Sygn. akt: KIO 388/21

WYROK

z dnia 5 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Brzeska
Anna Chudzik
Anna Wojciechowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu: 1 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 5 lutego 2021 r. przez **wykonawcę Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji z siedzibą w Warszawie**w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Stowarzyszenie Obszar Metropolitarny Gdańsk-Gdynia-Sopot z siedzibą w Gdańsku**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności zaproszenia do składania ofert oraz nakazuje dokonanie zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez:**

   ● I. wykreślenie podkryteriów: 1)„Rower –ocena estetyczno-funkcjonalna" oraz 2)„Sposób zarządzania systemem wraz ze szczegółową analizą kosztów i harmonogramem" - zawartych w rozdziale 15 „Kryteria oceny ofert wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert" SIWZ,

   ● II. Zmianę podkryterium „odsetek pojazdów silnikowych zeroemisyjnych, przeznaczonych do obsługi systemu" - zawartego w rozdziale 15 „Kryteria oceny ofert wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert" SIWZ poprzez doprecyzowanie sposobu przyznawania punktacji w ramach tego podkryterium tak, aby faktycznie odzwierciedlało odsetek pojazdów zeroemiyjnych realizujących umowę w ramach przedmiotu zamówienia;

   ● III. Wykreślenie postanowień SIWZ dotyczących wymaganych dokumentów składanych wraz z koncepcją litera od e) do g), t.j.: wykazu punktów ładowania z podaniem liczby stanowisk ładowania baterii rowerów ze wspomaganiem elektrycznym, wykazu lokalizacji stacji obsługiwanych wyłącznie przez rowery cargo/e cargo, opisu sposobu zarządzania systemem wraz ze szczegółową analizą kosztów i harmonogramem.

   ● IV. Doprecyzowanie postanowień SIWZ - Opisu przedmiotu zamówienia – w zakresie udostępnianych przez Zamawiającego rowerów, tak aby wynikało z nich czy rowery udostępnione przez Zamawiającego mogą być wykorzystane według uznania wykonawcy jako rowery zwykłe lub rowery elektryczne;

   Ponadto nakazuje Zamawiającemu uwzględnienie konsekwencji ww. zmian w pozostałych postanowieniach SIWZ wraz z załącznikami.
2. **Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zawartego w pkt II.1 - podkryterium „liczba stacji obsługiwanych wyłącznie przez rowery cargo/e-cargo"), II.3.1 - liczba punktów oraz IV lit. a) i c) odwołania – żądanie zbędnych dokumentów, wobec wycofania niniejszych zarzutów przez Odwołującego;**
3. Kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego: Stowarzyszenie Obszar Metropolitarny Gdańsk-Gdynia-Sopot z siedzibą w Gdańsku** i:
   1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
   2) zasądza od **Zamawiającego: Stowarzyszenia Obszaru Metropolitarnego Gdańsk-Gdynia-Sopot z siedzibą w Gdańsku** kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz **wykonawcy: Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji z siedzibą w Warszawie**tytułem uiszczonego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:

……

……..

……...

Sygn. akt KIO 388/21

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

Zamawiający – Stowarzyszenie Obszar Metropolitarny Gdańsk-Gdynia-Sopot z siedzibą w Gdańsku prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*"), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Uruchomienie, zarządzanie i eksploatacja systemu roweru metropolitarnego*".

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „*Odwołującym*") w dniu 5 lutego 2020 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na postanowienia SIWZ przekazane wraz z zaproszeniem do składania ofert z dnia 26 stycznia 2021 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1)art. 60c ust. 1 w z w. z art. 48 ust. 2 pkt 10 w zw. z art. art. 60c ust. la w zw. z art, 60e ust. 3a pkt 5) ustawy Pzp poprzez zmianę na etapie zaproszenia do składania ofert kryterium określonego na etapie ogłoszenia o zamówieniu jako

„koncepcja funkcjonowania systemu MEV02";
2)art. 91 ust. 2d w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie podkryteriów: *„liczba stacji obsługiwanych wyłącznie przez rowery cargo/e-cargo", „odsetek. pojazdów silnikowych zeroemisyjnych, przeznaczonych do obsługi systemu*", *„Rower - ocena estetyczno- funkcjonalna*" oraz *„sposób zarządzani systemem wraz ze szczegółową analizą kosztów i harmonogramem"* w kryterium oceny ofert *„koncepcja funkcjonowania systemu roweru metropolitalnego - SRM MEVO - K"* w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały, nieobiektywny, uniemożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców oraz w sposób naruszający zasadę przejrzystości i proporcjonalności;
3)art. 91 ust. 2 w zw. z art. 91 ust. 2c w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustalenie podkryterium *„sposób zarządzania systemem wraz ze szczegółową analizą kosztów i harmonogramem"* w kryterium oceny ofert *„koncepcja funkcjonowania systemu roweru metropolitalnego - SRM MEVO - K"*które nie odnosi się do przedmiotu zamówienia, nie jest z nim związane, narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
4)art. 89 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przewidzenie sankcji odrzucenia oferty w przypadku niespełnienia kryteriów oceny ofert;
5)art. 25 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez żądanie od wykonawców dokumentów zbędnych do przeprowadzenia postępowania, tj. koncepcji funkcjonowania systemu w zakresie wykraczającym poza informacje oceniane w kryteriach oceny ofert oraz określenia wymagań co do treści tego dokumentu w sposób nieprzejrzysty, niejednoznaczny i nieproporcjonalny;
6)art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego oraz umożliwiający dokonanie wyceny przedmiotu oferty;
7)art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:
1)uwzględnienie odwołania,
2)nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.
Zamawiający na posiedzeniu wyznaczonym na dzień 1 marca 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, jednocześnie oświadczył, że w dniu 1 marca 2021 r. o 9.30 dokonał zmiany SIWZ.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 8 lutego 202 r.

Ponadto ustalono, że do niniejszego postępowania odwoławczego w po stronie Zamawiającego w terminie przewidzianym w ustawie Pzp nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty zasługiwały na uwzględnienie.

I.Zarzut niedopuszczalnej zmiany kryteriów oceny ofert

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła niniejszy zarzut. Izba zgodziła się z Odwołującym, że w niniejszym stanie faktycznym doszło do niedopuszczalnej zmiany kryteriów oceny ofert, wbrew twierdzeniom Zamawiającego.
Zamawiający w sekcji II.2.5) ogłoszenia o zamówieniu - Kryteria udzielenia zamówienia wskazał:*„Cena nie jest jedynym kryterium udzielenia zamówienia; wszystkie kryteria są wymienione tylko w dokumentacji zamówienia".*
W instrukcji dla wykonawców (IDW") - w rozdz. 15 ust. 4 Zamawiający wskazał-kryteria oceny ofert:*Zamawiający uzna za najkorzystniejszą ofertę, która uzyska najwyższą ilość punktów biorąc pod uwagę następujące kryteria (według kolejności, bez określania wagę): - Cena; - koncepcja funkcjonowania systemu MEV02;*
Zatem, zgodzić należało się z Odwołującym, że Zamawiający – na etapie ogłoszenia - nie określił wag poszczególnych kryteriów. Zamawiający nie wskazał również kolejności (według wagi) poszczególnych kryteriów. Powyższej kwalifikacji Zamawiający dokonał na etapie IDW.
I tak zgodnie z art. 60c ust. 1a ustawy Pzp,*jeżeli ze względu na złożoność zamówienia nie można, na tym etapie postępowania, ustalić znaczenia kryteriów oceny ofert, w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający podaje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego. Przepisu art. 48 ust. 2 pkt 10 nie stosuje się.*
Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający nie dokonał kwalifikacji kryteriów od najważniejszego do mniej ważnego na etapie ogłoszenia, czynności tej dokonał na etapie IDW.
Następnie Zamawiający na etapie zaproszenia do składania ofert określił wagi kryteriów. Zgodnie z rozdz. XV ust. 2 SIWZ Zamawiający, przewidział podkryteria dla kryterium *koncepcja funkcjonowania systemu MEV02* w postaci:
1)liczba dodatkowych punktów ładowania (zgodnie z definicją art. 5 OPZ),
2)liczba stacji obsługiwanych wyłącznie przez rowery cargo/e-cąrgo,
3)odsetek pojazdów silnikowych zeroemisyjnych, przeznaczonych do obsługi systemu,
4)Rower - ocena estetyczno - funkcjonalna,
5)sposób zarządzania systemem wraz ze szczegółową analizą kosztów i harmonogramem.
Zgodzić należało się ze stanowiskiem prezentowanym przez Odwołującego, że powyższych podkryteriów Zamawiający nie przewidywał na etapie ogłoszenia o zamówieniu. Zgodzić należało się również, że podkryteria: liczba dodatkowych punktów ładowania, liczba stacji, odsetek pojazdów silnikowych - mieszczą się w kryterium „koncepcja funkcjonowania systemu MEV02", wskazanym w IDW, jednak podkryterium „Rower - ocena estetyczno - funkcjonalna" oraz podkryterium „sposób zarządzania systemem wraz ze szczegółową analizą kosztów i harmonogramem", nie mogą stanowić elementu koncepcji funkcjonowania systemu_MEV02 i wykraczają poza kryteria wskazane w IDW. Zatem Zamawiający dokonał zmiany wprowadzonych kryteriów poprzez określenie podkryteriów: „Rower - ocena estetyczno - funkcjonalna" oraz „sposób zarządzania systemem wraz ze szczegółową analizą kosztów i harmonogramem".
Izba nie zgodziła się z Zamawiającym, wedle którego sformułowanie „znaczenie" zawarte w art. 60c ust. 1a ustawy Pzp nie można utożsamiać z wagą. Zgodnie z przytoczonym przepisem zamawiający w takiej sytuacji podaje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego. Zamawiający nie dokonał takiego rozróżnienia od najważniejszego do najmniej ważnego, dlatego Izba w zakresie tej argumentacji nie zgodziła się z Zamawiającym.

W ocenie Izby również – zgadzając się z Odwołującym – nie można zgodzić się aby pod pojęciem „koncepcja funkcjonowania systemu MEV02" można było dopuścić ocenę estetyczno-funkcjonalną. Przyjmując rozumowanie Zamawiającego każde podkryterium byłoby dopuszczalne i Zamawiający mógłby dokonywać zmian/rozszerzeń w tym zakresie. Zgodzić należało się że takie podkryterium odnosi się jakości, a takiego kryterium zamawiający nie przewidział. Nie można zgodzić się, ze w ramach koncepcji funkcjonowania systemu MEVO2 mieści się podkryterium rower – ocena estetyczno-funcjonalna i sposób zarządzania systemem wraz z szczegółową analizą kosztów i harmonogramem.
Słuszne jest również stanowisko Odwołującego, wskazujące na to, że podkryterium „Rower - ocena estetyczno - funkcjonalna" jest pod odnoszącym się do jakości rowerów, a nie koncepcji funkcjonowania systemu MEVO2. Zamawiający w opisie tego podkryterium wskazał, że *„Ocenie zostaną poddane takie obszary jak: ergonomia; napęd i elektryczne wspomaganie napędu lub, w przypadku roweru zwykłego, napęd, jakość wykonania i estetyka, oraz wrażenia z jazdy".* Zatem opisane przez Zamawiającego podkryterium „Rower - ocena estetyczno - funkcjonalna" to kryterium odnoszące się do jakości, a takiego kryterium Zamawiający nie przewidywał na etapie ogłoszenia o zamówieniu, dlatego też argumentacja Odwołującego odnosząca się do nieuprawnionej zmiany kryteriów jest uzasadniona.
Ponadto – zgodzić należało się z Odwołującym, że podkryterium „sposób zarządzania systemem wraz ze szczegółową analizą kosztów i harmonogramem" - w zakresie, w jakim odnosi się do analizy kosztów i harmonogramu, nie stanowi elementu koncepcji funkcjonowania systemu.
Słuszna jest argumentacja Odwołującego, że harmonogram, (na który składają się termin/terminy realizacji) nie został określony jako kryterium oceny oferty. Kryterium takie nie zostało określone w IDW. Nie jest wiadome również których elementów dotyczy harmonogram i jak miałyby być przyznawane punkty w tym podkryterium.
Podobnie co do analizy kosztów - takiego kryterium również nie przewidziano. Przewidziano kryterium ceny. W opisie tego podkryterium wskazano: *„W zakresie kosztów eksploatacji Zamawiający w sposób oczywisty preferuje niższe koszty eksploatacji systemu, na które mają wpływ koszty utrzymania, odnowienia licencji i aktualizacji oprogramowania".* Zatem Zamawiający odnosi się do kryterium kosztu w postaci rachunku kosztów cyklu życia, które opisane zostało w art. 91 ust. 3c pkt 1 ustawy Pzp: *„Rachunek kosztów cyklu życia może obejmować w szczególności koszty:*
1) poniesione przez zamawiającego lub innych użytkowników związane z;
a) nabyciem,
b) użytkowaniem, w szczególności zużycie energii i innych zasobów,
c) utrzymaniem,
d) wycofaniem z eksploatacji, w szczególności koszty zbierania i recyklingu.
Kryterium takiego również nie przewidziano w IDW. Zgodzić należało się z Odwołującym, że Zamawiający powinien przewidzieć kryteria na etapie ogłoszenia o zamówieniu i nie może ich na późniejszym etapie zmieniać. Kryteria oceny ofert maja doniosłe znaczenie z punktu widzenia wykonawcy wchodzącego w dialog z zamawiającym, dotyczący przedsięwzięcia o złażonym charakterze, którego sposób realizacji zostanie dopiero ustalony, zatem niedopuszczalna jest zmiana kryteriów – co miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym.
II. Zarzut wadliwego opisu kryteriów/podkryteriów – II.1 Podkryterium „liczba stacji obsługiwanych wyłącznie przez rowery cargo/e-cargo" – zarzut został wycofany przez Odwołującego, wobec tego nie był przedmiotem merytorycznego rozstrzygnięcia a w tej części Izba umorzyła postępowanie odwoławcze, z uwagi na wycofanie tego zarzutu.
Zarzut II. 2 Podkryterium „odsetek pojazdów silnikowych zeroemisyjnych, przeznaczonych do obsługi systemu" – Zarzut jest zasadny.
Zgodnie z opisem tego podkryterium *„Zamawiający oczekuje jak najwyższego odsetka pojazdów zeroemisyjnych przeznaczonych do obsługi systemu. Wykonawca, który zaoferuje 100% pojazdów silnikowych zeroemisyjnych, przeznaczonych do obsługi systemu, otrzyma w tym podkryterium 5 pkt".*

Zgodzić należało się z Odwołującym, że podkryterium to nie odzwierciedla rzeczywistych różnic pomiędzy ofertami wykonawców, jak również – co jest istotne - wpływu przyjętego przez danego wykonawcę sposobu realizacji zamówienia, w tym zakresie, na środowisko oraz poziomu emisji spalin. Izba zgodziła się z Odwołującym, że deklarowane wartości będą przy tym nieporównywalne pomiędzy poszczególnymi ofertami, ponieważ wykonawcy mogą przyjąć zupełnie różne założenia, co wynika z niejednoznacznego opisu tego kryterium oraz braku obiektywnego mechanizmu przyznawania punktów. Istotne znaczenie ma kwestia rzeczywistego charakteru tego podkryterium, jego weryfikalności tak, aby faktycznie odzwierciedlało odsetek pojazdów zeroemisyjnych realizujących umowę w ramach przedmiotu zamówienia. Powyższe Zamawiający może zrealizować na różne sposoby.
Zgodzić należało się z Odwołującym, że nie wiadomo jaka jest relacja tego podkryterium do podkryterium „liczba stacji obsługiwanych wyłącznie przez rowery cargo/e-cargo" - czy pojazdy e-cargo dedykowane do - obsługi stacji - będą uwzględniane także w ramach podkryterium „odsetek pojazdów silnikowych zeroemisyjnych, przeznaczonych do obsługi systemu". Kwestia ta nie została uregulowana. Są to dwa odrębne podkryteria, więc uwzględnianie pojazdów e-cargo w obydwu podkryteriach podważałaby celowość istnienia obydwu kryteriów. Zgodzić należało się z Odwołującym, że istotne znaczenie mają czynności, które generują największą liczbę, przejechanych kilometrów - relokacje, przewożenie rowerów do serwisu, magazynu powinny być wykonywane przez pojazdy inne, niż cargo/e-cargo - samochody transportowe.
Ponadto – Izba zgodziła się z Odwołującym, że podkryterium to - nie odzwierciedla rzeczywistych różnić pomiędzy ofertami i jakości danej oferty pod kątem wpływu na środowisko. I tak zgodzić należało się z Odwołującym, że przy tak przyjętym podkryterium: premiowane są wszystkie pojazdy, nawet te, które mają marginalne znaczenie dla funkcjonowania systemu i jego obsługi, czy też premiowane są pojazdy wykorzystywane w jakimkolwiek zakresie do obsługi systemu.
I tak Odwołujący posiłkował się przykładem, który odzwierciedlał nierzeczywisty charakter tego podkryterium, gdyż do obsługi systemu wykonawca może dedykować 15 busów i 5 pojazdów innego rodzaju, wszystkie spalinowe, jednocześnie przyjmując, że do obsługi systemu będzie wykorzystywał 100 rowerów elektrycznych dostarczonych ramach tego systemu. Zatem przy łącznej liczbie 120 pojazdów, odsetek pojazdów elektrycznych wynosiłby 83%, tylko i wyłącznie dzięki 100 rowerom elektrycznym, których udział w obsłudze systemu i wpływ na zmniejszenie emisji spalin nie jest znaczący. Zgodzić należało się z Odwołującym, że podkryterium to nie ma realnego przełożenia na ocenę złożonych ofert, prowadzi do nieporównywalności ofert w kat przyjętym przez Zamawiającego kryterium. W konsekwencji Izba zgodziła się z Odwołującym, że powyższe kryterium powinno bazować na pojazdach wykorzystywanych do istotnych czynności w ramach obsługi systemu: relokacji, przewożeniu na serwis, ponieważ te czynności realizowane przez pojazdy do tego przeznaczone wykazują największą emisję spalin.

Wobec powyższego Izba nakazała Zamawiającemu zmianę podkryterium „odsetek pojazdów silnikowych zeroemisyjnych, przeznaczonych do obsługi systemu" - zawartego w rozdziale 15 „Kryteria oceny ofert wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert" SIWZ poprzez doprecyzowanie sposobu przyznawania punktacji w ramach tego podkryterium tak, aby faktycznie odzwierciedlało odsetek pojazdów zeroemisyjnych realizujących umowę w ramach przedmiotu zamówienia.

II.3. Zarzut – liczba punktów – Podkryterium „Rower –ocena estetyczno-funkcjonalna”- (II.3.1) zarzut wycofany przez Odwołującego. Wobec powyższego zarzut ten nie był przedmiotem merytorycznego rozstrzygnięcia a Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w tej części.

Co do zarzutu zawartego w pkt II.3.2 odwołania - sposób przyznawania punktów

W ocenie Odwołującego podkryterium „Rower - ocena estetyczno - funkcjonalna" zostało opisane w sposób wadliwy, nieprecyzyjny i niejednoznaczny w zakresie liczby przyznawanych punktów, ponieważ: *waga tego podkryterium wynosi maksymalnie 15 punktów, co wynika literalnie z treści rozdz. XV SIWZ. Zgodnie z opisem tego podkryterium:* „Każda z ofert będzie punktowana w powyższym kryterium poprzez przyznanie punktów każdemu Wykonawcy wg formularza oceny roweru - odpowiednio roweru zwykłego i roweru ze wspomaganiem elektrycznym". *Oceniany jest zatem rower zwykły i rower elektryczny;* zgodnie z treścią każdego załączników: „6_ Formularz oceny roweru elektrycznego", „7_ Formularz oceny roweru zwykłego": Każdy element (a,b,c,d,e) jest oceniany jest w trzystopniowej skali: ocena niska (0 pkt), ocena średnia *(0,25* pkt), ocena wysoka *(0,5* pkt)

Według Odwołującego, każdy z załączników przewiduje łącznie 20 elementów (a,b,c,d,e), co po przemnożeniu przez maksymalną liczbę punktów za jeden element (0,5 pkt) daje 10 *- pkt za rower zwykły i 10 punktów za rower elektryczny - łącznie 20 pkt za obydwa rodzaje rowerów. Obydwa rodzaje rowerów są punktowane w ramach tego kryterium, więc punkty należy sumować; zgodnie z opisem przedmiotowego podkryterium w rozdz. XV SIWZ SIWZ*„Każdy członek komisji przetargowej przyzna punkty od* 0-2,5 *w ocenianych czterech obszarach. Wykonawca może uzyskać- maksymalnie 10 punktów od każdego z członków Komisji".* Rzeczywiście zgodnie z treścią, załączników: „6_ Formularz oceny roweru elektrycznego" oraz ,,7_ Formularz oceny roweru zwykłego" w każdym z tych załączników wyodrębniono - 4 obszary oceny. Dla roweru- zwykłego są to: ERGONOMIA, NAPĘD, JAKOŚĆ WYKONANIA I ESTETYKA, WRAŻENIA Z JAZDY. Dla roweru elektrycznego takie same, z tym, że zamiast NAPĘDU przewidziano NAPĘD i ELEKTRYCZNE WSPOMAGANIE NAPĘDU, W obydwu załącznikach w ramach każdego obszaru przewidziano 5 punktowanych elementów, co rzeczywiście przy. maksymalnej liczbie punktów 0,5 pkt za element (zgodnie z treścią każdego z załączników) daje 2,5 pkt za jeden obszar. W konsekwencji za 4 obszary daje to sumę, maksymalnie 10 pkt - za każdy z rodzajów rowerów. Zatem łącznie za rower zwykły można otrzymać 10 punktów i za rower elektryczny łącznie 10 punktów, co w podkryterium daje razem 20 punktów. W ocenie Odwołującego postanowienia SIWZ i załączników nie są ze sobą spójne. W rozdz. XV SIWZ w opisie, tego podkryterium wskazano na jego. wagę w wysokości 15 pkt, a z załączników wynika, że można otrzymać maksymalnie 20 pkt.

W ocenie Izby argumentacja Odwołującego – co do sposobu przyznawania punktacji – t.j. jej obniżania (jak twierdził Odwołujący w sposób sztuczny) – jest niezasadna. W ocenie Izby niniejsze postanowienia skierowane były do wszystkich wykonawców i nie można zgodzić się aby wykonawcy traktowani byli z naruszeniem zasady równego traktowania oraz uczciwej konkurencji. Niemniej jednak wobec nakazania usunięcia podkryterium z SIWZ („Rower - ocena estetyczno – funkcjonalna) – uwzględnienia zarzutu dalej idącego – argumentacja Odwołującego dotycząca przyznania punktacji staje się bezprzedmiotowa.

Zarzut zawarty w pkt II.3.3 odwołania - Opis punktowanych elementów.

Odwołujący wskazywał, że zgodnie z, treścią załączników: „6_ Formularz oceny roweru-elektrycznego" oraz „7_ Formularz oceny roweru zwykłego" w każdym z tych załączników, wyodrębniono 4 obszary oceny, a w ramach każdego z obszarów 5 elementów podlegających ocenie punktowej. W jego ocenie elementy podlegające punktacji zostały opisane w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały, uniemożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców. Wobec uwzględnienia zarzutu dalej idącego odnoszącego się do podkryterium „Rower - ocena estetyczno – funkcjonalna” oraz nakazania wykreślenia niniejszego podkryterium – argumentacja Odwołującego jest bezprzedmiotowa. Ponadto Zamawiający oświadczył, że sporne załączniki zostały usunięte ze strony internetowej Zamawiającego, a opisane obszary podlegały ocenie na podstawie wymagań SIWZ.

Zarzut odnoszący się do pkt II.4 odwołania (Podkryterium „sposób zarządzania systemem wraz ze szczegółową analizą kosztów i harmonogramem"). W ocenie Izby argumentacja Odwołującego odnosząca się do postawionego zarzutu jest zasadna – nie jest wiadome co Zamawiający będzie w tym kryterium punktował, niemniej jednak wobec usunięcia ww. podkryterium z SIWZ – wobec uwzględnienia zarzutu dotyczącego usunięciaPodkryterium „sposób zarządzania systemem wraz ze szczegółową analizą kosztów i harmonogramem” – argumentacja Odwołującego jest bezprzedmiotowa.

III.Zarzut dotyczący odrzucenie oferty z powodu niespełnienia kryteriów oceny ofert

Zamawiający w rozdz. XV SIWZ w opisie podkryterium „Rower - ocena estetyczno - funkcjonalna" zawarł postanowienie:

„ *Uzyskanie oceny niższej niż 5 pkt (V z punktów możliwych do uzyskania), w ramach podkryterium -rower ocena estetyczno-funkcjonalna spowoduje jej obniżenie do 0 pkt. Uzyskanie tak niskiej punktacji w procesie weryfikacji złożonych ofert w tym podkryterium będzie dla Zamawiającego sygnałem, że oferowane rowery nie spełniają minimalnych parametrów technicznych określonych przez Zamawiającego w załączniku nr 6 do siwz - opz, oraz określonych we wzorze do umowy (załącznik nr* 7 *do siwz), Zamawiający odrzuci ofertę w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 uPzp.*

W przypadku wątpliwości, Wykonawca będzie musiał udowodnić Zamawiającemu fakt spełnienia w\w warunków przez oferowany przedmiot zamówienia".

Ponadto Zamawiający w załączniku nr 1 do formularza oferty -*KONCEPCJA FUNKCJONOWANIA SYSTEMU ROWERU METROPOLITALNEGO SRMMEWA* na końcu dokumentu, drobnym drukiem zawarto treść:„ *UWAGA: Niespełnienie kryteriów, w tym brak pozytywnych wyników badań rowerów potwierdzających spełnienie warunków Opisu Przedmiotu Zamówienia odpowiednio ust 2 i 3. spowoduje odrzucenie oferty".*

Zamawiający dokonał zmian postanowień SIWZ, niemniej jednak – nie dokonał wykreślenia niniejszych postanowień SIWZ z załącznika nr 1B, co sam przyznał na rozprawie. Zatem Zamawiający nie dokonał skutecznie wykreślenia spornych postanowień SIWZ, co mogło budzić dalsze wątpliwości wykonawcy. Niemniej jednakwobec uwzględnienia zarzutu dotyczącego usunięcia Podkryterium „Rower ocena estetyczno-funkcjonalna” (zarzutu dalej idącego) – argumentacja Odwołującego stała się bezprzedmiotowa.

IV. Żądanie zbędnych dokumentów

Zamawiający w opisie podkryterium „sposób zarządzania systemem wraz ze szczegółową analizą kosztów i harmonogramem" postawił wymagania co do koncepcji na podstawie której będzie oceniać ofertę:

Koncepcja winna zawierać również:

a wykaz podwykonawców z dokładnym zakresem wykonywanych czynności oraz zobowiązania do zawarcia umów na wskazany zakres podwykonawstwa.

b szczegółową specyfikację nowego roweru standardowego i nowego roweru ze wspomaganiem elektrycznym.

c certyfikaty zgodności, potwierdzenia spełnienia wymaganych norm przewidzianych dla rowerów standardowych i elektrycznych.

d w ramach koncepcji funkcjonowania Wykonawca przekaże 2 rowery standardowe oraz 2 rowery ze wspomaganiem elektrycznym, wraz z niezbędnymi urządzeniami i oprogramowaniem potrzebnymi do uruchomienia i ładowania rowerów.

Rowery będą poddane badaniom potwierdzającym spełnienie warunków opisu przedmiotu zamówienia odpowiednio ust. 2 i 3. W tym celu zamawiający posłuży się opinią niezależnego biegłego rzeczoznawcy wyłonionego w odrębnej procedurze.
e wykaz punktów ładowania z podaniem liczby stanowisk ładowania baterii rowerów ze wspomaganiem elektrycznym.
f wykaz lokalizacji stacji obsługiwanych wyłącznie przez rowery cargo/e cargo.
g opis sposobu zarządzania systemem. wraz ze szczegółową analizą kosztów i harmonogram.
Co do żądanego wykazu podwykonawców oraz certyfikatów – wykonawca w tym zakresie wycofał zarzuty odwołania a Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w tym zakresie.
Co do dokumentów: e) wykazu punktów ładowania, wykazu lokalizacji oraz opisu sposobu zarządzania systemem zarzut w ocenie Izby jest zasadny.
●Wykaz punktów ładowania z podaniem liczby stanowisk ładowania baterii rowerów ze wspomaganiem elektrycznym.
Zgodzić należało się z Odwołującym, że punkty ładowania wiążą się z podkryterium „liczba dodatkowych punktów ładowania (zgodnie z definicją art. 5 OPZ) definicja punktu ładowania i opis". W celu oceny w tym kryterium wykonawcy deklarują liczbę dodatkowych punktów ładowania. Zgodzić należało się z Odwołującym, że niezrozumiałe i zbędne jest żądanie podania dodatkowo wykazu punktów ładowania z podaniem liczby stanowisk ładowania baterii rowerów ze wspomaganiem elektrycznym. Wynika z tego, że Zamawiający wymaga podania konkretnych lokalizacji. Zgodnie z § 4 ust 15 pkt 2) projektu umowy *Wykonawca, co najmniej 30 dni przed przewidywanym terminem rozpoczęcia Etapu I, przekaże wykaz punktów ładowania baterii, z podaniem liczby stanowisk ładowania baterii Rowerów ze wspomaganiem elektrycznym oraz kopie umów zawartych z właścicielami nieruchomości, na których zlokalizowane są te punkty, uprawniające Wykonawcę do korzystania z tych nieruchomości dla celów urządzenia punktów ładowania baterii:* Zgodzić należało się z Odwołującym, że zorganizowanie punktu ładowania wymaga zawarcia odpowiednich umów z właścicielami nieruchomości. Zatem postawiony zarzut jest również zasadny.
●Wykaz lokalizacji stacji obsługiwanych wyłącznie przez rowery cargo/e cargo
Zgodzić należało się z Odwołującym, że wykaz lokalizacji stacji obsługiwanych wyłącznie przez rowery cargo/e cargo można stworzyć w sposób ostateczny gdy będzie znana ostateczna lista lokalizacji, a ta ma być przekazana przez Zamawiającego dopiero w terminie 90 dni po zawarciu Umowy. Słusznie zauważył Odwołujący, że stworzenie takiego wykazu będzie miało sens dopiero wtedy, gdy lista lokalizacji będzie ostateczna, inaczej wykaz ten może mieć wyłącznie wstępne znaczenie. Zgodzić należało się z Odwołującym, że Zamawiający traktuje koncepcję jako treść oferty, co jest sprzeczne z charakterem wykazu, który można sporządzić na etapie przygotowywania oferty. Ponadto zgodnie z § 3 ust. 9 lit. d) projektu umowy to Zamawiający ma ustalić ww. wykaz: bowiem wykonawca „*otrzyma od Zamawiającego wykaz Stacji Postoju obsługiwanych wyłącznie przez rowery cargo, poza czynnością relokacji*O tym, że wykaz ten ma być uzgodniony na etapie realizacji umowy świadczy również § 4 ust. 16 projektu umowy:, „*Po zakończeniu dostaw i czynności montażu, przekazaniu dokumentacji wymienione) w pkt 15 i uzgodnieniu Stref Relokacji i Stacji Postoju obsługiwanych wyłącznie przez Rowery cargo (zgodnie ze złożoną ofertą), i to co najmniej 1 miesiąc przed terminem uruchomienia Etapu I.* Zatem postawiony zarzut jest zasadny.
●Opis sposobu zarządzania systemem wraz ze szczegółową analizą kosztów i harmonogram.
Powyższy zarzut związany jest z poprzednim zarzutem – dotyczącym tego kryterium, który został przez Izbę uwzględniony. Zgodzić należało się, że opis sposobu zarządzania systemem powinien być odzwierciedleniem precyzyjnie opisanych kryteriów oceny ofert, a Izba w tym zakresie (tego kryterium uwzględniła odwołanie), zatem wymaganie przedstawienia szczegółowej analizy kosztów i harmonogramu jest zbędne z uwagi na uwzględnienie zarzutu odnoszącego się do wykreślenia podkryterium „sposób zarządzania systemem wraz ze szczegółową analizą kosztów i harmonogramem".
Izba przychyliła się do argumentacji Odwołującego, że żądanie tych dokumentów nie jest niezbędne, a Zamawiający nie wykazał celowości i istoty żądanych dokumentów. Dokumenty wymagane przez Zamawiającego nie mogą wykraczać poza informacje oceniane przez Zamawiającego, Zamawiający nie określił wymagań co do treści tych dokumentów. Wobec powyższego Izba nakazał Zamawiającemu wykreślenie postanowień SIWZ dotyczących wymaganych dokumentów składanych wraz z koncepcją litera od e) do g), t.j.: wykazu punktów ładowania z podaniem liczby stanowisk ładowania baterii rowerów ze wspomaganiem elektrycznym, wykazu lokalizacji stacji obsługiwanych wyłącznie przez rowery cargo/e cargo, opisu sposobu zarządzania systemem wraz ze szczegółową analizą kosztów i harmonogramem.
V. Co do Zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia (pkt V odwołania) zarzut podlega uwzględnieniu. Owszem Zamawiający – w odpowiedzi na odwołanie - złożył stosowne wyjaśnienia, niemniej jednak nie przekazał tych wyjaśnień wszystkim wykonawcom, zatem Izba uznała, że zarzut jest zasadny a Zamawiający nie dokonał skutecznie – w świetle przepisów pzp – zmiany postanowień SIWZ.

Zamawiający udzielił stosownych wyjaśnień odpowiedzią na odwołanie, niemniej jednak nie przekazał tego stanowiska wszystkim wykonawcom. Wobec powyższego Izba nakazała Zamawiającemu doprecyzowanie postanowień SIWZ - Opisu przedmiotu zamówienia – w zakresie udostępnianych przez Zamawiającego rowerów, tak aby wynikało z nich czy rowery udostępnione przez Zamawiającego mogą być wykorzystane według uznania wykonawcy jako rowery zwykłe lub rowery elektryczne (czy mogą być wykorzystywane tylko jako rowery zwykłe, czy tylko jako rowery elektryczne, czy też Zamawiający dopuszcza sytuację w której będą one wykorzystywane jako rowery zwykłe i rowery elektryczne). W konsekwencji Izba nakazała Zamawiającemu doprecyzowanie postanowień SIWZ - Opisu przedmiotu zamówienia – w zakresie udostępnianych przez Zamawiającego rowerów, tak aby wynikało z nich czy rowery udostępnione przez Zamawiającego mogą być wykorzystane według uznania wykonawcy jako rowery zwykłe lub rowery elektryczne.

W konsekwencji wobec nie potwierdzenia się zarzutów odwołania Izba uznała, ze odwołanie podlega oddaleniu. O kosztach orzeczono na podstawie Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. W sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Izba, na podstawie art. 541 ustawy Pzp, postanowiła oddalić wniosek dowodowy Odwołującego (w postaci dokumentacji z innych postępowań prowadzonych przez innych zamawiających) z uwagi na to, że został powołany wyłącznie dla zwłoki, a dokumentacja z innych postepowań nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.
Wobec potwierdzenia się zarzutów najdalej idących – odnoszących się do kluczowych podkryteriów, które kwestionowane były przez Odwołującego – Izba uwzględniając odwołanie (oraz nakazując m. in. wykreślenie spornych podkryteriów) zasądziła całość kosztów od Zamawiającego na rzecz Odwołującego, w kwocie – 18.600 zł, tytułem uiszczonego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.
Wobec powyższego, o kosztach postępowania orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

……

……

……