

WYROK
z dnia 22 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Nabino Sp. z o.o. oraz Infomex Sp. z o.o., z siedzibą dla lidera konsorcjum ul. Wróblewskiego 18, 93-578 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowy Bank Polski, ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i dokonanie ponownego badania i oceny ofert.**
- 2. kosztami postępowania obciąża Narodowy Bank Polski, ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Nabino Sp. z o.o. oraz Infomex Sp. z o.o., z siedzibą dla lidera konsorcjum ul. Wróblewskiego 18, 93-578 Łódź tytułem wpisu od odwołania.**
 - 2.2. zasądza od Narodowego Banku Polskiego, ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa na rzecz Nabino Sp. z o.o. oraz Infomex Sp. z o.o., z siedzibą dla lidera konsorcjum ul. Wróblewskiego 18, 93-578 Łódź kwotę 18 600 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych), stanowiącą wysokość wpisu oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

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

Zamawiający – Narodowy Bank Polski prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa systemu zintegrowanych serwisów internetowych NBP. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2012/ S 61-099367 z dnia 28 marca 2012 roku.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegających na:

1. odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako sprzecznej z siwz;
2. odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 jako oferty zawierającej rażąco niską cenę co potwierdzają złożone wyjaśnienia;
3. unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp ze względu na brak ofert niepodlegających odrzuceniu;
4. unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp ze względu na istotną zmianę okoliczności powodującą, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym czego nie można było przewidzieć;
5. unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp ze względu na wadę postępowania, która nie może być usunięta i jednocześnie uniemożliwia zawarcie umowy nie podlegającej unieważnieniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, powtórzenie oceny ofert i dokonania wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący nie zgadzając się z decyzją zamawiającego o odrzuceniu jego oferty z uwagi na niezgodność jej treści z treścią siwz, zwrócił uwagę, że ocena oferty winna być dokonywana wg zasad ustalonych w siwz, co nie może być uznane za równoznaczne z obowiązkiem spełniania przez zamawiany system wszystkich wymagań na dzień składania ofert. Siwz dotyczy budowy systemu, a więc dopiero w toku realizacji zamówienia system ma osiągnąć funkcjonalności żądane w specyfikacji. Ponadto, odwołujący wskazał na pytanie nr 24 i udzieloną w dniu 24 lipca 2014 roku odpowiedź, gdzie wyjaśnił, że wskazanie, iż system nie posiada którejs z kluczowych funkcji nie będzie skutkowało odrzuceniem oferty lecz jedynie uzyskaniem zerowej oceny za daną funkcję. Odwołujący wskazał więc w ofercie, że system

który jest w posiadaniu odwołującego, na dzień składania ofert nie spełnia kilku funkcji. Jednocześnie zadeklarował, że oferta jest zgodna z siwz przez co potwierdził, że wszystkie wymagania zdefiniowane w siwz spełni. Pogląd ten zdawał się dzielić także zamawiający, który jeszcze 2 grudnia 2014 roku, mając świadomość, że system nie posiada pewnych funkcji prosił o wyjaśnienia w jaki sposób odwołujący ma zamiar wykonać te moduły. Odwołujący powołał się na orzecznictwo KIO, zgodnie z którym wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności zawarte w postanowieniach siwz należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, bowiem to zamawiającego obciąża obowiązek takiego przygotowania postanowień siwz, aby były one jednoznaczne i nie budziły wątpliwości.

Nie zgadzając się z odrzuceniem oferty z powodu rażąco niskiej ceny, podniósł, iż zamawiający wniosek taki wywodzi z nietrafnego przyjęcia, że w wyjaśnieniach dotyczących ceny odwołujący potwierdził, że złożona przez niego oferta nie obejmuje kluczowych funkcji wymaganych siwz, co w ocenie zamawiającego dowodzi, że cena nie jest ceną za całość przedmiotu zamówienia. Odwołujący podniósł, że w pkt II wyjaśnień z dnia 25 września 2014 roku, wskazano jednoznacznie, że wszystkie usługi objęte przedmiotem oferty zostały skalkulowane zgodnie z potrzebami opisanymi w siwz, a kalkulacja została opracowana w oparciu o siwz z uwzględnieniem wszystkich elementów kosztotwórczych. Zamawiający wywodzi, że cena oferty jest zaniżona, gdyż nie wyceniono wszystkich funkcjonalności. Nie zgadzając się z tym twierdzeniem odwołujący wskazuje, że fakt posiadania przez system w chwili złożenia oferty 90% żądanych funkcjonalności umożliwia obniżenie ceny, gdyż jedynie niewielka część z nich wymaga opracowania. Podkreślił, że zarzut braku ujęcia w cenie oferty kluczowych funkcji wymienionych w poz. 4.9, 5.7 oraz sześciu podpozycjach 7.3.5.2 jest jedyną wskazaną przez zamawiającego przyczyną nieprzyjęcia wyjaśnień ceny rażąco niskiej.

Odnosnie bezpodstawnego unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, podniósł, że zamawiający nie próbuje nawet wskazać jaka okoliczność uległa zmianie. Wskazuje jedynie, że kształt załącznika 1B do Formularza oferty, ustalony przez zamawiającego, przed wszczęciem postępowania i nie modyfikowany w czasie jego trwania, nie odpowiada jego potrzebom i nie pozwala na wybór oferty najkorzystniejszej. Zdaniem odwołującego, nawet gdyby przyjąć, że w załączniku tym popełniono błąd nie pozwoliłoby to na unieważnienie postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Stan faktyczny i prawny nie uległ bowiem zmianie w toku postępowania w stosunku do daty jego wszczęcia. Ponadto powołanie się na tę przesłankę unieważnienia wymaga od zamawiającego prawidłowego posłużenia się pojęciem interesu publicznego, który musi być tożsamy z interesem zamawiającego. Okoliczność wykazania tej przesłanki obciąża zamawiającego, jednak tej przesłanki zamawiający również nie wykazał.

W ocenie odwołującego zamawiający nadużył także przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, wskazując go jako podstawę unieważnienia postępowania mimo iż nie doszło do naruszenia prawa, którego skutek mógłby wpływać na wynik postępowania. Zamawiający zdaje się podejmować próbę nadania tej przesłance znaczenia pozwalającego unieważnić postępowanie, gdy zaczyna on się obawiać czy podjęte przez niego czynności prowadzą do uzyskania efektu, którego oczekuje mimo jego niewyrażenia w siwz. W ten sposób konsekwencjami własnych zaniechań stara się obciążyć wykonawców, co w świetle orzecznictwa KIO oraz zasad korzystania z przepisów prawa cywilnego należy ocenić jako niedopuszczalne. Ze względu na brak wady postępowania, mającej charakter nieusuwalny, unieważnienie postępowania nie może mieć miejsca na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Nie zachodzi także przesłanka unieważnienia z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zdaniem Izby, wypełnione zostały przesłanki materialnoprawne, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniające do wniesienia odwołania tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba ustaliła co następuje:

W rozdziale XIII Kryteria oceny ofert zamawiający wskazał, że ocena oferty w kryterium 2.2.1 warstwa funkcjonalna (15 pkt) będzie dokonana na podstawie Formularza funkcjonalnego (Załącznik nr 1B do Formularza oferty), według którego badana oferta uzyska punkty za spełnienie „kluczowych funkcji systemu. Badana oferta za każdą spełnioną kluczową funkcję otrzyma 1 pkt. Za każdą niespełnioną kluczową funkcję, nie otrzyma punktu.

W odpowiedzi na pytanie nr 24 (pismo zamawiającego z dnia 24 lipca 2014 r.), odnoszące się do zapisów punktu 2.2.1 rozdziału XIII SIWZ, w której wykonawca prosi o wyjaśnienie czy w przypadku, gdyby zaznaczył w formularzu funkcjonalnym załączonym do oferty, że system nie spełnia którejś z kluczowych funkcji zostanie to ocenione wyłącznie przez przyznanie mu za tę funkcję zero punktów, czy też będzie skutkowało odrzuceniem oferty niezgodnej z siwz, zamawiający potwierdził, że za każdą niespełnioną

kluczową funkcję, wykonawca nie otrzyma punktu. Ponadto w odpowiedzi na pytanie nr 25 zamawiający wskazał, że warstwa funkcjonalna będzie oceniana na podstawie Formularza funkcjonalnego (załącznik nr 1B do formularza oferty) na dzień składania ofert.

Odwołujący w Formularzu funkcjonalnym Załącznik nr 1B w kolumnie „czy system spełnia kluczowe funkcje” w ośmiu pozycjach zaznaczył „nie”. W dniu 1 grudnia 2014 roku, zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz sprecyzowania treści oferty i podanie w jaki sposób wykonawca zamierza wykonać moduły (brakujące w formularzu oferty) oraz przedstawienia szczegółowego opisu mechanizmu ich funkcjonowania. Odwołujący, w udzielonych w dniu 4 grudnia 2014 roku, wyjaśnieniach wskazał, że system na dzień składania ofert nie spełnia wszystkich kluczowych funkcji a szczegółowy opis mechanizmów funkcjonowania tych modułów możliwy jest dopiero po „przeprowadzeniu dogłębnej analizy potrzeb zamawiającego tj. na pierwszym etapie wykonywania przedmiotu umowy. W dniu 11 grudnia 2014 roku, zamawiający skierował ponownie pismo o wyjaśnienie ogólnego opisu (zarysu) mechanizmów zapewniających funkcjonalności tych modułów. W wyjaśnieniach z dnia 15 grudnia 2014 roku odwołujący wskazał, że „bardziej szczegółowy opis wymaga przeprowadzenia analizy wymagającej ścisłej współpracy z zamawiającym, ze względu na bardzo indywidualny charakter przedmiotowego zamówienia”.

Pismem z dnia 23 grudnia 2014 roku, zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego oraz unieważnieniu postępowania. W zakresie niezgodności treści oferty z siwz, wskazał, że wymagał, aby wszystkie wymienione w formularzu funkcjonalnym kluczowe funkcje Systemu były spełnione na dzień składania ofert. Zamawiający nie akceptuje sytuacji, w której oferowane rozwiązanie wskazuje na niespełnienie chociażby jednej z kluczowych funkcji systemu (np. kursy walut). Ponadto, podniósł, że zamawiający nie może oceniać oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia bowiem czyni to oferty nieporównywalnymi i zaburza uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców.

Nie można podzielić poglądu wyrażonego w toku rozprawy przez zamawiającego, iż załącznik 1B do formularza oferty – Formularz Funkcjonalny służył nie tylko do oceny ofert w kryterium warstwa funkcjonalna, ale także do opisu przedmiotu zamówienia. Stanowisku temu przeczy treść przywołanych wyżej postanowień siwz, w których zamawiający wskazał wprost iż Formularz Funkcjonalny (załącznik 1B) służy do przyznania punktacji w kryterium warstwa funkcjonalna. Badana oferta uzyskuje punkty za każdą spełnioną kluczową funkcję - 1 pkt, za każdą niespełnioną kluczową funkcję - nie otrzymuje punktu. Cel zastosowania Formularza Funkcjonalnego i sposób przyznania

punktacji został potwierdzony przez zamawiającego w udzielonych odpowiedziach na pytania, w tym w szczególności w odpowiedzi nr 24 z dnia 24 lipca 2014 roku, gdzie zamawiający ponownie wskazał, że za każdą niespełnioną kluczową funkcję, wykonawca nie otrzyma punktu. Oznacza to, że zamawiający dopuszczał sytuację, w której wykonawcy, składając oferty nie zadeklarują spełniania wszystkich kluczowych funkcjonalności, wymienionych w Formularzu Funkcjonalnym- załącznik 1B. W ocenie Izby postanowienia siwz w tym zakresie, jak również sama konstrukcja formularza, zgodnie z którą wykonawca miał złożyć deklarację „tak” lub „nie” odnośnie każdej kluczowej funkcjonalności, są jasne, precyzyjne i nie budzą żadnych wątpliwości. Nawet, jeśli, udzielona w dniu 24 lipca 2014 roku odpowiedź na pytanie nr 24 oraz postanowienia siwz w tym zakresie, nie odpowiadają intencjom zamawiającego, to okoliczność taka, nie może pociągać negatywnych skutków dla wykonawców, którzy działają w zaufaniu do reguł ustalonych przez zamawiającego w toku postępowania o zamówienie publiczne. Z uwagi na powyższe, czynność odrzucenia oferty odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako nieodpowiadającej treści siwz była bezzasadna.

Za niezasadną należy uznać także czynność odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na to, że cena oferty nie obejmuje kluczowych funkcji przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji powoduje, że cena oferty jest ceną rażąco niską. W tym miejscu, wskazać należy, że zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty (pismo z dnia 23 grudnia 2014 roku) w oparciu o przywołaną przesłankę, wskazał jedynie na jeden faktyczny powód swojej decyzji – brak uwzględnienia w ofercie wszystkich kluczowych funkcji (elementów) przedmiotu zamówienia. Z uwagi na okoliczność, iż brak wskazania kluczowych funkcjonalności stanowić mógł wyłącznie powód braku przyznania punktacji, argumentacja zamawiającego w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny i braku wyceny wszystkich funkcji systemu jest bezpodstawna. Stwierdzić należy, że zamawiający, stawiając zarzut rażąco niskiej ceny, nie zakwestionował w uzasadnieniu odrzucenia oferty żadnych okoliczności, wskazanych w udzielonych mu przez wykonawcę wyjaśnieniach z dnia 25 września 2014 roku. Zamawiający nie odniósł się do treści udzielonych wyjaśnień, podniesionych w nich okoliczności wskazanych przez odwołującego, elementów mających wpływ na wysokość ceny. Argumenty zamawiającego przywołane w odpowiedzi na odwołanie z dnia 16 stycznia 2015 roku tj. koszty prac programistów, inżynierów, czasochłonność i pracochłonność związana z realizacją systemu informatycznego, jako nie będące podstawą odrzucenia oferty odwołującego nie mogą być przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

Konsekwentnie, z uwagi potwierdzenie się zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, niezasadnym było unieważnienie postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu.

Zdaniem Izby w sprawie nie zaistniały także podstawy do unieważniania postępowania w oparciu o przesłanki, wynikające z treści art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp. W pierwszej kolejności podnieść należy, że unieważnienie postępowania jest instytucją wyjątkową w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i powinno być stosowane rozważnie. Należy mieć bowiem na uwadze, że celem postępowania jest - zgodnie z art. 2 pkt 7a ustawy Pzp - wyłonienie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę i z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Przesłanki unieważnienia postępowania podlegają wykładni ścisłej, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia, zarówno w zakresie okoliczności faktycznych jak i prawnych spoczywa na zamawiającym (wyrok z 23 września 2011 r., KIO 1948/11).

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowania, jeśli nastąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub zawarcie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Przesłanki unieważnienia postępowania powinny zaistnieć kumulatywnie, a brak wystąpienia jednej z nich powoduje, że unieważnienie postępowania jest niedopuszczalne. Zmiana okoliczności, o której mowa w przywołanym przepisie musi mieć charakter zewnętrzny wobec zamawiającego, w tym znaczeniu, że jej zaistnienie jest niezależne od samego zamawiającego. Zmiana taka może wynikać z aktu prawnego wiążącego zamawiającego i stanowiącego źródło prawa (wyrok Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie z IV Ca 527/11 *niepubl.*). W rozpatrywanym stanie faktycznym, w toku postępowania nie doszło przede wszystkim do jakiegokolwiek zmiany okoliczności, która mogłaby spowodować, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym. Za zmianę taką nie można uznać, wskazanych przez zamawiającego, udzielonych w dniu 24 lipca 2014 roku, wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zmiana ta jest jedynie wynikiem działania samego zamawiającego i jako taka, nie mieści się w kategorii istotnych zmian okoliczności, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W sytuacji stwierdzenia braku wystąpienia w toku postępowania istotnej zmiany okoliczności dalsze rozważania zamawiającego poczynione w odpowiedzi na odwołanie w zakresie „interesu publicznego” są bezprzedmiotowe.

W rozpatrywanym postępowaniu zamawiający nadużył także przesłanki unieważnienia postępowania, wynikającej z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny dla spełnienia tej przesłanki unieważnienia postępowania wadą musi zostać dotknięte samo postępowanie o zamówienie publiczne i wada ta musi mieć charakter nieusuwalny, wywierający wpływ na umowę. Przepis ten odwołuje się do takiej sytuacji, w której w toku postępowania o zamówienie publiczne doszło do popełnienia takiego naruszenia, które skutkowałoby koniecznością unieważnienia przyszłej umowy w sprawie tego zamówienia publicznego. Zdaniem Izby, zamawiający w tym postępowaniu w istocie nie wykazał, jaka wada postępowania mogłaby spowodować unieważnienie przyszłej umowy. Za wadę postępowania, nie można uznać wskazanej przez zamawiającego okoliczności, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia w sposób niejednoznaczny opisywała kluczowe funkcje systemu zintegrowanych serwisów internetowych. Nie jest to wada odnosząca się do samego postępowania o zamówienie publiczne i z całą pewnością nie może ona powodować skutku w postaci unieważnienia przyszłej umowy.

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, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: