

Sygn. akt: KIO 2571/15

Sygn. akt: KIO 2581/15

WYROK

z dnia 9 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 25 listopada 2015 r. przez **Comparex Poland Sp. z o.o., ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa,**

B. w dniu 26 listopada 2015 r. przez **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów,**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala, ul. Grójecka 186, 02-390 Warszawa**

przy udziale:

A. **ENGAVE Sp. z o. o., ul. Łopuszańska 32, 02-220 Warszawa** zgłaszającego przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 2571/15 oraz sygn. akt: KIO 2581/15 po stronie zamawiającego.

B. **Comparex Poland Sp. z o. o., ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2581/15 po stronie odwołującego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w toku którego nakazuje: odrzucenie oferty Engave Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz wezwanie Comparex Poland Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań, opisanych w pkt. 5.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia.

1a. nie uwzględnia zarzutu dotyczącego braku wyceny w ofercie Engave Sp. z o.o. wszystkich elementów przedmiotu umowy

2. kosztami postępowania obciąża **Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala, ul. Grójecka 186, 02-390 Warszawa** i :

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących się: **Comparex Poland Sp. z o.o., ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa oraz Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów**, tytułem wpisów od odwołań;

2.2. zasądza od **Narodowego Funduszu Zdrowia Centrala, ul. Grójecka 186, 02-390 Warszawa** na rzecz **Odwołujących się** kwotę **33 600 zł 00gr** (słownie: trzydzieści trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), w tym na rzecz:

A. **Comparex Poland Sp. z o.o., ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa kwotę 15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

B. **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów kwotę 18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie złożonej do akt sprawy faktury.

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

Uzasadnienie

Zamawiający - Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są usługi serwisowe głównych serwerów bazodanowych opartych o platformę Power w Centrali i Oddziałach Wojewódzkich NFZ. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 maja 2015 roku pod poz. 2015/S 099-180102.

W dniu 25 listopada oraz w dniu 26 listopada 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania wykonawców, biorących udział w postępowaniu: Comparex Poland Sp. z o.o. oraz Asseco Poland S.A.. Obaj Odwołujący zarzucili Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Engave Sp. z o.o., mimo że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ. Odwołujący podnieśli, że z uwagi na brak zamieszczenia w ofercie Engave sp. z o.o. wymaganego w pkt 14.2 SIWZ terminu płatności oferta ta podlega odrzuceniu. Odwołujący Comparex Poland sp. z o.o. podniósł, że ewentualne uzupełnienie oferty Engave w zakresie terminu płatności stanowiłoby niedozwoloną zmianę treści oferty. Podkreślił, że żadne postanowienie siwz nie przyznawało Zamawiającemu uprawnienia do sanowania braku oferty przez przyjęcie oznaczonej wartości terminu płatności w przypadku braku wskazania terminu płatności ocenianej oferty. W przypadku braku wskazania terminu płatności niemożliwe było wykonanie działania matematycznego w ramach wzoru dotyczącego kryterium termin płatności ze względu na brak wartości liczbowej (liczby dni). W konsekwencji Odwołujący podniósł, że nie jest możliwe obliczenie łącznej oceny oferty. Z ostrożności wskazał, że zakładając iż brak wartości terminu płatności faktury nie stanowi przeszkody w wykonaniu obliczenia punktacji całkowitej oferta Engave sp. z o.o. winna uzyskać łącznie 95 pkt. W konsekwencji Odwołujący Comaprex Poland Sp. z o.o. wskazał na naruszenie art.91 ust. 1 ustawy Pzp przez przyznanie ofercie Engave Sp. z o.o. punktów w kryterium termin płatności i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. Odwołujący Asseco Poland S.A. podniósł, że skoro Zamawiający postanowił o dodaniu nowego kryterium w postaci terminu płatności, to kwestia ta ma dla niego kardynalne znaczenie. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której Zamawiający poprawia sam ten element, gdyż zamiarem wykonawcy mogło np. być uzyskanie płatności w czasie 7 dni od wystawienia faktury. Termin płatności jest niewątpliwie warunkiem realizacji umowy, jednym z niezbędnych elementów oferty wykonawcy i stanowi treść oferty.

Ponadto Odwołujący Asseco Poland S.A. wskazał na naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegający na braku wyceny wszystkich elementów przedmiotu umowy (brak wyceny głównych serwerów), co oznacza, że z oferty nie wynika, aby wykonawca zaoferował serwis urządzeń. W tym zakresie wskazał, że przykładowo na stronie 10 oferty (wykaz sprzętu) typ 9117, model MMA, nr seryjny 658CABO, typ procesora Power6 – brak jest wyceny serwisu tego urządzenia. Mając na uwadze, że wycena serwisu nie znajduje się w żadnym innym miejscu oferty nie ma wskazania, że Engave zobowiązuje się objąć serwisem te urządzenia.

Odnosnie oferty Comparex Poland Sp. z o.o. Odwołujący Asseco Poland S.A. podniósł naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 (ewentualnie ust. 4) oraz art. 24 § 2 pkt 4 ustawy a także art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Comparex Poland Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia, a w przypadku braku ich uzupełnienia przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Comparex. Wskazując na powyższe, przywołał treść warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 5.2 SIWZ i podniósł, że wynika z niego, że dopuszczony do udziału w przetargu może być wyłącznie podmiot, który wykonał usługę, której przedmiotem był serwis serwerów klasy Power o wartości powyżej 3 000 000 zł. Mając na uwadze tak skonstruowany wymóg, niedopuszczalne jest uznanie, że podmiot, który wykonywał serwis znacznej ilości serwerów w tym serwerów klasy Power (jako pewnej części zamówienia) o łącznej wartości ok. 3 400 000 zł jest podmiotem posiadającym wiedzę i doświadczenie aby brać udział w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący wskazał, że postępowanie prowadzone przez Komendę Główną Policji, na które powołuje się wykonawca Comparex, dotyczyło ogólnie serwisowania i utrzymania systemu teleinformatycznego a meritum tego postępowania nie stanowił serwis serwerów Power. Przedmiotem postępowania było serwisowanie macierzy, drukarek oraz serwerów innego urządzenia niż Power a nieznacznej części serwisowanie Powerów.

Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołań i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownej oceny ofert i odrzucenia oferty Engave i dokonanie wyboru ofert Odwołujących. Odwołujący Comparex wniósł, w przypadku stwierdzenia przez Izbę braku podstaw odrzucenia oferty Engave, o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności z dnia 16 listopada 2015 roku w postaci dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie oceny oferty Engave a. bez przyznawania punktacji w kryterium termin płatności oraz punktów w ocenie łącznej b. bez przyznawania punktacji w kryterium termin płatności lecz punktami łącznymi odpowiadającymi liczbie punktów w kryterium cena.

Ponadto Odwołujący Asseco Poland S.A. wniósł o nakazanie:

1. wezwania wykonawcy Comparex do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia wymaganych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie opisanym w uzasadnieniu.
2. wykluczenia wykonawcy Comparex w przypadku niezłożenia dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu i odrzucenia oferty.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Engave Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na brak podania w ofercie Engave terminu płatności faktury oraz z uwagi na brak wyceny serwisu dla głównych serwerów, co zdaniem Odwołującego oznacza, że z oferty nie wynika aby Engave zaoferował serwis tych urządzeń.

Zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego wiedzy i doświadczenia wykonawcy Comparex i w tym zakresie postanowił wezwać Comparex do uzupełnienia dokumentów dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz mając na uwadze stanowiska stron zgłoszone do protokołu rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przeszkody formalne do rozpoznania odwołań a odwołujący legitymują się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp uprawniającym ich do złożenia odwołań. Ponadto każdy z Odwołujących może ponieść szkodę, o której mowa w przywołanym przepisie, w postaci braku możliwości uzyskania zamówienia na skutek działań i zaniechań Zamawiającego wskazanych w odwołaniach.

Izba uznała za zasadny zarzut podniesiony przez obu Odwołujących dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Engave Sp. z o.o., mimo, że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na brak podania w ofercie Engave Sp. z o.o. wymaganego terminu płatności.

W tym zakresie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający w dniu 16 lipca 2015 roku, modyfikując treść siwz, wprowadził dodatkowe kryterium oceny ofert w postaci terminu płatności rachunku/faktury - 5 % wagi oceny. Tym samym dał wyraz temu, że jest to dla niego istotny element treści oferty, mający znaczenie dla ustalenia rankingu ofert. Zamawiający wskazał, że kryterium to będzie rozpatrywane na podstawie długości terminu zadeklarowanego przez wykonawcę w pkt 4 formularza oferty o treści: „Oferujemy termin płatności rachunku/faktury....dni”. Najkrótszy możliwy termin płatności rachunku/faktury wymagany przez Zamawiającego to 14 dni, zaś najdłuższy możliwy termin uwzględniony do oceny ofert to 30 dni.

Punktacja w kryterium termin płatności rachunku/faktury miała być przyznawana w oparciu o ustalony przez Zamawiającego wzór, będący iloczynem najdłuższego terminu płatności i terminu płatności badanej oferty.

W postępowaniu o zamówienie publiczne wpłynęło pięć ofert, z których jedna została wycofana a jeden wykonawca został wykluczony z udziału w postępowaniu. Oferty, podlegające ocenie uzyskały następującą punktację w kryteriach oceny ofert:

1. Engave Sp. z o.o. – cena 95 pkt, płatność faktury- 2,3 pkt, łącznie 97,3 pkt
2. Asseco Poland S.A. – cena 76, 04 pkt, płatność faktury – 5 pkt, łącznie 81,04 pkt
3. Comparex Poland Sp. z o.o. – cena 91,15, płatność faktury – 5 pkt, łącznie 96,15 pkt.

Niespornym między stronami jest, że w ofercie Engave Sp. z o.o. nie podano wymaganego w pkt 14.2 SIWZ parametru dotyczącego terminu płatności rachunku/faktury. W pkt 4 formularza ofertowego pn. „Oświadczenie o akceptacji warunków płatności” zawarto oświadczenie o przyjęciu bez zastrzeżeń przedstawionych przez Zamawiającego warunków płatności za realizację zamówienia.

Zdaniem Izby, w sytuacji braku złożenia w ofercie Engave deklaracji co do długości terminu płatności faktury, mamy do czynienia z niezgodnością treści oferty z treścią wymagań określonych w siwz. Zgodnie z brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Pod pojęciem treści siwz jak i treści oferty należy rozumieć merytoryczną zawartość oświadczenia woli odpowiednio: zamawiającego oraz wykonawcy. Co do zasady samo porównanie wymagań opisanych przez zamawiającego w siwz co do przedmiotu zamówienia, sposobu czy terminu jego realizacji z zaoferowanym przez wykonawcę w ofercie świadczeniem, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty jest zgodna z treścią siwz. Należy mieć także na uwadze, że zamawiający określa w siwz wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami. Z tego też względu w doktrynie prezentowany jest pogląd,

że w zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp mieści się sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów (por. J. Pieróg, Prawo zamówień Publicznych. Komentarz, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009). W orzecznictwie ugruntował się pogląd, że niezgodność treści oferty z treścią siwz może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji. Pamiętać należy jednakże, że chodzi tu wyłącznie o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania odnoszące się do treści oferty, a nie jej formy (tak: wyrok KIO z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13, wyrok KIO z dnia z dnia 7 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1529/14).

Deklaracja co do terminu płatności faktury, jako element mający niezwykle istotny wpływ na ocenę ofert i ustalenia rankingu wykonawców, będąca treścią oferty nie może być przez Zamawiającego domniemywana i wywodzona z treści ogólnego oświadczenia wykonawcy złożonego w pkt 4 formularza oferty, jak czyni to Zamawiający w rozpatrywanym postępowaniu. Z treści oświadczenia wykonawcy o przyjęciu bez zastrzeżeń przedstawionych przez Zamawiającego warunków płatności nie można, powołując się nawet na ogólną regułę interpretacji oświadczeń woli, określoną w art. 65 kc, wywodzić, że wykonawca Engave zadeklarował najkrótszy możliwy termin płatności wynoszący 14 dni. Złożenie formularza oferty w jego brzmieniu sprzed modyfikacji z dnia 16 lipca nie może sanować i usprawiedliwiać braku jednoznacznej deklaracji wykonawcy co do istotnego, stanowiącego treść oferty elementu mającego wpływ na ocenę ofert.

Niezgodność treści oferty Engave z treścią siwz polegająca na braku złożenia deklaracji co do terminu płatności faktury ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, co oznacza że oferta Engave nie podlega w tym zakresie poprawieniu czy uzupełnieniu.

Za niezasadny Izba uznała zarzut dotyczący niezgodności treści oferty Engave z siwz w zakresie wyceny serwisu serwerów. W ocenie Izby z konstrukcji formularza ofertowego po jego modyfikacji, wynika, że wycenie podlegają poszczególne urządzenia wchodzące w skład serwerów (jednostki rozszerzeń – np. karty, dyski itp.), które będą objęte serwisem i zostały wymienione w poszczególnych wierszach. Brak jest natomiast, w ocenie Izby, konieczności podawania wartości serwisu w wierszu dotyczącym całego serwera, który jest wierszem tytułowym.

Za zasadny Izba uznała zarzut dotyczący braku potwierdzenia spełniania wymagań w zakresie wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę Comparex Poland Sp. z o.o. Zarzut ten został uwzględniony przez samego Zamawiającego, który przyznał, że istotnie nie jest prawdopodobne, aby kwota wynagrodzenia za serwis serwerów typu Power wyniosła 3 000 000 zł w sytuacji, gdy serwis tych urządzeń stanowił jedynie część umowy, a cała umowa opiewała na kwotę 3 390 000 zł. Zamawiający w tym zakresie oświadczył, że zamierza wezwać Comparex do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń dotyczących posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia w zakresie określonym w pkt 5.2 siwz. Z uwagi na to, że mimo uwzględnienia tego zarzutu przez Zamawiającego, Odwołujący Asseco, zarzut podtrzymał, Izba rozpatrzyła ten zarzut merytorycznie i stwierdziła, że wykazana usługa realizowana na rzecz Komendy Głównej Policji nie potwierdza w sposób jednoznaczny spełniania wymagania co do serwisowania serwerów typu Power o wartości 3 000 000 zł.

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: