

WYROK

z dnia 11 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2016 r. przez Odwołującego – wykonawcę K-T. sp. z o.o. z siedzibą w P., w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Żnin, przy udziale wykonawcy P.K.S. w B. sp. z o.o. z siedzibą w B., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w B..

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Żnin (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z podziałem na części pn.: „Dowóz uczniów do placówek oświatowych Gminy Żnin w okresie styczeń – grudzień 2017 r.” (znak sprawy IGP1.271.18/IL2016), zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 grudnia 2016 r., pod nr 359015-2016.

W dniu 22 grudnia 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej w części 1 zamówienia, za którą uznana została oferta złożona przez wykonawcę P.K.S. w B. sp. z o.o. z siedzibą w B. (dalej „Wykonawca PKS”) oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy.

Powyższe czynności zaskarżone zostały odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „Izba” lub „KIO”) przez wykonawcę K-T. sp. z o.o. z siedzibą w P., zwanego dalej „Odwołującym”, w dniu 27 grudnia 2016 r.

Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp przez błędne i niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) dokonanie oceny ofert – naruszenie zasad oceny ofert określonych w SIWZ przez przyznanie zbyt dużej liczby punktów w kryterium „wiek pojazdów” ofercie złożonej przez Wykonawcę PKS, a przez to nieprawidłowe dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, wnosząc o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia oceny ofert i powtórzenia tej czynności zgodnie z postanowieniami SIWZ i z uwzględnieniem punktacji (oceny) wynikającej z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący stwierdził, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jest podmiotem zdolnym do jego wykonania. Odwołujący złożył ofertę w Postępowaniu na część 1 zamówienia. Oferta Odwołującego jest ofertą niższą cenowo i w przypadku prawidłowego przeliczenia punktów dla konkurenta oferta Odwołującego uzyskałaby większą liczbę punktów, a tym samym zwycięzcą postępowania byłby Odwołujący.

Odwołujący wyjaśnił uzasadniając zarzuty odwołania, że w Rozdziale VI SIWZ Zamawiający przewidział, jako jedno z kryteriów oceny ofert o wadze 30%, rok produkcji pojazdów. Zgodnie z przedstawioną tabelą roczników i punktów, pojazdy przeznaczone do wykonania zadania produkowane do roku 2000 uzyskiwały 0 punktów, a wycenione były punktowo pojazdy wyprodukowane od roku 2001 do roku 2016, z tym, że pojazd wyprodukowany w roku 2001 wyceniony był na 2 punkty, a w 2016 na 30 punktów. Zamawiający dokonał następującego opisu obliczania wartości tego kryterium:

„Sposób obliczania punktów w tym kryterium: liczba pojazdów z danego rocznika razy liczba punktów, zgodnie z powyższą zasadą. Następnie sumę punktów dzielimy przez wykazaną liczbę pojazdów o danym roczniku produkcji.”

W ocenie Odwołującego pierwsze zdanie jest logiczne i prawidłowe. Wykonawca ma przedstawić wykaz dziesięciu pojazdów wraz z podaniem ich roku produkcji, co daje możliwość obliczenia ilości punktów za poszczególne roczniki. Drugie zdanie kryterium oceny może stanowić problem dla czytelnika jak i dla oceniającego. Zdecydowania lepszy i nie dający wątpliwości interpretacyjnych byłby krótszy zapis zdania drugiego:

„Następnie sumę punktów dzielimy przez wykazaną liczbę pojazdów”.

W takim brzmieniu wiadomo, że chodzi o wszystkie pojazdy przedstawione do wykonania zadania określonego postępowaniem przetargowym w danej części. Dopisek „o danym roczniku produkcji” może prowadzić do dwojakiej interpretacji. Pierwsza interpretacja, jaką dla oferty Wykonawcy PKS zrobił Zamawiający, to mnożenie i dzielenie punktów przez pojazdy tylko z danego rocznika, a nie przez liczbę wszystkich pojazdów przedstawionych do wykonania zadania.

Zamawiający przyznając punkty ofercie Wykonawcy PKS dokonał następującego przeliczenia: 3 pojazdy z 2001 r. x 2 punkty podzielone przez 3, co dało 2 punkty, a autobus z roku 2004 wyceniono na 10 punktów, co łącznie dało 12 punktów.

Dla porównania pokazującego błędne rozumowanie Zamawiającego: mamy 8 pojazdów z roku 2000 i starszych, jeden pojazd z 2005 – 12 punktów i jeden pojazd z roku 2016 – 30 punktów. Stosując interpretację Zamawiającego w przypadku takiego oferenta mamy następującą punktację: 8 pojazdów daje liczbę punktów „0”, jeden pojazd z 2005 r. $1 \times 12 : 1 = 12$ i jeden pojazd z 2016: $1 \times 30 : 1 = 30$. Wtedy wychodzi 42 punkty na 30 możliwych. Nie jest to więc interpretacja prawidłowa.

Druga interpretacja tego zdania, to dzielenie punktów uzyskanych z poszczególnych roczników przez ogólną liczbę pojazdów. Liczba pojazdów wynosi 10. Przyjmując taką interpretację punktacja z tego kryterium dla oferty Wykonawcy PKS powinna przedstawiać się następująco: 3×2 punkty za pojazdy z roku 2001 = 6 punktów, jeden pojazd z 2004 – 10

punktów. Razem jest 16 punktów, które powinny być podzielone przez 10, a więc ogólną liczbę przedstawianych pojazdów z różnych roczników, co daje 1,6 punktów. Przyznanie ofercie Wykonawcy PKS 12 punktów stanowi bezpodstawne zawyżenie liczby punktów dla tej oferty. Zamawiający przyjmując kryterium oceny musi zapewnić, że istnieje możliwość prawidłowej i logicznej oceny spełniania tego kryterium i jego wyceny. Nie może być sytuacji, że kryterium ma dać maksymalnie x punktów, a przez zły zapis dać może punktów y. Nawet nieprecyzyjnie zapisana ocena kryterium musi być w trakcie oceny ofert zastosowana w sposób logiczny, pozwalający na uzyskanie jedynie maksymalnej możliwej ilości punktów. Zasady prowadzenia oceny nie mogą powodować, że istnieje możliwość uzyskania dużo wyższej liczby punktów.

W przypadku przyznania ofercie Wykonawcy PKS 1,6 punktów z tego kryterium zmienia się ranking oceny ofert. W takim przypadku oferta złożona przez Odwołującego ma nadal 70 punktów, a oferta Wykonawcy PKS ma 61,43 punktów.

Odwołujący dodał, że przyjęcie interpretacji Zamawiającego oznacza, że Postępowanie powinno zostać unieważnione z przyczyn określonych w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca PKS, wnosząc o oddalenie odwołania.

Stwierdził, że Zamawiający dokonał wyboru oferty zgodnie z postanowieniami SIWZ. Zamawiający w sposób logiczny i zrozumiały określił zasady przyznawania punktacji z tytułu wieku autobusów. Wskazał, że Odwołujący dla potwierdzenia podnoszonych twierdzeń kreuje w odwołaniu hipotetyczne, oderwane od rzeczywistości, stany faktyczne. Okoliczność, że wedle wyliczeń Odwołującego, na podstawie przywołanego przez niego postanowienia SIWZ, możliwym byłoby uzyskanie przez oferenta 42 pkt, nie może stanowić argumentu przemawiającego za unieważnieniem Postępowania. Zamawiający *expressis verbis* w pkt VI b) SIWZ podał, że maksymalna liczba punktów za ww. kryterium to 30. W tym stanie rzeczy niemożliwym jest (co przewiduje SIWZ) przyznanie większej ilości punktów.

Wykonawca PKS podkreślił, że w złożonej ofercie przedstawił autobusy zdecydowanie nowsze od autobusów przedstawionych przez Odwołującego i tym samym, w ramach tego kryterium, uzyskał większą liczbę punktów, co potwierdza prawidłowość postanowień SIWZ i ich zastosowania przez Zamawiającego.

Wykonawca PKS z ostrożności procesowej podniósł zarzut wniesienia odwołania po terminie.

Podał, że Odwołujący wskazał jako podstawę naruszenia art. 180 ust. 2 pkt Pzp, tj. wadliwy wybór przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty, jednak w rzeczywistości

kwestionuje postanowienia SIWZ (formułuje zastrzeżenia do opisu przedmiotu zamówienia). W konsekwencji podstawą prawną wniesionego odwołania jest art. 180 ust. 2 pkt 5 Pzp, a zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp odwołanie wobec postanowień SIWZ wnosi się w terminie 5 dni od daty jej publikacji.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w powołaniu na następujące argumenty.

Na wstępie podkreślił, że precyzyjnie sformułował sporne kryterium oceny ofert i po ich otwarciu nie miał możliwości odstąpienia od przyjętych w omawianym kryterium zasad przyznawania punktów. Wskazał również, że formułując kryteria oceny ofert i ich wagę miał na względzie ostatnią nowelizację Pzp, która podniosła znaczenie pozacenowych kryteriów oceny ofert.

Następnie podał, że biorąc pod uwagę powyższe wskazania, specyfikę przedmiotu zamówienia i potrzebę generowania wysokich standardów świadczenia usługi, w sposób znaczny (30 %) przypisał wagę kryterium w zakresie taboru technicznego. Wykonawcy mieli całkowitą wiedzę w zakresie określonych w Postępowaniu kryteriów oceny ofert – byli w pełni świadomi jaka waga została poszczególnym kryteriom przypisana i jak zaoferowany w ofercie tabor techniczny zostanie przez Zamawiającego oceniony w procesie badania oferty.

Zamawiający wyjaśnił, że w części III pkt VI ppkt b) SIWZ w sposób precyzyjny wskazał ile punktów za zaproponowanie pojazdu o danym roku produkcji zostanie przyznane. Zamawiający wskazał, że punkty w tym kryterium zostaną przyznane wyłącznie za zaproponowanie pojazdów o roczniku 2001 i nowszym.

Wykonawca PKS w treści oferty wskazał w zakresie taboru technicznego trzy pojazdy z 2001 r., jeden z 2004 r. i 6 pojazdów w roczniku 2000 i starszych. W związku z tym Zamawiający punktował jego ofertę w następujący sposób:

Rocznik 2001: 3 pojazdy x 2 pkt = 6 pkt

6 pkt / 3 pojazdy = 2 pkt

Rocznik 2004: 1 pojazd x 10 pkt = 10 pkt

10 pkt / 1 pojazd 2004 = 10 pkt

Razem w kryterium „rok produkcji pojazdów” Wykonawca PKS otrzymał 12 pkt.

Zamawiający przytoczył zasady przyznawania punktów w omawianym kryterium i stwierdził, że nie wskazał jakoby sumę punktów należało podzielić przez liczbę wszystkich pojazdów, lecz przez sumę pojazdów w danym roku produkcji. Zamawiający dokonał takiego

opisu sposobu przyznawania punktów w tym kryterium mając na uwadze wskazane wcześniej przesłania, czyli przypisanie kryterium pozacenowemu dużej wagi (30%) zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego w zakresie dysponowania przez wykonawców odpowiednim taborem i wyższego punktowania taboru nowszego. Zamawiający podkreślił, że dał wykonawcom pewną swobodę, ponieważ nie określił minimum poziomu, czyli najstarszego dopuszczalnego rocznika proponowanego pojazdu. Odwołujący znając poziom punktów, jakie mogą zostać przyznane jego ofercie w tym kryterium, nie zaoferował żadnego pojazdu o roczniku młodszym niż 1999. Odwołujący tym samym świadomie pozbawił się szansy uzyskania w procesie oceny oferty punktów w tym kryterium obwarowanym przez Zamawiającego bardzo wysoko, bo poziomem 30 % wagi.

Ponadto Zamawiający, znając uwarunkowania rynkowe w zakresie wykonywania usługi oraz dysponowania przez Wykonawców określonym taborem, miał świadomość, że dotychczas uwarunkowania w zakresie dysponowania odpowiednim taborem technicznym były przez wykonawców traktowane drugorzędnie, ponieważ główne (na poziomie 90 %) kryterium oceny ofert stanowiła cena. Dlatego też Zamawiający wskazał wyraźnie, że maksymalna liczba punktów za kryterium wynosi 30. Jest to założenie odzwierciedlające zarówno realne możliwości wykonawców, jak i motywujące ich do zastosowania taboru młodszego. Dla Zamawiającego oczywistym było, że mało prawdopodobne jest, aby wykonawcy zaproponowali tabor w roczniku 2015 czy 2016, ponieważ z doświadczenia wynika, że tego typu tabor przeznaczony jest na wykonywanie innego rodzaju usług, np. transport osób na trasach turystycznych dalekobieżnych.

Zamawiający stwierdził ponadto, że Odwołujący w treści odwołania kwestionuje postanowienia SIWZ w zakresie opisu sposobu oceny oferty z przekroczeniem terminu na wniesienie odwołania od czynności Zamawiającego dotyczącej zaistnienia czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę odwołania – 5 dni od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej.

Zamawiający wskazał również, że Odwołujący w treści odwołania dokonuje hipotetycznych ocen i sugestii, że „zapisy SIWZ mogą stanowić problem dla czytelnika jak i oceniającego”. Jest to niezgodne ze stanem faktycznym, ponieważ ocena ofert zgodnie z założeniami SIWZ nie stanowiła dla Zamawiającego, czyli oceniającego, żadnego problemu. Takie rozważania nie stanowią żadnego argumentu merytorycznego dotyczącego niniejszego odwołania, jednocześnie Odwołujący jako podstawę odwołania wskazuje złamanie przez Zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie niezgodnej z treścią SIWZ oceny ofert. Jest to niezgodne ze stanem faktycznym, ponieważ Zamawiający właśnie na podstawie określonego w SIWZ sposobu oceny ofert tej oceny dokonuje.

Odwołujący prowadzi w treści odwołania rozważania jakie postanowienia dotyczące sposobu obliczania punktów byłby lepsze od aktualnie opisanych w SIWZ. Jest to bezcelowe i czysto teoretyczne, nie wnosi nic do *meritum* sprawy. Celem prowadzonych rozważań jest jedynie wskazanie postanowień, które pozwalałyby ofercie Odwołującego uzyskać najwyższą, liczbę punktów. Odwołujący nie bierze jednak pod uwagę, że Zamawiający ustalając kryteria oceny ofert i wszczynając Postępowanie nie chciał wybrać oferty jedynie najtańszej, lecz ofertę najkorzystniejszą w świetle wszystkich określonych w SIWZ kryteriów. Dlatego też wykonawca, który zaproponował nowszy tabor techniczny, co dla Zamawiającego stanowiło aż 30 % poziomu punktacji oferty, pomimo zaproponowania wyższej ceny, wygrał w rankingu końcowym złożonych ofert.

Ponadto istotnym, zdaniem Zamawiającego, jest, że w związku z unieważnieniem pierwszego postępowania na realizację tego zadania, wykonawcy uczestnicząc w sesji jawnej otwarcia ofert mieli świadomość jakim taborem może dysponować konkurent i jaki poziom jakościowy (roczniki produkcji) sprzętu należałoby rozważyć do zaoferowania, aby uzyskać określony poziom punktów w tym kryterium. Jest to istotne, ponieważ zarówno w unieważnionym postępowaniu, jak i w aktualnej procedurze uczestniczyli ci sami wykonawcy.

W piśmie procesowym z 11 stycznia 2017 r. Odwołujący przedstawił dodatkową argumentację uzasadniającą zarzuty odwołania.

Podkreślił, że wbrew twierdzeniu Wykonawcy PKS nie wnosi zarzutów w stosunku do treści SIWZ. Jest ona jasna, a istota sporu pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym sprowadza się do jej wykładni.

Odwołujący wyjaśnił, że w Rozdziale VI SIWZ Zamawiający wyróżnił pkt b) – rok produkcji pojazdów (30% waga). Jest to tabela składająca się z dwóch kolumn: rok produkcji i liczba punktów za dany rocznik. Rocznikowi 2000 i starszym Zamawiający przyporządkował 0 pkt. Podano tam również sposób obliczania punktów w tym kryterium: „liczba pojazdów z danego rocznika razy liczba punktów, zgodnie z powyższą zasadą. Następnie sumę punktów dzielimy przez wykazaną liczbę pojazdów o danym roczniku produkcji.”.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający niewłaściwie interpretuje określone przez siebie kryteria oceny ofert i zasady ich oceny, dlatego też konieczne jest dokonanie ich interpretacji.

Zgodnie z wykładnią językową powyższy opis kryterium trzeba przedstawić w sposób następujący: zdanie pierwsze – mnożymy liczbę pojazdów z danego rocznika przez liczbę punktów według załączonej punktacji. Zgodnie z brzmieniem pierwszej części drugiego zdania musimy uzyskać sumę punktów, czyli dodać punkty uzyskane za pojazdy

z poszczególnych lat produkcji. Kolejny etap to dzielenie sumy punktów przez liczbę pojazdów. W przypadku wykładni Zamawiającego mamy dzielenie iloczynu przez czynnik.

Odwołujący stwierdził, że problemem nie jest wiek pojazdów. Ocenie podlegają wszystkie pojazdy przedstawione przez danego oferenta, o czym świadczy przewidziana w omawianym kryterium punktacja (0-30).

Pojazdy z roku 2000 i starsze oceniane powinny być w sposób następujący: liczba pojazdów z danego rocznika $\times 0$ pkt = 0. Zero stanowi ocenę zaproponowaną przez Zamawiającego, a więc przy ocenie oferty musi on liczbę tą stosować do oceny pojazdów.

W przypadku Wykonawcy PKS zastosowanie powyższej wykładni prowadzi do wniosku, że za zaproponowane pojazdy powinien otrzymać 16 pkt (jeden pojazd z 2004 r. za 10 pkt i 3 pojazdy z 2001 r. za 2 pkt każdy). Wynik ten należy podzielić przez 10 (liczbę ocenianych pojazdów), co daje 1,6 pkt, a więc wynik podany w odwołaniu.

W ocenie Odwołującego do takich samych wniosków prowadzi zastosowanie reguł wykładni celowościowej i systemowej. Celem zastosowania kryterium wieku pojazdów było przyznanie dodatkowych punktów oferentowi przedstawiającemu nowszy, a więc bardziej ekologiczny i teoretycznie sprawniejszy sprzęt. Celem tego kryterium będzie wtedy najwyższe punktowanie oferenta przedstawiającego najnowszy tabor w pełnym zakresie, a nie jedynie jedna czy dwie jednostki z tego taboru. Kryterium to musi być również analizowane z punktu widzenia art. 7 Pzp, to jest z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Dojdzie do tego tylko i wyłącznie w przypadku uznania, że określenie w zdaniu drugim: „wykazaną liczbę pojazdów o danym roczniku produkcji” traktowane będzie jako pełna liczba pojazdów przeznaczonych do realizacji zadania, które zostały ocenione, nawet jeżeli przyznana im w roczniku liczba punktów w tabeli wynosi „0”.

Przyjmując wykładnię zaprezentowaną przez Zamawiającego oferent przedstawiający jeden pojazd z 2016 r. i dziewięć pojazdów z 1997 r. uzyska 30 pkt, a drugi ofert przedstawiający 10 pojazdów z 2015 r. uzyska 29 punktów. Z zasad logiki wynika, że oferta opiewająca na cały tabor z 2015 r. jest z punktu widzenia kryterium wieku korzystniejsza niż oferta, która przedstawia tylko jeden nowy pojazd. Przyjęcie rozumowania i wykładni Zamawiającego narusza zasady uczciwej konkurencji. Tak więc z punktu widzenia systemu zamówień publicznych jest to wykładnia naruszająca zasady uczciwej konkurencji, a więc niedopuszczalna. Z punktu widzenia logiki wykładnia zaprezentowana przez Zamawiającego jest również sprzeczna z zapisem zdania pierwszego. Wtedy bowiem mamy do czynienia z sytuacją, że niezależnie od liczby pojazdów z danego rocznika oferent otrzymuje jedynie ilość punktów przewidzianą dla tego rocznika. W takiej sytuacji zbędne jest mnożenie i dzielenie przez tę samą ilość pojazdów, ponieważ wynik to ilość punktów przypisana do

danego rocznika. Wyszło to w ocenie oferty Wykonawcy PKS w zakresie rocznika 2001. Tak więc systemowa i celowościowa wykładnia wymaga, żeby przy przyznawaniu punktów za to kryterium była zastosowana wykładnia, którą można zapisać matematycznie, czyli sumę iloczynów pojazdów z danego rocznika mnożymy przez ilość punktów przypisanych dla danego rocznika i dzielimy przez liczbę wszystkich ocenianych pojazdów. Przy takiej wykładni za pojazdy poniżej rocznika 2000 będzie zero punktów, a każdy pojazd z rocznika wyższego da punkty pomiędzy zerem a 30, z tym, że 30 punktów uzyska oferent dający do wykonania zadania wszystkie pojazdy z rocznika 2016, a oferent przedstawiający połowę pojazdów z rocznika 2016 i połowę z roku 2000 i starszych uzyska 15 pkt. Taka wykładnia jest prawidłowa w aspekcie systemowym i celowościowym i zgodna z zasadą uczciwej konkurencji. Mając na uwadze wykładnię celowościową należy uznać, że ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia i konieczność zapewnienia możliwości całościowej oceny, przyjęcie wykładni zaprezentowanej przez Zamawiającego mogłoby wypaczać cel jakiemu miało służyć postawione kryteria i prowadzić w konsekwencji do ocen nie oddających należytego i faktycznego obrazu przedstawianego do wykonania zadania taboru.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający miał prawo punktować np. jeden lub dwa najmłodsze pojazdy, ale powinien to odzwierciedlić w postanowieniach SIWZ, jako że obowiązkiem Zamawiającego jest stworzenie jasnych i precyzyjnych postanowień SIWZ. Prawem oferenta, a nie jego obowiązkiem, jest wystąpienie o wykładnię i sprecyzowanie postanowień SIWZ. Oferent przedstawiając ofertę kieruje się logiką i celowością w ich ocenie. Ta logika i przedstawione wykładnie wskazują, że pod pojęciem wykazanej liczby pojazdów o danym roczniku produkcji kryją się wszystkie pojazdy przedstawiane przez danego oferenta, poddane ocenie punktowej, gdzie również liczba „0” stanowi liczbę punktów do oceny danego pojazdu.

Na rozprawie strony i Wykonawca PKS podtrzymały przedstawioną powyżej argumentację wnosząc jak dotychczas z tym zastrzeżeniem, że Wykonawca PKS cofnął wniosek o odrzucenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Wykonawcy PKS zawarte w przytoczonych powyżej pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba postanowiła dopuścić Wykonawcę PKS (dalej również „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie

Zamawiającego stwierdzając, że spełnione zostały warunki, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba postanowiła dopuścić i przeprowadzić dowody z treści SIWZ oraz ofert Odwołującego i Przystępującego. Na podstawie wspomnianych dokumentów skład orzekający uznał, że stan faktyczny nie jest sporny, a wyjaśnienia wymaga kwestia prawidłowości zastosowania kryterium pozacenowego w postaci wieku pojazdów w procesie oceny oferty Wykonawcy PKS.

Izba stwierdziła, że ocena wskazanego zagadnienia musi sprowadzać się do odpowiedzi na pytanie, czy oceniając ofertę Przystępującego Zamawiający prawidłowo wykonał działania arytmetyczne podstawiając określone wartości do ustalonego w SIWZ wzoru, czego konsekwencją było przyznanie Wykonawcy PKS 12 pkt w kryterium wieku pojazdu? Na to pytanie należało udzielić odpowiedzi pozytywnej, za czym przemawiają niżej wskazane względy.

Na wstępie wyjaśnić trzeba, że po upływie terminu składania ofert postanowienia SIWZ nie mogą być zmienione i są wiążące zarówno dla zamawiającego oraz wykonawców, jak i dla Izby. W konsekwencji zawarte na str. 2 odwołania rozważania dotyczące pożądanego brzmienia opisu sposobu obliczania punktacji w kryterium wieku pojazdów uznać należało za prawnie obojętne dla rozstrzygnięcia o zarzucie odwołania.

Następnie podkreślić należy, że wbrew zapatrywaniom Odwołującego metodologia przyznawania wykonawcom punktów w spornym kryterium została przez Zamawiającego opisana w sposób jasny, precyzyjny i przy użyciu powszechnie zrozumiałych określeń. Ergo skład orzekający uznał, że dokonując interpretacji postanowień SIWZ odnoszących się do wspomnianej kwestii nie ma potrzeby sięgania do innych niż językowa rodzajów wykładni, ponieważ jej zastosowanie nie rodzi absurdalnych, sprzecznych z zasadami logiki wniosków. W konsekwencji Izba nie znalazła podstaw do zastosowania proponowanej przez Odwołującego interpretacji sformułowania „Następnie sumę punktów dzielimy przez wykazaną liczbę pojazdów o danym roku produkcji (podkreślenie Izby)”, zgodnie z którą dzielnikiem miałyby być nie liczba pojazdów z określonego rocznika, a ogólna liczba pojazdów podlegających ocenie. Stanowiłaby ona niczym nieuzasadnione odejście od niebudzących wątpliwości wyników wykładni językowej, której w tej sprawie należało przyznać pierwszeństwo. Gdyby bowiem przyjąć interpretację Odwołującego należałoby z cytowanego powyżej fragmentu postanowienia SIWZ usunąć wyróżnione sformułowanie,

co nie tylko byłoby nieuzasadnione, ale również, jak wspomniano, niemożliwe na tym etapie Postępowania.

Skład orzekający uznał, że argumentacja Odwołującego uzasadniająca odejście od zastosowania *ad casum* wykładni językowej nie mogła zostać uznana za trafną. Poza powyższymi względami należy stwierdzić, że pod pozorem dbałości o takie skonstruowanie kryterium wieku pojazdów, które realizować będzie cel stawiany przez Zamawiającego (wybór wykonawcy dysponującego możliwie najnowszym taborom autobusowym) Odwołujący dążył *de facto* do osiągnięcia przeciwnego skutku, tj. do wyboru jego oferty, w której bezsprzecznie zaoferowano pojazdy starsze niż wymienione w ofercie Przystępującego.

Podkreślenia wymaga, że Izba nie kwestionuje akcentowanej przez Odwołującego okoliczności, że przyjęta przez Zamawiającego konstrukcja omawianego kryterium i literalna wykładnia jego treści mogłaby (podkreślenie Izby) doprowadzić na etapie oceny ofert do kuriozalnych wniosków, przykładowo, do przyznania takiej samej liczby punktów (maksymalnej, tj. 30 pkt, niezależnie od rzeczywistej sumy punktów za pojazdy z poszczególnych roczników, jako że waga tego kryterium wynosiła 30%) wykonawcy, który zaoferował realizację zamówienia dziesięcioma autobusami z 2016 r. i takiemu, który wskazał tylko na jeden taki pojazd, tym niemniej do takiej sytuacji w przedmiotowej sprawie nie doszło. Przypomnieć w tym miejscu należy, że rolą Izby jest rozstrzygnięcie o zarzutach odwołania w realiach konkretnego stanu faktycznego, nie zaś w oparciu o sytuacje, które nie zaszły na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Skład orzekający nie wziął zatem pod uwagę przeprowadzonych przez Odwołującego symulacji przyznania punktów hipotetycznym ofertom, które przecież nie zostały w Postępowaniu złożone i nie podlegały ocenie Zamawiającego.

Jedynie na marginesie Izba sygnalizuje, że – biorąc pod uwagę treść ofert Odwołującego i Wykonawcy PKS i związane z nimi oceny w kryterium wieku pojazdów – Zamawiający osiągnął jednak cel, który przyświecał wprowadzeniu wspomnianego kryterium, tj. dokonał wyboru oferty obejmującej generalnie nowszy tabor.

Skład orzekający nie uwzględnił twierdzeń Odwołującego podniesionych na rozprawie, jakoby Zamawiający odstąpił od ustalonego przez siebie wzoru dzieląc przez liczbę pojazdów z danego rocznika iloczyn liczby pojazdów z danego rocznika i liczby punktów im przypisanej w miejsce, jak wskazano w opisie kryterium, sumy punktów. Twierdzenie to stanowiło w istocie nieuprawnione uzupełnienie zarzutu odwołania o nową okoliczność faktyczną, jako że w treści odwołania kwestionowane było wyłącznie sformułowanie odnoszące się do liczby pojazdów o danym roczniku produkcji.

Przypomnienia wymaga, że wskazanie okoliczności faktycznych jest konstrukcyjnym elementem zarzutu odwołania i o ile nie zostaną one podane w jego treści, to Izba – ze względu na zakaz wynikający z przepisu art. 192 ust. 7 Pzp – nie może się do takich okoliczności odnosić.

Reasumując, zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 2 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp uznany został za chybiony.

W ocenie składu orzekającego nie mógł się również ostać w istocie zasygnalizowany w treści uzasadnienia odwołania zarzut naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Izba wskazuje, że z uwagi na wartość przedmiotowego zamówienia i *numerus clausus* czynności podlegających zaskarżeniu (zob. przepis art. 180 ust. 2 Pzp) kwestionowanie zaniechania unieważnienia Postępowania nie jest możliwe, w szczególności nie mieści się w użytym w przepisie art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp, wskazanym jako podstawa wniesienia odwołania, pojęciu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238).

Przewodniczący: