem w przedziale od 0,2 pkt zarówno dla sprawności 96,75 % jak i 97,1 %. Wartość 0,2 pkt nie jest w stanie wpłynąć na wynik postępowania, przy dużo większych różnicach cenowych, biorąc pod uwagę wagę tego kryterium.

Tym samym w ocenie FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. okoliczność nieprzewidzenia w SIWZ dla kryterium ustalania punktacji przez Zamawiającego sytuacji zaoferowania kilku urządzeń o różnej sprawności nie ma wpływu na wynik postępowania w rozumieniu art. 146 ust. 6 p.z.p., a zatem nie może stanowić podstawy unieważnienia z punktu widzenia art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp. Zgodnie z art. 192 ust. 2 pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Pozostawanie w mocy czynności unieważnienia postępowania powoduje uniemożliwienie FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. uzyskanie zamówienia, a co za tym idzie ogranicza możliwość wyboru oferty, która według kryterium oceny ofert jest ofertą najkorzystniejszą.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości.

Wskazał na ustalone w ust. 25.2 siwz kryteria oceny ofert, w tym cena i 4 cztery kryteria pozacenowe. Przypomniał wzór służący ustaleniu punktacji końcowej C, której najwyższy wynik prowadzi do wyboru oferty jako najkorzystniejszej.

Wskazał na kryterium Sprawność kotła – 5% i sposób przyznania punktów w tym kryterium z wymogiem wypełnienia formularza ofertowego przez stwierdzenie „Oświadczamy, że oferujemy kocioł na biomase w sprawności % (min. 93%).

W postępowaniu złożono 6 ofert, w których zaoferowano sprawność kotła wg przedstawionej tabeli wskazując że ofertach Grupa Ekoenergia sp. z o.o. i FlexiPower Group, wskazano identyczne sprawności kotłów, tj. w każdej ofercie 96,75%, 97,01% i 97,1%.

Zamawiający przypomniał rzeczowy zakres przedmiotu zamówienia, który obejmuje m.in. zamontowanie w obrębie budynków mieszkalnych 59 kpl. Instalacji kotłów na biomase (kocioł na pellet, element mierzący oraz zabezpieczający, automatyka, armatura, izolacja, elementy montażowe, rurociągi) wraz z pracami infrastrukturalnymi i montażowymi w lokalizacjach wskazanych w PFU, o różnych mocach kotłów, w tym:

- o mocy 15 kW – 46 kpl - o mocy 20 kW – 9 kpl- o mocy 25 kW – 3 kpl- o mocy 25 kW w budynku mieszkalnym o pow. 300 m² – 1 kpl.

Na podstawie przyjętego wzoru do obliczeń dotyczących punktacji za sprawność kotła, przyjęto do obliczeń podstawienie do wzoru tylko jednej wartości dotyczącej sprawności kotła. Złożone oferty, w których zawarto kilka sprawności dla kotłów o różnej mocy, zamawiający nie może uznać za złożone z naruszeniem postanowień siwz w przypadku braków zapisów siwz uszczegółowiających sposób określenia wartości mocy dla oceny takich ofert. Zamawiający nie przewidział w siwz sytuacji, w której zostaną zaoferowane różne wartości sprawności kotła na biomasę dla kryterium Sprawność kotła, co skutkuje niemożliwością dokonania prawidłowej oceny ofert zgodnie z przepisami ustawy. Różnice w treści złożonych ofert wskazują, że kryterium oceny ofert – sprawność kotła, opisane w siwz było nieprecyzyjne i mogło zostać przez wykonawców różnie zrozumiane. Doprecyzowanie siwz po otwarciu ofert nie było już możliwe.

Kryteria oceny ofert powinny być wyraźnie określone w siwz w sposób umożliwiający późniejszą weryfikację prawidłowości oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. W orzecznictwie wyraźnie wskazuje się, że kryteria oceny ofert powinna cechować zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarancja, że ofert są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji, a opis stosowania kryteriów oceny ofert powinien być jednoznaczny, czytelny i niepozostawiający swobody interpretacji.

Zgodnie art. 91 ust. 1 pzp zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów, jakie zostały określone w siwz. Zamawiający odpowiada za dobór kryteriów, które mają prowadzić do wyboru. Wg art. 91 ust. 2d zamawiający musi określić kryteria w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawionych przez wykonawców. Kryteria muszą dać się policzyć na podstawie przyjętych wartości wskazanych w ofercie. Treść kryteriów musi zapewnić ocenianie wszystkich ofert na takich samych, niebudzących wątpliwości interpretacyjnych zasadach, a wykonawcy nie powinni mieć trudności we właściwym formułowaniu ofert. Jak wynika z orzeczenia ETS przyjmowane kryteria wyboru nie mogą zamawiającym pozostawiać nieograniczonej swobody w ocenie ofert.

Wskazane w unieważnieniu postępowania niedoprecyzowanie w siwz opisu kryteriów oceny ofert w zakresie sprawności kotła na biomasę w przypadku wskazania sprawności kotła dla każdego rodzaju kotła skutkuje brakiem możliwości dokonania prawidłowej oceny ofert, co z kolei skutkuje brakiem możliwości dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy pzp i podpisaniem ważnej umowy, gdyż w zaistniałej sytuacji każdy wybór oferty najkorzystniejszej prowadziłby do wyboru nieuprawnionego sposobu oceny ofert, niedookreślonego w siwz. Brak precyzyjnego określenia w siwz kryteriów oceny ofert w niniejszej sprawie prowadził do sytuacji, w której wybór sposobu oceny ofert i jednocześnie wybór najkorzystniejszej oferty byłby dokonany w ramach nieograniczonej swobody zamawiającego w zakresie interpretacji zapisów siwz. Taka ocena parametru wg którejkolwiek

koncepcji, co do opisu zamieszczonego w siwz, stanowi ocenę naruszającą art. 91 ust. 1 pzp. Nieprecyzyjny opis sposobu oceny ofert na podstawie kryterium z siwz w przypadku wskazania różnych sprawności kotła nie może być zakwalifikowany jako możliwy do poprawienia błędu. Zatem czynność zamawiającego polegająca na ocenie ofert na podstawie przyjętej którejkolwiek wartości sprawności kotła wskazanej w ofercie zostałaaby dokonana z naruszeniem przepisów ustawy, które mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co uzasadnia uznanie, że wobec niemożności wyboru najkorzystniejszej oferty postępowanie obarczone jest wadą zobowiązującą zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy pzp (wada postępowania niemożliwa do usunięcia, uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego).

Warto przy tym zauważyć, że sam odwołujący wskazuje: W przedmiotowym postępowaniu kryterium sprawności kotła, bez względu na fakt, która z wartości zostanie przyjęta przez zamawiającego do obliczenia punktacji oraz bez względu na fakt, czy zostanie ono pominięte nie wpływa na ukształtowanie punktacji wykonawców i ich pozycji rankingowej. Przyjmując bowiem różne warianty wyjścia ze swoistego impasu wynikłego z redakcji postanowień siwz można zrekonstruować następujące sytuacje: /.../ W tym miejscu wskazuje różne warianty oceny. Zatem niewątpliwie istniejąca nieprecyzyjność zapisów siwz w przedmiotowym postępowaniu powoduje, iż zamawiający musiałby dokonywać wyboru różnych koncepcji oceny ofert nie mając określonego jednoznacznego sposobu wyboru. Zastosowanie oceny poprzez porównywanie wariantów oceny byłoby naruszeniem ww. przepisów i stanowi wadę uniemożliwiającą prawidłowy, ważny wybór najkorzystniejszej oferty i zawarcie ważnej umowy. Nie można przy tym zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, że kryterium oceny sprawności kotła ma marginalne znaczenie, a zaistniała wada wynikająca z zapisów siwz, nie ma znaczenia dla wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający wskazuje, że zgodnie w literaturze przedmiotu i orzecznictwie przyjmuje się tezę, że wiedza wykonawców w zakresie ustalonego przez zamawiającego sposobu oceny ofert we wszystkich jej aspektach, ma niepodważalne znaczenie, jeśli chodzi o sposób przygotowania ofert oraz w szczególności dla zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zatem zapisy siwz powinny być skonstruowane w sposób jasny, precyzyjny, nie pozwalający na zaistnienie wątpliwości interpretacyjnych i nie pozostawiający zamawiającemu szerokiego zakresu swobody oceny ofert.

Wbrew zarzutom odwołania, zamawiający stwierdza, że zaistniałe okoliczności faktyczne w obowiązującym stanie prawnym, całkowicie uzasadniają podjętą przez zamawiającego decyzję o unieważnieniu postępowania.

Zgodnie z art. ust 1 pkt 7 pzp zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia , jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą

uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Opisana przesłanka unieważnienia postępowania opiera się na trzech okolicznościach, których łączne wystąpienie skutkuje obowiązkiem zastosowania przepisu:

- naruszenie przepisów ustawy (wada postępowania)
- wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego,
- wada musi być niemożliwa do usunięcia, mieć charakter trwały, wystąpić rzeczywiście i musi powodować niemożliwość zawarcia ważnej umowy.

Wymienione okoliczności zaistniały w niniejszym postępowaniu:

- postępowanie obarczone jest wadą podlegającą na takim opisanu sposobu oceny kryterium sprawności kotła na biomasę, podaniu takich wzorów oraz zasad wyliczenia wartości punktacji dla sprawności kotła, które umożliwiły wykonawcy wskazanie w ofercie wartości sprawności dla poszczególnych zamawianych kotłów,
- wada ta uniemożliwia zawarcie umowy, bowiem według określonych w siwz kryteriów i sposobu ich oceny nie można wykonawcom przyznać punktów, nie można dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, tym samym wada ta ma niewątpliwie wpływ na wynik postępowania, a umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w sytuacji wypełnienia się choćby jednej z katalogu bezwzględnych przesłanek nieważności umowy określonych w art. 146 ust. 1 pzp.
- wada na etapie otwarcia ofert była niemożliwa do usunięcia, a w konsekwencji uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy wobec uchybienia przepisom ustawy pzp, a skutków uchybień nie można usunąć przy zastosowaniu procedur. Uchybienie jest na tyle poważne, że umowa zawarta w następstwie procedury dotkniętej uchybieniem podlegałaby unieważnieniu. Unieważnienie postępowania na tym etapie zapobiega szkodom, jakie mogą powstać w związku z wykonaniem lub częściowym wykonaniem umowy przed ewentualnym żądaniem przez Prezesa UZP żądaniem unieważnienia umowy.

Jako przykłady wad istotnych niemożliwych do usunięcia, skutkujących unieważnieniem postępowania przyjmuje się m.in. błąd zamawiającego dotyczący nieprawidłowego określenia kryterium oceny ofert prowadzące do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp, bowiem siwz sporządzona w niniejszym postępowaniu uniemożliwia dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, a wada ta ma w aktualnej fazie postępowania charakter nieusuwalny (za wyrokiem KIO 1897/12).

Zamawiający nie może dokonywać jakichkolwiek zmian siwz po terminie składania ofert, a wszelkie zmiany interpretacyjne postanowień siwz są niedopuszczalne w trakcie oceny ofert. Usunięcie wady spowodowałoby konieczność zmiany zapisów siwz, co jest niemożliwe, mając na uwadze art. 38 ust. 4 ustawy pzp.

Wskazał na znaczenie siwz jako najważniejszego dokumentu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Strony postępowania odwoławczego przedstawiły stanowiska.

Odwołujący w związku z odpowiedzią na odwołanie zauważył, że zawiera ona głównie argumentację, którą podano w decyzji o unieważnieniu postępowania. Podkreślił, że nie wystąpiły wady w postępowaniu mające wpływ na wynik postępowania. Zauważył, że stanowisko jest zgodne ze wskazanym w wyroku SO w Warszawie przywołanym przez zamawiającego. Zauważył, że ewentualne zastrzeżenia do kryteriów oceny ofert w SIWZ, które byłyby podnoszone w toku postępowania nie doprowadziłyby do stwierdzenia zaistnienia istotnej wady i w konsekwencji decyzji o unieważnieniu postępowania. Przypomniał, że proponowane w odwołaniu metody oceny ofert są przykładowe. Podkreślił, że unieważnienie postępowania to czynność wyjątkowa. Zauważył, że ewentualnym nowym postępowaniem na ten sam przedmiot zamówienia nastąpi zmniejszenie konkurencyjności. Jako dowody na poparcie stanowiska złożył oferty i informacje z otwarcia ofert w analogicznych postępowaniach zakończonych wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej. Przypomniał, że w każdym wariantcie oceny ofert wynik postępowania, a w szczególności kolejność ofert jest ustalona i nie uległaby zmianie. Zauważył, że zamawiający jako prowadzący postępowanie odpowiada za jego prawidłowy przebieg, w tym sposób oceny ofert z uwzględnieniem przez siebie kryteriów oceny ofert. Natomiast zamawiający w tym postępowaniu nie skorzystał ze swojej roli jako gospodarza i postępowanie unieważnił.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Zgodnie ze stanowiskiem z pisma. Stwierdził, że na etapie oceny ofert nie było możliwości dokonania oceny w spornym kryterium. Komisja przetargowa nie czuła się uprawniona do zastosowania jednego z wielu możliwych wariantów dokonywania oceny w sposób, który byłby zgodny z zasadami ustawy PZP. Uznano zatem, że wada w opisie w tym kryterium uniemożliwia dokonanie prawidłowej oceny i ustalenia wyników postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy tj. dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obejmującą w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawierającej opis sposobu oceny ofert w ustalonych kryteriach, treść złożonych ofert, jak również stanowiska stron i na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Jest wysoce prawdopodobne, że w następstwie uwzględnienia odwołania, w wyniku przewidywalnej sekwencji zdarzeń, realna byłaby możliwość ubiegania się przez odwołującego o udzielenie mu zamówienia.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów w ustalonym w postępowaniu stanie faktycznym, Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Skład orzekający uznaje okoliczności faktyczne sprawy za wyjaśnione i prowadzące do wniosku, że odwołanie nie może być uwzględnione.

W pierwszej kolejności Izba przyznaje rację odwołującemu, że ewentualne zastrzeżenia do ustalonych kryteriów oceny ofert w SIWZ, które byłyby podnoszone w toku postępowania nie doprowadziłyby w konsekwencji do decyzji o unieważnieniu postępowania. W razie potwierdzenia takich wad, jakie w istocie stwierdzono w ocenianym przedmiotowym postępowaniu, najprawdopodobniej zamawiający dokonałby zgodnie ze swymi uprawnieniami jako prowadzący postępowanie, zmianę treści siwz przez jej modyfikację uwzględniającą konieczność ustalenia sposobu oceny oferty w kryterium pozacenowym w razie przedstawienia przez wykonawcę kilku wartości dla jednego kryterium. O ile jednak taka możliwość istnieje w toku postępowania, to od momentu otwarcia ofert zmiany treści specyfikacji są oczywiście niedopuszczalne. Należy zauważyć, że zarówno odwołujący jak i zamawiający w istocie zgodnie potwierdzają, że użycie przy ocenie ofert w spornym kryterium wzoru przewidującego w siwz jedną wartość dla kryterium sprawności przy przedstawieniu w ofercie trzech różnych wartości, nie jest możliwe. Właśnie wskutek takiej oceny odwołujący przedstawił kilka różnych wariantów wyceny kryterium, przez przyjęcie jako podstawę obliczeń sprawność maksymalną, średnią i zerową, a także ewentualnie inne metody z wynikiem wskazującym na ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą.

Argumentacja odwołującego zasługuje na uwagę także wobec stwierdzenia, że w przedmiotowym postępowaniu kryterium sprawności kotła, bez względu na fakt, która z wartości zostanie przyjęta przez Zamawiającego do obliczenia punktacji oraz bez względu na fakt, czy zostanie ono pominięte nie wpływa na ukształtowanie punktacji Wykonawców i ich pozycji rankingowej. Wydawałoby się zatem, że zgodnie z sugestią odwołującego możliwe jest „wyjście ze swoistego impasu wynikłego z redakcji postanowień SIWZ” przez przyjęcie jednego z wielu możliwych wariantów oceny. Należy jednak w tym miejscu zauważyć, że właśnie przyjęcie jakiegokolwiek wariantu, w tym jednego z przedstawionych tytułem przykładu przez odwołującego, nie miałoby oparcia i podstawy w wiążących postanowieniach siwz. Jeżeli nawet teza, że przy każdej z przedstawionych metod wyceny najkorzystniejszy wynik przypadłby ofercie odwołującego, to jednocześnie nie da się uniknąć jednoznacznego stwierdzenia, że ustalenie wyniku nastąpiłoby z naruszeniem postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zatem zaistniałaby istotna wada postępowania.

Skoro zatem zamawiający nie przewidział w siwz sytuacji, w której zostaną zaoferowane różne wartości sprawności kotła na biomasę dla kryterium Sprawność kotła, nie miał możliwości w zgodzie z siwz dokonania prawidłowej oceny ofert zgodnie z przepisami ustawy. Kryteria oceny ofert określone w siwz powinny umożliwiać późniejszą weryfikację prawidłowości oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Opis stosowania kryteriów oceny ofert powinien być jednoznaczny, czytelny i niepozostawiający swobody interpretacji, a taką interpretację, wykraczającą poza postanowienia siwz sugeruje odwołujący

Zgodnie art. 91 ust. 1 pzp zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów, jakie zostały określone w siwz. Według art. 91 ust. 2d określa się kryteria w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawionych przez wykonawców. Kryteria muszą dać się policzyć na podstawie przyjętych wartości wskazanych w ofercie. Treść kryteriów musi zapewnić ocenianie wszystkich ofert na takich samych, niebudzących wątpliwości interpretacyjnych zasadach, a wykonawcy nie powinni mieć trudności we właściwym formułowaniu ofert. Zatem wskazane w rozstrzygnięciu zamawiającego o unieważnieniu postępowania niedoprecyzowania w siwz opisu kryteriów oceny ofert w zakresie sprawności kotła na biomasę w przypadku wskazania sprawności kotła dla każdego rodzaju kotła skutkuje brakiem możliwości dokonania prawidłowej oceny ofert, co z kolei skutkuje brakiem możliwości dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy pzp. W zaistniałej sytuacji każdy wybór oferty najkorzystniejszej prowadziłby do wyboru nieuprawnionego sposobu oceny ofert, niedookreślonego w siwz. Skoro nieprecyzyjny opis sposobu oceny ofert na podstawie kryterium z siwz w przypadku wskazania różnych sprawności kotła nie może być zakwalifikowany jako możliwy do poprawienia na tym etapie błąd uzasadnione jest uznanie, że wobec niemożności wyboru najkorzystniejszej oferty postępowanie obarczone jest wadą zobowiązującą zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy pzp.

Zgodnie z art. 93 ust 1 pkt 7 pzp zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia , jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Uznając, że opisana przesłanka unieważnienia postępowania ziściła się w rozpatrywanej sprawie, skład orzekający rozstrzygnął, jak w sentencji, zauważając że wada w treści siwz ma w aktualnej fazie postępowania charakter nieusuwalny.

Usunięcie wady powodowałoby konieczność zmiany zapisów siwz, co jest niemożliwe, mając na uwadze art. 38 ust. 4 ustawy pzp.

Kwestionowana czynność Zamawiającego była zatem zgodna z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i ich nie naruszyła.

Mając na względzie stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy 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 ze zm.). Nie zasądzono kosztów postępowania na rzecz zamawiającego, wobec nieprzedłożenia na tę okoliczność rachunku zgodnie z wymogiem rozporządzenia wskazanego w zdaniu poprzednim.

.....