

Sygn. akt: KIO 2721/21

WYROK

z dnia 11 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2021 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2021 r. przez wykonawcę: **EY Doradztwo Podatkowe Krupa Sp. k. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Sianów**

przy udziale:

- A. wykonawcy: **B2B TAX B. P. Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **EOL Kancelaria Doradztwa Podatkowego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, Kancelaria Doradcy Podatkowego Simplex K. W. z siedzibą lidera w Szczecinie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie naruszenia art. art. 18 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie ujawnienia części oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EOL Kancelaria Doradztwa Podatkowego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa; Kancelaria Doradcy Podatkowego Simplex K. W. z siedzibą lidera w Szczecinie obejmującej Koncepcję realizacji zamówienia w zakresie odzyskiwania podatku VAT z powodu wycofania przedmiotowego zarzutu przez odwołującego;
2. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę **11 067 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) 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:

UZASADNIENIE

Gmina Sianów (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - zwanej dalej "ustawa Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn. „Usługi prawnicze polegające na doradztwie podatkowym w postępowaniach o zwrot podatku od towarów i usług oraz inne doradztwo za okres od stycznia 2020 roku do grudnia 2023 roku”, o wartości szacunkowej nie przekraczającej progów unijnych określonych w art. 3 ustawy Pzp; znak sprawy: Z.271.13.2021 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 19 lipca 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP 00118990.

W dniu 13 września 2021 r. przez wykonawcę: **EY Doradztwo Podatkowe Krupa Sp. k. z siedzibą w Warszawie**, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U z 2020 r., poz. 1913) - dalej: „UZNK” w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie ujawnienia części oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EOL Kancelaria Doradztwa Podatkowego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa oraz Kancelaria Doradcy Podatkowego Simplex K. W. z siedzibą lidera w Szczecinie (dalej „Konsorcjum”) obejmującej koncepcję realizacji zamówienia w zakresie odzyskiwania podatku VAT (dalej: „Koncepcja”), pomimo braku wykazania przez Konsorcjum, że zawarte w koncepcji informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu UZNK, co dodatkowo pozbawiło odwołującego możliwości weryfikacji przyznanej Konsorcjum punktacji w ramach kryterium „Koncepcja realizacji zamówienia w zakresie odzyskiwania podatku VAT (KRZ)” pomimo, że stanowiło ono najwyższe punktowane kryterium oceny ofert (50 pkt to jest 50% wagi), powodując tym samym naruszenie zasady jawności postępowania, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. art. 253 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przez zamawiającego podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej oceny ofert

w ramach kryterium „Koncepcja realizacji zamówienia w zakresie odzyskiwania podatku VAT (KRZ)”, tym samym uniemożliwiając odwołującemu poznanie podstaw decydujących o przyznaniu określonej liczby punktów ofercie odwołującego w ramach ww. kryterium, co z kolei istotnie utrudniło ustosunkowanie się do dokonanej oceny w niniejszym odwołaniu, stanowiąc tym samym naruszenie zasad przejrzystości oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

3. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez dokonanie przez zamawiającego oceny ofert w zakresie kryterium „Koncepcja realizacji zamówienia w zakresie odzyskiwania podatku VAT (KRZ)” w sposób niezgodny z określonymi w Rozdziale 11 pkt 3 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) zasadami tej oceny, co w konsekwencji doprowadziło do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej według innych kryteriów niż określone w SWZ oraz wpłynęło na odmienny sposób opracowania KRZ przez odwołującego.

Jednocześnie pomimo, że w związku z ww. naruszeniami zamawiającego, odwołujący dysponuje wiedzą umożliwiającą w ograniczonym zakresie weryfikację sposobu dokonanej przez zamawiającego oceny oferty odwołującego w ramach kryterium „Koncepcja realizacji zamówienia w zakresie odzyskiwania podatku VAT (KRZ)”, odwołujący zarzucił również naruszenie:

4. art. 239 ust. 1-2 ustawy Pzp, w zw. z art. 17 ust. 1-2 ustawy Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę oferty odwołującego w ramach kryterium „Koncepcja realizacji zamówienia w zakresie odzyskiwania podatku VAT (KRZ)” i przyznanie niższej, niż maksymalna liczby punktów. Alternatywnie jeżeli Konsorcjum zadeklarowało w przedłożonej Koncepcji takie same rozwiązania dotyczące sposobu realizacji zamówienia jak odwołujący, a zamawiający przyznał im niższą punktację i ją podtrzymuje, odwołujący sformułował także zarzut nieprawidłowej oceny oferty Konsorcjum poprzez przyznanie jej zbyt dużej liczby punktów w ramach kryterium „Koncepcja realizacji zamówienia w zakresie odzyskiwania podatku VAT (KRZ)”.

Zarzucając powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: odtajnienia oferty Konsorcjum z dnia 29 lipca 2021 r. w zakresie całości przedłożonej Koncepcji; unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; przeprowadzenia ponownego badania oraz oceny ofert i przyznanie odwołującemu maksymalnej, przewidzianej w SWZ liczby punktów w kryterium „Koncepcja realizacji zamówienia w zakresie odzyskiwania podatku VAT”; dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej a także zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego

kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu według norm przepisanych.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, w terminie określonym przepisami ustawy Pzp, zgłosili: (1) wykonawcy: B2B TAX B. P. Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego (dalej jako „B2B”); (2) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: EOL Kancelaria Doradztwa Podatkowego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, Kancelaria Doradcy Podatkowego Simplex K. W. z siedzibą lidera w Szczecinie, zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako niezasadnego. W treści pisma, odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie ujawnienia części oferty Konsorcjum obejmującej Koncepcję, pomimo braku wykazania przez Konsorcjum, że zawarte w Koncepcji informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu UZNK, zamawiający stwierdził, że wobec odtajnienia treści Koncepcji, której to czynności zamawiający dokonał w dniu 6 października 2021 r. - zarzut ten stał się bezprzedmiotowy.

Odwołujący, na posiedzeniu w dniu 7 października 2021 r. oświadczył, że cofa powyższy zarzut. W konsekwencji Izba umorzyła postępowanie w tym zakresie, orzekając w pkt 1 sentencji.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała w pierwszej kolejności badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego

legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że interes odwołującego we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Zgodnie z zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty z 8 września 2021 r., zamawiający przyznał ofercie odwołującego 80,23 punkty, co plasuje ją na drugiej pozycji spośród złożonych w postępowaniu ofert, tuż za ofertą Konsorcjum. W przypadku utrzymania w mocy wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, odwołujący poniesie szkodę, ponieważ w wyniku ponownej oceny, to jego oferta winna być wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Zamawiający, w ocenie odwołującego, naruszył zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym prawa do wglądu do pełnej treści oferty konkurenta. Naruszył też inne, wymienione przez odwołującego w treści odwołania, przepisy ustawy Pzp, skutkiem czego pozbawił go możliwości zapoznania się z argumentacją w zakresie oceny jego oferty w ramach kryterium „Koncepcja realizacji zamówienia w zakresie odzyskiwania podatku VAT (KRZ)”, jak też dokonał tej oceny w sposób dowolny, przyznając Konsorcjum w sposób nieuprawniony większą liczbę punktów.

W konsekwencji powyższych działań odwołujący utracił możliwość uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia, poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Spowoduje to poniesienie przez odwołującego szkody w postaci utraty możliwości wykonania zamówienia i osiągnięcia przychodu i zysku z jego realizacji.

Zamawiający, na posiedzeniu w dniu 7 października 2021 r., działając na podstawie art. 526 ust. 1 ustawy Pzp, zgłosił opozycję przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego wykonawcy B2B stwierdzając, że ten nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystąpił.

Izba, działając na podstawie art. 526 ust. 1 ustawy Pzp - oddaliła opozycję. Wbrew twierdzeniom zamawiającego wykonawca B2B w sposób dostateczny wykazał swój interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego. Zarzuty odwołania dotyczą bowiem kwestii naruszenia naczelnej zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zasady jawności. Pozbawienie możliwości zapoznania się z treścią oferty konkurenta, jak też pozbawienie wykonawcy możliwości zapoznania się z faktycznym uzasadnieniem oceny jego oferty, pozbawiły nie tylko odwołującego, ale też przystępującego, możliwości zapoznania się z argumentacją zamawiającego w zakresie dotyczącym wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej.

Stwierdzić należy, że wprowadzie interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po jednej ze stron nie jest nieograniczony, ale mieści się on z jednej strony w ramach wyznaczonych przez treść odwołania, a z drugiej przez przedmiot danego (a nie innego) postępowania, z trzeciej przez jego sytuację w danym postępowaniu. W tym przypadku wykonawca B2B, podobnie jak odwołujący, pozbawiony został możliwości zapoznania się z jednej strony z ofertą konkurencyjnego wykonawcy, z drugiej

z uzasadnieniem oceny złożonych w postępowaniu ofert. Interes przystępującego przejawia się zatem w dążeniu do przywróceniu takich warunków w postępowaniu, które pozwolą mu na kontrolę czynności zamawiającego, w tym w szczególności możliwości weryfikacji czy wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany zgodnie z kryteriami, zasadami oceny i wyboru, opisanymi w SWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z pkt 3 SWZ są usługi prawnicze, polegające na doradztwie podatkowym w postępowaniach o zwrot podatku od towarów i usług oraz inne doradztwo za okres od stycznia 2020 r. do grudnia 2023 r. Ponadto w pkt 11 SWZ zamawiający opisał kryteria oceny ofert, przyznając im następujące wagi: Cena (PNVAT) - waga 20%; Potencjał kadrowy (PK) - waga 20%; Koncepcja realizacji zamówienia w zakresie odzyskiwania podatku VAT (KRZ) - waga 50%; Liczba oferowanych godzin - waga 10%. Opisując następnie sposób, w jaki zostaną przyznane punkty w kryterium „Koncepcja realizacji zamówienia”, zamawiający przewidział, że zostaną one obliczone wg poniższego wzoru (max. 50 punktów): ilość przyznanych punktów w kryterium koncepcja realizacji zamówienia badanej oferty/ najwyższa ilość przyznanych punktów w kryterium koncepcja realizacji zamówienia x 100 x 50%. Wskazał jednocześnie, że ocena oferty według tego kryterium nastąpi na podstawie złożonej z ofertą Koncepcji Realizacji Zamówienia, która powinna zawierać następujące, wskazane przez zamawiającego części: (1) faza diagnostyczna; (2) faza wdrożeniowa; (3) bieżące doradztwo podatkowe. Dla każdej z tych faz zamawiający opisał jakie czynniki będzie brał pod uwagę, dokonując oceny ofert w kryterium, jednocześnie dla każdej z nich przewidział maksymalną liczbę punktów, odpowiednio dla poszczególnych faz: 10 pkt, 30 pkt, 10 pkt.

Skład orzekający ustalił również, że oferty w postępowaniu złożyło trzech wykonawców, spośród których w ramach kryterium „Koncepcja realizacji zamówienia w zakresie odzyskiwania podatku VAT (KRZ)”, zamawiający przyznał Konsorcjum maksymalną liczbę - 50 punktów, podczas gdy w tym samym kryterium ocenił odwołującego, przyznając mu za jego Koncepcję 32,46 punktów. W rezultacie pomimo, że Konsorcjum zaoferowało trzykrotnie wyższą cenę oferty uzyskując w ramach kryterium „Cena (PNVAT)” o 12,02 punktów mniej od oferty odwołującego, łącznie zamawiający przyznał ofercie Konsorcjum o 5,52 punktów więcej, aniżeli ofercie odwołującego, uznając ofertę Konsorcjum za najkorzystniejszą. Nie ulega zatem wątpliwości, że decydujące w tym postępowaniu były punkty przyznane przez zamawiającego w ramach kryterium „Koncepcja realizacji zamówienia w zakresie odzyskiwania podatku VAT (KRZ)”.

Skład orzekający ustalił ponadto, że zamawiający poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty Konsorcjum przesyłając w dniu 8 września 2021 r.

„Zawiadomienie o wyborze oferty”. W piśmie tym nie zamieścił szczegółowej oceny ofert w zakresie kryterium „Koncepcja realizacji zamówienia w zakresie odzyskiwania podatku VAT (KRZ)”, informując jedynie wykonawców jaką liczbę punktów przyznał łącznie za poszczególne kryteria oceny ofert. Następnie, 13 września 2021 r. (niesporne między stronami) zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej dodatkowy dokument pn. „Szczegółowa ocena koncepcji” (nie przekazany przez zamawiającego wraz z aktami postępowania, złożony przez odwołującego na rozprawie - załącznik do protokołu posiedzenia i rozprawy). Wprawdzie ocena w nim zaprezentowana jest bardziej szczegółowa, to jednak i z jego treści próżno wywieść na jakiej podstawie punkty w kryterium „Koncepcja realizacji zamówienia w zakresie odzyskiwania podatku VAT (KRZ)”, zostały przyznane poszczególnym wykonawcom. Jego stopień szczegółowości pozwala wprawdzie na ustalenie ile punktów przyznał zamawiający w spornym kryterium za poszczególne fazy realizacji projektu i ich składowe, dalej jednak wskazuje wyłącznie jaką liczbę punktów zamawiający przyznał poszczególnym oferentom.

Z kolei zgodnie z treścią protokołu postępowania, w którym zamawiający zamieścił informację dotyczącą oceny złożonych ofert, oprócz liczby punktów, przyznanych wykonawcom, dodatkowo zamawiający zaznaczył, że uzasadnienie oceny stanowi załącznik do niniejszego dokumentu. Na pytanie przewodniczącej składu orzekającego, skierowane do zamawiającego na rozprawie stwierdził jednak, że żadna dodatkowa ocena, w tym opisowa nie została sporządzona.

Izba, biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, jak też zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu stwierdziła, że w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzuty naruszenia art. 253 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przez zamawiającego podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej oceny ofert w ramach kryterium „Koncepcja realizacji zamówienia w zakresie odzyskiwania podatku VAT (KRZ)” uznając, że zarzut ten potwierdził się.

Przedmiotem sporu między stronami było jaki zakres informacji zamawiający jest zobowiązany przekazać wykonawcom, ubiegającym się o zamówienie, aby umożliwić im poznanie podstaw decydujących o przyznaniu określonej liczby punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Wprawdzie przepis art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, podobnie jak to miało miejsce w przypadku regulacji art. 92 ust. 1 ustawy Pzp z 2004 r., odnoszący się do zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty jest w swoim brzmieniu ogólny, to jednak już na gruncie przepisów ustawy Pzp z 2004 r. ukształtowało się bogate orzecznictwo, zgodnie z którym regulacja ta wprowadza wymóg, aby zamawiający podał, oprócz informacji o punktacji

przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji, również stosowne uzasadnienie faktyczne i prawne. Chodzi bowiem o to, aby w każdym przypadku wykonawcy mieli możliwość prześledzenia procesu decyzyjnego zamawiającego, a zatem wiedzieli na jakiej podstawie ich własna oferta, ale też oferta konkurencji, została oceniona w dany sposób.

Izba podziela wprawdzie pogląd zamawiającego co do tego, że przepis nie formułuje wymagań w zakresie stopnia szczegółowości uzasadnienia faktycznego, jednakże nie może budzić wątpliwości, że regulacja ta wprowadza obowiązek przekazania wykonawcom uzasadnienia dokonanej oceny w ramach poszczególnych kryteriów. O ile w sytuacji, gdy ocena oferty w ramach kryterium sprowadzała się będzie np. do podstawienia określonych wartości do opisanego wzoru matematycznego, to wystarczające będzie podanie łącznej liczby punktów (np. w przypadku kryterium cenowego). Jeśli jednak ocena oferty nie odbywa się na podstawie precyzyjnego sposobu, gdzie przyznanie punktów stanowi wynik operacji matematycznej lub nie jest możliwe ustalenie na zasadzie zerojedynkowej, czy dana liczba punktów się wykonawcy należy czy też nie - wykonawca ma prawo poznać na tyle szczegółowe uzasadnienie, aby móc prześledzić proces myślowy zamawiającego tj. stwierdzić z jakich powodów zostały mu przyznane punkty, lub też z jakich powodów punktacja została w tym kryterium obniżona.

Nie ulega wątpliwości, że w przypadku kryterium „Koncepcja realizacji zamówienia w zakresie odzyskiwania podatku VAT (KRZ)” przyznanie określonej liczby punktów odbywało się na podstawie przekazanych przez wykonawców Koncepcji. W konsekwencji, o podstawach takiej, a nie innej oceny, wykonawcy winni zostać powiadomieni. Tymczasem w dniu, w którym zamawiający poinformował o wyborze oferty, odwołujący otrzymał jedynie informację, że w tym kryterium przyznano mu 32,46 pkt, podczas gdy wybrana oferta uzyskała maksymalną ich liczbę. Co istotne, w konsekwencji to właśnie ocena oferty konkurencyjnej w tym kryterium zdecydowała o wyborze jego oferty. Dopiero na wniosek odwołującego, zamawiający uzupełnił tę informację, jednak ponownie ograniczył się do wskazania samej punktacji.

Z kolei w piśmie procesowym - odpowiedzi na odwołanie, zamawiający polemizując ze stanowiskiem odwołującego w sposób szczegółowy odnosił się do twierdzeń zawartych w jego Koncepcji, wskazując na określone braki, czy też opisując jakie elementy wziął pod uwagę, dokonując takiej a nie innej oceny. Działanie takie należy jednak uznać za spóźnione, postępowanie odwoławcze nie może zastępować czynności, do której zamawiający był zobowiązany w toku prowadzonego postępowania. Przy czym, na co zwrócił uwagę odwołujący, nawet w uzasadnieniu zamieszczonym w piśmie, zamawiający nie ustrzegł się błędów. Stwierdza bowiem, że w fazie „bieżące doradztwo podatkowe” przyznał Konsorcjum 8 pkt, podczas gdy odwołujący uzyskał ich maksymalną liczbę, tymczasem z treści dokumentu

pn. „Szczegółowa ocena koncepcji” wynika, że to właśnie Konsorcjum uzyskało pkt 10. Niewątpliwie świadczy to o braku staranności zamawiającego, który powinien w sposób rzetelny dokonać oceny złożonych ofert, opisać z jakich powodów przyznał poszczególnym wykonawcom taką, a nie inną liczbę punktów i poinformować o wynikach dokonanej oceny wszystkich, ubiegających się o zamówienie.

Już tylko zasadność tego zarzutu powoduje, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Postawienie bowiem wykonawcy w sytuacji, w której nie może sformułować zarzutów wobec braku wskazania przyczyn, dla których ocena jego oferty była zaniżona w stosunku do oferty konkurencyjnej, stanowi niewątpliwie naruszenie obowiązku podania uzasadnienia faktycznego. Przy kryteriach, które odnoszą się do subiektywnej oceny członków komisji przetargowej, wykonawca ma prawo poznać jakie elementy zdecydowały o przyznaniu mu takiej, a nie innej liczby punktów. Nie można w takiej sytuacji oczekiwać, że ten domyśli się, jakie elementy były decydujące dla końcowego wyniku oferty.

Ponadto, takie działanie zamawiającego narusza także zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, która wymaga od zamawiającego zapewnienia przejrzystości dokonywanych w postępowaniu czynności. Temu natomiast sprzeciwia się stan, w którym wykonawca nie może poznać argumentacji, która prowadziła do negatywnej oceny jego oferty.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez dokonanie przez zamawiającego oceny ofert w zakresie kryterium „Koncepcja realizacji zamówienia w zakresie odzyskiwania podatku VAT (KRZ)” w sposób niezgodny z określonymi w Rozdziale 11 pkt 3 SWZ zasadami tej oceny, co w konsekwencji doprowadziło do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej według innych kryteriów niż określone w SWZ oraz wpłynęło na odmienny sposób opracowania KRZ przez odwołującego - Izba stwierdziła, że zarzut ten zasługuje na uwzględnienie.

Jak ustalił skład orzekający, sposób przyznawania punktów w ramach kryteriów oceny ofert, w tym w odniesieniu do kryterium „Koncepcja realizacji zamówienia w zakresie odzyskiwania podatku VAT (KRZ)” został opisany w Rozdziale 11 pkt 3 SWZ. Zamawiający przyjął, że ocena dokonywana będzie według wzoru, gdzie łączna liczba przyznanych punktów w kryterium koncepcja realizacji zamówienia badanej oferty zostanie podzielona przez najwyższą liczbę przyznanych punktów w tym kryterium, a następnie wynik tego działania zostanie pomnożony przez wagę tego kryterium. Przy tym zamawiający wskazał, że maksymalna liczba punktów przyznana ofercie w ramach niniejszego kryterium wynosi 50 pkt, według następującego podziału: faza diagnostyczna - max 10 pkt, faza wdrożeniowa - max 30 pkt, bieżące doradztwo podatkowe - 10 pkt. Taki sposób oceny i jego opis stał się

tym samym wiążący dla wszystkich wykonawców i obowiązkiem zamawiającego było stosowanie się do wytycznych, które sam w SWZ opisał i ustalił.

Jak wynika z dokumentu pn. „Szczegółowa ocena koncepcji” zamawiający w ramach kryterium „Koncepcja realizacji zamówienia w zakresie odzyskiwania podatku VAT (KRZ)” przyznał oferentom punkty w taki sposób, że każdy wykonawca otrzymał oddzielnie punkty za poszczególne elementy danej fazy realizacji zamówienia określonej w Koncepcji. W efekcie Konsorcjum uzyskało łącznie 134 pkt (w tym w fazie diagnostycznej - 30 pkt, fazie wdrożeniowej - 84 pkt, natomiast za bieżące doradztwo podatkowe - 20 pkt).

Nie ulega wątpliwości, że taki sposób oceny nie wynika z treści SWZ, na co wprost wskazują wartości punktowe przyznane poszczególnym koncepcjom. W rezultacie, przyjmując taką metodykę, odwołujący uzyskał inną liczbę punktów, niż mógłby otrzymać w przypadku gdyby zamawiający zastosował sposób oceny ofert przez niego opisany.

Nie sposób zaakceptować argumentacji zamawiającego, że pozostaje to bez znaczenia dla wyniku postępowania, gdyż i tak odwołujący uzyskałby mniejszą liczbę punktów niż przyznane zostały Konsorcjum. Nawet, jeśli tak jest, co trudno w istocie zweryfikować wobec braku szczegółowego uzasadnienia dokonanej oceny, to przypomnieć należy, że zamawiający ma obowiązek przestrzegać zasad, które przecież sam ustalił w SWZ.

SWZ jest dokumentem kluczowym w postępowaniu i od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego i jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych, natomiast dla oferenta jest ona wiążąca od momentu złożenia oferty. Oznacza to, w tym przypadku, że jeśli zamawiający opisał sposób w jaki dokona oceny złożonych ofert, to jego obowiązkiem było przestrzegać ustalonych przez siebie zasad.

W zakresie w jakim odwołujący podnosił zarzuty naruszenia art. 239 ust. 1-2 ustawy Pzp, w zw. z art. 17 ust. 1-2 ustawy Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę oferty odwołującego w ramach kryterium „Koncepcja realizacji zamówienia w zakresie odzyskiwania podatku VAT (KRZ)” i przyznanie niższej niż maksymalna liczby punktów Izba uznała, że zarzut ten zasługuje na uwzględnienie z przyczyn wskazanych wcześniej tj. z tego powodu, że brak jest w istocie uzasadnienia faktycznego dla dokonanej przez zamawiającego czynności.

W pierwszej kolejności Izba pragnie podkreślić, że jej rolą jest wyłącznie ocena legalności działań zamawiającego, nie zaś zastępowanie go w zakresie czynności, które w postępowaniu są przez niego dokonywane i są wyłącznie jemu przypisane. W tym przypadku to zamawiający winien dokonać oceny ofert w ramach poszczególnych kryteriów i stanowisko swoje uzasadnić. Izba nie może zatem, nawet odnosząc się do postawionych zarzutów, przesądzić czy odwołujący zasługiwał na maksymalną liczbę punktów w ramach kryterium

„Koncepcja realizacji zamówienia w zakresie odzyskiwania podatku VAT (KRZ)”, czy też winien ich otrzymać odpowiednio mniej. Nie sposób w szczególności stwierdzić, że Konsorcjum zadeklarowało w przedłożonej Koncepcji takie same rozwiązania dotyczące sposobu realizacji zamówienia jak odwołujący, a zamawiający przyznał odwołującemu niższą punktację i podtrzymywał swoje stanowisko na etapie postępowania odwoławczego, gdyż zamawiający w treści informacji o wyborze oferty nie zakomunikował w sposób dostateczny jakie elementy wziął pod uwagę, które były dla niego kluczowe i z jakich powodów przyznał taką, a nie inną liczbę punktów poszczególnym ofertom.

Niemniej, w związku z tym, że odwołujący podnosił zarzut nieprawidłowej oceny oferty poprzez przyznanie mu zbyt małej liczby punktów, Izba odniesie się do niektórych kwestii podnoszonych przez odwołującego w treści złożonego odwołania, wobec zajęcia przez zamawiającego stanowiska w piśmie procesowym - odpowiedzi na odwołanie.

Odwołujący przyznawał w treści odwołania, że w związku z zaniechaniem zamawiającego polegającym na braku podania uzasadnienia faktycznego dokonanej oceny Koncepcji, ma ograniczoną możliwość zakwestionowania tej czynności. Zwrócił jednak uwagę, że przyznane jego ofercie punkty w ramach kryterium „Koncepcja realizacji zamówienia w zakresie odzyskiwania podatku VAT (KRZ)” są nieadekwatne do informacji, jakie zostały zawarte przez niego w treści Koncepcji, złożonej wraz z ofertą. Podkreślał, że ta zawierała wszystkie założenia, jakie zamawiający wskazał w SWZ, a które powinny zostać punktowane.

Jakkolwiek ponownie należy podkreślić, że nie jest rolą Izby ocena, czy w rzeczywistości Koncepcja odwołującego zawierała wszelkie elementy oczekiwane przez zamawiającego w poszczególnych fazach, to należy podzielić stanowisko prezentowane przez odwołującego, że w SWZ opisano precyzyjnie jakie elementy zamawiający zamierza brać pod uwagę, oceniając poszczególne etapy realizacji zamówienia.

Powtarzając zatem czynność oceny złożonych w postępowaniu ofert, do czego zamawiający został zobowiązany zgodnie z treścią wyroku, winien on szczególną uwagę zwrócić na to, aby analizując treść Koncepcji pod kątem tego, które elementy winny być punktowane, brał pod uwagę wyłącznie zakres opisany przez niego w treści SWZ. Oznacza to również, że żadne inne okoliczności, nie wymienione w tym dokumencie, nie mogą stać się na obecnym etapie podstawą do przyznania dodatkowych punktów czy też obniżenia punktacji.

Dodatkowo, obowiązkiem zamawiającego, jest zawarcie szczegółowego wyjaśnienia, z jakich powodów oferowane przez jednego wykonawcę rozwiązania, są korzystniejsze dla

niego i z jakich powodów to właśnie taki, a nie inny sposób jego realizacji jest dopasowany do jego potrzeb. W praktyce oznacza to tyle, że skoro zamawiający przewiduje w treści SIWZ, że w poszczególnych fazach będzie przyznawał punkty w określonym przedziale np. dla fazy diagnostycznej przyzna najniższą liczbę punktów tj. 1-2 pkt jeśli „Oferta nie uwzględnia w pełni wymagań związanych z przedmiotem zamówienia, jednak są one akceptowalne”, zaś w przypadku jeżeli: „Oferta jest dopasowana do potrzeb zamawiającego i wykazuje bardzo dobre zrozumienie celów, podejście uzasadnia wysoki poziom zaufania do realizacji przedmiotu zamówienia” wykonawca zasłuży na 9-10 pkt., to wymaga każdorazowo wyjaśnienia dlaczego zamawiający zdecydował, że dane rozwiązanie w tym właśnie przedziale się mieści. Ponadto powinien uzasadnić także co wpłynęło na decyzję, że zamawiający przyznał np. 9 a nie maksymalną, przewidzianą liczbę punktów w tej fazie.

Każdy wykonawca, w tym odwołujący, musi mieć jasność co do tego w jakim stopniu jego propozycje uwzględniają wskazaną przez zamawiającego jego specyfikę, jako jednostki samorządu terytorialnego, w tym jego strukturę organizacyjną i strukturę wydatków. W kontekście zarzutów odwołującego, który zwracał uwagę, że jego oferta nie została oceniona najwyżej pomimo, że wszystkie okoliczności, które podlegać miały ocenie zamawiającego, zostały zawarte w Koncepcji odwołującego kluczowe jest, aby zamawiający w uzasadnieniu faktycznym wskazał, które to elementy, wymienione przez niego, nie odpowiadają jego potrzebom, oraz z jakich powodów zasłużył na niższą, niż maksymalna liczba punktów.

Dopiero przekazanie wszystkim wykonawcom, na równych zasadach, informacji o sposobie dokonania oceny ofert, pozwoli im na zapoznanie się z uzasadnieniem faktycznym i ewentualne kwestionowanie tej oceny. Bez dokonania tej czynności tj. powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert, wszelkie wywody zamawiającego, zawarte w piśmie procesowym - odpowiedzi zamawiającego na odwołanie, mogą być traktowane wyłącznie jako element polemiki z zarzutami odwołującego. Argumentacja tam zamieszczona nie zastępuje jednak czynności do której zamawiający został zobowiązany przez ustawodawcę - przekazania wykonawcom pełnego uzasadnienia prawnego i faktycznego dokonanej czynności.

Z powyższych powodów Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2021 r., poz. 1129 ze zm.) oraz §7 ust. 1 pkt 1 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U., poz. 2437).

Przewodniczący :