

Sygn. akt: KIO 249/17

## WYROK

z dnia 16 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 16 lutego 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2017r. przez wykonawcę **PKS-ATRANS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie, ul. Kusocińskiego 14 lok. 67** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Piaseczno, ul. Kościuszki 5**

przy udziale wykonawcy **P. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe TRANS-SPORT P. R. z siedzibą w Piasecznie, ul. Markowskiego 8** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 249/17 po stronie zamawiającego

### orzeka:

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy P. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe TRANS-SPORT P. R. z siedzibą w Piasecznie, ul. Markowskiego 8 w zadaniu nr 2, dokonanie ponownego badania i oceny ofert w zadaniu nr 2,**

**2. kosztami postępowania obciąża Gminę Piaseczno, ul. Kościuszki 5 i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PKS-ATRANS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie, ul. Kusocińskiego 14 lok. 67 tytułem wpisu od odwołania,**

**2.2. zasądza od Gminy Piaseczno, ul. Kościuszki 5 na rzecz PKS-ATRANS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie, ul. Kusocińskiego 14 lok. 67 kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie : jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na przewóz dzieci z Piławy, Orzeszyna, Chojnowa, Dobiesza, Wojciechowic, Krępy, Ustanowa do Zespołu Szkół Publicznych w Zalesiu Górnym oraz przewóz dzieci na basen na trasie Zalesie Górne – GOSiR Piaseczno zostało wszczęte zamieszczeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia nr 376598-2016 w dniu 30 grudnia 2016r.

W dniu 1 lutego 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania, w tym o wyborze najkorzystniejszej oferty w obu częściach zamówienia tj. wykonawcy P. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe TRANSPORT P. R. z siedzibą w Piasecznie, ul. Markowskiego 8 – dalej przystępujący i sklasyfikowaniu na drugiej pozycji wykonawcy PKS-ATRANS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie, ul. Kusocińskiego 14 lok. 67 – dalej odwołujący, przy czym w części 2 odwołujący otrzymał za termin podstawienia pojazdu zastępczego 5 pkt..

W dniu 6 lutego 2017r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 6 lutego 2017r.

Odwołujący wniósł odwołanie od:

1. czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że oferta ww. wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „siwz”), co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy;
2. czynności zamawiającego polegającej na wadliwej ocenie oferty odwołującego w kryterium „Termin podstawienia pojazdu zastępczego w razie awarii podany w minutach - 10%” poprzez nieprzyznanie Spółce maksymalnej ilości punktów w ww. kryterium, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 4b w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy;
3. zaniechania dokonania przez zamawiającego czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez odwołującego, pomimo, że jest to oferta najkorzystniejsza spośród ofert złożonych w postępowaniu, a nie podlegających odrzuceniu, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy.

Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego w zadaniu nr 2 postępowania,

- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert w zadaniu nr 2 postępowania,
- 3) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 2 postępowania oferty złożonej przez odwołującego oraz o:
- 4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Odwołujący wskazał na swój interes w uzyskaniu danego zamówienia, a także interes w złożeniu odwołania w tym, że na skutek udzielenia zamówienia przystępującemu w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Konsorcjum (?) może ponieść szkodę. Powyższe odwołujący uzasadnia okolicznością, że wskazane czynności zamawiającego uniemożliwiają uzyskanie zamówienia przez ppółkę, której oferta znalazła się na drugim miejscu w rankingu wszystkich złożonych w postępowaniu ofert. Prawidłowe przyznanie maksymalnej ilości punktów odwołującemu w kryterium „Termin podstawienia pojazdu zastępczego w razie awarii podany w minutach -10%” skutkowałoby wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, iż w następstwie ww. czynności i zaniechań czynności wymaganych przepisami Prawa zamówień publicznych może ponieść rzeczywistą szkodę majątkową, polegającą na zaniechaniu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej i nieuzyskaniu zamówienia.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że jako podmiot zainteresowany uzyskaniem zamówienia złożył ofertę w zadaniu nr 2 postępowania. Poza nim ofertę złożył również przystępujący. Zamawiający pismem z dnia 1 lutego 2017 r. poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego. Zdaniem odwołującego oferta ww. wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą z uwagi z na poniższe okoliczności.

Zgodnie z rozdziałem XII ust. 1 siwz zamawiający określił, że dokona wyboru najkorzystniejszej oferty według poniższych kryteriów:

„Za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta zawierająca łącznie największą liczbę punktów, stanowiącą bilans punktów w poniższych kategoriach:

Kryteria oceny ofert dla Części i i li:

- 1) Cena oferty — 60%
- 2) Wysokość kary za przekroczenie terminu podstawienia autobusu w przypadku awarii (1 zdarzenie) -10%.
- 3) Termin podstawienia pojazdu zastępczego w razie awarii podany w minutach -10%
- 4) Doświadczenie kierowców autobusów - 20%”

Jednym z kryteriów oceny ofert był termin podstawienia pojazdu zastępczego w razie awarii podany w minutach. Jak wskazał w rozdziale XII ust. 1 ad 3) siwz zamawiający:

„Ad 3) Termin podstawienia pojazdu zastępczego w razie awarii podany w minutach (nie dłużej niż 60 minut) -10%

Zaakceptowanie czasu wskazanego przez zamawiającego 60 minut - 0 pkt.

Wydłużenie terminów powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Skrócenie terminu do 40 minut - wykonawca otrzymuje 5 pkt Skrócenie terminu do 20 minut - wykonawca otrzymuje 10 pkt."

Odwołujący zaoferował termin 20 minut, co oznacza, że powinna zostać jej przyznana maksymalna ilość punktów. Zamawiający przyznał natomiast wyłącznie 5 pkt. Niezgodne z ustawą przyznanie mniejszej liczby punktów odwołującemu skutkowało uzyskaniem zamówienia przez przystępującemu, które dzięki tej czynności zamawiającego minimalnie pokonało odwołującego.

Odwołujący wskazał, że dokonana przez zamawiającego ocena była nieprawidłowa, a powinna zostać mu przydzielona maksymalna ilość 10 punktów. Użycie zwrotu „do 20 minut” oznaczało, że 20 minut było wartością graniczną, której podanie skutkowało przyznaniem danemu wykonawcy 10 punktów. Dopiero podanie w ofercie terminu powyżej 20 minut (na przykład 20 minut i 1 sekunda) oznaczało; że zamawiający przyzna wykonawcy mniejszą niż maksymalna ilość punktów. Wartość 20 minut zawierała się bowiem w zbiorze, w którym zamawiający przyzna wykonawcy 10 punktów.

Podkreślenia wymaga, że postanowienie siwz nie budziło żadnych wątpliwości wykonawców, w szczególności nie było przedmiotem wniosków o wyjaśnienie treści siwz w trybie art. 38 ust. 1 ustawy ani nie było kwestionowane w trybie środków ochrony prawnej wynikających z Działu VI ustawy. Wobec czego, w ocenie odwołującego zamawiający powinien dokonać badania i oceny ofert w oparciu o literalną treść postanowień siwz. Zamawiający nie był w żadnym przypadku uprawniony do zmiany treści siwz po upływie terminu składania ofert. Odwołujący podkreślił, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w oparciu o przepisy Prawa zamówień publicznych jest postępowaniem bardzo sformalizowanym. Ustawa ustawy wprowadza określone procedury, które muszą być zachowane. Zwrócił uwagę, iż jednym z takich wymogów formalnych jest zakaz zmian treści siwz po upływie terminu składania ofert (art. 38 ust. 4b ustawy).

Spółka podziela w tym zakresie stanowisko zaprezentowane w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 maja 2015 r., sygn. akt: KIO/KD 28/15:

Tym samym odwołujący winien uzyskać w kryterium oceny ofert „termin podstawienia pojazdu zastępczego w razie awarii podany w minutach (nie dłużej niż 60 minut maksymalną ilość punktów - 10. Zamawiający przyznając mu wyłącznie 5 punktów dokonał niedozwolonej ustawą zmiany treści siwz, czego wprost zakazuje art. 38 ust. 4b ustawy.

Taka czynność zamawiającego jest niezgodna z ustawą, na co wielokrotnie zwracała uwagę Krajowa Izba Odwoławcza, co potwierdza jej utrwalona linia orzecnicza w szczególności zaprezentowana w poniższych orzeczeniach:

1) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 maja 2016 r., sygn. akt: KIO 669/16:

2) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 października 2014 r., sygn. akt: KIO 2076/14:

3) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 marca 2014 r., sygn. akt: KIO 340/14:

Powyższe stanowisko potwierdza również starsze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, a w szczególności wyrok z dnia 8 lutego 2012 r., sygn. akt: KIO 174/12.

Wszystkie wyżej wymienione zarzuty skutkują, zdaniem odwołującego, koniecznością uznania jego oferty za ofertę, najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ust. 1 ustawy w postępowaniu.

Ponadto wskazał, iż zamawiający zaniechując dokonania wyboru jego oferty jako oferty najkorzystniejszej narusza również art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, co potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 lutego 2013 r., sygn. akt: KIO 241/13.

Odwołujący zastrzegł sobie możliwość rozbudowania zaprezentowanej w odwołaniu argumentacji oraz powołania środków dowodowych w toku rozprawy.

W dniu 7 lutego 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 9 lutego 2017r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca P. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe TRANS-SPORT P. R. z siedzibą w Piasecznie, ul. Markowskiego 8 wskazując, że jako wykonawca wybrany ma interes w oddaleniu odwołania na korzyść zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezprzedmiotowego. Zgłoszenie zostało podpisane przez właściciela firmy. Zamawiający i odwołujący potwierdzili fakt otrzymania kopii przystąpienia.

Na rozprawie zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie w całości odwołania. Wskazał, że wniesione odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Zarzuty odwołującego podlegają w całości oddaleniu jako bezzasadne.

Wbrew twierdzeniom odwołania, zamawiający uważa, że dokonał prawidłowej oceny ofert i dokonał prawidłowego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez P. R. P.U TRANS-SPORT P. R.

Zgodnie z zapisami siwz zamawiający wyznaczył następujące kryteria oceny ofert zarówno dla części I i II, tj.: cena - 60%, wysokość kary za przekroczenie terminu podstawienia autobusu w przypadku awarii (1 zdarzenie) - 10%, termin podstawienia pojazdu zastępczego w razie awarii podany w minutach - 10%, doświadczenie kierowców autobusów -20%,

Zgodnie z treścią art. 91 ust. 1 ustawy, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jako najkorzystniejsza, zgodnie z treścią powołanego przepisu, wybrana została oferta złożona przez przystępującego w niniejszym postępowaniu - P. R. P.U TRANS-SPORT P. R.

otrzymując w części objętej odwołaniem (cz.II), w kryterium cena - 55,48 pkt, wysokość kary za przekroczenie terminu podstawienia autobusu w przypadku awarii 10 pkt, termin podstawienia pojazdu w razie awarii - 10 pkt, doświadczenie kierowców - 20 pkt, łączna punktacja - 95,48 pkt. Odwołujący, w tej części uzyskał łącznie 95 pkt.

W niniejszej sprawie spornym pozostaje kryterium oceny terminu podstawienia pojazdu zastępczego w razie awarii, który - w świetle postanowień siwz - winien być podany w minutach (nie dłużej niż 60 minut). I tak, zgodnie z siwz, ilość punktów w tym kryterium wynosiła: 1) zaakceptowanie czasu wskazanego przez zamawiającego 60 min - 0 pkt (wydłużenie spowodowałoby odrzucenie oferty), 2) skrócenie terminu do 40 minut - 5 pkt, 3) skrócenie terminu do 20 minut - 10 pkt. Zamawiający określając powyższe kryteria nie zastosował partykuły „włącznie”, co w jego ocenie jednoznacznie wskazuje, że wyznaczone progi czasowe nie były włączone do danego zakresu punktowego. Zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego wyd. PWN „włącznie” to partykuła włączająca do zakresu charakteryzowanej w zdaniu całości jej ostatni element. W przypadku gdy brak tej partykuły, zgodnie z zasadami języka polskiego uznać należy, że dany element wyrażony na końcu (stanowiący tu swoisty próg), nie należy do przedstawianej całości. Innymi słowy, zamawiający uważa, że wartość 20 minut nie zawierała się w zbiorze, w którym zamawiający przyznawał wykonawcy 10 punktów.

W toku postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia żaden z wykonawców nie zgłaszał pytań dotyczących siwz, zamawiający zatem uznał, iż jej brzmienie nie budziło wątpliwości interpretacyjnych. Analiza postanowień siwz, dokonana w oparciu o zasady języka polskiego nie powinna zatem nastroczać trudności. Zgodnie z treścią art. 9 ust. 2 ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się w języku polskim. Dokonując wykładni literalnej postanowień siwz należy kierować się zasadami języka polskiego. W świetle powyższego, zdaniem zamawiającego należy dojść do przekonania, że prawidłowo dokonał oceny oferty wykonawcy, który określił termin podstawienia pojazdu zastępczego w razie awarii na 19 minut (a zatem poniżej 20 minut), przyznając mu 10 punktów, zaś oferty odwołującego, który ten czas określił na 20 minut przyznał 5 pkt.

Chybiony jest w ocenie zamawiającego zarzut naruszenia art. 7 ustawy. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zgodnie z ust. 3 -zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Odwołujący nie wykazał, że podjęte przez zamawiającego czynności, zakwestionowane w niniejszym odwołaniu, były wyrazem dyskryminacji oferty odwołującego lub nierównego traktowania wykonawców. Zamawiający zastosował tożsame kryteria oceny względem wszystkich wykonawców. Zamawiający oczekiwał podania tego terminu w minutach, co nie było przez wykonawców podważane. Dodatkowym kryterium

oceny ofert było również wskazanie wysokości kary za przekroczenie terminu podstawienia autobusu w przypadku awarii (1 zdarzenie), co świadczy o doniosłości i wadze kryterium czasu podstawienia pojazdu zastępczego.

Zamawiający zważył, że w wyniku nowelizacji o wiele większego znaczenia nabrały „pozacenowe” kryteria oceny ofert (np. kwalifikacje i doświadczenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, aspekty jakościowe, innowacyjne), których stosowanie jest wręcz w większości przypadków obowiązkowe.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, zamawiający nie dokonał zmiany treści siwz po upływie terminu składania ofert. Podniósł, iż przytaczane przez odwołującego orzeczenia KIO, zostały wydane w całkowicie odmiennym stanie faktycznym i jako takie należy uznać za nieprzydatne dla rozpoznania niniejszej sprawy. Jeszcze raz podkreślam, że zamawiający odczytał literalnie siwz, w oparciu o zasady języka polskiego i dokonał oceny złożonych ofert oraz wyboru najkorzystniejszej z nich w rozumieniu art. 91 ust. 1 ustawy

W tym stanie rzeczy zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie zwrotu kosztów postępowania według norm przepisanych. Rachunku wykazującego fakt poniesienia kosztów zamawiający nie złożył.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz, ogłoszenia o zamówienia i oferty odwołującego.

W ogłoszeniu o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych w załączniku I – Informacje dotyczące ofert częściowych w pkt. 5 kryteria oceny ofert zamawiający podał kryterium termin podstawienia pojazdu zastępczego w razie awarii podany w minutach waga 10%. W części XII siwz w pkt. ad. 3 zamawiający opisał sposób oceny w tym kryterium podając, że za zaakceptowanie czasu wskazanego przez zamawiającego 60 minut – 0 pkt., wydłużenie terminów powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy. Skrócenie terminu do 40 minut – wykonawca otrzymuje 5 pkt., skrócenie terminu do 20 minut 0 wykonawca otrzymuje 10 pkt. W ofercie odwołującego na stronie 2 dla części 2 odwołujący zaoferował termin podstawienia pojazdu zastępczego w razie awarii – 20 minut.

Izba na podstawie powołanych wyżej dowodów ustaliła następujące fakty:

Zamawiający określił maksymalny czas podstawienia pojazdu zastępczego w razie awarii na 60 minut, następnie określając sposób punktacji w kryterium termin podstawienia pojazdu zastępczego w razie awarii podany w minutach użył pojęcia „skrócenie terminu” i w ocenie Izby to właśnie pojęcie ma kluczowe znaczenie dla ustalenia literalnej treści siwz. Według internetowego słownika języka polskiego PWN:

skrócić — skracać to zmniejszyć długość czegoś, zmniejszyć czas trwania czegoś, zaś skrócić się — skracać się to stracić na dłuższym z wymiarów, zająć mniej czasu.



Z tych definicji zatem wynika, że pod pojęciem skrócenie należy rozumieć zmniejszenie wymiaru 60 minut, ale jednocześnie definicja wskazuje, że chodzi o stratę na dłuższym wymiarze, a zatem krótszy wymiar mieści się w zakresie. Tym samym w ocenie Izby jeśli zamawiający posługuje się pojęciem „skrócenie terminu (maksymalnego 60 minut – przyp. własny) do 20 minut” to zakres 20 minut mieści się w zadeklarowanym przedziale punktowanym 10 punktami. Natomiast zamawiający dokonując oceny ofert dokonał zmiany zastosowanych pojęć w rzeczywistości na sformułowanie „termin podstawienia pojazdu zastępczego w razie awarii do 20 minut”, którego w analizowanej treści siwz nie użył.

### **Izba zważyła co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia w części 2 i może ponieść szkodę przez utratę korzyści jakie uzyskałby realizując zamówienie, czym wypełnił przesłankę określoną w art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut dokonania przez zamawiającego czynności polegającej na wadliwej ocenie oferty odwołującego w kryterium „Termin podstawienia pojazdu zastępczego w razie awarii podany w minutach - 10%” przez nieprzyznanie Spółce maksymalnej ilości punktów w ww. kryterium, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 4b w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy  
Zarzut dokonania przez zamawiającego czynności polegającej na wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że oferta ww. wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w siwz, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy i

Zarzut zaniechania dokonania przez zamawiającego czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez odwołującego, pomimo, że jest to oferta najkorzystniejsza spośród ofert złożonych w postępowaniu, a nie podlegających odrzuceniu, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy.

Zarzuty zasługują na uwzględnienie. Zarzuty zostaną rozpoznane łącznie, gdyż rozważenie czy zamawiający wykonał prawidłowo czynność oceny ofert pozostaje w bezpośrednim związku z oceną czy zamawiając dokonał wyboru rzeczywiście oferty najkorzystniejszej w przyjętych przez siebie kryteriach oceny ofert.

Izba przytacza podstawy prawne rozstrzygnięcia.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Natomiast na podstawie ust. 3 tegoż przepisu ustawy zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W myśl art. 38 ust. 4b ustawy z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, jest niedopuszczalne dokonywanie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym i negocjacjach z ogłoszeniem, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.

Na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z ustalonym stanem faktycznym według językowej wykładni sformułowania „skrócenie terminu do 20 minut” oznacza, że odwołujący miał prawo oczekiwać, że otrzyma 10 punktów w kryterium termin podstawienia pojazdu zastępczego w razie awarii. Natomiast zamawiający odmiennie od literalnego brzmienia sposobu oceny tego kryterium samodzielnie przez siebie określonego zastosował pojęcie „termin podstawienia pojazdu zastępczego w razie awarii do 20 minut”, przy ocenie ofert, co spowodowało, że naruszył art. 91 ust. 1 ustawy i 7 ust. 3 ustawy przez ocenę oferty odwołującego na podstawie kryterium oceny ofert, dla którego przyjęto odmienny od opisanego w siwz sposób oceny. W konsekwencji zamawiający naruszył zasadę przejrzystości postępowania, nadając sposobowi oceny kryterium po otwarciu ofert inne znaczenie niż wynikające z literalnego brzmienia siwz, co pozostaje w sprzeczności z art. 7 ust. 1 i 38 ust. 4b ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 i 3 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 2 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. z 2017r. poz. 47) zaliczając na poczet kosztów postępowaniu uiszczony przez odwołującego wpis oraz nakazując zamawiającemu dokonanie zwrotu na rzecz odwołującego kosztów związanych z wniesionym wpisem oraz kosztami zastępstwa prawnego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT ograniczając wysokość wynagrodzenia do maksymalnej kwoty dopuszczonej przez rozporządzenie.

**Przewodniczący:** .....