

**Sygn. akt: KIO 1512/13**

**WYROK**  
**z dnia 8 lipca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 lipca 2013 r.** w Warszawie odwołania z dnia **21 czerwca 2013 r.** wniesionego przez wykonawcę **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej, ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa,**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101 i poz. 1529) 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:**

.....

Sygn. akt: KIO 1512/13

## Uzasadnienie

Zamawiający **Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej, ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Aktualizacja programu wodno-ściekowego kraju«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 12.02.2013 r. pod nrem 2013/S 030-047213.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101 i poz. 1529) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający powiadomił 11.06.2013 r. wykonawców o unieważnieniu postępowania.

Wykonawca **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 21.06.2013 r. do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp polegające na unieważnieniu postępowania, pomimo że nie zachodzi żadna przesłanka unieważnienia, w szczególności postępowanie nie jest obarczone nieusuwalną wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy;
- 2) naruszenie art. 186 ust. 2 in fine Pzp polegające na zaniechaniu wykonania czynności opisanych w żądaniach odwołania z 23 maja 2013 r. (sprawa KIO 1222/13), które zostało uwzględnione w całości przez zamawiającego, tj. na zaniechaniu ponownej merytorycznej oceny ofert i w jej wyniku:
  - a) wykluczenia wykonawcy Ove Arup & Partners International Limited, Wielka Brytania (dalej jako: wykonawca Ove Arup),
  - b) przyznania odwołującemu 15 punktów w zakresie podkryterium „zgodność z wymaganiami m.in. ustawy Prawo wodne i Ramowej Dyrektywy Wodnej”, a w

- konsekwencji 51,75 punktów łącznie w zakresie kryterium „Koncepcja realizacji pracy opisanej w załączniku nr 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”,
- c) powtórnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i o:

- 1) nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania
- 2) nakazanie ponownej oceny ofert i o:
  - a) wykluczenia wykonawcy Ove Arup z postępowania,
  - b) przyznania odwołującemu, w odniesieniu do kryterium „Koncepcja realizacji pracy opisanej w załączniku nr 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”, 15 punktów w zakresie podkryterium „zgodność z wymaganiami m.in. ustawy Prawo wodne i Ramowej Dyrektywy Wodnej” i w konsekwencji: 51,75 punktów łącznie w zakresie kryterium „Koncepcja realizacji pracy opisanej w załączniku nr 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”,
  - c) w konsekwencji: wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

### **Argumentacja odwołującego**

1. W piśmie z 11.06.2013 r., zawierającym powiadomienie o unieważnieniu postępowania, zamawiający powołał się na przesłankę wymienioną w **art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp**. Uzasadniając swoją decyzję stwierdził jedynie, że „po analizie obliczenia punktów w poszczególnych kryteriach stwierdził, że inna wartość kryteriów została podana w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, a inna wartość kryteriów jest zastosowana w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”. Zamawiający wskazał ponadto, że „przy powtórnym ogłoszeniu doda w opisie przedmiotu zamówienia elementy, które wynikają z dyrektyw unijnych i będą miały wpływ na realizację zamówienia”. Decyzja zamawiającego jest niezrozumiała i nieuzasadniona.

2. **Art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp** nie ma charakteru samodzielnego, lecz odsyła do innych norm ustawy, regulujących kwestię unieważnienia umowy, które z kolei odsyłają do przepisów dotyczących zasad prowadzenia postępowania. Decyzja o unieważnieniu nie może być też podejmowana dowolnie, lecz musi mieć oparcie w konkretnym przepisie ustawy.

Podstawowym celem postępowania jest doprowadzenie do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a unieważnienie z założenia powinno być działaniem wyjątkowym, stosowanym tylko w sytuacjach ściśle określonych w ustawie. Samo powołanie w

uzasadnieniu **art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp** nie może być uznane za wykazanie przez zamawiającego podstaw prawnych do unieważnienia postępowania. W ocenie odwołującego, już fakt niewskazania przez zamawiającego podstawy prawnej unieważnienia postępowania przesądza o wadliwości tej czynności.

3. Skoro unieważnienie postępowania na podstawie **art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp** wymaga istnienia sytuacji, w której umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta w wyniku postępowania podlegałaby unieważnieniu, obowiązkiem zamawiającego jest także jednoznaczne wykazanie ewentualnej podstawy unieważnienia umowy (tak np. w wyroku KIO z 7 lutego 2013 r., KIO 154/13). Tymczasem zamawiający wskazał jedynie ogólnie na dwa zagadnienia:

- 1) różnica między „wartością kryteriów” opublikowaną w ogłoszeniu, a „wartością kryteriów” ujętą w specyfikacji;
- 2) zamiar uzupełnienia przedmiotu zamówienia o „elementy, które wynikają z dyrektyw unijnych”.

Takie uzasadnienie decyzji o unieważnieniu postępowania trudno uznać za precyzyjne, jasne i przekonujące.

4. Przede wszystkim zamawiający nie wyjaśnił, dlaczego uznał, że „wartość kryteriów” różni się w ogłoszeniu i specyfikacji. Opis kryteriów ujęty w ogłoszeniu o zamówieniu był następujący:

»IV.2. Kryteria udzielenia zamówienia

IV.2.1) Kryteria udzielenia zamówienia

Oferta najkorzystniejsza ekonomicznie z uwzględnieniem kryteriów kryteria określone poniżej

Cena. Waga 40

Koncepcja realizacji pracy. Waga 60

IV.2.2) Informacje na temat aukcji elektronicznej

Wykorzystana będzie aukcja elektroniczna – nie«.

Z kolei opis kryteriów został ujęty w **pkt 13** specyfikacji. Zamawiający powtórzył treść ogłoszenia w **pkt 13.1** specyfikacji, opisując dwa kryteria: cenę (z wagą 40%) oraz pozacenowe kryterium w postaci oceny koncepcji realizacji pracy opisanej w załączniku nr 1 specyfikacji (z wagą 60%).

»13. Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty:

13.1. Ocena ofert nastąpi na podstawie dwóch kryteriów:

Cena – waga 40%

Koncepcja realizacji pracy opisanej w załączniku nr 1 specyfikacji – waga 60%«.

W dalszej części specyfikacji został określony sposób oceny ofert. Przede wszystkim sprecyzowano go dla kryterium pozacenowego, gdzie zamawiający doprecyzował, w jakich aspektach będzie podlegać ocenie koncepcja realizacji pracy. Określono też, że koncepcja realizacji pracy przedstawiona przez wykonawcę będzie oceniana indywidualnie przez poszczególnych członków Komisji, przy czym liczba uzyskanych przez ofertę na podstawie omawianego tu kryterium będzie „średnią arytmetyczną (policzoną z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku) ilości punktów przyznanych ofercie przez wszystkich członków Komisji”.

Jak wynika z zacytowanych wyżej postanowień **sekcji IV.2 ogłoszenia** i **pkt 13.1 specyfikacji**, w obydwu dokumentach wskazano dokładnie te same kryteria z dokładnie tymi samymi wagami. Trudno zatem zgodzić się z tezą o istnieniu różnicy między „wartością kryteriów” opublikowaną w ogłoszeniu, a „wartością kryteriów” ujętą w specyfikacji.

Ogłoszenie i specyfikacja nie są identyczne, bo opis zawarty w postanowieniach specyfikacji jest obszerniejszy i szczegółowszy od ogłoszenia, skoro zgodnie z **art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp** powinna obejmować nie tylko sam opis kryteriów, ale także podanie ich znaczenia oraz sposobu oceny oferty.

5. Tym bardziej niezrozumiałe jest wskazanie w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu, że „przy powtórny ogłoszeniu [zamawiający] doda w opisie przedmiotu zamówienia elementy, które wynikają z dyrektyw unijnych i będą miały wpływ na realizację zamówienia”. Stwierdzenie to jest tak ogólne, że trudno się do niego odnieść merytorycznie. Jednak nawet jeśli przyjąć, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób nieodpowiadający w pełni swoim potrzebom, nie ulega wątpliwości, że – tak jak wszelkie inne przypadki „niepełnego” opisu przedmiotu zamówienia – nie jest to podstawa do unieważnienia postępowania (tak np. w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 14 sierpnia 2012 r., V Ca 788/12).

6. Zastosowanie **art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp** jest możliwe tylko wówczas, gdy w razie podpisania umowy zachodziłaby jedna ze szczegółowych przesłanek unieważnienia umowy, opisanych w **art. 146 ust. 1 Pzp**, lub generalna przesłanka z **art. 146 ust. 6 Pzp**. Zamawiający nie odwołał się do żadnej tych przesłanek w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania, mimo że to na nim spoczywa ciężar wykazania podstaw unieważnienia.

Niezależnie od tego, odwołujący podkreśla, że żadna z tych przesłanek nie mogłaby zostać zastosowana w przedmiotowym postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, że przesłanki z **art. 146 ust. 1 Pzp** w ogóle nie odnoszą się ani do problematyki kryteriów ocen, ani do opisu przedmiotu zamówienia. Z kolei zastosowanie **art. 146 ust. 6 Pzp** wymagałoby wykazania

naruszenia konkretnego przepisu ustawy oraz uzasadnienia, że to naruszenie miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania (tzn. gdyby nie to konkretne naruszenie przepisów, postępowanie zakończyłoby się wyborem innej oferty). Żadna z tych kwestii nie została poruszona przez zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania. Wskazując ogólnikowo na opisane wyżej zagadnienia opisane w piśmie z 11.06.2013 r., zamawiający nie wykazał, że są one przejawem naruszenia przepisów ustawy, ani nie wskazał, jaki konkretnie przepis ustawy został naruszony. W ocenie odwołującego, nie doszło do naruszenia żadnego przepisu ustawy, czyli tym bardziej nie ma mowy o wpływie jakiegось naruszenia na wynik postępowania.

7. Rzekome uchybienia, stanowiące – według zamawiającego – podstawę do unieważnienia postępowania, nie zostały dostrzeżone na wcześniejszych etapach postępowania przez wykonawców ani przez zamawiającego.

8. Po pierwsze, wykonawcy nie wnieśli ani jednego odwołania wobec treści ogłoszenia lub specyfikacji. Zagadnienia poruszane przez zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania nie były też poruszane we wnioskach o wyjaśnienie treści specyfikacji, mimo że część z nich dotyczyła kryteriów oceny (wykonawcy wnioskowali o doprecyzowanie sposobu oceny koncepcji realizacji zamówienia, a zamawiający 12.03.2013 r. opublikował stosowne wyjaśnienia).

9. Po drugie, warto wskazać, że unieważnienie postępowania, jest trzecią z kolei czynnością zamawiającego *kończącą to* samo postępowanie. Według pierwszego rozstrzygnięcia (pismo z 12.04.2013 r.), spośród czterech złożonych ofert, za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy Ove Arup.

Odwołujący zaskarżył tę czynność, zarzucając naruszenie **art. 91 ust. 1 Pzp** (wadliwa ocena ofert odwołującego i wykonawcy Ove Arup) i **art. 26 ust. 3 Pzp** (zaniechanie wezwania wykonawcy Ove Arup do uzupełnienia dokumentów). Żądania obejmowały przyznanie odwołującemu większej liczby punktów w zakresie kryterium oceny koncepcji (do 51,75 punktów), zmniejszenia liczby punktów przyznanych wykonawcy Ove Arup (do 53 punktów) oraz wezwania wykonawcy Ove Arup do uzupełnienia szeregu dokumentów podmiotowych w trybie **art. 26 ust. 3 Pzp**. Odwołanie to zostało uwzględnione w całości przez zamawiającego, a KIO postanowiła umorzyć postępowanie (postanowienie z 6 maja 2013 r., KIO 937/13).

Na skutek ponownego rozstrzygnięcia postępowania (pismo z 13.05.2013 r.), zamawiający ponownie uznał za najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Ove Arup. Ta czynność również została zaskarżona przez odwołującego. Odwołujący zarzucał zaniechanie

wykluczenia z postępowania wykonawcy Ove Arup mimo nieprawidłowego uzupełnienia dokumentów, a także zaniechanie wykonanie niektórych czynności objętych żądaniem wcześniejszego odwołania (zamawiający nie przyznał odwołującemu większej liczby punktów w ramach kryterium oceny koncepcji, czyli nie wykonał jednego z trzech żądań pierwszego odwołania). Także to odwołanie zostało uwzględnione w całości przez zamawiającego, co skutkowało umorzeniem postępowania przez Krajową Izbę Odwoławczą (postanowienie z 29 maja 2013 r., KIO 1222/13).

Jak wynika z **art. 186 ust. 2 Pzp**, uwzględnienie tego odwołania nałożyło na zamawiającego obowiązek wykonania żądań zawartych w odwołaniu, obejmujących wykluczenie wykonawcy Ove Arup, przyznanie odwołującemu łącznie 51,75 punktów w ramach kryterium oceny koncepcji i powtórnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, co powinno skutkować wyborem oferty odwołującego. Zamiast tego, zamawiający podjął jednak decyzję o unieważnieniu postępowania.

10. Zamawiający dwukrotnie rozstrzygnął postępowanie merytorycznie i nie dostrzegł wówczas żadnych uchybień w sposobie jego prowadzenia, wybrał najkorzystniejszą ofertę i poinformował o zamiarze zawarcia umowy z wybranym wykonawcą. Dopiero obecnie, na podstawie tego samego brzmienia ogłoszenia i specyfikacji, zamawiający dostrzegł w nich podstawę do unieważnienia postępowania z powodu (nieopisanego bliżej) uchybienia. W tym kontekście podjęcie przez zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania jest jeszcze bardziej zaskakujące.

Zamawiający nie miał podstaw do unieważnienia postępowania, a zamawiający postępując prawidłowo i zgodnie z przepisami ustawy powinien wybrać ofertę odwołującego, jako najkorzystniejszą w świetle kryteriów opisanych w ogłoszeniu i specyfikacji.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **21.06.2013 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **24.06.2013 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

**27.06.2013 r.** wykonawca Ove Arup & Partners International Ltd. sp. z o.o. Oddział w Polsce złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp), jednak wykonawca ten nie mógł stać się uczestnikiem postępowania, gdyż nie wykazał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Przepis art. 185 ust. 2 Pzp brzmi: „Wykonawca może



zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie”.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez zamawiającego:**

- 1) (dowód nr 1) pismo własne z obliczeniami, z których wynika, że zgodnie z informacjami podanymi w ogłoszeniu wykonawca mógłby otrzymać 40 pkt za cenę i 60 pkt za koncepcję, natomiast zgodnie ze wzorem w specyfikacji wykonawca mógłby otrzymać odpowiednio 30,77 pkt i 69,23 pkt w związku z tym koncepcja miałaby znacznie większą wagę w specyfikacji niż wskazana w ogłoszeniu, a z tych wyników zamawiający wywodzi, że liczba punktów, które wykonawca może uzyskać jest inna w ogłoszeniu i inna w specyfikacji;**

**dowodu złożonego przez odwołującego:**

- 2) (dowód nr 2) wyliczenie wyników postępowania zgodnie z metodą zawartą w ogłoszeniu i w specyfikacji z podstawieniem do wzorów faktycznych danych z postępowania, z których odwołujący wywodzi, że w obu przypadkach zostałyby uzyskana ta sama kolejność wykonawców w rankingu ofert**

**– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia **art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp** przez unieważnienie postępowania, pomimo że nie zachodzi żadna przesłanka unieważnienia, w szczególności postępowanie nie jest obarczone nieusuwalną wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy – nie zasługuje na uwzględnienie. Art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp brzmi: „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli [...] postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Zamawiający zamieścił w sekcji IV.2. „Kryteria udzielenia zamówienia” ogłoszenia o zamówieniu informację o kryteriach, którymi będzie się powodował podczas wyboru najkorzystniejszej oferty, cyt. »Cena. Waga 40. Koncepcja realizacji pracy. Waga 60«.

Zgodnie z art. 41 pkt 9 Pzp zamawiający ma obowiązek zawrzeć w ogłoszeniu informację o kryteriach wyboru ofert i znaczeniu tych kryteriów, a przepis art. 41 pkt 9 Pzp brzmi: »Ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 40 ust. 1 Pzp, zawiera co najmniej [...] kryteria oceny ofert i ich znaczenie«. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp zamawiający ma obowiązek zawrzeć takie same informacje w specyfikacji, a przepis art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp brzmi: Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej [...] opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert”.

Zamawiający w obu tych miejscach ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji wskazał te same kryteria: cena i koncepcja realizacji pracy przyznając im nominalnie te same wagi, odpowiednio 40% i 60%. Jednak w sposobie oceny ofert zamawiający podał trzy wzory, które zastosuje wybierając najkorzystniejszą ofertę:

$$1) C = \frac{C_{\min}}{C_{\text{bad}}} \times 40 \text{ pkt}$$

2) Koncepcja realizacji pracy (K) – maksymalna ilość punktów, jaką może uzyskać oferta – 60 pkt

3) Ostateczna ilość punktów ( $P_o$ ) przyznanych ofercie wykonawcy obliczona zostanie na podstawie wzoru (z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku):

$$P_o = C \times 0,40 + K \times 0,60$$

Zastosowanie wszystkich trzech wzorów podanych w specyfikacji powoduje, że nominalne wyniki z pierwszych dwóch wzorów są jeszcze raz mnożone przez współczynniki wagowe danych kryteriów. Powtórne pomnożenie częściowych wyników powoduje, że stosunek przyznawanych punktów [cena – 40 i koncepcja – 60] ulega poważnej zmianie po

przemnożeniu poszczególnych składników przez współczynniki 0,40 i 0,60. W efekcie – zamiast podanego w sekcji IV.2.1 ogłoszenia i w części wstępnej ust. 13.2 na str. 11 specyfikacji – stosunek do siebie tych wag [cena – 40 i koncepcja – 60] zostaje zmieniony na nowy stosunek wag o proporcjach: cena – 30,77 i koncepcja – 69,23.

Odwołujący stwierdza, że dodatkowe przemnożenie wyników w poszczególnych kryteriach o czynniki wagowe tych kryteriów (0,40 i 0,60) nie wpływa na ostateczny ranking ofert złożonych w postępowaniu (dowód nr 2). W związku z tym zamówienie nie powinno być unieważnione, gdyż zastosowanie wzoru  $P_o = C \times 0,40 + K \times 0,60$  nie ma wpływu na wynik postępowania.

Skład orzekający Izby stwierdza, że w cytowanych przepisach art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp i art. 40 ust. 1 Pzp zostało użyte to samo wyrażenie „kryteria oceny ofert” („opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty” – art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp i „kryteria oceny ofert” – art. 41 pkt 9 Pzp) i „znaczenia tych kryteriów” („znaczenia tych kryteriów” – art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp i „ich [kryteriów oceny ofert] znaczenie” – art. 41 pkt 9 Pzp).

W art. 36 ust. 1 pkt 13 i art. 41 pkt 9 Pzp została zachowana przez ustawodawcę zasada formułowania przepisów wyrażona w § 10 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz. U. Nr 100, poz. 908). Przepis ten brzmi: „Do oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami”.

W związku z tym przyjmuje się, że znaczenie kryteriów opisane w ogłoszeniu o zamówieniu musi być takie samo jak znaczenie kryteriów opisane w specyfikacji.

Tak również powszechnie przyjmują to wykonawcy i zapoznając się tylko z ogłoszeniem o zamówieniu mogą podjąć decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu albo – widząc zbyt małe szanse na wygranie postępowania – mogą podjąć decyzję o nie braniu udziału w postępowaniu. Wiadomość o kryteriach oceny ofert i ich znaczeniu jest jedną z ważniejszych informacji, którą wykonawcy biorą pod uwagę podejmując decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu. W związku z tym rozbieżność między ogłoszeniem o zamówieniu a specyfikacją w zakresie właściwie 10% znaczenia kryteriów nie może być uznana za niemającą wpływu na wynik postępowania. Mogą znaleźć się podmioty, które uznały na podstawie znaczenia kryteriów podanego w ogłoszeniu, że podmioty te nie są zainteresowane braniem udziału w postępowaniu. Podmioty te, przy znaczeniu kryteriów, które wynika z postanowień specyfikacji, mogłyby być zainteresowane złożeniem ofert.

Odwołujący złożył dowód na wykazanie, że ranking rzeczywiście złożonych ofert – obliczany według wzoru zamieszczonego w ogłoszeniu o zamówieniu i według wzoru zamieszczonego w specyfikacji – jest taki sam. Jednak odwołujący nie wykazał, że żadne

podmioty nie odstąpiły od udziału w postępowaniu po lekturze tylko ogłoszenia o zamówieniu określając, na podstawie proporcji znaczenia kryteriów, że ich szanse na wygranę postępowania są zbyt nikłe oraz że te podmioty nie zmieniliby zdania widząc, że stosunek kryteriów oceny ofert jest o około 10% różny w specyfikacji.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zgodnie ze wzorem zawartym w ogłoszeniu wykonawca może otrzymać maksymalnie do 40 punktów za cenę i do 60 punktów za koncepcję:  $40 + 60 = 100$  punktów. Natomiast zgodnie ze wzorami zawartymi w specyfikacji wykonawca może otrzymać maksymalnie do 30,77 punktów za cenę i do 69,23 punktów za koncepcję.

Liczba punktów możliwych do uzyskania na podstawie wzoru zawartego w specyfikacji wynika z konieczności zastosowania wzoru wskazanego w pkt 3:  $P_o = C \times 0,40 + K \times 0,60$ .

Podstawiając do wzoru z punktu 3 wartości otrzymane w punktach 1 i 2 otrzymuje się:  $P_o = 40 \times 0,40 + 60 \times 0,60 = 16 + 36$  czyli  $P_o = 52$  punkty.

W związku z tym, że muszą być zachowane proporcje między poszczególnymi kryteriami należy podzielić sumy punktów ze wzoru zawartego w pkt 3 specyfikacji, czyli 52 należy podzielić przez 100:  $52 / 100 = 1,92$ . Następnie należy obie strony równania z punktu 3 specyfikacji pomnożyć przez tak uzyskany współczynnik [mnożenie obu stron równania przez ten sam czynnik nie zmienia proporcji składników sumy prawej strony równania ( $C \times 0,40 + K \times 0,60$ )]:

$$\mathbf{1,92} \times (P_o) = \mathbf{1,92} \times (C \times 0,40 + K \times 0,60)$$

$$\mathbf{1,92} \times P_o = \mathbf{1,92} \times C \times 0,40 + \mathbf{1,92} \times K \times 0,60.$$

A po podstawieniu danych możliwych do uzyskania otrzyma się równanie:

$$\mathbf{1,92} \times 52 = \mathbf{1,92} \times 40 \times 0,40 + \mathbf{1,92} \times 60 \times 0,60$$

$$\mathbf{1,92} \times 52 = \mathbf{1,92} \times 16 + \mathbf{1,92} \times 36$$

$$100 = 30,77 + 69,23.$$

Z obliczeń tych wynika, że w specyfikacji zostały zakłócone proporcje wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu z  $C = 40$  i  $K = 60$  na  $C = 30,77$  i  $K = 69,23$ .

Skład orzekający Izby zauważa, że nie wszystkie różnice w konkretnych wzorach zastosowanych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji muszą doprowadzić do konieczności unieważnienia postępowania, gdyż istotne jest zachowanie proporcji stosunków wag poszczególnych kryteriów do siebie. Nie będzie więc takim odstępstwem np. wpisanie w jednym wzorze liczby »20%«, a w drugim wzorze ułamek zwykłego »1/5« czy ułamek dziesiętnego »0,2«, bo są to tylko różne postacie wyrażania tej samej wartości.

Dlatego, skład orzekający – dzieląc pogląd, że w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji muszą znaleźć się finalne takie same dane dotyczące kryteriów oceny ofert i ich

znaczenia – stwierdza, że zamawiający, który odkrył, że w jego procedurze wystąpiła opisywana różnica między treścią ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji może (jest obowiązany) na każdym etapie procedury, do czasu zawarcia umowy, unieważnić postępowanie, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, który brzmi „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli [...] postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”. W związku z tym skład orzekający nie może uwzględnić zarzutu o naruszeniu **art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp** przez bezpodstawne unieważnienie postępowania.

Zamawiający nie wyjaśnił w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, wystosowanym zgodnie z art. 93 ust. 3 Pzp dlaczego uznał, że „wartość kryteriów” różni się w ogłoszeniu i specyfikacji. Przepis art. 94 ust. 3 Pzp brzmi: „O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wszystkich wykonawców, którzy (1) ubiegali się o udzielenie zamówienia – w przypadku unieważnienia postępowania przed upływem terminu składania ofert, (2) złożyli oferty – w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert – podając uzasadnienie faktyczne i prawne”.

Jednak nie miało to wpływu na wynik postępowania, a zwłaszcza na umożliwienie złożenia przez wykonawcę środka ochrony prawnej – odwołania. Ponadto skład orzekający Izby zauważa, że odwołujący orientował się w rozbieżności między wzorami zawartymi w treści ogłoszenia o zamówieniu i treści specyfikacji, czego potwierdzeniem jest złożony na rozprawie przez odwołującego dowód nr 2 z wyliczeniami na podstawie wzorów z ogłoszenia o zamówieniu i ze specyfikacji. Dlatego i ten zarzut nie może być uznany za zasadny.

W związku z koniecznością unieważnienia postępowania nie mogą być uznane za zasadne pozostałe zarzuty odwołującego dotyczące naruszenia art. 186 ust. 2 Pzp.

Zamawiający – unieważniając postępowanie – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez strony. Stany faktyczne przytoczonych wyroków były na tyle różne od rozpoznawanej sprawy, że nie można się powoływać na nie.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....