

sygn. akt: **KIO 2801/20**

WYROK

z dnia 16 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2020 r. przez wykonawcę **BIG - I sp. z o.o., ul. Piątkowska 163; 60-650 Poznań**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa, ul. Karolkowa 30; 01-207 Warszawa**, przy udziale wykonawcy **Cartrack Polska sp. z o.o., ul. rtm. Witolda Pileckiego 6; 02-781 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża BIG - I sp. z o.o., ul. Piątkowska 163; 60-650 Poznań i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez BIG - I sp. z o.o., ul. Piątkowska 163; 60-650 Poznań, tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy BIG - I sp. z o.o., ul. Piątkowska 163; 60-650 Poznań kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) tytułem zwrotu nadpłaconej części 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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa monitoringu floty samochodów”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 26 sierpnia 2020 r., pod nr 578254-N-2020.

Dnia 23 października 2020 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 28 października 2020 roku wykonawca BIG - I sp. z o.o. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając zamawiającemu, że:

1. wadliwie przeprowadził czynność analizy, badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, poprzez:
 - a) zastosowanie kryteriów oceny ofert, wag tych kryteriów i sposobu ich oceny niezgodnie z treścią s.i.w.z., w szczególności rozdziałem XVI, skutkujących przyznaniem niewłaściwych wartości liczbowych (punktów) w odniesieniu do poszczególnych kryteriów oraz ich sumy,
 - b) dokonanie obliczeń matematycznych i przyjęcie ich wyników, niezgodnie z postanowieniami s.i.w.z. oraz Ogłoszenia, tj. wzorami zawartymi w rozdziale XVI s.i.w.z., oraz matematycznymi zasadami ich dokonywania,
 - c) przyjęcie wartości kryteriów ofert, wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert oraz wyników obliczeń (działań) matematycznych, niezgodnie z postanowieniami zawartymi w s.i.w.z. oraz Ogłoszeniu, w sposób wskazujący na jednego, konkretnego wykonawcę, tj. Cartrack Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
2. nie przeprowadził rzetelnego procesu analizy, badania, oceny ofert oraz nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy oraz kryteriami przyjętymi w s.i.w.z. oraz Ogłoszeniu,
3. dokonał wyboru oferty wykonawcy Cartrack Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako oferty najkorzystniejszej, niezgodnie z przepisami ustawy, warunkami s.i.w.z. oraz Ogłoszeniem, pomimo braku ku temu przesłanek,
4. zaniechał wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta odwołującego - jako zgodna z treścią s.i.w.z., Ogłoszeniem oraz przepisami ustawy Pzp, niepodlegająca odrzuceniu - winna, wobec braku podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania, uzyskać najwyższą liczbę punktów i zostać uznana za najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu, jako nie podlegającą odrzuceniu

wobec niespełniania kryteriów przedmiotowych, bądź na skutek wykluczenia odwołującego z postępowania,

5. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

wskutek czego w postępowaniu zamawiający naruszył przepisy art 7 ust. 1 i 3, art. 82, art 91 ust. 1-3 oraz innych przepisów ustawy Pzp, powołanych w uzasadnieniu odwołania, w z w. z art. 179 oraz 180, tj. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy oraz zaniechał wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości, względnie w części, zasługującej na uwzględnienie,
- 2) nakazanie zamawiającemu:
 - a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - b) wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w wyniku przeprowadzenia procesu badania, analizy i oceny ofert zgodnie z przepisami ustawy oraz treścią s.i.w.z., z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, na zasadach prawem przepisanych.

Ponadto, odwołujący wniósł o:

- 1) przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności i w zakresie: treści dokumentów, zarzutów podnoszonych w odwołaniu oraz w jego uzasadnieniu,
- 2) przeprowadzenie dowodu z dokumentów i oświadczeń złożonych na rozprawie na okoliczności tamże przytoczone oraz wskazane w odwołaniu,
- 3) zobowiązanie zamawiającego do złożenia do akt sprawy, poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii dokumentów prowadzonego postępowania, zgodnie z właściwymi przepisami ustawy Pzp, w szczególności protokołu postępowania wraz z załącznikami, oraz przeprowadzenia dowodów na okoliczności: treści każdego z dokumentów, potwierdzenia zasadności zarzutów odwołania oraz faktów, okoliczności i twierdzeń podnoszonych przez odwołującego w zakresie odwołania,
- 4) przeprowadzenie dowodu z dokumentów:
 - a) s.i.w.z. oraz ogłoszenia, na okoliczności: treści dokumentu, opisu kryteriów, warunków, formy i trybu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, w szczególności kryteriów analizy, badania, oceny i wyboru ofert, wag tych

kryteriów, sposobu przyznawania punktacji w ich ramach, wzorów i zasad dokonywania obliczeń matematycznych,

- b) zbiorczego zestawienia z otwarcia ofert z dnia 23 września 2020 r., na okoliczności: treści dokumentu, złożonych w postępowaniu ofert oraz ich warunków, w zakresie określonym przez zamawiającego w s.i.w.z. i Ogłoszeniu, w szczególności kryteriów i zasad analizy, badania i oceny ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej,
- c) zawiadomienia o wyborze ofert najkorzystniejszej z dnia 23 października 2020 r., na okoliczności: treści dokumentu, dokonania przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu z naruszeniem przepisów ustawy oraz zasad określonych w s.i.w.z. i Ogłoszeniu, zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu; zaniechania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, interesu prawnego odwołującego oraz twierdzeń i okoliczności podnoszonych w odwołaniu.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przepisów ustawy uszczerbku doznał interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i jego wykonania (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp), pomimo złożenia oferty najkorzystniejszej, a tym samym odwołujący został narażony na znaczną szkodę, iż jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż na skutek wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu dokonanej przez zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy, odwołujący może ponieść znaczną szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia oraz jego wykonania, zaś potwierdzenie się podnoszonych zarzutów oznaczałoby dla odwołującego udzielenie zamówienia, na skutek uznania jego oferty za najkorzystniejszą, zgodnie z kryteriami przepisanych przepisami ustawy oraz s.i.w.z.

Uzasadniając wniesione odwołanie oraz postawione zamawiającemu zarzuty, odwołujący wskazał, iż zamawiający w rozdziale XVI s.i.w.z. szczegółowo określił kryteria - wraz z ich wartościami oraz opisem - którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej, 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.

Następnie odwołujący przedstawił (w sposób graficzny) wynik oceny ofert złożonych w postępowaniu, opracowany przez odwołującego poprzez przyznanie punktacji - na zasadach określonych w s.i.w.z. - wartościom zaoferowanym w postępowaniu, zgodnie z danymi ujętymi w zbiorczym zestawieniu z otwarcia ofert, zgodnie z którym oferta odwołującego winna otrzymać (w ramach kryterium C, przyjmując do przeliczenia tylko cenę za zamówienie podstawowe) – 60 pkt, oferta przystępującego 40,62 pkt, oferta Geotik – 42,55 pkt, oferta SATIS – 26,42 zł.

Tym samym zdaniem odwołującego, zamawiający dokonał w postępowaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, w wyniku wadliwego przeprowadzenia czynności analizy, badania i oceny ofert, w świetle warunków określonych w s.i.w.z. – po czym odwołujący przedstawił (w sposób graficzny) wynik oceny ofert, dokonany przez zamawiającego.

Tym samym, mając na uwadze powyższe, oceniając zaistniały w sprawie stan faktyczny, odwołujący wskazał, iż naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego w postępowaniu mają charakter rażący, wobec czego odwołanie jest zasadne i konieczne.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał, że z analizy treści odwołania wynika, że odwołujący w istocie podnosi zarzuty co do postanowień treści s.i.w.z., tj. co do sposobu ustalenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w zakresie kryterium cenowego, odwołujący twierdzi bowiem, że zamawiający winien w ramach oceny ofert, oceniać jedynie fragment poszczególnych ofert - część ceny oferty - dotyczącą jedynie zamówienia podstawowego, pomimo że taki sposób oceny ofert nie wynika z treści s.i.w.z. Tymczasem termin na kwestionowanie treści postanowień s.i.w.z. już upłynął. Odwołanie w tym zakresie zatem należy uznać za spóźnione. Przyjęcie poglądu przeciwnego prowadziłoby do obejścia przepisów o terminach na wniesienie odwołania, które mają charakter bezwzględnie obowiązujący i nie mogą być dowolnie kształtowane.

Ponadto zamawiający wskazał, iż dopuścił możliwość skalkulowania ceny oferty w części zamówienia podstawowego i w części dotyczącej opcji osobno. W takim przypadku, co oczywiste, cena oferty brutto stanowi średnią z poszczególnych elementów ceny (bądź sumę - wynik rachunku matematycznego jest taki sam w obu przypadkach). Analiza ceny oferty odwołującego w porównaniu z pozostałymi ofertami, prowadzi do wniosku, że jest ona mniej korzystna od wybranej w toku postępowania oferty (cena oferty odwołującego wynosi bowiem 64,95 zł, a oferty wygrywającej 63,96 zł, tak samo średnia cena oferty odwołującego wynosi 32,48 zł, a średnia cena oferty wygrywającej wynosi 31,98 zł).

Zamawiający ponadto, podając na podstawie art. 86 ust. 3 ustawy Pzp kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, obowiązany jest zatem podać kwotę, za którą zamierza sfinansować przedmiot zamówienia opisany zgodnie z przepisami ustawy, w tym art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Oczywiście jest zatem, że kwota ta winna dotyczyć zamówienia rozumianego kompleksowo, tj. również z przewidywanym prawem opcji. To, czy brak środków na sfinansowanie prawa opcji może być podstawą do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zależy od tego, czy z treści umowy wynika, że zamawiający, zawierając tę umowę, zaciąga zobowiązanie na zakres podstawowy z prawem opcji. Jeżeli zobowiązanie dotyczy wyłącznie zakresu podstawowego,

brak środków na sfinansowanie opcji nie powinien stanowić podstawy do unieważnienia postępowania.

Zamawiający podniósł, że w rozdziale XVI ust. 1 s.i.w.z. zobowiązał wykonawców do podania w ofercie ceny ofertowej składającej się z ceny zakresu podstawowego oraz ceny opcji. Zamawiający, zgodnie z postanowieniami s.i.w.z., przy ocenie ofert był zobowiązany do wzięcia pod uwagę całkowitej ceny oferty za realizację całego (maksymalnego) zakresu przedmiotu zamówienia. Wymagany sposób sporządzenia przez wykonawców oferty na cały przedmiot zamówienia, jak i przewidziany w s.i.w.z. sposób oceny ofert, wskazują jednoznacznie, że przedmiotem tego zamówienia (a tym samym przedmiotem umowy w sprawie zamówienia) jest realizacja całego jego zakresu określonego w specyfikacji. Wartością zamówienia jest w tym przypadku kwota, zgodnie z art. 34 ust. 5 ustawy Pzp, uwzględniająca ten całkowity zakres zamówienia, niezależnie od tego, że korzystając z prawa opcji zamawiający zastrzegł sobie możliwość realizacji pewnego zakresu przedmiotu zamówienia tylko pod pewnymi warunkami. Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia, co istotne jednak jest to wskazówka kierowana do zamawiającego co do doboru i sposobu opisu kryteriów na etapie konstruowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie na etapie oceny ofert, w momencie gdy kryteria zostały już sprecyzowane. W takiej sytuacji, zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania, obowiązkiem zamawiającego jest ocena ofert zgodnie z ustalonymi przez siebie kryteriami rozumianymi w sposób literalny a jakakolwiek ich interpretacja rozszerzająca czy zawężająca nie jest dopuszczalna. Oznacza to, że kryteria oceny ofert nie mogą być interpretowane i odczytywane w kontekście innych wymagań OPZ, które nie zostały wprost wyrażone i przywołane w opisie samego kryterium. Skoro zatem zamawiający nie wskazał wprost, że oceniając oferty będzie brał pod uwagę jedynie część ceny oferty, to niedopuszczalne jest na tym etapie uzupełnienie postanowień s.i.w.z. w sposób, który literalnie z treści specyfikacji nie wynika. W przypadku oświadczenia ujętego w formie pisemnej sens oświadczeń woli ustala się na podstawie wykładni tekstu dokumentu. Podstawową rolę mają tu językowe normy znaczeniowe (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2018 r. sygn. akt V CSK 262/17) i na gruncie rozpoznawanego sporu, zgodnie z wykładnią gramatyczną treści s.i.w.z. i formularza oferty. Istotą dokonywania wykładni oświadczeń woli jest jej granica, która uniemożliwia wyjście poza językowe znaczenie tekstu i jego uzupełnienie o treści, której pierwotnie tam nie było.

Zamawiający wskazał, że cena oferty brutto odwołującego jest droższa i plasuje się na 3 miejscu w rankingu oceny ofert. Dodatkowo, odwołujący zaoferował mniej korzystne warunki realizacji zamówienia w zakresie zaoferowanego terminu usunięcia awarii urządzenia monitoringu GPS w samochodzie lub nieprawidłowości w działaniu systemu, niż oferta wygrywająca.

Zdaniem zamawiającego, formularz oferty zapewniał wszystkim wykonawcom w sposób równy i konkurencyjny jego wypełnienie, a w szczególności umożliwiającą skalkulowanie ceny oferty w całości. Skoro zamawiający żądał podania ceny oferty w rozbiciu na cenę zamówienia podstawowego i cenę zamówienia opcjonalnego (z których oba składają się na przedmiot zamówienia) i wskazał w treści s.i.w.z., że w ramach cenowego kryterium oceny ofert będzie porównywał cenę oferty brutto, to oczywistym jest, że ocenie podlegała cała cena oferty a nie jej fragment.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca Cartrack Polska sp. z o.o.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Izba, pozostając w granicach postawionych w odwołaniu zarzutów stwierdziła, co następuje.

W ocenie odwołującego, zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i 3, art. 82 oraz art. 91 ust. 1-3 ustawy Pzp.

Przepis art. 82 ustawy Pzp, w swojej jednostce redakcyjnej zawiera dwa ustępy. Odwołujący nie sprecyzował w odwołaniu, które konkretnie przepisy art. 82 ustawy Pzp, naruszył zamawiający, co z gruntu dyskwalifikuje zarzut z rozpoznania. Nie mniej omawiany

przepis w ustępie 1 stanowi, iż wykonawca może złożyć jedną ofertę, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 83 ust. 1 zdanie drugie. Odwołujący nie uzasadnił, dlaczego kwestionuje czynność zamawiającego w omawianym przypadku, a jak wynika z dokumentacji postępowania zarówno odwołujący jak i przystępujący złożyli w postępowaniu po jednej ofercie. Izba uznała zarzut za bezzasadny.

Z kolei art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, stanowi, iż treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Również w tym przypadku odwołujący nie wykazał na czym polega wadliwość czynności zamawiającego, tym bardziej, że odwołujący nie kwestionował zgodności treści oferty przystępującego z treścią s.i.w.z. (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Izba uznała zarzut za bezzasadny.

Przepisy art. 91 ust. 1 -3 ustawy Pzp, dotyczą kryteriów oceny ofert i w tym zakresie odwołujący wywodził zarówno w odwołaniu, jak i na rozprawie wadliwość czynności zamawiającego wskazując, iż zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny ofert w zakresie kryterium C.

W ocenie Izby, stanowisko odwołującego jest niezasadne. Wskazać bowiem należy, iż zamawiający w rozdziale XVI ust. 1 s.i.w.z. podał w jaki sposób dokona oceny ofert w zakresie spornego kryterium, wskazując, iż do oceny przyjmie cenę abonamentu miesięcznego za 1 (jeden) samochód służbowy objęty usługą monitorowania GPS (C) w randze kryterium 60 %. Jednocześnie zamawiający w rozdziale II ust. 4 s.i.w.z. podał, że zamówienie składa się z zamówienia podstawowego (...) oraz zamówienia opcjonalnego. Ponadto zamawiający w treści formularza oferty zobowiązał wykonawców do podania ceny abonamentu za zamówienie podstawowe oraz za zamówienie opcjonalne.

Powyższe, w ocenie Izby, determinuje sposób obliczania kryterium oceny ofert (C) w ten sposób, że ceną oferty przyjętą do porównania ofert jest średnia z cen zamówienia podstawowego oraz zamówienia opcjonalnego. Stanowisko Izby wspiera również odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 2 z dnia 11 września 2020 roku, które co prawda dotyczyło całkowitego wynagrodzenia wykonawcy, jednakże dawało wykładnię co do sposobu rozumienia ceny ofertowej, tj. że opcja stanowi część przedmiotu zamówienia i wynagrodzenia, cyt. „(...) *Całkowite wynagrodzenie Wykonawcy (z uwzględnieniem Prawa Opcji) skalkulowane zostanie w następujący sposób: [kwota abonamentu za 1 samochód wchodzący w skład puli samochodów służbowych (wskazana w ofercie) * 304 samochody służbowe * liczba miesięcy obowiązywania umowy] + [kwota abonamentu za 1 samochód służbowy, przy skorzystaniu przez Zamawiającego z Prawa Opcji (wskazana w ofercie) * maksymalna ilość samochodów objętych Prawem Opcji (tj. 30% z 304 91) * liczba miesięcy obowiązywania umowy]*”.

Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż kryterium oceny ofert stanowiła cena globalna, nie zaś poszczególne jej wskaźniki. W myśl art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, kryteriami oceny ofert są

bowiem cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż kryterium oceny ofert może być jedna cena, nie zaś kilka cen, czy też poszczególne składniki ceny. Tym samym interpretacja zapisów specyfikacji jaką przyjął odwołujący pozostaje w sprzeczności ze wskazanym wyżej przepisem ustawy Pzp.

Jak słusznie wskazał zamawiający *„Pojęcie najkorzystniejszej oferty zostało zdefiniowane w art. 2 pkt 5 PrZamPubl. Stosownie do postanowień tego przepisu, za ofertę najkorzystniejszą należy uznać ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego w szczególności w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała, albo oferta z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt. Ceną oferty jak już wcześniej wskazano, jest cena za cały zakres zamówienia łącznie z opcją, zatem przy kryterium cenowym ocenie podlega także cena oferty opcjonalnej, żądanie zatem odwołującego zmierzające do usunięcia kryterium ceny opcjonalnej rozbudowy powoduje, że ocenie nie podlegałyby wówczas cena całej oferty, a jedynie jej części”* (P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2016).

Izba wskazuje, że prawo opcji jest to instytucja, która stwarza po stronie zamawiającego zobowiązanie do realizacji zamówienia jedynie w zakresie zadeklarowanym, natomiast uprawnieniem zamawiającego jest żądanie realizacji zamówienia w zakresie poszerzonym, natomiast obowiązkiem wykonawcy jest realizacja zamówienia w całości, to jest w zakresie zadeklarowanym i poszerzonym. Wykonawcy nie przysługuje natomiast prawo domagania się realizacji zamówienia w zakresie poszerzonym, jeśli zamawiający nie skorzysta ze swego uprawnienia do opcji w toku realizacji umowy. Z tego zatem względu Krajowa Izba Odwoławcza stała dotychczas na stanowisku, że brak określenia przez zamawiającego w jakich okolicznościach i na jakich warunkach będzie zmniejszał zakres opcji nie stoi na przeszkodzie dla wyceny oferty, bo wykonawca musi wycenić cały zakres zamówienia, w tym poszerzony i nie utrudnia uczciwej konkurencji, gdyż wszyscy wykonawcy w analogiczny sposób obowiązani są dokonać swojej kalkulacji.

Jak słusznie wskazała Izba w wyroku z dnia 28 maja 2013 roku, sygn. akt KIO 1168/13 *„Kryteria oceny ofert muszą odnosić się do przedmiotu zamówienia. Skoro w przedmiocie zamówienia znajduje się zarówno świadczenie gwarantowane oraz świadczenie opcjonalnie, to kryteria odnoszą się do tego przedmiotu. Sam fakt, iż część opcjonalna nie jest opcją gwarantowaną nie pozbawia jej przymiotu części przedmiotu zamówienia, tym samym zamawiający jest uprawniony do uwzględnienia tego elementu w ocenie ofert. Przy przyjęciu poglądu przeciwnego, okazałoby się, że zamawiający nie mają możliwości dokonywania oceny ofert w częściach, gdzie zamawiający przewiduje zmniejszenie zakresu zamówienia*

(mniejsza liczba uczestników konferencji, szkoleń, mniejszy zakres odświeżania czy sprzątnia), jak również w sytuacjach gdy zamawiający przewiduje wynagrodzenie kosztorysowe w formie wynikającej z treści art. 629 kc”.

Rekapitulując, Izba stwierdziła, mając na względzie stanowisko jw., iż niezasadne są zarzuty odwołującego dotyczące naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby zamawiający przeprowadził postępowanie z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a zamówienie zostało udzielone wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Izba nie przyjęła w poczet materiału dowodowego kalkulacji własnej odwołującego z uwagi na fakt, iż dowód ten nie został przekazany w odpisach wszystkim uczestnikom postępowania odwoławczego (nieprzekazany przystępującemu). Izba nie przyjęła również dowodu złożonego przez odwołującego po zamknięciu rozprawy z uwagi na brzmienie przepisu art. 190 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, który stanowi, iż *„(...) Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.”.*

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania. Izba postanowiła o zwrocie odwołującemu kwoty 7 500,00 zł, stanowiącej nadpłatę wpisu od odwołania, albowiem odwołujący wniósł wpis od odwołania w zawyżonej kwocie 15 000,00 zł, a biorąc pod uwagę wartość szacunkową zamówienia, prawidłowy wpis od odwołania, zgodnie z §1 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia powinien wynosić 7 500,00 zł.

Przewodniczący: