

Sygn. akt: KIO 1547/12

WYROK

z dnia 2 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Luiza Łamejko**

Protokolant: **Radosław Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2012 r. przez **wykonawcę ISS Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Flisa 2, 02-247 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Czerniakowski SP ZOZ, ul. Stępińska 19/25, 00-739 Warszawa**

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Szpitalowi Czerniakowskiemu SP ZOZ w Warszawie unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dokonanie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu,**
2. kosztami postępowania obciąża **Szpital Czerniakowski SP ZOZ, ul. Stępińska 19/25, 00-739 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę ISS Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Flisa 2, 02-247 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Szpitala Czerniakowskiego SP ZOZ, ul. Stępińska 19/25, 00-739 Warszawa** na rzecz **wykonawcy ISS Facility Services Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Flisa 2, 02-247 Warszawa** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Szpital Czerniakowski SP ZOZ w Warszawie (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie świadczenia usługi żywienia pacjentów hospitalizowanych w Szpitalu Czerniakowskim SP ZOZ.

W postępowaniu tym wykonawca ISS Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „odwołujący”) wniósł w dniu 20 lipca 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

- zaniechania wykonania niektórych czynności w zakresie czynności oceny ofert nakazanych zamawiającemu przez Krajową Izbę Odwoławczą zgodnie z treścią sentencji i uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2012 r., sygn. akt KIO 819/12 poprzez bezpodstawne i nieuzasadnione zaniechanie oceny punktowej oferty odwołującego oraz oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Vendi Servis Sp. z o.o. oraz In-Pak Sp. z o.o. (dalej: „Konsorcjum Vendi”),
- zaniechania wyboru oferty najkorzystniejszej, którą zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest oferta odwołującego, a w konsekwencji zaniechania zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego z odwołującym,
- wykonania niektórych czynności związanych z czynnością ponownego badania i oceny ofert w sposób sprzeczny z przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”) w zakresie zwrotu wadium, wezwania do wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą oraz w zakresie błędnego wskazania liczby ofert podlegających ponownej ocenie ofert,
- unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 197 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wykonanie czynności oceny ofert w sposób niekompletny, czyli niezgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2012 r., sygn. akt KIO 819/12, w szczególności poprzez bezpodstawne i nieuzasadnione zaniechanie przez zamawiającego dokonania oceny punktowej oferty odwołującego oraz oferty Konsorcjum Vendi, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej, którą zgodnie z kryteriami oceny

ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest oferta odwołującego;

- 2) art. 46 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrotu wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza tj. z wyjątkiem Konsorcjum Vendi;
- 3) art. 184 w zw. z art. 46 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wezwanie czterech wykonawców pismem z dnia 30 maja 2012 r. (znak ZP-10/14/2012) do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy, podczas gdy odwołujący wniósł poprzednie odwołanie po wyborze oferty najkorzystniejszej, zatem wezwanie powinno być skierowane jedynie do wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza tj. oferty Konsorcjum Vendi, co stanowi wykonanie niektórych czynności związanych z czynnością oceny ofert w sposób sprzeczny z przepisami ustawy Pzp;
- 4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uwzględnienie przy czynności badania i oceny ofert oferty firmy KSM Polska Sp. z o.o.;
- 5) art. 91 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie ponownej oceny ofert tj. oceny punktowej ofert odwołującego oraz Konsorcjum Vendi na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej, którą zgodnie z kryteriami ofert określonymi w specyfikacji jest oferta odwołującego;
- 6) art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie tych przepisów i bezzasadne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia w oparciu o przesłankę zawartą w tym przepisie, ponieważ zamawiający nie wykazał skutecznie, że istnieje wada postępowania o nieusuwalnym charakterze uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 7) art. 93 ust. 3 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez niedostateczne wyjaśnienie podstaw faktycznych unieważnienia znacząco utrudniające odwołującemu zrozumienie logiki działania zamawiającego, a co za tym idzie, sformułowanie przez odwołującego precyzyjnych zarzutów odwoławczych oraz poprzez niezwiązane ze stanem faktycznym wskazanie podstawy prawnej unieważnienia postępowania;

- 8) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia z naruszeniem zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w szczególności przez bezpodstawne i nie znajdujące uzasadnienie w przepisach prawa zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz bezzasadne unieważnienie postępowania;
- 9) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieudzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj. nieudzielenie zamówienia odwołującemu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia dokonanej przez zamawiającego czynności unieważnienia postępowania;
- 2) dokonania ostatecznej, prawidłowej formalnie oceny oferty odwołującego zgodnie z kryteriami oceny ofert oraz sposobem oceny ofert określonych w specyfikacji oraz zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2012 r., sygn. akt KIO 819/12;
- 3) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i uznania oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący stanął na stanowisku, że uzasadnienie unieważnienia postępowania przedstawione przez zamawiającego pozostaje w sprzeczności zarówno z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i z zasadami logiki oraz matematyki, a ponadto stanowi naruszenie wskazanych przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący nie zgodził się z czynnością unieważnienia postępowania oraz jej uzasadnieniem prawnym i faktycznym przedstawionym przez zamawiającego. W ocenie odwołującego, kryteria oceny ofert określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w Rozdziale XIX - Opis kryteriów oceny ofert są precyzyjne i umożliwiają jednoznaczną ocenę ofert. Określone przez zamawiającego przedziały są zamknięte i rozłączne, co umożliwia bezproblemową ocenę ofert w kryterium doświadczenie. Odwołujący przedstawił w formie graficznej symulację oceny punktowej ofert w kryterium „doświadczenie”, jaką, według przekonania odwołującego, powinien przeprowadzić zamawiający, i do czego był zobowiązany na podstawie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2012 r., sygn. akt KIO 819/12.

Odwołujący podkreślił, iż przyznanie punktów w kryterium „doświadczenie” polega na przyporządkowaniu liczby lat doświadczenia, zadeklarowanych przez wykonawców w treści ich ofert (odpowiednio KSM Polska Sp. z o.o. powyżej 5 lat, Konsorcjum Vendi 9 lat,

odwołujący 11 lat) do liniowej skali podzielonej na trzy rozłączne zbiory liczb - od 0 do 5, od 5 do 8 oraz od 8 wzwyż. Do każdego ze zbiorów przyporządkowana jest konkretna liczba punktów - odpowiednio 0 pkt za doświadczenie mieszczące się w przedziale od 0 do 5, 10 pkt za doświadczenie mieszczące się w przedziale od 5 do 8 oraz 20 pkt za doświadczenie mieszczące się w przedziale powyżej.

Odwołujący dalej wskazał, że w matematyce klasycznej znaki nierówności (\leq , \geq , $<$, $>$, \neq) to symbole matematyczne używane do zaznaczenia relacji porządku lub braku równości między dwoma elementami. Najczęściej przyjmowaną genezą symboli jest ich podobieństwo do strzałek na osi liczbowej. Znak „ $>$ ” stosowany jest w zastępstwie przyrostu (grot strzałki skierowany w prawą stronę osi liczbowej oznacza zwiększanie), natomiast znak „ $<$ ” stosowany jako zastępstwo zmniejszania (strzałka wskazująca dążenie w lewą stronę po osi liczbowej). Jak stwierdził odwołujący, nie ma znaczenia czy znak mniejszości ($<$) użyty w skali oceny przez zamawiającego stoi za cyfrą 5 czy przed nią, bo oczywista jest intencja zamawiającego, że znak „ $<$ ” postawiony przy cyfrze 5 wyznacza granicę zbioru liczb od 0 do 5 lat w kryterium „doświadczenie”. Za wykazanie się doświadczeniem określonym liczbą lat, która mieści się w zbiorze 0 - 5 przysługuje 0 pkt. Odwołujący przyjął, że błąd logiczny zamawiającego polega na tym, że zamawiający dokonując oceny ofert według przedstawionego przez siebie schematu nie przyporządkowuje liczby lat doświadczenia do jednego z trzech odrębnych zbiorów liczb, ale podstawia liczbę lat doświadczenia z ofert wykonawców jako prawą stronę nierówności, a w przypadku gdy nierówność jest prawdą matematyczną zamawiający jest gotów przyznawać za prawdziwą matematycznie nierówność punkty:

$5 < 9$ - nierówność pięć jest mniejsze niż dziewięć - prawda matematyczna, za którą według zamawiającego należy przyznać 0 punktów,

ale jednocześnie

$8 < 9$ - nierówność osiem jest mniejsze niż dziewięć - prawda matematyczna, za którą według zamawiającego należy przyznać 20 punktów.

Nie ulega zatem wątpliwości, zdaniem odwołującego, iż poprzez bezpodstawne zaniechanie ponownej oceny oferty odwołującego zamawiający naruszył także art. 91 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp.

Nieprawdziwe jest również, w opinii odwołującego, twierdzenie zamawiającego, że zaproponowany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposób dokonywania oceny ofert w kryterium „doświadczenie” dopuszcza dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty według dwóch skrajnie różnych wariantów oceny, które za każdym razem prowadzą do wyboru innego wykonawcy. Odwołujący zauważył, że zamawiający w ogóle nie dokonał

oceny punktowej ofert, a tym bardziej nie przedstawił symulacji możliwych wariantów oceny punktowej, wykazujących skutek w postaci wyboru różnych wykonawców. W ocenie odwoływającego, zamawiający naruszył tym samym przepis art. 93 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez niedostateczne wyjaśnienie podstaw faktycznych unieważnienia znacząco utrudniające odwoływającemu zrozumienie logiki działania zamawiającego, a co za tym idzie, sformułowanie przez odwoływającego precyzyjnych zarzutów odwoławczych oraz poprzez niezwiązane ze stanem faktycznym wskazanie podstawy prawnej unieważnienia postępowania.

Odwołujący przedstawił samodzielnie przygotowaną symulację oceny punktowej w wariantach określonych przez zamawiającego. Podkreślił, iż oferta złożona przez odwoływającego będzie zawsze ofertą najkorzystniejszą, nawet przy uwzględnieniu koncepcji zamawiającego, że „(...) można mieć do czynienia z sytuacją, w której za okres 8 lat wykonawca może być oceniony na 20 pkt, co pozostaje w zgodzie z parametrem oceny „> 8 lat” oraz oceniony na 0 pkt, również pozostaje w zgodzie z kryteriami zaproponowanymi w SIWZ a konkretnie z parametrem oceny „5< lat”. Wykonaną symulacją odwołujący nie objął oferty KSM Polska Sp. z o.o. wyjaśniając, iż oferta tego wykonawcy nie podlega ocenie przy powtórzonej czynności oceny ofert.

Dodatkowo odwołujący wskazał, iż zaskakujące dla odwoływającego są wątpliwości dotyczące kryterium „doświadczenie”, które nagle i niespodziewanie powziął zamawiający w trakcie ponownego badania i oceny ofert. Odwołujący zauważył, że w trakcie wyjaśniania treści specyfikacji zamawiający takowych wątpliwości nie miał, a wręcz przeciwnie - w odpowiedziach na pytania w zakresie kryterium oceny ofert (odpowiedzi na zapytania wykonawców z dnia 30 marca 2012 r. - pytania nr 11, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 47, 55) zamawiający nie wykazywał jakichkolwiek wątpliwości, nie uznał za stosowne wyjaśniać systemu przyznawania punktów. Na wszystkie 9 pytań dotyczących tego kryterium odpowiedź brzmiała: „zgodnie z SIWZ”. Refleksja dotycząca rzekomej wady nie pojawiła się również u zamawiającego oraz Konsorcjum Vendi w sytuacji, gdy jeden z wykonawców (odpowiedź pytanie nr 47 z dnia 30 marca 2012 r.) użył sformułowania „w przedziałach (lat)”. Odwołujący podkreślił, że zamawiający nie miał także takich wątpliwości przy poprzedniej ocenie ofert, która odbyła się wyjątkowo sprawnie - od terminu złożenia i otwarcia ofert, który przypadał na 6 kwietnia 2012 r. do informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, która została przekazana wykonawcom w dniu 13 kwietnia 2012 r. upłynęło zaledwie 7 dni. W tak krótkim czasie zamawiający zdołał wykonać wszystkie czynności wymagane prawem, w tym ocenę punktową ofert, która wówczas nie nastroczała zamawiającemu żadnych trudności. Odwołujący wskazał jednocześnie, że od dnia doręczenia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2012 r., sygn. akt KIO 819/12 z uzasadnieniem, które miało

miejsce w dniu 22 maja 2012 r., do dnia 10 lipca 2012 r. upłynęło prawie 60 dni. Zadziwiający jest również dla odwołującego fakt, że kryterium oceny ofert w zakresie doświadczenia nie stanowiło nieprawidłowości w postępowaniu dla Konsorcjum Vendi w ustawowo przewidzianym terminie na wniesienie odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz podczas pierwotnej oceny ofert, kiedy to Konsorcjum Vendi otrzymało maksymalną ilość punktów, a oferta odwołującego została bezzasadnie odrzucona. Odwołującego dziwi też gorliwość, z jaką zamawiający przyjął stanowisko Konsorcjum Vendi w przedmiocie kryteriów oceny ofert i nie poddał tego stanowiska krytycznej analizie w sposób zaprezentowany przez odwołującego. Wszystkie te okoliczności mogą budzić, w ocenie odwołującego, określone zastrzeżenia dotyczące równego traktowania przez zamawiającego wykonawców biorących udział w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, iż zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i bezzasadne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia w oparciu o przesłankę zawartą w tym przepisie, ponieważ zamawiający nie wykazał skutecznie, że istnieje wada postępowania o nieusuwalnym charakterze uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący podniósł ponadto, że zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp przy czynnościach zwrotu wadium oraz czynności wezwania do wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą towarzyszących wykonaniu czynności ponownego badania i oceny ofert. Odwołujący wskazał, że zamawiający naruszył art. 46 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrotu wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, tj. z wyjątkiem Konsorcjum Vendi oraz przepis art. 184 w zw. z art. 46 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wezwanie pismem z dnia 30 maja 2012 r. wykonawców Konsorcjum Vendi, JDA Sp. z o.o., KSM Polska Sp. z o.o. oraz odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą o kolejne 30 dni oraz wniesienia wadium na przedłużony termin związania ofertą.

W ocenie odwołującego, ww. naruszenia mogły mieć pośredni wpływ na wynik postępowania, ponieważ zamawiający w sposób nieuprawniony rozszerzył krąg wykonawców, których oferty powinny być ocenione o firmę KSM Polska Sp. z o.o., która nie wniosła odwołania na pierwszą czynność wyboru oferty, ani nie przystąpiła do poprzedniego postępowania odwoławczego, wobec czego nie ma już interesu w uzyskaniu zamówienia.

Odwołujący dodatkowo wskazał, iż zamawiający w dniu 18 maja 2012 r. zawarł

z Konsorcjum Vendi umowę na okres 3 miesięcy w trybie z wolnej ręki na świadczenie usług będących przedmiotem aktualnego postępowania o udzielenie zamówienia, pomimo oczywistej świadomości, iż w świetle wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2012 r., sygn. akt KIO 819/12 oferta Konsorcjum Vendi nie mogła być uznana za najkorzystniejszą oraz pomimo zgłoszenia przez odwołującego gotowości do rozpoczęcia realizacji usługi w cenie określonej w ofercie.

W opinii odwołującego, unieważnienie przedmiotowego postępowania nie leży w interesie publicznym ze względu na okoliczność, iż zamawiający zawierając w dniu 18 maja 2012 r. umowę z Konsorcjum Vendi na świadczenie usług żywienia pacjentów płaci już od ponad 2 miesięcy za wyżywienie jednego pacjenta dziennie prawie złotówkę więcej, w stosunku do ceny zaoferowanej przez odwołującego. Z uwagi na fakt, iż zamawiający zlikwidował kuchnię i poniekąd skazany jest na świadczenie usług przez zewnętrzną firmę, do czasu rozpisania kolejnego postępowania, a unieważnienie tego postępowania jedynie pogłębi zakres uszczuplenia środków publicznych, którymi dysponuje zamawiający.

W dniu 31 lipca 2012 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Na posiedzeniu i rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 marca 2012 r. pod nr 2012/S 61-099450.

W pkt XIX specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający ustalił następujące kryteria oceny ofert:

- cena - 80%,
- doświadczenie w świadczeniu usług żywienia zbiorowego – 20%.

Zamawiający określił również, że punktacja w ramach kryterium doświadczenia będzie przyznawana w następujący sposób:

„> 8 lat – 20 pkt

5 – 8 lat – 10 pkt

5 < lat – 0 pkt”.

W dniu 13 kwietnia 2012 r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach

oceny ofert, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Vendi oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W dniu 8 maja 2012 r. Krajowa Izba Odwoławcza orzekła o uwzględnieniu odwołania złożonego wobec ww. czynności i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum Vendi oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, dokonanie ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem ofert odwołującego oraz wezwanie Konsorcjum Vendi do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa (sygn. akt KIO 819/12).

Pismem z dnia 30 maja 2012 r. zamawiający poinformował wykonawców, że w związku z sentencją wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2012 r., sygn. akt KIO 819/12 zamawiający unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty odwołującego. Jednocześnie zamawiający poinformował, iż zgodnie z nakazem ww. wyroku zamawiający dokona ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W dniu 30 maja 2012 r. zamawiający działając na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp zwrócił się do odwołującego, Konsorcjum Vendi, KSM Polska Sp. z o.o. i JDA Sp. z o.o. o wyrażenie gody na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 30 dni. Równocześnie działając w oparciu o art. 85 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający wezwał do przedłożenia terminu ważności wadium.

Odwołujący, Konsorcjum Vendi i KSM Polska Sp. z o.o. złożyli oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz o przedłużeniu terminu ważności wadium.

Pismem z dnia 19 czerwca 2012 r. zamawiający wezwał Konsorcjum Vendi na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 99 kc do uzupełnienia oryginału pełnomocnictwa ustanowionego w trybie art. 23 ust. 2 ustawy Pzp dla podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Konsorcjum Vendi przekazało zamawiającemu oryginał ww. pełnomocnictwa.

W dniu 10 lipca 2012 r. zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu ponownej oceny i badania ofert. Wskazał, iż zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2012 r., sygn. akt KIO 819/12 do ponownej oceny i badania ofert pozostały następujące oferty: ISS Faculty Services Sp. z o.o., Konsorcjum Vendi oraz KSM Polska Sp. z o.o.

Zamawiający ponadto podał, iż działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na to, iż jest ono obarczone wadą prawną uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy

w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający wskazał, iż wadliwa konstrukcja kryteriów oceny ofert uniemożliwia dokonanie obiektywnej oceny ofert oraz wybór najkorzystniejszej oferty spośród wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu. Zamawiający stwierdził, że dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie tak skonstruowanych kryteriów oceny ofert prowadziłoby do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zatem stosownie do postanowienia art. 146 ust. 6 ustawy Pzp miałyby wpływ na wynik postępowania, co uzasadnia jego unieważnienie.

Zamawiający wskazał, że zgodnie ze sposobem oceny ofert w kryterium doświadczenia można mieć do czynienia z sytuacją, w której za okres 8 lat wykonawca może być oceniony na 20 pkt, co pozostaje w zgodzie z parametrem oceny „> 8 lat”, oraz oceniony na 0 pkt, co również pozostaje w zgodzie z kryteriami zaproponowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a konkretnie z parametrem oceny „5 < lat”. W ocenie zamawiającego, tak sformułowane przedziały czasowe zachodząc na siebie równocześnie wykluczają tożsamą ocenę punktową, co uniemożliwia dokonanie obiektywnej oceny tego parametru. Zdefiniowanie parametru „5 < lat” oznacza *de facto* przyznanie punktacji za doświadczenie przekraczające okres 5 lat, co jak wspomniano pozostaje w kolizji z najwyższym ocenianym parametrem „> 8”.

Mając powyższe na uwadze zamawiający uznał, że zaproponowane w postępowaniu kryterium oceny ofert „doświadczenie”, a w zasadzie sposób przyznania punktacji jest niespójny i uniemożliwia obiektywne ich przyznanie. Zaproponowany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposób dokonywania oceny ofert w kryterium „doświadczenie” dopuszcza dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty według dwóch skrajnie różnych wariantów oceny, które za każdym razem prowadzą do wyboru innego wykonawcy, co wydaje się niedopuszczalne i wskazuje na naruszenie nie tylko art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, ale przede wszystkim art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający stwierdził, że ww. stan faktyczny wskazuje na sytuację, w której zawarcie umowy nie noszącej znamion nieważności jest niewątpliwe. Z tego powodu zamawiający unieważnił postępowanie wskazując jako podstawę art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

Do ww. pisma zamawiający załączył pismo Konsorcjum Vendi z dnia 22 czerwca 2012 r. (wpływ do zamawiającego w dniu 4 lipca 2012 r.).

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i złożonych w postępowaniu ofert, a także stanowiska stron postępowania odwoławczego zaprezentowane 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. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Spór w niniejszej sprawie zasadza się przede wszystkim na ustaleniu czy zaistniały przesłanki do unieważnienia przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Izba stwierdziła, że ustanowione przez zamawiającego w pkt XIX specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteria oceny ofert umożliwiają wybór oferty najkorzystniejszej w sposób obiektywny, nie budzący wątpliwości. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego w zakresie doniosłości i roli kryteriów oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i skutków ich nieprawidłowego ustanowienia. Jednakże Izba uznała, że ustanowione kryterium doświadczenia, sposób jego opisanie, nie pozwala na dowolność przy ocenie ofert.

W ocenie Izby, wątpliwości wypływające z umiejscowienia znaku mniejszości (<) po cyfrze „5” można by powziąć w przypadku zapoznania się wyłącznie z ostatnim z trzech wierszy opisu kryterium doświadczenia „5<lat – 0 pkt”, ale po zapoznaniu się z całą treścią kryterium doświadczenia (do czego zobowiązani są wykonawcy) jednoznacznie można stwierdzić, że wolą zamawiającego było przyznanie:

- 20 pkt za posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w świadczeniu usług żywienia zbiorowego w liczbie lat większej niż 8,
- 10 pkt za posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w świadczeniu usług żywienia zbiorowego w liczbie lat od 5 do 8,
- 0 pkt za posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w świadczeniu usług żywienia zbiorowego w liczbie lat poniżej 5.

Umiejscowienie znaku mniejszości za cyfrą „5” należałoby ewentualnie uznać za oczywistą omyłkę pisarską, która jednak w żaden sposób nie wpływa na ważność postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba stwierdziła, że dokonanie oceny ofert w ramach kryterium doświadczenia powinno odbywać się przez przyporządkowanie liczby lat doświadczenia wykazanego przez danego wykonawcę do jednego z opisanych przez zamawiającego w pkt XIX ppkt 2 przedziałów, co może prowadzić do jednego tylko wyniku, możliwego do obiektywnego stwierdzenia zarówno przez zamawiającego, jak i przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby, zamawiający opisał kryterium doświadczenia w sposób szczegółowy i precyzyjny, a przedziały ustanowione przez zamawiającego są rozłączne, nie zachodzą na siebie, co nie pozwala na swobodną, subiektywną ocenę.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że nie zaistniała wada postępowania uzasadniająca jego unieważnienie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

Wobec uwzględnienia ww. zarzutu dotyczącego zaistnienia podstaw do unieważnienia postępowania za zasadny Izba uznała również zarzut dotyczący zaniechania przez zamawiającego dokonania oceny ofert pod kątem ustanowionych kryteriów i zaniechania wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym, naruszone zostały w postępowaniu normy wyrażone w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Izba za niezasadny uznała zarzut dotyczący niedostatecznego wyjaśnienia przez zamawiającego podstaw faktycznych unieważnienia postępowania. Izba uznała, że uzasadnienie przez zamawiającego czynności unieważnienia postępowania spełnia wymagania zawarte w art. 93 ust. 3 ustawy Pzp – zawiera zarówno wskazanie podstawy prawnej, jak i przedstawienie okoliczności faktycznych, które legły u podstaw decyzji zamawiającego. Twierdzeniu odwołującego przeczy, w ocenie Izby, fakt, iż odwołujący postawił zarzuty odnośnie tej czynności wyczerpująco je uzasadniając.

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia również zarzutu zaniechania przez zamawiającego wykonania czynności oceny ofert w sposób niekompletny, tj. niezgodnie z treścią wyroku Izby z dnia 8 maja 2012 r., sygn. akt KIO 819/12. Wskazać należy, że Izba orzeka w zakresie zgodności czynności/zaniechań zamawiającego z przepisami ustawy Pzp (art. 180 ust. 1 i 3 ustawy Pzp). Zaniechanie wykonania orzeczenia nie stanowi naruszenia przepisów ustawy Pzp. Niewątpliwie zamawiający był zobowiązany do wykonania ww. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, która w sentencji orzeczenia nakazała m.in. dokonanie ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego. Jednak należy przy tym stwierdzić, że ustawa Pzp nie określa terminu, w jakim czynności te powinny być przez zamawiającego dokonane. W ocenie Izby, sposób działania zamawiającego istotnie może budzić wątpliwości – sprawność działania zamawiającego

w toku pierwszej oceny ofert oraz nie dokonanie powtórnej oceny ofert w okresie od 8 maja do 10 lipca 2012 r. może sprawiać wrażenie opieszałości zamawiającego, ale nie może stać się skuteczną podstawą zarzutu naruszenia ustawy Pzp. Przeszkody dla rozpoznania przedmiotowego zarzutu nie stanowi, wbrew stanowisku zamawiającego, błędne wskazanie przez odwołującego norm prawnych. Jakkolwiek art. 192 i 197 ustawy Pzp rzeczywiście stanowią dyrektywę postępowania dla Krajowej Izby Odwoławczej, nie dla zamawiającego, to podniesione przez wykonawcę zarzuty należy rozpatrywać w kontekście ich podstaw faktycznych, nie wskazanych przepisów.

Ponadto, należy również wskazać, że orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie rozpoznawanych w danym postępowaniu odwoławczym zarzutów nie tworzy zakazu wykonania przez zamawiającego innych czynności, jeśli zamawiający stwierdzi nieprawidłowości w dokonanych wcześniej czynnościach. W przypadku zaistnienia, w ocenie zamawiającego, przesłanek unieważnienia postępowania, zamawiający posiada uprawnienie do dokonania tej czynności na każdym etapie postępowania. W tym kontekście Izba nie stwierdziła naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez bezpodstawne uwzględnienie przy czynności badania i oceny ofert oferty KSM Polska Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że zamawiający powtarzając czynność badania i oceny ofert zasadnie wziął pod uwagę wszystkie ważne oferty, które pozostały w postępowaniu. Wykonawca KSM Polska Sp. z o.o. nie został wykluczony z udziału w postępowaniu, jego oferta nie została odrzucona, zatem brak było podstaw do nie uwzględnienia oferty ww. wykonawcy przy powtórnej czynności badania i oceny ofert. Brak udziału ww. wykonawcy w uprzednio toczącym się postępowaniu odwoławczym w żaden sposób nie wpływa na ważność złożonej przez wykonawcę oferty. Izba przychyliła się do stanowiska zamawiającego, który stwierdził, że brak interesu w uzyskaniu zamówienia jest pojęciem związanym z prawem do korzystania ze środków ochrony prawnej (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp) i nie może być oceniany przez zamawiającego na etapie czynności badania i oceny ofert.

Izba za spóźnione uznała zarzuty dotyczące zaniechania zwrotu wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Vendi oraz bezpodstawnego wezwania czterech wykonawców do przedłużenia ważności wadium lub wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy. Czynności te stanowią czynności dokonane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na które przysługują środki ochrony prawnej. Jednak terminy na ich wniesienie zostały uregulowane w art. 182 ustawy Pzp. Wybór oferty Konsorcjum Vendi jako najkorzystniejszej nastąpił w dniu 13 kwietnia 2012 r., zaś wezwanie

do przedłużenia wadium lub wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy miało miejsce w dniu 30 maja 2012 r., zatem terminy określone we ww. przepisie nie zostały dotrzymane.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 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: