

WYROK

z dnia 14 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie 11 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 grudnia 2021 roku przez odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Maxto Technology spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą w Modlniczce (lider), Maxto spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. z siedzibą w Modlniczce, GMT spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mysłowicach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” z siedzibą w Warszawie**, przy udziale wykonawcy **Saportia spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego oraz przy udziale wykonawcy **T4B spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego w ½ i Przystępującego Saportia w ½ i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz po **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy

tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego i Przystępującego Saportia z tytułu zastępstwa przed Izbą.

- 2.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **9 300 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) stanowiącą połowę kosztów poniesionych przez Odwołującego tytułem uiszczonego wpisu i kosztów zastępstwa przed Izbą, zasądza od Przystępującego Saportia na rzecz Odwołującego kwotę **9 300 zł 00 gr** (dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) stanowiącą połowę kosztów poniesionych przez Odwołującego tytułem uiszczonego wpisu i kosztów zastępstwa przed Izbą.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), 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

Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” z siedzibą w Warszawie, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa, montaż, wdrożenie, konserwacja i utrzymanie Systemów Zabezpieczeń Technicznych – Port Lotniczy Warszawa – Radom”, nr postępowania: 131/PN/ZP/TLLZP/21.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 8 listopada 2021 r. nr 2021/S 216-569772.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), dalej jako „ustawa Pzp”.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Maxto Technology spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Modlnicze (lider), Maxto spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. z siedzibą w Modlnicze, GMT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mysłowicach (dalej: „Odwołujący”) 24 grudnia 2021 roku złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec zaniechania unieważnienia postępowania i zaniechania unieważnienia zaproszenia do aukcji elektronicznej i przeprowadzonej aukcji elektronicznej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 255 pkt 6 ustawy Pzp przez zaniechanie unieważnienia Postępowania jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego ze względu na wadliwe ustanowienie kryterium oceny ofert „Czas realizacji”;
- 2) art. 232 ust. 2 w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez zaproszenie wykonawców do aukcji elektronicznej z wadliwą informacją wyniku badania i oceny oferty poszczególnych wykonawców, w tym wadliwym przyznaniem punktów w kryterium oceny ofert „Czas realizacji” oraz w konsekwencji przeprowadzenie aukcji elektronicznej [zarzut ewentualny – w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1)];
- 3) art. 16 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w sposób nieprzejrzysty i nieproporcjonalny.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie Postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Następnie Odwołujący wskazał, że na wskutek zaistnienia nieusuwalnej wady postępowania oraz arbitralnej oceny ofert w kryterium „Czas realizacji” oferty nie mogą zostać ocenione w sposób poprawny, transparentny i uczciwy. Dlatego w interesie Odwołującego jest wzięcie udziału w postępowaniu z prawidłowo ustalonymi kryteriami oceny ofert. Niewątpliwie w niniejszym stanie faktycznym istnieje także możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego. Szkada ta polega na braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia. Zamawiający przyznał Odwołującemu punkty w kryterium „Czas realizacji” w inny sposób, niż kryterium to było rozumiane przez Konsorcjum Maxto i w sposób dla Odwołującego niekorzystny. Przedmiotowego kryterium nie da się zastosować. Jednocześnie przy zarzucie ewentualnym Odwołujący wskazał, że konkurował z innymi wykonawcami w aukcji elektronicznej, choć mieli oni nieprawidłowo przyznane punkty, co promowało część ofert. Chodzi o oferty wykonawców, którzy zaoferowali dłuższy, niż Odwołujący okres skrócenia terminu realizacji. Ich przewaga punktowa w kryterium „Czas realizacji” została sztucznie zawyżona. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w rozdz. XVI ust. 3 SWZ ustanowił kryterium oceny ofert „Czas realizacji”. Jak stanowi opis tego kryterium: „Kryterium „Czas realizacji” zostanie zastosowane wobec podanego w Formularzu „Oferta” okresu skrócenia realizacji Etapu 2 w stosunku do terminów realizacji tego etapu podanego w załączniku nr 3 do SWZ – Projektowane Postanowienia Umowy”. Zdaniem Odwołującego, w ramach tego kryterium oceniany ma być okres skrócenia podawany w formularzu oferty. W formularzu oferty Zamawiający wymagał podania okresu skrócenia terminu realizacji etapu 2 i taką wartość mieli podać wykonawcy w swoich ofertach. Jednakże zdaniem Odwołującego, okres skrócenia jest rozumiany przez Zamawiającego inaczej, nie jako wartość podawana w formularzu oferty, lecz w specyficzny sposób. Jak wskazał Odwołujący wzór według którego mają zostać wyliczone punkty jest wadliwy. Został on określony w następujący sposób:

Ocena punktowa w ramach tego kryterium zostanie dokonana zgodnie ze wzorem (przy czym wynik zostanie zaokrąglony do dwóch miejsc po przecinku, tj. poniżej 5 należy końcówkę pominąć, powyżej i równej 5 należy zaokrąglić w górę).:

$$T = (T_b : T_n) \times 20$$

gdzie:

T_b – Najmniejsza liczba dni spośród wszystkich ofert podlegających ocenie

T_n – Liczba dnia podana w ofercie badanej

Opis tego wzoru w pierwszej kolejności nie przewiduje sytuacji, gdy wykonawca zaoferuje wartość „0” dni skrócenia terminu realizacji. Wówczas w liczniku tego wzoru należy podstawić wartość najmniejszą, którą w niniejszym Postępowaniu okazała się właśnie wartość „0”. W takiej sytuacji, każdorazowo przy wyliczeniu punktacji dla poszczególnych ofert złożonych w Postępowaniu uzyskujemy wartość „0”. Kryterium pozostaje zatem pozorne.

Odwołujący zauważył, że w przypadku oferty MAART4 Sp. z o.o. zastosowanie tego wzoru wymaga przeprowadzenia niedopuszczalnego działania matematycznego – dzielenia przez zero. Odwołujący wskazał, że co do dzielenia przez zero wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dn. 23.01.2013r., KIO 43/13. Następnie Odwołujący wskazał, że licznik i mianownik powinny zostać w tym wzorze zamienione miejscami, aby wzór ten rzeczywiście punktował najkorzystniejsze rozwiązania. Otóż oferta z mniejszą liczbą dni skrócenia okresu realizacji uzyskuje wyższy wynik, niż oferta z większą liczbą dni. Ponadto w mianowniku nie powinna być brana pod uwagę „Najmniejsza liczba dni spośród wszystkich ofert podlegających ocenie”, lecz „Największa liczba dni spośród wszystkich ofert podlegających ocenie”. Aktualnie, abstrahując od dzielenia przez zero, promuje oferty z najmniejszą liczbą dni, zamiast z największą, czyli korzystniejszą (chodzi o okres skrócenia terminu realizacji – im dłuższy, tym oferta korzystniejsza). Zdaniem Odwołującego analiza zaproszenia do negocjacji, biorąc pod uwagę liczbę punktów przyznanych ofercie Odwołującego w przedmiotowym kryterium, tj. 8,5 pkt wskazuje, że Zamawiający nie zastosował wskazanego w SWZ wzoru w taki sposób, jak został on opisany w SWZ. Zamawiający nie podstawiał do wzoru zadeklarowanych w ofertach okresów skrócenia terminu realizacji etapu 2, lecz wykonał inne działanie, którego, w ocenie Odwołującego, nie przewiduje treść SWZ. Zamawiający odjął od określonego przez niego, maksymalnego terminu realizacji Etapu 2 (80 dni roboczych) termin skrócenia podany w formularzach ofert wykonawców, wyrażony w dniach kalendarzowych. Takie działanie jest niezgodne z SWZ, ponieważ do wzoru opisanego w SWZ należy podstawić wartości wskazane w formularzach ofert, czyli okresy skrócenia terminów realizacji, a nie okresy wyliczone w taki sposób. Opis kryterium stanowi jednoznacznie, że: „Kryterium „Czas realizacji” zostanie zastosowane

wobec podanego w Formularzu „Oferta” okresu skrócenia realizacji Etapu 2 w stosunku do terminów realizacji tego etapu podanego w załączniku nr 3 do SWZ – Projektowane Postanowienia Umowy”. Co więcej, w opisie kryterium wyjaśniono: „Tn – Liczba dnia podana w ofercie badanej”. Zatem opis kryterium wskazuje, że ma być ono zastosowane wobec okresu skrócenia terminu realizacji i odwołuje się do liczb podanych w ofercie. W ofercie nie był podawany termin realizacji po skróceniu, tylko okres jego skrócenia. Co więcej, gdyby opis kryterium określał, że ma być on stosowany wobec terminu realizacji (a nie okresu jego skrócenia), to zapewne Zamawiający konsekwentnie wymagałby podania okresu realizacji w formularzu oferty, a nie okresu jego skrócenia.

Zdaniem Odwołującego przyjęty aktualnie przez Zamawiającego sposób liczenia punktów w ramach kryterium „Czas realizacji” jest wadliwy z jeszcze innego powodu. Zamawiający odejmował od wymaganego przez niego maksymalnego terminu realizacji Etapu 2 – 80 dni roboczych zadeklarowany przez wykonawców w formularzach ofert okres skrócenia tego terminu, który to okres został podany w dniach kalendarzowych. Zgodnie z opisem kryterium: „Zamawiający wymaga podania liczby dni kalendarzowych, i jaka Wykonawca oferuje skrócić termin realizacji Etapu 2”. W konsekwencji, odejmowanie od liczby dni roboczych liczby dni kalendarzowych powoduje, że uzyskany wynik nie jest ani liczbą dni roboczych, ani liczbą dni kalendarzowych. Nie jest to termin realizacji, ani nie jest to okres o jaki termin realizacji ma być skrócony. Dla przykładu w ofercie Odwołującego od 80 dni roboczych odjęto 40 dni kalendarzowych. Zamawiający otrzymał wartość 40 (ani dni kalendarzowych, ani dni roboczych). Taka wartość została przyjęta do wyliczenia punktów dla oferty Odwołującego.

W ocenie Odwołującego taka wartość nie może posłużyć do wyliczenia punktów w jakimkolwiek kryterium, ponieważ nie przedstawia żadnej realnej informacji na temat oferty, lecz jest jedynie sztucznym, ułomnym tworem. To powoduje, że jej ocena w ramach kryterium stanowi o naruszeniu art. 241 ust. 1 ustawy Pzp: „Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia”. Tak wyliczona wartość nie odnosi się do przedmiotu zamówienia i w żaden sposób go nie definiuje i nie stanowi żadnego aspektu jego realizacji. Co więcej, „pomieszanie” terminów liczonych w dniach roboczych i w dniach kalendarzowych prowadzi do zafałszowania wyników. Gdyby pomiędzy sobą w ramach kryterium porównywane były wyłącznie okresy skrócenia (w tym przypadku liczone w dniach kalendarzowych), to wówczas uzyskane wartości (abstrahując od wadliwości wzoru powyżej opisanej) są miarodajne i ukazują rzeczywiste różnice pomiędzy ofertami. Podobnie, gdyby porównywać pomiędzy sobą terminy realizacji (a nie okresu skrócenia) Etapu 2 wyrażone w dniach roboczych (gdyby podania takiej wartości wymagał Zamawiający w formularzu oferty i kryterium było stosowane wobec takiego terminu). Trzeba także zauważyć, że po odliczeniu od 80 dni roboczych dni kalendarzowych liczbę dni kalendarzowych z poszczególnych ofert

da zupełnie inne wyniki w praktyce, niż uzyskał Zamawiający. Tzn. liczba dni roboczych w każdej ofercie będzie wyższa, niż wynik jaki uzyskał Zamawiający (dni kalendarzowe po odliczeniu dni wolnych od pracy dadzą mniejszą liczbę dni roboczych). A to powoduje, że realne różnice pomiędzy ofertami będą większe, co dotyczy zwłaszcza oferty Saportia. Tym samym rzeczywiste różnice pomiędzy ofertami zostają zafałszowane. Odwołujący wskazał, że działanie Zamawiającego wskazuje na rozbieżność interpretacji, co potwierdza, że kryterium oceny ofert jest niejednoznaczne i niezrozumiałe. Występują różne jego interpretacje, a Zamawiający wybrał jedną z nich, próbując dostosować się do wzoru, który określił. Odwołujący przywołał stanowisko wyrażone w Komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych do art. 457 ustawy Pzp oraz w wyroku Izby z dnia 11 sierpnia 2021 r. sygn. akt 1799/21.

Odwołujący wskazał, że opisane kryterium „Czas realizacji” jest niezgodne z art. 240 ust. 1 i 2 w zw. art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, ponieważ zostało opisane w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały oraz w taki sposób, że jego opis uniemożliwia weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach, co stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców. W konsekwencji, wynik przetargu będzie wypaczony, ponieważ oferta najkorzystniejsza została by wybrana w oparciu o wadliwe kryterium. Kryterium to w związku z jego wadliwością zostało zastosowane w sposób arbitralny przez Zamawiającego, co godzi w zasadę przejrzystości. *De facto* zostało ono skonstruowane dopiero na etapie badania i oceny ofert. Odwołujący wskazał na stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dn. 3.01.2012 r., sygn. akt 2725/11. Dlatego też zdaniem Odwołującego, unieważnienie umowy mogłoby nastąpić na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp ze względu na udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy. Jak wskazał Odwołujący, podobny stan faktyczny, ale dotyczący opisu przedmiotu zamówienia a nie kryterium oceny ofert legł u podstaw wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 11.06.2021r., KIO 1343/21 oraz z dn. 27.04.2021r., KIO 913/21. Ponadto Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 459 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy, o której mowa w art. 457 ust. 1 Pzp tj. min. gdy Zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 28.04.2021r., KIO 967/21). Wystarczający jest hipotetyczny wpływ naruszenia na możliwość unieważnienia przyszłej umowy (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 30.08.2021r., KIO 2105/21).

Ocena ofert w ramach kryteriów oceny ofert stanowi jedną z najważniejszych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ona decyduje o tym komu należy udzielić zamówienia, a o wygranej decydują często minimalne różnice. Wadliwe określone kryterium oceny ma wpływ na brak możliwości udzielenia zamówienia w

warunkach uczciwej gry rynkowej. Choćby na przykładzie Odwołującego można wskazać, że zaoferował skrócenie terminu realizacji zamówienia o 40 dni, a wykonawca z najdłuższym okresem, tj. Saportia o 63 dni. Zatem termin realizacji zaoferowany przez Odwołującego stanowił ponad 63% długości okresu skrócenia zaoferowanego przez Saportia Sp. z o.o. Logicznie, Odwołujący powinien uzyskać 12,70 pkt. Tymczasem otrzymał 8,5 pkt, czyli 4,2 pkt mniej. Tę sztuczną różnicę wynikającą z przyjętej przez zamawiającego metody liczenia musiałby zniwelować ceną. A jednocześnie metoda przyjęta przez Zamawiającego powodowała, że wykonawca MAART4 Sp. z o.o., który zaoferował w tym kryterium 0 dni skrócenia powinien uzyskać 4,25 pkt! Wynika to z działania: $17 \text{ (80 dni roboczych – termin realizacji etapu 2 określony przez Zamawiającego odjąć 63 dni kalendarzowe z oferty Saportia Sp. z o.o. – najniższa wartość wśród ofert) podzielić przez } 80 \text{ (80 dni roboczych – termin realizacji etapu 2 określony przez Zamawiającego odjąć 0 dni kalendarzowe z oferty MAART4 Sp. z o.o.)}$. Jeśli wykonawca ten w zaproszeniu do aukcji nie otrzymał tyle punktów, to świadczyło by to o braku konsekwencji Zamawiającego w stosowaniu przyjętej przez niego interpretacji kryterium.

Przy właściwie określonym opisie kryterium, gdzie porównywane między sobą we wzorze byłyby jedynie zadeklarowane w formularzu oferty dni skrócenia terminu realizacji (bez takich przeliczeń jak uczynił Zamawiający) albo po prostu zaoferowany termin realizacji taka sytuacja nie miałaby miejsca. Zatem sposób przyznawania punktów stanowi rażące naruszenie zasady proporcjonalności, o której mowa w art. 16 ustawy Pzp, a jednocześnie stanowi o jego wadliwości.

Skrócenie terminu realizacji zamówienia wynoszącego 80 dni roboczych o 40 dni kalendarzowych (jak zaoferował Odwołujący) wymaga poniesienia dodatkowych, znacznych nakładów i obiektywnie jest dużym wysiłkiem organizacyjnym. Tymczasem interpretacja kryterium przyjęta przez Zamawiającego powoduje, że Odwołujący zyskuje nad wykonawcą MAART4 Sp. z o.o., który w ogóle nie oferował skrócenia terminu jedynie 4,25 pkt przewagi, choć możliwe było do uzyskania w tym kryterium aż 20 pkt. Przy kryterium skonstruowanym prawidłowo, jak wskazano powyżej wykonawca ten powinien otrzymać 0 pkt, a Odwołujący 12,70 pkt. Tym samym różnica powinna wynosić 12,70 pkt a nie 4,25 pkt. Z drugiej strony to też pokazuje, że waga tego kryterium wcale nie wynosi 20%. Skoro oferta, która opiewa na 0 dni skrócenia terminu realizacji otrzymuje 4,25 pkt a oferta w tym kryterium najkorzystniejsza 20 pkt, to waga tego kryterium wynosi w praktyce 15,75 pkt. Przy czym waga tego kryterium byłaby „płynna” i wynikała z tego na jakie wartości zaoferują wykonawcy.

Dla zrozumienia wadliwości kryterium i sposobu liczenia punktów przyjętego przez Zamawiającego warto wskazać na sytuację, która miała by miejsce wtedy, gdyby najkorzystniejsza oferta w tym kryterium opiewała na 40 dni. Wówczas otrzymała by ona oczywiście 20 pkt. Ale oferta opiewająca na 0 dni okresu skrócenia terminu realizacji

otrzymała by 10 pkt. A gdyby oferta najkorzystniejsza oferta w tym kryterium opiewała na 20 dni, to wtedy oferta opiewająca na 0 dni okresu skrócenia otrzymałaby 15 pkt – czyli realna waga tego kryterium wynosiła by 5, a nie 20%.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu, w tym Zamawiającego - obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają sztywną regulację postępowania, w zamian gwarantującą przejrzystość postępowania. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy - to odstępienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych obowiązującą ustawą Prawo zamówień publicznych (tak w wyroku z dn. 20.08.2021r., KIO 1936/21). Dlatego nie można sanować wadliwie opisanego kryterium arbitralnie przyjętą na etapie badania i oceny ofert jego interpretacją.

Opisane okoliczności wskazują, że kryterium „Czas realizacji” jest wadliwe, sprzeczne z przepisami ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego Postępowanie powinno zostać unieważnione, o czym Konsorcjum Maxto informowało Zamawiającego jeszcze przed przeprowadzeniem aukcji elektronicznej. Arbitralność w zastosowaniu tego kryterium wskazuje, że niezależnie od sposobu jego rozumienia prowadzi ono albo do niedorzecznych wyników albo wymaga przyjęcia dodatkowych, nieopisanych w SWZ założeń. Ale w każdym z tych przypadków będzie istnieć grupa wykonawców, którzy zostają pokrzywdzeni przyjęciem którejś z interpretacji. Dlatego w przekonaniu Odwołującego unieważnienie Postępowania jest jedynym słusznym rozwiązaniem. Jeśli jednak Wysoka Izba podzieli stanowisko Odwołującego co do wadliwości przyjętego przez Zamawiającego sposobu liczenia punktów w kryterium „Czas realizacji”, a nie podzieli stanowiska co do konieczności unieważnienia Postępowania, to wnosimy nakazanie Zamawiającemu unieważnienia zaproszenia do aukcji ze względu na nieprawidłowo przyznane wykonawcom punkty w tym kryterium.

W złożonej pismem z 5 stycznia 2022 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł w pierwszej kolejności o odrzucenie odwołania, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku o oddalenie odwołania w całości z uwagi na brak interesu po stronie Odwołującego a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku – o oddalenie odwołania z uwagi na jego niezasadność.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosił wykonawca Saportia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu (dalej: Przystępujący Saportia) oraz wykonawca T4B spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie po stronie Odwołującego (dalej: Przystępujący T4B).

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu, o czym szerzej będzie mowa w dalszej treści uzasadnienia.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne. W ocenie Izby zarzuty odwołania mogą oddziaływać na sytuację wykonawców, ponieważ nakazanie unieważnienia postępowania daje wykonawcom szansę na ponowne ubieganie się o zamówienie w nowym postępowaniu, a ewentualne stwierdzenie wadliwej oceny w ramach kryterium skutkowałoby unieważnieniem aukcji, unieważnieniem przeprowadzonej oceny. Stąd też wniosek Zamawiającego o oddalenie odwołania z uwagi na brak interesu po stronie Odwołującego nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane podczas rozprawy.

W tym miejscu Izba wskazuje, że podczas rozprawy Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 232 ust. 2 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, a wykonawca, który przystąpił po stronie Zamawiającego, tj. Przystępujący Saportia skorzystał z prawa wniesienia sprzeciwu. W pozostałej części odwołanie zostało przez Odwołującego podtrzymane, wobec czego częściowo spór toczy się

między Zamawiającym a Odwołującym, a częściowo między Przystępującym Sądowi a Odwołującym.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie treści SWZ Izba ustaliła, że kryteria oceny ofert zostały wskazane w Rozdziale XVI SWZ i były następujące:

- „Cena brutto” – waga kryterium – 65%,
- „Czas realizacji” – 20%,
- „Termin gwarancji” – waga kryterium – 10%,
- „Doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia” – waga kryterium – 5%.

Kryterium „Czas realizacji” zostało opisane następująco:

„Kryterium „Czas realizacji” zostanie zastosowane wobec podanego w Formularzu „Oferta” okresu skrócenia realizacji Etapu 2 w stosunku do terminów realizacji tego etapu podanego w załączniku nr 3 do SWZ – Projektowane Postanowienia Umowy.

Zamawiający wymaga podania liczby dni kalendarzowych, i jaka Wykonawca oferuje skrócić termin realizacji Etapu 2. Okres skrócenie należy podać w pełnych dniach. Okres realizacji każdego z podetapów (oznaczonych numerami od 2.1 do 2.4) Etapu 2 zostanie skrócony o podana przez Wykonawcę liczbę.

Ocena punktowa w ramach tego kryterium zostanie dokonana zgodnie ze wzorem (przy czym wynik zostanie zaokrąglony do dwóch miejsc po przecinku, tj. poniżej 5 należy końcówkę pominąć, powyżej i równej 5 należy zaokrąglić w górę).:

$$T = (T_b : T_n) \times 20$$

gdzie:

T_b – Najmniejsza liczba dni spośród wszystkich ofert podlegających ocenie

T_n – Liczba dnia podana w ofercie badanej”

Jak wynika z informacji zawartych w przekazanej przez Zamawiającego elektronicznej dokumentacji postępowania (*vide*: plik „ocena termin”) w spornym kryterium przyznana przez Zamawiającego punktacja przedstawiała się następująco:

	skrócenie	Wynik	Punktacja
Maxto	40	40	8,5

Team	35	45	7,555555556
TNS	55	25	13,6
T3B	49	31	10,96774194
Saportia	63	17	20
Maar	0	80	4,25

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający w pkt III w szczególności w pkt 9 i 11 str. 8 i 9 wyjaśnił sposób wyliczenia powyższej punktacji, który zbieżny jest z tym opisanym przez Odwołującego w odwołaniu, tj. że wyliczenie ostatecznej punktacji w tym kryterium przy zastosowaniu wzoru matematycznego wskazanego w SWZ zostało poprzedzone przeprowadzeniem działania matematycznego polegającego na odjęciu od 80 dniowego czasu realizacji Etapu 2 zaoferowanego w pkt 3 formularza oferty okresu skrócenia.

Jak natomiast wynika z treści załącznika nr 3 do SWZ, tj. z treści projektowanych postanowień umowy, Etap 2 został podzielony na 4 podetapy o następujących terminach realizacji:

„2.1 70 dni roboczych od podpisania Umowy.

2.2 80 dni roboczych od podpisania Umowy.

2.3 80 dni roboczych od podpisania Umowy.

2.4 70 dni roboczych od podpisania Umowy.”

Natomiast do wyliczenia wartości w celu przyznania punktacji w spornym kryterium Zamawiający przyjął 80 dniowy termin realizacji.

Izba zważyła co następuje.

W ocenie Izby odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, z następujących powodów.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do złożonego przez Zamawiającego wniosku o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie określonym w ustawie, Izba wskazuje że wniosek ten nie zasługiwał na uwzględnienie. W ocenie Izby całościowa lektura odwołania oraz przeprowadzona rozprawa, prowadzą do wniosku, że sprawa odwoławcza dotyczy czynności Zamawiającego polegającej na ocenie ofert w spornym kryterium „czas realizacji”, która wynika z niezastosowania tego kryterium wprost, w sposób literalny oraz również w dalszej kolejności z wadliwego opisanie tego kryterium tj. w taki sposób, że nie da się go zastosować aby uzyskać miarodajną ocenę. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że czynność oceny ofert w zakresie kryterium „czas realizacji” jest wadliwa, ponieważ w ocenie Izby Zamawiający nie zastosował kryterium zgodnie z jego opisem, a ponadto (co zostało wykazane podczas rozprawy) nie jest w ogóle możliwe jego zastosowanie w sposób

umożliwiający wybór oferty najkorzystniejszej. Gdyby wada tego kryterium została dostrzeżona na etapie przed składaniem ofert, tj. w terminie na zaskarżenie treści SWZ, mogłoby to skutkować (a nawet powinno) zmianą opisu tego kryterium i zmianą wzoru, w zależności od intencji Zamawiającego co do planowanego sposobu oceny. Jednak w ocenie Izby w związku z podjęciem wadliwej czynności Zamawiającego oraz mając na uwadze wadę postępowania uniemożliwiającą prawidłową ocenę ofert, na etapie po otwarciu ofert nie jest uprawnione twierdzenie że odwołanie jest spóźnione i powinno zostać odrzucone. Okoliczność, o której pisze Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie w pkt 3 str. 7 oraz w pkt 10 na str. 8 i 9, tj. że zaniechanie kwestionowania podstawień SWZ albo zwrócenia się o wyjaśnienia ich treści obciąża wykonawcę była by zasadna w sytuacji gdyby odwołanie dotyczyło wprost postanowień SWZ, co w ocenie Izby nie ma miejsca w tej sprawie. Odwołanie dotyczy bowiem wadliwej czynności Zamawiającego i w konsekwencji wadliwych postanowień SWZ. Z tego względu Izba postanowiła rozpoznać przedmiotowy wniosek o odrzucenie odwołania dopiero po przeprowadzeniu rozprawy, która w sposób wszechstronny pozwoliła Izbie zbadać okoliczności zaistniałego sporu. Tym samym skład orzekający w tej sprawie nie podziela stanowiska Izby wyrażonego w treści postanowienia z dnia 3 lutego 2021 r. sygn. akt KIO przywołanego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Pamiętać bowiem należy, że celem postępowania o udzielenie zamówienia jest wybór oferty najkorzystniejszej, a tą zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp jest oferta wybrana na podstawie wszystkich kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Przechodząc do rozpoznania zarzutów odwołania w pierwszej kolejności Izba wskazuje, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 232 ust. 2 w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez zaproszenie wykonawców do aukcji elektronicznej z wadliwą informacją o wyniku badania i oceny ofert poszczególnych wykonawców, w tym wadliwym przyznaniem punktów w kryterium oceny „czas realizacji” oraz w konsekwencji przeprowadzenie aukcji elektronicznej. Izba nie ma wątpliwości, że ocena ofert w kryterium „czas realizacji” dokonana przez Zamawiającego była wadliwa.

Odnosząc się do opisu tego kryterium w pierwszej kolejności zauważyć należy, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, z opisu tego nie wynika zastosowany przez Zamawiającego sposób oceny. Przede wszystkim z opisu tego nie wynika, że obliczenia wg wskazanego w SWZ wzoru zostaną poprzedzone przeprowadzeniem dodatkowego, niewskazanego w treści SWZ działania matematycznego polegającego na odjęciu od liczby 80 dni okresu skrócenia wskazanego w pkt 3 formularza oferty i że działanie na tym wzorze zostanie przeprowadzone na tak uzyskanych liczbach. Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, że powyższe wynika ze zdania „Okres realizacji każdego z podetapów (oznaczonych numerami od 2.1 do 2.4) Etapu 2 zostanie skrócony o podaną przez

Wykonawcę liczbę". Po pierwsze, słusznie podniósł Odwołujący, że w ramach podetapów mamy do czynienia z dwoma terminami realizacji bowiem dwa etapy mają termin realizacji wynoszący 70 dni, a dwa 80 dni. Zamawiający nie wskazał wprost, jaki termin przyjmie dla przeprowadzenia działania matematycznego polegającego na odejmowaniu, lecz faktycznie przyjął 80 dni. Po drugie, zestawiając ten opis z treścią formularza oferty, gdzie w pkt 3 należało wskazać czas o jaki termin realizacji podetapów Etapu 2 ulegnie skróceniu, w ocenie Izby prawidłowe jest stanowisko, zgodnie z którym do wskazanego wzoru należało podstawić dane wskazane w pkt 3 formularza oferty. Jak bowiem wynika wprost z jego treści czas skrócenia miał zostać podany na potrzeby kryterium „termin realizacji”. Jednak uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zastosowanie wprost, zgodnie z literalnym brzmieniem kryterium „czas realizacji” nie jest możliwe, bowiem kryterium to jest wadliwe, co zostało wykazane przez Odwołującego, który złożył podczas rozprawy zestawienie punktacji policzonej według różnych wariantów zastosowania wzoru, które nie zostało zakwestionowane ani przez Zamawiającego ani przez Przystępującego Sąd. Zostało wykazane przez Odwołującego, że wada ta polega po pierwsze na tym, że we wzorze należy podstawić najmniejszą liczbę dni spośród wszystkich ofert podlegających ocenie oraz liczbę dni podaną w ofercie badanej. Jeden z wykonawców zaoferował natomiast 0 dni skrócenia co oznacza, że bez względu na zaoferowaną liczbę dni skrócenia terminu realizacji, wszyscy wykonawcy otrzymali by 0 pkt w tym kryterium co w ocenie Izby wypaczałoby sens jego zastosowania i sprawiałoby, że kryterium to nie spełniałoby swojej roli.

Podobnie sytuacja wygląda gdyby uznać za celowe pominięcie oferty z liczbą skrócenia terminu realizacji na poziomie 0 dni. Wada wzoru polega bowiem również na tym, że licznik z mianownikiem zostały zamienione miejscami a do tego za punkt odniesienia Zamawiający przyjął czas skrócenia z najmniejszą liczbą dni zamiast z największą liczbą dni, co skutkuje tym, że oferta z największą liczbą dni skrócenia czasu realizacji otrzymuje najmniej punktów, co jest wynikiem absurdalnym. Prawidłowo opisane kryterium powinno więc zawierać inny wzór, który prowadziłby do prawidłowego wyniku, oddającego proporcje między zaoferowaną liczbą dni skrócenia a przyznaną w związku z tym liczbą punktów.

Wreszcie, Izba wskazuje, że nie było również możliwe nakazanie Zamawiającemu takiej oceny tego kryterium aby prowadziła ona do przyznania w sposób prawidłowy liczby punktów. Zauważyć bowiem należy, że po terminie składania i otwarcia ofert nie jest możliwe modyfikowanie postanowień SWZ i to nawet w takiej sytuacji jak ta zaistniała w tym postępowaniu odwoławczym. Natomiast aby dokonać właściwej oceny w tym kryterium należałoby zmodyfikować wzór w tej sposób, że po pierwsze należałoby zamienić licznik z mianownikiem a po drugie należałoby za punkt odniesienia przyjąć ofertę z największą liczbą

dni okresu skrócenia. Powyższe, z uwagi na upływ terminu na składanie i otwarcie ofert jest niedopuszczalne.

W takim stanie sprawy w ocenie Izby na uwzględnienie zasługiwał zarzut naruszenia art. 255 pkt 6) ustawy Pzp w związku z czym Izba nakazała unieważnienie tego postępowania o udzielenie zamówienia. Jak już bowiem Izba wskazała wcześniej, celem postępowania jest wybór oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert, co oznacza że wszystkie kryteria muszą zostać zastosowane oraz że ich zastosowanie powinno mieć miejsce zgodnie z ich opisem. Sporne kryterium z uwagi na swoją wadliwość nie zapewnia w sposób niewątpliwy wyboru oferty najkorzystniejszej, a wada ta na tym etapie postępowania jest nieusuwalna. W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

Izba pominęła pismo Przystępującego Saportia z 13 stycznia 2022 r. jako wniesione po zamknięciu rozprawy.

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. 2019 ze zm.) oraz § 7 ust. 2 pkt 3 w związku § 5 pkt 1 i 2 lit b) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2 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). W tym miejscu Izba wskazuje, że zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy miały zarzuty wskazane w pkt 1) i 2) petitum odwołania, przyjmując że zarzut Z pkt 3) petitum odwołania został postawiony w konsekwencji sformułowania dwóch pierwszych zarzutów. W związku z uznaniem, że oba zarzuty są zasadne oraz mając na uwadze, że częściowo spór miał miejsce między Odwołującym a Zamawiającym a częściowo między Przystępującym a Odwołującym, Izba za zasadne uznała obciążenie Zamawiającego i Przystępującego Saportia kosztami postępowania w wysokości po 1/2, zasądzając w konsekwencji powyższego od każdego z nich na rzecz Odwołującego po 9 300 zł 00 gr.

Przewodniczący: