Sygn. akt: KIO 2689/20

WYROK

z dnia 4 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 października 2020 r. przez wykonawcę BIT S.A. z siedzibą w Warszawie,

w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Finansów,

przy udziale wykonawcy S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę BIT S.A. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę BIT S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 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: .....

Sygn. akt: KIO 2689/20

UZASADNIENIE

W dniu 19 października 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wypłynęło odwołanie wykonawcy BIT S.A., z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący") zarzucając zamawiającemu Ministerstwu Finansów (dalej „Zamawiający") w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa w formie leasingu operacyjnego bezpośredniego zestawów stanowiskowych na potrzeby sieci dystrybucji SPOE KAS z opcją wykupu oraz ubezpieczeniem na czas trwania leasingu wraz ze świadczeniem usług serwisowych i wsparcia technicznego" (R/6/20/PO/G/444) naruszenie:

1) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na dokonaniu oceny oferty złożonej przez Odwołującego w sposób niezgodny z opisem kryteriów oceny ofert zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako: „SIWZ") w zakresie wagi kryteriów pozacenowych: „Czas naprawy w priorytecie 1" oraz „Czas naprawy w priorytecie 2" jak również w zakresie liczby punktów przypisanej obu tym kryteriom, co skutkowało przyznaniem ofercie Odwołującego zbyt małej liczby punktów w ramach każdego z tych kryteriów a w konsekwencji także zaniechaniem wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

2) art. 90 ust. 1 w zw. z ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie zastosowania tego przepisu w sytuacji, gdy cena całkowita oferty Wykonawcy S&T jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług jak również od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, podczas gdy jednocześnie nie istnieją żadne oczywiste okoliczności, które mogłyby uzasadniać tę rozbieżność;

3) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na wyborze oferty Wykonawcy S&T, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ a ponadto może podlegać odrzuceniu w przypadku potwierdzenia, że zawiera rażąco niską cenę oraz polegające na nienależytym wykonaniu obowiązku poinformowania o punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert z dochowaniem zasady przejrzystości;

4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania z naruszeniem wyrażonych w treści tego przepisu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co polegało na dokonaniu oceny ofert w sposób arbitralny i oderwany od postanowień SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu i nakazanie Zamawiającemu: (i) dokonanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) dokonanie badania oferty wykonawcy S&T w zakresie zaoferowanej ceny w trybie art. 90 ustawy Pzp, w tym wezwania do udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów; (iii) powtórzenie oceny oferty Odwołującego w zakresie kryterium „Czas naprawy w priorytecie 1" oraz kryterium „Czas naprawy w priorytecie 2"; (iv) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że ogłoszenie o zamówieniu pn. „Dostawa w formie leasingu operacyjnego bezpośredniego zestawów stanowiskowych na potrzeby sieci dystrybucji SPOE KAS z opcją wykupu oraz ubezpieczeniem na czas trwania leasingu wraz ze świadczeniem usług serwisowych i wsparcia technicznego" (R/6/20/PO/G/444), zostało przez Zamawiającego przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 05.08.2020 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2020/S 153-374402 z dnia 10.08.2020 r.

Do upływu terminu składania ofert złożone zostały trzy oferty następujących wykonawców:

1) S&T Poland Sp. z o.o. - maksymalna cena oferty: 7 622 997.50 zł (w tym: cena zamówienia podstawowego: 5 557 440.00 zł: cena prawa opcji: 2 065 557,50 zł)

2) SUNTAR Sp. z o.o. - maksymalna cena oferty: 13 984 709,05 zł (w tym: cena zamówienia podstawowego: 10 450 070,40 zł; cena prawa opcji: 3 534 638,65 zł)

3) BIT S.A. - maksymalna cena oferty: 11 361 808,83 zł (w tym: cena zamówienia podstawowego: 8 558 390,40 zł; cena prawa opcji: 2 803 418,43 zł).

Uzasadnienie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania zbadania oferty wykonawcy

S&T

Odwołujący wskazał, że wartość zamówienia wynosi 8 954 272,55 zł (dowód: pkt 2 ppkt 4 protokołu postępowania). Wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług wynosi tym samym 11013 755,24 zł. Maksymalna cena oferty Wykonawcy S&T stanowi 69.21 % tej wartości. Średnia arytmetyczna maksymalnych cen wszystkich złożonych ofert wynosi 10 989 838,46 zł. Maksymalna cena oferty Wykonawcy S&T stanowi 69.36% tej wartości. Średnia arytmetyczna cen ofert w zakresie zamówienia podstawowego wynosi 8 188 633,60 zł. Cena zamówienia podstawowego w ofercie Wykonawcy S&T stanowi 67.87% tej wartości.

Powyższe obliczenia wykazują, co następuje:

- maksymalna cena oferty Wykonawcy S&T (cena całkowita) jest niższa o 30,79%, tj. o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i

  usług;

- maksymalna cena oferty Wykonawcy S&T jest niższa o 30,64%, tj. o ponad 30% od średniej arytmetycznej maksymalnych cen wszystkich złożonych ofert;

- cena zamówienia podstawowego w ofercie Wykonawcy S&T jest niższa o 32,13%, tj. o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen zamówienia podstawowego we wszystkich złożonych ofertach.

Odwołujący wskazał, że protokół postępowania nie zawiera informacji o przyczynie niedokonania przez Zamawiającego wezwania do udzielenia wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej, w szczególności nie wskazuje na żadne „okoliczności oczywiste" w rozumieniu art. 90 ust. 1a ustawy Pzp. Z wykazu załączników do protokołu wynika, że załączniki takiej informacji również nie zawierają. W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu nie zachodzą żadne oczywiste okoliczności, które mogłyby uzasadniać wskazane wyżej rozbieżności. Zamawiający nie dokonał wezwania, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp pomimo zaistnienia przesłanek z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji nie przeprowadził badania oferty wykonawcy S&T pod kątem rażąco niskiej ceny. Zamawiający zaniechał tym samym czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp. Czynność badania rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy S&T zdecyduje o tym, czy ta oferta będzie w ogóle brana pod uwagę przy wyborze oferty najkorzystniejszej. Z obowiązku przeprowadzenia takiego badania nie zwalnia Zamawiającego okoliczność, że - jak zostanie wykazane dalej w części II uzasadnienia - to oferta Odwołującego powinna zostać oceniona najwyżej i w konsekwencji zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Niedokonanie czynności wezwania i badania rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy S&T może mieć jednakowoż nadal wpływ na wynik postępowania m.in. z uwagi na to, że Zamawiający stosuje w postępowaniu procedurę odwróconą, o której mowa w art. 24aa ustawy Pzp (dowód: Rozdział XIII SIWZ punkt 1).

Uzasadnienie w zakresie zarzutów dotyczących nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego

Odwołujący wskazał, że pod względem elementów podlegających ocenie w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert, poszczególni wykonawcy zaoferowali następujące wartości:

1) S&T Poland Sp. z o.o. - czas naprawy w priorytecie 1: 4 godziny 0 minut czas naprawy w priorytecie 2: 8 godzin 0 minut

2) SUNTAR Sp. z o.o. - czas naprawy w priorytecie 1: 3 godziny 0 minut czas naprawy w priorytecie 2: 8 godzin 0 minut

3) BIT S.A. - czas naprawy w priorytecie 1: 2 godziny 30 minut czas naprawy w

priorytecie 2: 8 godzin 0 minut

Odwołujący wskazał, że jako jedyny wykonawca zaoferował maksymalne skrócenie czasu naprawy w priorytecie 1. W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu kryteria pozacenowe nie miały charakteru pozornego - przeciwnie, oferowane parametry w istotny sposób wpływały na konkurencję pomiędzy wykonawcami.

W ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji II.2.5) „Kryteria udzielenia zamówienia" Zamawiający wskazał: „Cena nie jest jedynym kryterium udzielenia zamówienia; wszystkie kryteria są wymienione tylko w dokumentacji zamówienia." Ogłoszenie o zamówieniu zamiast elementu wymaganego przez art. 41 pkt 9 ustawy Pzp („kryteria oceny ofert i ich znaczenie") zawiera zatem jedynie odesłanie do SIWZ w tym zakresie. Jedynym narzędziem kształtującym warunki przetargu w zakresie kryteriów oceny ofert pozostaje zatem wyłącznie Rozdział XXIII SIWZ.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, SIWZ powinna zawierać m.in.: opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, a jeżeli przypisanie wagi nie jest możliwe z obiektywnych przyczyn, zamawiający wskazuje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego.

Odwołujący wskazał, że z cytowanego przepisu wynika zatem, że kryteria powinny być oceniane z uwzględnieniem wag podanych w SIWZ, a metoda „ważenia" kryteriów jest podstawową metodą oceny nakazaną przez ustawodawcę. Z punktu widzenia przepisów ustawy Pzp to właśnie waga określona w SIWZ jest podstawowym parametrem oceny oferty w ramach danego kryterium.

W Rozdziale XXIII SIWZ Zamawiający na wstępie określił rzeczone wagi kryteriów w następujący sposób:

1. Oferty będą oceniane według poniższego kryterium/poniższych kryteriów:

l.p. Kryterium Waga

1. Cena 60%

2. Czas naprawy o priorytecie l 30%

3. Czas naprawy o priorytecie 2 10%

Waga kryterium ceny wynosi 60%, zaś waga kryteriów innych niż cena wynosi łącznie 40%. Odpowiada to postanowieniom art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, do którym stosowania Zamawiający jest obowiązany jako jednostka sektora finansów publicznych, o której mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego nie budzi wątpliwości, że przygotowując postępowanie Zamawiający kierował się właśnie intencją wykonania dyspozycji art. 91 ust. 2a ustawy Pzp. Brak jest podstaw do przypuszczeń, by Zamawiający zamierzał zastosować wyjątek, o którym mowa w treści tego przepisu. Zastosowanie takiego wyjątku wymagałoby bowiem wskazania w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia. Z wykazu załączników do protokołu nie wynika, by taki dokument istniał.

Odwołujący wskazał, że przygotował i złożył swoją ofertę przetargową przy założeniu zaoferowania maksymalnej jakości i uzyskania maksymalnej oceny w ramach obu kryteriów pozacenowych. Zaoferowanie minimalnych czasów naprawy wymagało uwzględnienia w cenie oferty odpowiednich kosztów z tym związanych.

Odnośnie kryterium pozacenowego „Czas naprawy o priorytecie 1" (l.p. 2 w tabeli na stronie 19 SIWZ z wagą 30%) Zamawiający postanowił: „Każda z ofert w ramach kryterium Czas naprawy o priorytecie 1 otrzymać może maksymalnie 30 punktów. " Uzyskanie takiej

maksymalnej liczby punktów było możliwe w przypadku zaoferowania czasu naprawy do 2 godz. 30 minut. Odwołujący zaoferował taki właśnie skrócony czas naprawy, w związku z czym oczekiwał uzyskania w tym kryterium maksymalnej liczby 30 punktów - zgodnie z informacją cytowaną powyżej oraz tabelą zamieszczoną na stronie 20 SIWZ i stosownie do wagi wspomnianego kryterium (30%) określonej w SIWZ. Tymczasem w zawiadomieniu z dnia 08.10.2020 r. Zamawiający przypisał ofercie Odwołującego w kolumnie „Punkty w kryterium »czas naprawy w priorytecie 1« (waga 30%)" liczbę jedynie 9 punktów. Odwołujący podkreślił, że w myśl art. 92 ust. 1 Zamawiający w zawiadomieniu podaje (oprócz punktacji łącznej) przede wszystkim punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert. W ramach wskazanej kolumny i rzeczonego kryterium „Czas naprawy o priorytecie 1" Odwołujący oczekiwał punktacji w skali od 0 do 30 punktów i przyznania jego ofercie należnej, maksymalnej oceny 30 punktów. Tymczasem liczba punktów „9" przypisana jego ofercie przez Zamawiającego nie była zgodna z punktacją określoną w SIWZ. Liczba „9" nie była zresztą w ogóle przewidziana jako możliwy wynik oceny w ramach wspomnianego kryterium. Podana przez Zamawiającego liczba „9" jest prawdopodobnie wynikiem jakiegoś działania matematycznego, którego Odwołujący może się jedynie domyślać. W ocenie Odwołującego takie działanie matematyczne - modyfikacja oceny polegająca na pomniejszeniu należnej ofercie liczby punktów - zostało dokonane arbitralnie, bez ujawniania na czym dokładnie polegało (a więc z naruszeniem zasady przejrzystości), a przede wszystkim - w sposób oderwany od cytowanych postanowień SIWZ, z rażącym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wskazał, że analogiczne uzasadnienie dla wniesienia odwołania istnieje także odnośnie oceny dokonanej przez Zamawiającego w ramach kryterium pozacenowego „Czas naprawy o priorytecie 2" (l.p. 3 w tabeli na stronie 19 SIWZ z wagą 10%). Odwołujący zaoferował maksymalne skrócenie właściwego czasu naprawy i w ramach „widełek" określonych w SIWZ w przedziale 0-10 punktów oczekiwał przyznania maksymalnej liczby 10 punktów. Odwołujący w zawartej w informacji kolumnie „ Punkty w kryterium »czas naprawy w priorytecie 1« (waga 10%/' przyznał natomiast ofercie Odwołującego tylko 1 punkt.

Odwołujący wskazał, że w obu kryteriach pozacenowych powinien otrzymać łączną ocenę 40 punktów, w wyniku czego jego oferta byłaby ofertą z najwyższą sumą uzyskanych punktów, wynoszącą 80,26 pkt. Z treści zawiadomienia z 08.10.2020 r. można się domyślać, że przed dokonaniem oceny ofert Zamawiający dokonał jakiejś „reinterpretacji" wag kryteriów określonych pierwotnie w SIWZ - co było działaniem niedopuszczalnym z uwagi na stan związania warunkami przetargu jako niezmiennymi od chwili upływu terminu składania ofert (arg. z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp a contrario oraz z art. 70 § 4 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp). Zdaniem Odwołujący, Zamawiający nie dostrzegł przy tym, że punktacja obliczona przez niego po wspomnianej „reinterpretacji kryteriów" i wpisana w tabeli jest dotknięta wewnętrzną sprzecznością. Liczba 9 punktów jako maksymalna liczba punktów w kryterium „Czas naprawy o priorytecie 1" nie zapewnia bowiem temu kryterium efektywnej wagi 30%, jak wskazano przecież w tabeli w samej treści zawiadomienia (w ślad za postanowieniami SIWZ). Podobnie - jeden punkt jako maksymalna liczba punktów w kryterium „Czas naprawy o priorytecie 2" nie daje temu kryterium efektywnej wagi 10%. Reinterpretacja kryteriów oceny ofert dokonana przez Zamawiającego po upływie terminu składania ofert zaprzecza postanowieniom SIWZ oraz nie zapewnia zachowania wag, jakie Zamawiający przypisał w SIWZ poszczególnym kryteriom. Jest także sprzeczna ze zdrowym rozsądkiem oraz wskazaną wyżej intencją Zamawiającego podjętą na etapie przygotowania postępowania, by kryteria pozacenowe miały łącznie wagę 40% („30+10 punktów na 100 możliwych do uzyskania łącznie"). Przy reinterpretacji, jaką Zamawiający zdawał się kierować na końcowym etapie postępowania, łączna efektywna waga kryteriów pozacenowych zmalała z 40% do raptem 14,29% („9+1 punktów na 70"). Pomijając już przyjętą powszechnie „regułę 100 punktów" (jako maksymalnej oceny łącznej możliwej do uzyskania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego), taki sposób przyznawania punktów oznaczałby rażące naruszenie obowiązku określonego w art. 91 ust. 2a ustawy Pzp. Odwołujący nie posądzałby o takie intencje żadnego zamawiającego - a już w szczególności Zamawiającego, który prowadzi przedmiotowe postępowanie. Naruszenie art. 91 ust. 2a ustawy Pzp stanowi przecież delikt dyscyplinarny - jest to czyn naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określony w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W ocenie Odwołującego ocena punktowa w ramach kryteriów pozacenowych przedstawiona przez Zamawiającego w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej jest niezgodna z postanowieniami SIWZ oraz rzeczywistymi intencjami, którymi Zamawiający kierował się w czasie przygotowania postępowania. Odwołujący stoi na stanowisku, że jedyną rozsądną i prawidłową interpretacją postanowień Rozdziału XXIII SIWZ (zgodną z powszechnie przyjętą

praktyką oraz przepisami ustawy Pzp i pozwalającą w szczególności na zachowanie określonych w SIWZ wag 30% i 10% w zakresie kryteriów pozacenowych) jest przyjęcie, że łączną liczbą punktów możliwą do uzyskania w ramach oceny ofert w niniejszym postępowaniu była liczba 100, przy czym maksymalną liczbą punktów możliwych do uzyskania w ramach kryterium „Czas naprawy o priorytecie 1" była liczba 30 punktów zaś w ramach kryterium „Czas napraw)' o priorytecie 2" - liczba 10 punktów. Odwołujący oczekuje przyznania swojej ofercie takich właśnie maksymalnych ocen w obu wspomnianych kryteriach. W tych okolicznościach oferta wykonawcy S&T nie jest w przedmiotowym postępowaniu ofertą najkorzystniejszą oraz nie może być jeszcze w ogóle brana pod uwagę przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Dokonany przez Zamawiającego wybór oferty wykonawcy S&T jest czynnością niezgodną z przepisami ustawy Pzp i musi zostać unieważniony.

Izba ustaliła co następuje:

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, w rozumieniu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r..

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa w formie leasingu operacyjnego bezpośredniego zestawów stanowiskowych na potrzeby sieci dystrybucji SPOE KAS z opcją wykupu oraz ubezpieczeniem na czas trwania leasingu wraz ze świadczeniem usług serwisowych i wsparcia technicznego" (R/6/20/PO/G/444). Ogłoszenie o zamówieniu zostało przez Zamawiającego przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 05.08.2020 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2020/S 153-374402 z dnia 10.08.2020 r.

W Rozdziale XXIII SIWZ Zamawiający określił wagi kryteriów w następujący sposób:

1. Oferty będą oceniane według poniższego kryterium/poniższych kryteriów:

l.p. Kryterium Waga

1. Cena 60%
2. Czas naprawy o priorytecie l 30%
3. Czas naprawy o priorytecie 2 10%

2. Wybór najkorzystniejszej oferty będzie dokonany na podstawie uzyskanej oceny w oparciu o kryteria: Cena, Czas naprawy o priorytecie 1, Czas naprawy o priorytecie 2 na podstawie punktów wyliczonych wg poniższego wzoru:

Ocena oferty = 60%*ocena ceny + 30%*ocena czasu naprawy o priorytecie 1 + 10%*ocena czasu naprawy o priorytecie 2

gdzie:

ocena ceny - ocena ceny wyliczona wg wzoru określonego poniżej, ocena kryterium czasu naprawy o priorytecie 1- ocena przyznana w kryterium drugim wyliczona wg mechanizmu określonego poniżej

ocena kryterium czasu naprawy o priorytecie 2- ocena przyznana w kryterium trzecim wyliczona wg mechanizmu określonego poniżej

3. Ocena oferty w kryterium Cena oferty zostanie wyliczona za pomocą następującego wzoru:

$$CcnO_{min}$$

$$\text{Ocena ceny} = 100 * \frac{\text{Cena}_{min}}{\text{Cena}} \text{ [pkt]}$$

gdzie:

Cena - cena badanej oferty,

Cena_{min} - najniższa zaoferowana cena spośród ofert podlegających ocenie.

4. Ocena w zakresie kryterium Czas naprawy o priorytecie 1 zostanie dokonana na

   podstawie wypełnionego Formularza Ofertowego, którego wzór stanowi Załącznik A do SIWZ i zawartej w nim deklaracji Wykonawcy dotyczącej czasu naprawy. Każda z ofert w ramach kryterium Czas naprawy o priorytecie 1 otrzymać może maksymalnie 30 punktów.

Punkty w ramach kryterium Czas naprawy o priorytecie 1 zostaną przyznane w następujący

sposób:

Czas naprawy o priorytecie 1	Liczba punktów
do 4 godz.	0
do 3 godz. 30 min.	10
do 3 godz.	20
do 2 godz. 30 min.	30

Zaproponowane w ofercie czasy będą stanowiły wiążące czasy realizacji zgłoszeń i będą obowiązywały w ramach realizacji przedmiotu umowy w zakresie spełniania wymaganego

poziomu SLA w ramach świadczenia usługi. Wskazanie czasu naprawy o priorytecie 1 większego niż 4 godziny spowoduje odrzucenie oferty. Oferta będzie niezgodna z SIWZ. W przypadku braku podania przez Wykonawcę w ofercie informacji dotyczącej deklarowanego czasu naprawy o priorytecie 1, oferta Wykonawcy otrzyma zero (0) punktów w kryterium Czas naprawy o priorytecie 1, a Wykonawca będzie związany maksymalnym czasem naprawy wynikającym z SIWZ wynoszącym 4 godziny.

Informacje jakie oferuje Wykonawca nie będą podlegały uzupełnieniu i nie będzie można uzyskać dodatkowej liczby punktów w powyższym kryterium w wyniku złożenia wyjaśnień w tej kwestii przez Wykonawcę po otwarciu ofert.

5. Ocena w zakresie kryterium Czas naprawy o priorytecie 2 zostanie dokonana na

   podstawie wypełnionego Formularza Ofertowego, którego wzór stanowi Załącznik A do SIWZ i zawartej w nim deklaracji Wykonawcy dotyczącej czasu naprawy. Każda z ofert w ramach kryterium Czas naprawy o priorytecie 2 otrzymać może maksymalnie 10 punktów.

Punkty w ramach kryterium Czas naprawy o priorytecie 2 zostaną przyznane w następujący sposób:

Czas naprawy o priorytecie 2	Liczba punktów
do 12 godz.	0
do 10 godz.	5

do 8 godz.	10

Wskazanie czasu naprawy o priorytecie 2 większego niż 12 godziny spowoduje odrzucenie oferty. Oferta będzie niezgodna z SIWZ. W przypadku braku podania przez Wykonawcę w ofercie informacji dotyczącej deklarowanego czasu naprawy o priorytecie 2, oferta Wykonawcy otrzyma zero (0) punktów w kryterium Czas naprawy o priorytecie 2, a Wykonawca będzie związany maksymalnym czasem naprawy wynikającym z SIWZ wynoszącym 12 godzin. Informacje, jakie oferuje Wykonawca nie będą podlegały uzupełnieniu i nie będzie można uzyskać dodatkowej liczby punktów w powyższym kryterium w wyniku złożenia wyjaśnień w tej kwestii przez Wykonawcę po otwarciu ofert.

6. Zamawiający dokona wyboru oferty najwyżej ocenionej - tj. o najwyższej liczbie punktów przyznanych, w ww. kryteriach wyliczonych wg wzoru określonego w ust. 2 spośród ofert nieodrzuconych złożonych przez Wykonawców niepodlegających

wykluczeniu na etapie oceny oferty.

Izba ustaliła, że do upływu terminu składania ofert złożone zostały trzy oferty następujących wykonawców:

1) S&T Poland Sp. z o.o. - maksymalna cena oferty: 7 622 997.50 zł (w tym: cena zamówienia podstawowego: 5 557 440.00 zł: cena prawa opcji: 2 065 557,50 zł)

2) SUNTAR Sp. z o.o. - maksymalna cena oferty: 13 984 709,05 zł (w tym: cena zamówienia podstawowego: 10 450 070,40 zł; cena prawa opcji: 3 534 638,65 zł)

3) BIT S.A. - maksymalna cena oferty: 11 361 808,83 zł (w tym: cena zamówienia podstawowego: 8 558 390,40 zł; cena prawa opcji: 2 803 418,43 zł).

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 8 954 272,55 zł. Wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług wynosi tym samym 11 013 755,24 zł. Cena oferty Przystępującego to 7.622.997,50 zł. Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi 10.989.838,46 zł. Cena oferty Przystępującego była niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towaru i usług ustalonej przed wszczęciem Postępowania, jak również od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 21 września 2020 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących obliczenia ceny. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 21 września 2020 r., Przystępujący pismem z dnia 30 września 2020 r. złożył Zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny, Wyjaśnienia wraz z załącznikami zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa Przystępującego.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 8 października 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Oferta Odwołującego została oceniona w

następujący sposób: kryterium cena - 40,26 pkt, kryterium „Czas naprawy w priorytecie I" - 9 pkt, kryterium „Czas naprawy w priorytecie II" 1 pkt. Łączna liczba punktów 50,26.

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący - jako wykonawca, którego oferta, w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, może zostać wybrana jako najkorzystniejsza - spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej nieuzyskaniu zamówienia.

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie. Izba przychyla się do stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 91 ust. 1a pkt 1 Pzp, zamawiający zwraca się do wykonawcy, którego cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny poda tek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy Pzp lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny — chyba, że rozbieżność pomiędzy wartością szacunkową zamówienia lub średnią arytmetyczną wszystkich ofert wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Okolicznością niesporną w niniejszej sprawie jest to, że cena oferty Przystępującego jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towaru i usług ustalonej przed wszczęciem Postępowania, jak również od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Z akt postępowania wynika, że pismem z dnia 21 września 2020 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących obliczenia ceny. Jak również wynika z akt postępowania, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 21 września 2020 r., Przystępujący pismem z dnia 30 września 2020 r. złożył Zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia wraz z załącznikami zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa Przystępującego.

W świetle powyższych ustaleń, zdaniem Izby, zarzut naruszenia art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp jest bezzasadny.

Odnosząc się do podniesionych przez Odwołującego argumentów dotyczących nieprawidłowości w protokole postępowania przetargowego, to Izba wskazuje po pierwsze, że brak w protokole postępowania informacji o załącznikach to niewątpliwie uchybienie Zamawiającego. Po drugie, uchybienie Zamawiającego co do zakresu informacji jakie winien zawrzeć w protokole postępowania nie było zarzutem sformułowanym w treści odwołania. Izba zaś związana jest treścią zarzutów podniesionych przez Odwołującego w odwołaniu. Po trzecie, ani w przepisach ustawy Pzp ani w przepisach Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. 2016 poz. 1128 z zm.) ustawodawca nie określił sankcji za wadliwe sporządzenie protokołu postępowania przez Zamawiającego. Potwierdza to tezę o informacyjnym charakterze tego dokumentu. Nie sposób uznać protokół postępowania za dokument konstytuujący działania Zamawiającego. Nie kreuje on czynności Zamawiającego, a jedynie odzwierciedla określne czynności podjęte przez zamawiającego w toku postępowania przetargowego. Po czwarte, zdaniem Izby, w świetle zarzutu postawionego przez Odwołującego, należało rozstrzygnąć czy brak wskazania w protokole postępowania jako załącznika informacji o wezwaniu Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny winno skutkować uznaniem czynności wezwania z dnia 21 września 2020 r. za niebyłą. W ocenie Izby taki wniosek byłby nieuprawiony. Takiej sankcji nie przewiduje ustawa Pzp. Co więcej,

Odwołujący samodzielnie determinuje zakres informacji jakie weryfikuje przed złożeniem odwołania. I to Odwołujący w analizowanym stanie faktycznym samodzielnie zadecydował o zakresie informacji jakie zweryfikował przed złożeniem odwołania. Zdaniem Izby wykonawca, działając z należytą starannością, przed sformułowaniem zarzutów dotyczących czynności podjętych w postępowaniu, winien zapoznać się z dokumentacja postępowania prowadzoną przez Zamawiającego i zweryfikować zakres czynności podjętych przez Zamawiającego na podstawie dokumentów źródłowych. Nie ma żadnego przepisu ustawy Pzp, który nakazywałby formułowanie zarzutów odwołania wyłącznie na podstawie treści protokołu postępowania. Wykonawca ma prawo, przed złożeniem odwołania, zwrócenia się do Zamawiającego o udostepnienie dokumentacji postępowania czy udzielenie odpowiedzi na dane pytanie. Takich czynności Odwołujący nie podjął. Co więcej, jak wskazał Zamawiający, wnioskował wyłącznie do udostępnienie treści protokołu, bez ofert, co tym bardziej mogło sugerować Zamawiającemu, iż nie żąda przekazania mu załączników/informacji dotyczących

wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny, które mogą być uznane za część szeroko pojętej oferty wykonawcy. Zamawiający w żaden sposób nie ograniczył Odwołującemu dostępu do akt postępowania, w tym do dokumentów źródłowych na podstawie, których wykonawca miał możliwość wszechstronnej i rzetelnej analizy czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu. Odwołujący samodzielnie decydując o zakresie weryfikowanej dokumentacji przed złożeniem odwołania, ponosi konsekwencji swoich decyzji. Oczywiście nie stanowi to usprawiedliwienia dla zaniechań Zamawiającego dotyczących zakresu ujawnionych informacji w protokole postępowania przetargowego, ale takie zaniechania winny być przedmiotem odrębnego zarzutu, który nie został sformułowany w treści odwołania.

Podkreślić raz jeszcze należy, że zarzut Odwołującego dotyczył zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie sformułował zarzut dotyczącego wadliwego sporządzenia protokołu postępowania. Zakres informacji jakie Odwołujący weryfikuje przed złożeniem odwołania leży w wyłącznej gestii wykonawcy. Ustawa Pzp nie narzuca w tym zakresie żadnych ograniczeń. Odwołującego ograniczył swoją weryfikację czynności Zamawiającego wyłącznie do treści protokołu postępowania, bez weryfikacji dokumentów źródłowych dotyczących postępowania. Zdaniem Izby brak wskazania w protokole załączników, nie uniemożliwiało wykonawcy zapoznanie się z dokumentacją postępowania w celu weryfikacji czynności podjętych przez Zamawiającego.

Tym samym, zdaniem Izby, zarzut uznać należy za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1, 92 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że dokonał oceny oferty złożonej przez Odwołującego niezgodnie z opisem pozacenowych kryteriów oceny ofert zawartym w SIWZ, tj. z kryteriami: „czas naprawy w priorytecie 1" oraz „czas naprawy w priorytecie 2", jak również w zakresie liczby punktów przypisanej obu wymienionym kryteriom, co miało — w ocenie Odwołującego - skutkować przyznaniem ofercie Odwołującego zbyt małej liczby punktów i zaniechaniem wyboru oferty Odwołującego. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Treść SIWZ jest wiążąca zarówno dla zamawianego jak i dla wykonawców, którzy decydują się na udział w postępowaniu przetargowym. Dokonując oceny złożonych w danym postępowaniu ofert zamawiający obowiązany jest przestrzegać ściśle opisanych w SIWZ kryteriów, nie może dokonywać ich modyfikacji po upływie terminu składania ofert, a jedynie obowiązany jest ocenić oferty według ustalonych w SIWZ wytycznych. Formułując kryteria oceny ofert, zamawiający korzysta z autonomii, jaką przyznają mu w tym zakresie przepisy ustawy Pzp. Ustawodawca pozostawił zamawiającemu swobodę w doborze kryteriów pozacenowych, dając mu możliwość ustalenia takich kryteriów oceny ofert, które w najwyższym stopniu zagwarantują, że wybór oferty najkorzystniejszej odpowiadał będzie uzasadnionym interesom i potrzebom zamawiającego wiążącym się z należytą realizacją przedmiotu zamówienia. Przedstawiony w art. 91 ust. 2 ustawy PZP katalog kryteriów pozacenowych ma charakter otwarty, a nie enumeratywny, na co jednoznacznie wskazuje użycie przez ustawodawcę przed wyliczeniem kryteriów wyrażenia „w szczególności" - wymienione w tym przepisie kryteria mają charakter jedynie przykładowy.

W analizowanym stanie faktycznym, Zamawiający opisując w Rozdziale XXIII SIWZ sposób wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach przyjętych kryteriów, wskazał w sposób jednoznaczny, że ustalenie, która oferta jest najkorzystniejsza w świetle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert posłuży się określonym wzorem. Rozdziału XXIII

Zamawiający wskazał, że wybór najkorzystniejszej oferty będzie dokonany na podstawie uzyskanej oceny w oparciu o kryteria: Cena, Czas naprawy o priorytecie 1, Czas naprawy o priorytecie 2 na podstawie punktów wyliczonych wg poniższego wzoru:

Ocena oferty = 60%*ocena ceny + 30%*ocena czasu naprawy o priorytecie 1 + 10%*ocena czasu

naprawy o priorytecie 2

Zgodzić się należy z Zmawiającym, że wzór zamieszczony w Rozdziale XXIII ust. 2 SIWZ wymagał zatem od Zamawiającego, aby:

1) podstawił ocenę cząstkowa uzyskaną w ramach kryterium „cena" i przemnożył tę wartość przez 60%;
2) podstawił ocenę cząstkową uzyskaną w ramach kryterium „czas naprawy o priorytecie 1" i przemnożył tę wartość przez 30%;
3) podstawił ocenę cząstkową uzyskaną w ramach kryterium „czas naprawy o priorytecie 2" i przemnożył tę wartość przez 10%.

Zastosowanie operacji matematycznych, o których mowa powyżej, doprowadziło do tego, że Odwołujący uzyskał w poszczególnych kryteriach następujące oceny cząstkowe: 40,26 punktów w ramach kryterium „cena", 9 punktów w ramach kryterium „czas naprawy w priorytecie 1", oraz 1 punkt w ramach kryterium „czas naprawy w priorytecie 2", łącznie uzyskując 50,26 punktów. Z żadnego z postanowienia SIWZ nie wynika, że oferta wykonawcy najwyżej ocenionego może dostać maksymalnie 100 punktów, ściślej max. 60 punktów w kryterium ceny, max. 30 punktów w kryterium pozacenowym Czas naprawy o priorytecie 1, max. 10 punktów w kryterium pozacenowym Czas naprawy o priorytecie 2. Takiego wymogu próżno doszukiwać się w przepisach ustawy Pzp.

Zdaniem Izby Odwołujący błędnie zinterpretował treści SIWZ. Wykonawca dąży do oceny swojej oferty według własnego, subiektywnego doboru wybranych fragmentów SIWZ, ignorując wzór zawarty w SIWZ i powołując się na rzekomą praktykę rynkową. Obie okoliczności nie mogą być uwzględnione przez Izbę, gdyż stoją w sprzeczności z obowiązkiem Zamawiającego stosowania zapisów SIWZ. Podnoszony przez Odwołującego argument o tym, iż przyjętą powszechnie regułą jest „reguła 100 punktów", nie może stanowić o zasadność podniesionego zarzuty. Reguły w konkretnym postępowaniu określna konkretny zamawiający. W tym konkretnym postępowaniu, które jest przedmiotem analizy ze strony Izby, Zamawiający określił kryteria oceny ofert oraz sposób w jaki kryteria te będą uwzględnienie we wzorze wskazanym w pkt 2 Rozdziału XXIII SIWZ. Być może właśnie zbyt schematyczne czytanie SIWZ było źródłem błędnego rozumienia jej zapisów przez Odwołującego.

Wskazać również należy, że Odwołujący kwestionuje sposób oceny swojej oferty, jednocześnie pomijając zawarty SIWZ wzór do obliczenia oferty najkorzystniejszej. Odwołujący nie twierdzi, że wzór oceny ofert jest skonstruowany błędnie, czy wymaga wyjaśnień. Odwołujący nie twierdzi, że Zamawiający dokonał obliczeń w sposób nieprawidłowy, czy wyszedł w swoich obliczeniach poza wzór oceny ofert, wzór niekwestionowany przez wykonawców przed dniem składa ofert. Odwołujący w sposób nieuprawniony pomija te zapisy SIWZ, koncentrując swoją argumentacje na wybranych fragmentach zapisów zawartych w Rozdziale XXIII w celu uzasadnienia swojego stanowiska. Takie działanie Izba uznaje za nieuprawnione, gdyż oznaczałoby ocenę ofert złożonych w postępowaniu na podstawie wybranych postanowień SIWZ, z pominięciem wzoru jaki określił Zamawiający. Wskazać również należy, że jeżeli wzór podany przez Zamawiającego w pkt 2 Rozdziału XXIII SIWZ był dla Odwołującego niejasny, to na etapie udostępnienia treści SIWZ Odwołujący mógł złożyć odwołanie i kwestionować zapisy dotyczące kryteriów oceny ofert i ich niejasności czy też mógł wystąpić do Zamawiającego z zapytanie o wyjaśnienia niejasnych zapisów w trybie w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp. Tego wykonawca nie uczynił, zaś obecnie podnoszone zarzuty wobec zapisów SIWZ zakresie konstrukcji kryteriów oceny ofert uznać należy za spóźnione.

Twierdzenia Odwołującego o rzekomym delikcie dyscyplinarnym Zamawiającego nie mają żadnego znaczenia dla sprawy. Są to wyłącznie subiektywne twierdzenia wykonawcy.

Z uwagi na powyższe, zdaniem Izby, zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez

dokonanie oceny ofert sposób niezgodny z kryteriami oceny ofert jest bezzasadny.

Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp, bowiem Zamawiający przekazał wykonawcom informację na temat uzyskanych punktów, zgodnie z metodyką obliczania punktacji opisaną w SIWZ.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem Zamawiający w jednakowy sposób potraktował wszystkich wykonawców dokonując oceny wszystkich ofert według tej samej

metodologii wskazanej w SIWZ.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. a

972 ze zm.).

Przewodniczący: .....