

**WYROK**  
**z dnia 16 sierpnia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Mateusz Zientak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 sierpnia 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2017 r. przez wykonawcę

**A. -P. Sp. z o.o. (...)**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe  
Nadleśnictwo (...)**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **E. C. S. S.A. ul. (...)** oraz **M. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą U. R. –B. M. J. ul. (...)** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża A.-P. Sp. z o.o. i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez A.-P. Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,**

**2.2. zasądza od A.-P. Sp. z o.o. kwotę 4 566 zł 35 gr (słownie: cztery tysiące pięćset sześćdziesiąt sześć złotych trzydzieści pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 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 Szczecinie.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo G. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę wieży obserwacyjnej do celów przeciwpożarowych w miejscowości G. oraz rozbiórkę istniejącej wieży” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 4 marca 2017 r. pod numerem. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – A. P. Sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia E. C. S. S.A. oraz M. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą U. R.-B. M. J., zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w punkcie 18. specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na dokonaniu oceny ofert i wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia E. C. S. S.A. oraz M. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą U. R.- B. M. J.,
2. powtórzenia czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią punktu 18. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający przewidział następujące kryteria, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty oraz sposób oceny i porównania ofert: 1) cena – 60%, 2) samodzielna realizacja kluczowych elementów (części) zamówienia – 20 %, 3) okres gwarancji jakości – 20 %.

W szczególności dla kryterium okresu gwarancji jakości Zamawiający wskazał, że będzie dokonywał oceny ofert zgodnie z następującymi zasadami: (i) wykonawca wskazać miał deklarowany okres gwarancji jakości w formularzu oferty w miesiącach (liczby całkowite), (ii) minimalny okres gwarancji jakości wynosi 60 miesięcy. Wykonawca może zaoferować dłuższy okres gwarancji, nie dłuższy jednak niż 84 miesięcy, (iii) jeżeli wykonawca zaoferuje okres gwarancji jakości krótszy niż 60 miesięcy, oferta zostanie uznana za niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i podlegać będzie odrzuceniu, (iv) w przypadku zaoferowania okresu gwarancji jakości na okres dłuższy niż wskazany okres maksymalny, Zamawiający na potrzeby oceny ofert uzna okres maksymalny, tj. 84 miesiące, przy czym na potrzeby realizacji umowy wykonawca związany będzie okresem gwarancji jakości faktycznie zadeklarowanym w swojej ofercie, (v) jeśli wykonawca nie wskaże okresu gwarancji jakości w formularzu oferty, zamawiający przyjmie minimalny okres gwarancji jakości, tj. 60 miesięcy, a oferta otrzyma 0 pkt, (vi) w ramach tego kryterium wykonawca może otrzymać maksymalnie 20 punktów.

W odniesieniu do kryterium okresu gwarancji jakości punkty miały zostać przyznane zgodnie z następującym wzorem:  $OG = (OG_{ob} \div OG_{max}) \times 100 \text{ pkt} \times 20\%$ , gdzie: OG – liczba punktów w ramach kryterium „Okres gwarancji jakości”,  $OG_{ob}$  – okres gwarancji jakości w ofercie badanej,  $OG_{max}$  – okres gwarancji jakości w ofercie z najdłuższym okresem gwarancji jakości.

Odwołujący złożył ofertę oferując samodzielne wykonanie przedmiotu zamówienia (kryterium nr 2), za cenę 499.983,93 złotych brutto (kryterium nr 1) oraz 84-miesięczny okres gwarancji (kryterium nr 3). Przystępujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia E. C. S. S.A. oraz M. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą U. R.- B. M. J. złożyli ofertę oferując samodzielne wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 430.500 złotych brutto oraz 60-miesięczny okres gwarancji.

Zamawiający przyznał Odwołującemu oraz Przystępującemu następującą punktację za poszczególne kryteria: Odwołujący –  $51,66 + 20 + 20 = 91,66$  punktów, Przystępujący –  $60 + 20 + 14,29 = 94,29$  punktów, a następnie na tej podstawie dokonał wyboru oferty Przystępującego. Z takim rozstrzygnięciem w przedmiocie wyboru oferty najkorzystniejszej Odwołujący zgodzić się nie może.

Definicja wyboru najkorzystniejszej oferty wynika pośrednio z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wybór oferty najkorzystniejszej należy rozumieć jako czynności zamawiającego polegające na zastosowaniu do oferty określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriów i ustalenie wyniku tej oceny w sposób skutkujący wyborem oferty. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie

jest jedną z podstawowych gwarancji realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Szczególnie wybór oferty winien być dokonywany *stricte* według zasad przewidzianych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji. Przyjmuje się, że kryteria oceny ofert to mierniki służące za podstawę oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, umożliwiające sprawiedliwe porównanie ofert oraz gwarantujące wybór oferty rzeczywiście najkorzystniejszej. Kryteria mają zagwarantować wykonawcom już na etapie przygotowywania oferty możliwość jednoznacznego przewidzenia, które aspekty oferty są najważniejsze dla zamawiającego i jak będą one oceniane. Wybór kryteriów nie może być więc dowolny i zależny od nieograniczonego uznania podmiotu zamawiającego. Muszą one mieć charakter obiektywny, nienaruszający zasady równego traktowania wszystkich wykonawców i powinny być stosowane dokładnie w ten sam sposób wobec wszystkich ofert. Nie mogą zatem być subiektywne i uznaniowe i dawać zamawiającemu nieograniczonej swobody arbitralnego wyboru oferty. Związane z przedmiotem zamówienia kryterium oceny ofert powinno co do zasady cechować się zdolnościami pomiarowymi umożliwiającymi wartościowanie poszczególnych propozycji (miernik wystarczająco zobiektywizowany). Celem zapewnienia właściwego obiektywizmu oceny zamawiający powinien skonkretyzować każde z przyjętych kryteriów, wyostrzając w miarę możliwości zdolności pomiarowe, co uchroni go przed zarzutem uznaniowości i tendencyjności przy ocenie ofert. Na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą. Wybór taki będzie możliwy tylko wtedy, gdy kryteria będą niezmiennie stosowane przy ocenie każdej oferty w tym samym postępowaniu oraz skonkretyzowane, wymierne i zobiektywizowane (umożliwiające dokonanie obiektywnej oceny ofert). Sposób oceny ofert powinien być tak skonstruowany, aby zapewniał obiektywną ocenę złożonych ofert. Oznacza to, iż powinna zostać ograniczona możliwość całkowicie subiektywnej, uznaniowej i dowolnej oceny. Konieczne jest bowiem zapewnienie weryfikacji prawidłowości oceny ofert w szczególności przez wykonawców oraz organy uprawnione do orzekania o zgodności z prawem przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Osiągnąć można to w szczególności wówczas, gdy szczegółowość, kompletność i jednoznaczność opisu kryteriów oceny ofert umożliwia każdemu znającemu treść ofert dokonanie ich właściwej i obiektywnie uzasadnionej oceny i hierarchizacji w rankingu ofert.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił kryteria oceny oferty przy uwzględnieniu między innymi pozacenowego kryterium zaoferowanego okresu gwarancji, który nie mógł być krótszy niż 60 miesięcy (wskazanie okresu krótszego skutkowało odrzuceniem oferty) i dłuższy niż 84 miesiące (przynajmniej na potrzeby dokonania oceny oferty). Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że w przypadku, gdy wykonawca nie wskaże

okresu gwarancji jakości w formularzu oferty, Zamawiający przyjmie minimalny okres gwarancji jakości, tj. 60 miesięcy, a oferta otrzyma 0 punktów. W ocenie Odwołującego należało z tego wywieść wnioszek, że przy takich postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, skoro Zamawiający wymaga minimum 60-miesięcznego okresu gwarancji, to przy dokonywaniu oceny ofert w zakresie tego kryterium, premiovany dodatkowymi punktami będzie każdy miesiąc okresu gwarancji powyżej 60 miesięcy, a tym samym każdemu wykonawcy, który zaoferuje okres gwarancji 60-miesięczny, przyznanych zostanie 0 punktów, co uzasadnione jest faktem, że 60 miesięcy okres gwarancji stanowi warunek udziału w postępowaniu, a oferta z krótszym okresem gwarancji podlegać miała odrzuceniu.

Tymczasem Zamawiający, dokonując oceny poszczególnych ofert, nie tylko nie zastosował się do powyższych zasad, przyznając punkty w ramach tego kryterium za samo spełnienie warunku udziału w postępowaniu (60-miesięczny okres gwarancji), ale przyjął niejednolite zasady oceny wykonawców oferujących taki 60-miesięczny okres gwarancji w zależności od tego, czy okres ten wykonawca w ofercie wskazał (wówczas był on punktowany zgodnie z wzorem zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odniesieniu do przedmiotowego kryterium), czy też zaniechał wskazania w ofercie oferowanego okresu gwarancji i 60-miesięczny okres został im przypisany automatycznie przez Zamawiającego (wówczas otrzymywał on 0 punktów w ramach tego kryterium). Skutkuje to tym, że wykonawcy oferujący taki sam, minimalny (60-miesięczny) okres gwarancji jakości byli inaczej oceniani, co samo w sobie stanowi naruszenie zasady równego traktowania wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Sam fakt bowiem braku wpisania oferowanego okresu gwarancji, przy zawartych jednocześnie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowieniach, że w takiej sytuacji Zamawiający przyjmie dla takiego wykonawcy minimalny, wymagany warunkami określonym w przedmiotowym postępowaniu okres gwarancji (60 miesięcy), nie może się przekładać na odmienne traktowanie takich wykonawców niż wykonawców, którzy taki sam okres wpisali do oferty. Tym bardziej, że istotne znaczenie w takiej sytuacji powinno mieć jedynie to, czy wykonawca zaoferował dłuższy niż 60-miesięczny okres gwarancji jakości, tylko bowiem w takiej sytuacji zachodziła podstawa do przyznania punktów w ramach tego kryterium. Wszyscy bowiem wykonawcy oferujący 60-miesięczny okres gwarancji, niezależnie od tego, czy wskazali go wprost w ofercie, czy nie wskazali takiego okresu, ale znając postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, godzili się na zaoferowanie takiego właśnie okresu gwarancji, powinni być traktowani i oceniani w taki sam sposób, czyli wszyscy powinni otrzymać w ramach kryterium okresu gwarancji 0 punktów. Wynika to z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nawet jeśli zostało to sformułowane wprost jedynie w odniesieniu do wykonawców, którzy nie wskazali oferowanego okresu gwarancji.

Jednakże zważywszy na fakt, że 60-miesięczny okres gwarancji był co do zasady w ogóle warunkiem udziału w postępowaniu, tak samo winni być ocenieni wykonawcy, którzy w ofercie wskazali 60-miesięczny okres gwarancji, tylko bowiem to zapewniłoby równe traktowanie wszystkich wykonawców, w tym również wykonawców oferujących okres gwarancji jakości dłuższy niż 60 miesięcy.

Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, skutkiem czego Przystępujący, choć zaoferował jedynie minimalny wymagany okres gwarancji jakości, otrzymał 14,29 punktów, podczas gdy Odwołujący oraz inni wykonawcy, którzy zaoferowali 84-miesięczny okres gwarancji, otrzymali 20 punktów, a więc różnica w ocenie, choć wynosząca 24 miesiące gwarancji, przełożyła się jedynie na różnicę w punktacji wynoszącą 5,31 punktów – taki wybór najkorzystniejszej oferty nie zasługuje na utrzymanie.

Dokonując bowiem takiej sprzecznej z postanowieniami punktu 18 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oceny ofert, Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, czego skutkiem powinno być unieważnienie tej czynności. Zamawiający stosując bowiem odmienne kryteria oceny ofert w stosunku do poszczególnych wykonawców dokonał w istocie oceny oferty w sposób dowolny, uznaniowy i arbitralny, co uznać należy za niedopuszczalne i stanowiące działanie z pokrzywdzeniem wykonawców, którzy zostali w taki sposób ocenieni oraz z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców.

## II Odpowiedź Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania, ewentualnie oddalenie odwołania i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania.

Zamawiający podniósł, że – jak wskazał Odwołujący – przez wybór najkorzystniejszej oferty należy rozumieć czynność zamawiającego polegającą na zastosowaniu do oferty określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriów i ustalenie wyniku tej oceny w sposób skutkujący wyborem oferty, a wybór oferty musi być dokonany *stricte* według zasad określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Bezspornie w orzecznictwie i doktrynie wskazuje się, że zamawiający jest związany treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i na etapie dokonywania wyboru najkorzystniejszej oferty nie są dopuszczalne jakiegokolwiek odstępstwa od zasad określonych w treści specyfikacji.

W niniejszej sprawie dokonany przez Zamawiającego wybór oferty najkorzystniejszej niewątpliwie nastąpił właśnie ściśle według zasad przyjętych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednocześnie, skoro czynność w postaci wyboru oferty najkorzystniejszej została dokonana zgodnie z treścią punktu 18. Specyfikacji istotnych

warunków zamówienia, a zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący otrzymali punkty za kryterium okresu gwarancji wyliczone zgodnie z wzorem Zamawiającego, to nie można czynić Zamawiającemu zarzutu, że dokonując oceny ofert nie zastosował się do wzoru wynikającego ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub też, że dokonana przez niego ocena miała charakter dowolny.

Podniesione przez Odwołującego zarzuty w swej istocie odnoszą się do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i z tych względów odwołanie powinno zostać odrzucone jako spóźnione. Zgodnie z art. 182 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Postępowanie w niniejszej sprawie było prowadzone zgodnie z zasadami przewidzianymi dla zamówień o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Zamawiającego, jeśli Odwołujący miał wątpliwości co do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia odnoszących się do kryteriów oceny ofert w postaci długości okresu gwarancji, to winien był po ogłoszeniu przez zamawiającego treści specyfikacji, zwrócić się z zapytaniem o wyjaśnienie tych wątpliwości, które Odwołujący podnosi obecnie w treści odwołania, lub wnieść odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Skoro jednak Odwołujący z możliwości tych nie skorzystał, to jego zarzuty odnoszące się *de facto* wyłącznie do zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy uznać za spóźnione.

W wyroku z dnia 1 lutego 2017 r. Sąd Okręgowy w Płocku, sygn. akt IV Ca 1051/16, wyraźnie wskazał, że zamiarem ustawodawcy nowelizującego przepisy było dopuszczenie możliwości wnoszenia odwołań wobec ściśle ustanowionych czynności zamawiającego i sprzeczne z celem tego unormowania jest stosowanie wykładni rozszerzającej. Dodanego ustawą nowelizującą z dnia 22 czerwca 2016 r. do art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych punktu 6., który przewiduje możliwość wniesienia odwołania wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie należy interpretować w taki sposób, aby podciągać pod niego wszystkie czynności zamawiającego dokonywane w ramach badania i oceny ofert, prowadzące do wyboru oferty najkorzystniejszej. W treści uzasadnienia wyroku Sąd wskazał, że KIO słusznie stanęła na stanowisku, iż nie można również zaakceptować poglądu, że skoro ustawodawca daje wykonawcy możliwość kwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej, to pozwala tym samym na kwestionowanie wszystkich wcześniejszych



działań, które prowadzą do wyboru oferty, ponieważ konsekwencją byłoby umożliwienie wzruszenia wszelkich wcześniejszych czynności i zaniechali zamawiającego zapadłych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym przykładowo nieprawidłowych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Okoliczność, że Odwołujący, zamiast wniesienia odwołania wobec tych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które mu nie odpowiadały, w chwili opublikowania ogłoszenia, dopiero obecnie występuje z odwołaniem, skarżąc czynność Zamawiającego w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonaną *notabene* ściśle według zasad określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie uzasadnia „przywroćenia” terminu do kwestionowania postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia na obecnym etapie. Treść specyfikacji znana była uczestnikom postępowania od dnia udostępnienia tego dokumentu. Odwołujący tak naprawdę kwestionuje nie samą czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jako dokonaną niezgodnie z kryteriami oceny ofert, ale stawia zarzuty do treści specyfikacji. Ponieważ przedmiotowe postępowanie jest postępowaniem o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie jest prawnie dopuszczalne wnoszenie odwołania wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia odnoszących się do kryteriów oceny ofert. Zgodnie bowiem z treścią przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie w przetargach poniżej progów unijnych przysługuje wyłącznie wobec enumeratywnie wymienionych w treści tego przepisu czynności, wśród których brak możliwości zaskarżenia postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia odnoszących się do kryteriów oceny ofert.

Na wypadek, gdyby Izba nie podzieliła powyższych rozważań Zamawiającego i uznała, iż nie ma podstaw do odrzucenia odwołania, Zamawiający wnosi o jego oddalenie, gdyż nie polega na prawdziwym twierdzeniu Odwołującego, jakoby Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców. W ocenie Odwołującego Przystępujący, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, mimo iż zaoferował jedynie minimalny okres gwarancji, otrzymał w ramach tego kryterium 14,29 punktów, podczas gdy Odwołujący oraz inni wykonawcy, którzy zaoferowali maksymalny dopuszczalny okres gwarancji, otrzymali 20 punktów, a więc różnica w ocenie przełożyła się jedynie na różnicę w punktacji wynoszącą 5,31 punktów. W ocenie Odwołującego wzór, według którego Zamawiający przyznawał punkty wykonawcom w ramach kryterium okresu gwarancji jakości, nie jest prawidłowy, gdyż należało oczekiwać, że Zamawiający przyzna wykonawcom, którzy zaoferowali minimalny 60-miesięczny okres gwarancji, 0 punktów, podobnie jak wykonawcom, którzy w treści oferty nie zawarli informacji o długości okresu gwarancji.

Z takim stanowiskiem Odwołującego nie sposób się zgodzić. Zauważyć bowiem należy, że wzór zastosowany przez Zamawiającego w żaden sposób nie narusza przepisów ustawy

i jest powszechnie stosowany przez zamawiających stosujących jako jedno z kryteriów oceny ofert długość okresu gwarancji. Wzór ten premiuje wykonawców udzielających gwarancji na dłuższe okresy czasu, czego nie można uznać za działanie naruszające zasadę równego traktowania. Odwołujący nie wykazał, na czym miałby polegać w tym wypadku naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Okoliczność, że różnica punktów wyliczonych według tego wzoru pomiędzy wykonawcami oferującymi minimalny okres gwarancji, a wykonawcami oferującymi maksymalny okres gwarancji, nie odzwierciedla oczekiwań Odwołującego, który chciałby, aby różnica punktów była w takim przypadku większa, jest pozbawiona doniosłości prawnej. To Zamawiający decyduje, w jaki sposób będzie punktował oferty i dopóki kryteria te są jasne, czytelne i zrozumiałe, zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, dopóty nie sposób czynić Zamawiającemu jakichkolwiek zarzutów w tym zakresie. Analogiczne rozwiązanie Zamawiający zastosował do sposobu przyznawania punktów dla złożonych ofert w odniesieniu do kryterium ceny.

Jak zauważa sam Odwołujący, sposób oceny ofert powinien być tak skonstruowany, aby zapewniał obiektywną ocenę złożonych ofert z wyłączeniem subiektywnej, uznaniowej i dowolnej oceny ofert, które to przesłanki zostały spełnione. Sposób przyznawania punktów za kryterium gwarancji był jasno określony w specyfikacji i stawiał takie same wymagania dla wszystkich oferentów. Nawet gdyby przyjmować, że *in abstracto* postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, różnicujące sytuację wykonawców w zależności od tego, czy wskazali oni w treści oferty minimalny wymagany okres gwarancji, czy też złożona przez nich oferta informacji tej nie zawierała, pozostają w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców, to *in concreto* w odniesieniu do niniejszego postępowania sytuacja wszystkich uczestników była taka sama, wszyscy bowiem wskazali w ofercie konkretny okres gwarancji, a zatem nie było uczestnika, który w tej kategorii otrzymałby zero punktów. Tym samym nie można mówić o nierównym traktowaniu wykonawców, bowiem zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący w treści oferty wskazali, na jaki okres czasu udzielają gwarancji, a zatem kwestionowane przez odwołującego postanowienia nie znalazły zastosowania w odniesieniu do którejkolwiek ze złożonych w toku postępowania ofert. Nieuprawnione jest w tej sytuacji oczekiwanie Odwołującego, aby Zamawiający zastosował w odniesieniu do Przystępującego postanowienie punktu 18.2. ppkt 3) lit. d specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które dotyczy jedynie wykonawców, którzy w treści oferty nie wskazali okresu gwarancji, gdyż Przystępujący w treści złożonej oferty podał, że udziela gwarancji na wykonane roboty wynoszącej 60 miesięcy. Gdyby w tych okolicznościach Zamawiający postąpił tak, jak tego oczekuje Odwołujący, to właśnie wówczas można byłoby mówić o dowolnej, czy też niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ocenie oferty Przystępującego. Ewentualne nakazanie Zamawiającemu powtórzenia wyboru

ofert w sposób wskazany przez Odwołującego niewątpliwie byłby niesprawiedliwe dla Przystępującego oraz obarczone cechą dowolności interpretacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

### III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treść złożonych ofert, nie jest sporny między Stronami. Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie podlega oddaleniu.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych) czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Jednak, jak stanowi ust. 2 art. 180, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) określenia warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego; 5) opisu przedmiotu zamówienia; 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

W art. 181 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przewidziano jednak dodatkową instytucję, popularnie zwaną *quasi*-protestem, zgodnie z którą wykonawca lub uczestnik konkursu może w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych) czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2. W przypadku uznania zasadności przekazanej informacji zamawiający powtarza czynność albo dokonuje czynności zaniechanej, informując o tym wykonawców w sposób przewidziany w ustawie dla tej czynności.

Jak wskazano powyżej, w postępowaniach, dla których wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak w niniejszym stanie faktycznym, odwołanie przysługuje m.in. w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Jednak, jak słusznie wskazał Zamawiający w swoim stanowisku za wyrokiem Sądu Okręgowego w Płocku, sygn. akt IV Ca 1051/16, nie oznacza to dopuszczenia możliwości wnoszenia odwołań wobec wszystkich czynności zamawiającego prowadzących ostatecznie do wyboru tej oferty. Ograniczeniem jest tu bowiem, tak jak i w postępowaniach, których wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, termin na wniesienie odwołania, którego upływ jest samodzielną przesłanką odrzucenia odwołania wskazaną w art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych („Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie”).

Z kolei terminy na wniesienie odwołania określa art. 182 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 182 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 lub w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 10 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Ust. 2 art. 182 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 albo 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym wnoszenie odwołań ograniczone jest faktycznie do czynności, które zostały dokonane (lub których zaniechanie stwierdzono) w wyznaczonych w art. 182 ustawy Prawo zamówień publicznych terminach.

Odwołujący w swoim odwołaniu formalnie podniósł zarzut odnoszący się do naruszenia „art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w punkcie 18. specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz naruszenie zasady równego traktowania wykonawców” w ramach czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej 26 lipca 2017 r., zatem w terminie i zakresie zgodnym z art. 180 ust. 2 pkt 6 i art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednak, jak zauważył Zamawiający, jego faktyczna argumentacja w głównej mierze odnosi się do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z powyższymi zasadami dotyczącymi wnoszenia i rozpatrywania odwołań, Izba uznała, że odwołanie nie podlega odrzuceniu jako dotyczące czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ale na tym etapie nie mogą być kwestionowane postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym ocenie Izby w niniejszym postępowaniu odwoławczym podlega jedynie zgodność działań Zamawiającego z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zasada taka wynika zresztą nie tylko z przywołanych przepisów z zakresu postępowania odwoławczego, ale także zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości postępowania (art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych) – wymagają one bowiem, by etap wyboru oferty najkorzystniejszej odbył się zgodnie z wcześniej ustanowionymi zasadami postępowania, czyli m.in. postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nawet jeśli nie są one doskonałe. Ma to swój wyraz także w dyspozycji art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który również wskazuje na to, że ofertę najkorzystniejszą wybiera się na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (oczywiście nie tylko w zakresie samych kryteriów, ale również w zakresie ustalonego sposobu dokonywania tej oceny).

Z przywołanych przez Strony postanowień punktu 18. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że Zamawiający przewidział następujące kryteria oceny ofert: cena – 60%, samodzielna realizacja kluczowych elementów (części) zamówienia – 20 % oraz okres gwarancji jakości – 20 %. Dla kryterium okresu gwarancji Zamawiający określił też, że będzie dokonywał oceny ofert zgodnie z następującymi zasadami: 1) wykonawca miał wskazać deklarowany okres gwarancji jakości w formularzu oferty w miesiącach, 2) okres gwarancji

jakości miał wynosić od 60 miesięcy do 84 miesięcy. Jeżeli wykonawca zaoferowałby okres gwarancji krótszy niż 60 miesięcy, oferta miała zostać uznana za niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i podlegać odrzuceniu, a jeśli dłuższy niż 84 miesiące, do oceny ofert miał być przyjęty okres 84 miesięcy. Jeśli wykonawca nie wskazałby okresu gwarancji jakości w formularzu oferty, Zamawiający miał przyjąć dla potrzeb oceny minimalny okres gwarancji jakości, tj. 60 miesięcy, ale oferta miała otrzymać 0 punktów. Zamawiający wskazał też, że w ramach tego kryterium wykonawca może otrzymać maksymalnie 20 punktów.

Zamawiający wskazał też, że dla kryterium okresu gwarancji jakości punkty zostaną przyznane zgodnie z następującym wzorem:  $OG = (OG_{ob} \div OG_{max}) \times 100 \text{ pkt} \times 20\%$ , gdzie: OG – liczba punktów w ramach kryterium „Okres gwarancji jakości”,  $OG_{ob}$  – okres gwarancji jakości w ofercie badanej,  $OG_{max}$  – okres gwarancji jakości w ofercie z najdłuższym okresem gwarancji jakości.

Według takich zasad Zamawiający dokonał też oceny ofert – z tym, że wszyscy wykonawcy podali w formularzach ofertowych oferowany okres gwarancji (60 lub 84 miesiące), nie zaistniała więc sytuacja, w której Zamawiający musiałby zastosować postanowienia punktu 18. ppkt 3 inne niż wzór  $OG = (OG_{ob} \div OG_{max}) \times 100 \text{ pkt} \times 20\%$ . Nie było też wątpliwości, że Zamawiający dokonał matematycznej oceny ofert zgodnie z przewidzianym wzorem. Tym samym ocena ofert dla kryterium gwarancji jakości została dokonana zgodnie z zasadami wskazanymi w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jest poprawna i nie potwierdził się zarzut naruszenia „art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w punkcie 18. specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz naruszenie zasady równego traktowania wykonawców”.

Inną kwestią – nie podlegającą ocenie w niniejszym postępowaniu odwoławczym – jest to, czy przewidziany wzór proporcjonalny był najlepszą metodą oceny ofert z logicznego punktu widzenia – gdyż oczywiste jest, że nie był, ponieważ nielogiczne jest punktowanie spełnienia wymagań bezwzględnych (ich spełnienie jest bowiem koniecznością, a nie „wartością dodaną” oferty podnoszącą jej wartość merytoryczną, zasługującą na przyznanie dodatkowych punktów). Jego zastosowanie spowodowało też, iż kryterium gwarancji jakości z formalnie przyznanej wagi 20% uzyskało realne znaczenie na poziomie jedynie 5%.

Jednak było to wiadome (lub powinno być wiadome) dla wykonawców od chwili opublikowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia i każdy z nich mógł dokonać symulacji obliczeń według podanych wzorów, a także (skoro Zamawiający sam tego nie zauważył) zwrócić Zamawiającemu na ten fakt uwagę – czy to w trybie zapytania do treści

specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), czy też w trybie art. 181 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jednak to, że zastosowany wzór nie jest obiektywnie najlepszy pod kątem oceny „wartości dodanej” oferty w zakresie okresu gwarancji, nie oznacza, że jest niedopuszczalny czy niezgodny z przepisami.

Co do postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazującego, że Zamawiający przyjmie maksymalną wartość do oceny w wielkości 84 miesięcy, to ma ono na celu zapobiegnięcie sytuacji, w której wykonawcy będą oferować nierealne okresy gwarancji. Z kolei postanowienie, zgodnie z którym, jeśli wykonawca nie wskazałby okresu gwarancji jakości w formularzu oferty, Zamawiający przyjmie dla potrzeb oceny oferty minimalny okres gwarancji jakości, tj. 60 miesięcy, a oferta otrzyma 0 punktów, to ma ono inny charakter niż *stricte* sama ocena – charakter tego postanowienia jest „ratunkowy”, tzn. określa, co Zamawiający zrobi w przypadku, gdy zdarzenie takie nastąpi – wpływa to na jasność zasad i przejrzystość postępowania, pozwala też uniknąć sporów na etapie oceny ofert, czy oferta powinna podlegać odrzuceniu, czy też nie. Nawet więc jeśli wykonawca uzyskałby 0 punktów w danym kryterium, jest to dla niego sytuacja korzystniejsza niż potencjalne odrzucenie oferty ze względu na braki w ofercie.

Zamieszczenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia obu tych klauzul należy ocenić bardzo pozytywnie.

Oczywiście z logicznego punktu widzenia, jak już wskazano powyżej, Zamawiający nie powinien przyznawać punktów za zaoferowanie 60-miesięcznego okresu gwarancji, jednak takie zasady zostały przez niego określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w związku z tym na etapie oceny ofert należało je zastosować.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

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. 2 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....