

WYROK
z dnia 6 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 października 2020 r. przez wykonawcę **TK Telekom Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Kijowskiej 10/12A (03-743 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Ministra Finansów** z siedzibą w Warszawie przy ul. Świętokrzyskiej 12 (00-916 Warszawa)

przy udziale wykonawcy **Contact Center Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Stawki 2a (00-193 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **TK Telekom Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Skarb Państwa – Minister Finansów z siedzibą w Warszawie zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Świadczenie obsługi telefonicznej klientów Systemu Poboru Opłaty Elektronicznej Krajowej Administracji Skarbowej, w tym obsługa korespondencji tradycyjnej i elektronicznej (w ramach zamówienia objętego prawem opcji)* o numerze referencyjnym: R/3/20/PO/G/408, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 sierpnia 2020 r., pod numerem 2020/S 152-372064.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca TK Telekom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej: „odwołującym” w dniu 22 października 2020 r. wniósł odwołanie, w którym zarzucił naruszenie przez zamawiającego następujących przepisów:

1) art. 89 ust. 1 pkt 1) Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Contact Center Sp. z o.o. pomimo, że jest niezgodna z ustawą;

2) art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Contact Center Sp. z o.o. pomimo, że jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) w postępowaniu;

a w konsekwencji naruszenie

3) art. 7 Pzp przez zaniechanie przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców i wybór oferty Contact Center Sp. z o.o., wbrew przepisom Pzp;

a z daleko posuniętej ostrożności procesowej, w przypadku nieuwzględnienia ww. zarzutów:

4) art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z bezpodstawnym przyznaniem punktacji dla wykonawcy Contact Center Sp. z o.o. w zakresie kryterium „Odbieranie połączeń telefonicznych ogółem - 20 sekund” oraz;

5) art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez wybór – jako

najkorzystniejszej – oferty, która na podstawie przewidzianych w SIWZ kryteriów oceny ofert nie była ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, wg norm przypisanych oraz nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty Contact Center Sp. z o.o.;
- dokonanie ponownej oceny ofert z pominięciem oferty Contact Center Sp. z o.o. i wybranie jako najkorzystniejszej oferty odwołującego;

a z ostrożności procesowej, w przypadku nieuwzględnienia odwołania w zakresie zarzutów, o których mowa w pkt 1 i 2 powyżej, o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty Contact Center Sp. z o.o.;
- dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz przyznania wykonawcy Contact Center Sp. z o.o. 0 punktów w zakresie kryterium „Odbieranie połączeń telefonicznych ogółem - 20 sekund”;
- dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i wybranie jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jego oferta plasuje się na drugim miejscu i w przypadku uwzględnienia odwołania, zostanie wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Odwołujący wskazał również na utrwaloną w praktyce orzeczniczej funkcję reklamacyjną i sygnalizacyjną, którą ma prawo wykonać odwołujący, a która ma na celu zapewnienie, aby postępowanie było prowadzone zgodnie z przepisami Pzp.

W zakresie pierwszego zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Contact Center Sp. z o.o. pomimo, że jest niezgodna z ustawą odwołujący wyjaśnił, że w świetle art. 14 Pzp, ofertę należy oceniać z punktu widzenia art. 66 §1 kodeksu cywilnego (z odrębnościami wynikającymi z Pzp). Zgodnie z tym przepisem, oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. W orzecznictwie wskazuje się, że oferta jest oświadczeniem woli skierowanym do drugiej strony, jako propozycja zawarcia umowy, ale także oferta musi zawierać, co najmniej minimalną treść proponowanej umowy (jej istotne postanowienia). Wynika to z faktu, że adresat oferty (zamawiający) może jedynie przyjąć ofertę w zaproponowanym kształcie, nie mogąc jednak wprowadzać jakichkolwiek zmian do jej treści. W przypadku ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, istotne postanowienia umowy są określane przez wykonawcę składającego ofertę na podstawie postanowień SIWZ. Z punktu

widzenia przepisów komentowanej ustawy i zasad udzielania zamówień publicznych formularz oferty stanowi najściślejszą część oferty (zwaną popularnie merytoryczną), która nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż nie jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Treścią oferty jest zatem jej zawartość merytoryczna, obejmująca oferowany przedmiot zamówienia i sposób jego wykonania, termin realizacji, sposób obliczenia ceny ofertowej, etc. Mając powyższe na uwadze, odwołujący uznał, że wartość wskaźnika KPI W2 wskazana w formularzu ofertowym wykonawcy Contact Center Sp. z o.o. poprzez podanie zakresu (94%-100%) uniemożliwia zamawiającemu ustalenie na jakich konkretnie warunkach umowa będzie realizowana, tj. czy ww. wykonawca deklaruje wartość na poziomie 94%, 95%, 96%, 97%, 98%, 99 % czy też na poziomie 100%. Odwołujący wskazał przy tym, że wszyscy inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu wskazali konkretne wartości w formularzach ofertowych. Powyższa wartość przekłada się bezpośrednio na koszty związane z realizacją zamówienia i cenę ofertową – inaczej bowiem wykonawca kalkuluje koszt realizacji zamówienia przy założeniu, że jest zobowiązany zapewnić odbiór wszystkich połączeń telefonicznych (100%) i inaczej w przypadku konieczności zapewnienia odbioru jedynie 94% tych połączeń.

Jeśli chodzi o zarzut zaniechania odrzucenia oferty Contact Center Sp. z o.o. pomimo, że jej treść nie odpowiada SIWZ w postępowaniu, odwołujący w uzasadnieniu stwierdził, że oferta ww. wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ w postępowaniu, gdzie zamawiający wymagał wskazania w formularzu ofertowym wyraźniej wartości docelowej wskaźnika KPI W2. Odwołujący wyjaśnił, że w rozdziale XXII pkt 8.3. SIWZ, zamawiający wyraźnie wskazał, że: *w przypadku braku podania przez Wykonawcę w ofercie informacji dotyczącej deklarowanego poziomu wartości docelowej wskaźnika KPI W2 oferta Wykonawcy otrzyma 0 (zero) punktów w kryterium „Odbieranie połączeń telefonicznych ogółem - 20 sekund”, a Wykonawca będzie związany minimalnym poziomem określonym w SIWZ. Informacje jakie oferuje Wykonawca nie będą podlegały uzupełnieniu i nie będzie można uzyskać dodatkowej liczby punktów w powyższym kryterium w wyniku złożenia wyjaśnień w tej kwestii przez Wykonawcę po otwarciu ofert.* Odwołujący podkreślił przy tym, że jedynie wskazanie konkretnej wartości wskaźnika KPI W2 umożliwia zamawiającemu naliczenie kar umownych za niedotrzymanie oferowanego poziomu świadczonej usługi. Zgodnie z §7 ust. 9 umowy stanowiącej załącznik J do SIWZ, po naliczeniu przez zamawiającego punktów karnych wykonawcy, zamawiający będzie pomniejszał wynagrodzenie należne wykonawcy za dany Okres Rozliczeniowy świadczenia usług danego rodzaju, poniżej ustalonego w załączniku nr 1 do Umowy – OPZ poziomu KPI. Pomniejszenie wynagrodzenia należnego za dany Okres Rozliczeniowy z tytułu wykonania

usługi danego rodzaju poniżej wymaganego poziomu efektywności (KPI) określane będzie na podstawie liczby punktów karnych naliczonych wykonawcy w danym Okresie Rozliczeniowym i ustalonej stawki odliczenia za jeden punkt karny wynoszącej 1 000 zł (słownie: tysiąc złotych złotych). Jeżeli wysokość pomniejszenia jest większa niż wysokość wynagrodzenia przypadającego za dany Okres Rozliczeniowy, wykonawca jest zobowiązany do zwrotu kwoty wynikającej z tej różnicy na rzecz zamawiającego. Następnie odwołujący przytoczył szczegółowe zasady obliczania i weryfikacji wskaźników efektywności oraz wartości naliczanych punktów karnych, które zostały określone w rozdziale VI OPZ. Biorąc pod uwagę wzór wyliczenia punktów karnych za niedotrzymanie KPI, w których wartość osiągnięta powinna być niższa lub równa wartości docelowej, odwołujący dokonał symulacji naliczenia kar w dwóch wariantach:

- w przypadku przyjęcia przez zamawiającego wartości 94%;
- w przypadku przyjęcia przez zamawiającego wartości 100%.

Z powyższego wynikało według odwołującego, że brak wskazania konkretnej wartości wskaźnika KPI W2 uniemożliwia określenie liczby punktów karnych za jego niedotrzymanie, co z kolei uniemożliwia zamawiającemu naliczenie kar umownych. Wskazanie przez Contact Center Sp. z o.o. wartości określonej zakresem (94%-100%) powoduje, że zamawiający chcąc uzyskać wiedzę o tym jaka konkretna wartość została zaoferowana, byłby zmuszony do samodzielnego uzupełnienia tej wartości lub wezwania wykonawcy do jej doprecyzowania, co w świetle przepisów Pzp jest niedopuszczalne. Na koniec argumentacji dotyczącej tego zarzutu odwołujący przytoczył fragment wyroku Izby z 10 sierpnia 2020 r. o sygn. akt KIO 1505/20.

Odnosząc się do zarzutów postawionych z ostrożności procesowej odwołujący wskazał, że w przypadku nieuwzględnienia zarzutów opisanych w pkt 1 i 2 powyżej, uznać należy, że wskazanie przez Contact Center Sp. z o.o. w formularzu ofertowym zakresu wartości w odniesieniu do KPI W2, zamiast konkretnej wartości, stanowi brak podania przez wykonawcę w ofercie informacji dotyczącej deklarowanego poziomu wartości docelowej tego wskaźnika. Nie ulega wątpliwości, że ani zamawiający, ani wykonawca nie mają możliwości „poprawienia” formularza ofertowego. W konsekwencji, zgodnie z Rozdziałem XXII pkt 8.3. SIWZ *w przypadku braku podania przez Wykonawcę w ofercie informacji dotyczącej deklarowanego poziomu wartości docelowej wskaźnika KPI W2 oferta Wykonawcy otrzyma 0 (zero) punktów w kryterium „Odbieranie połączeń telefonicznych ogółem - 20 sekund”, a Wykonawca będzie związany minimalnym poziomem określonym w SIWZ.* W tej sytuacji zdaniem odwołującego, oferta ww. wykonawcy powinna otrzymać zero punktów w analizowanym kryterium, zaś wykonawca będzie związany poziomem minimalnym, tj. 85%.

Taka też wartość będzie stanowiła podstawą naliczenia punktów karnych za niedotrzymanie tego poziomu, co z kolei umożliwi zamawiającemu naliczenie kar umownych. Odwołujący wskazał na wyrok z 24 czerwca 2020 r. o sygn. akt KIO 591/20, zgodnie z którym obowiązkiem zamawiającego jest ocena ofert zgodnie z ustalonymi przez siebie kryteriami, które powinny być jednoznaczne i precyzyjne, określone w sposób umożliwiający późniejszą weryfikacją prawidłowości oceny ofert. Oznacza to, że kryteria oceny ofert nie mogą być interpretowane i odczytywane w kontekście innych wymagań czy też życzeń wykonawcy, które nie zostały wprost wyrażone i przywołane w opisie samego kryterium. W innym przytoczonym w odwołaniu wyroku z 28 października 2019 r. o sygn. akt KIO 2061/19 Izba stwierdziła, że stosownie do treści art. 91 ust. 1 Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Bezspornie zamawiający obowiązany jest w sposób precyzyjny, jednoznaczny i niepozostawiający swobody interpretacji opisać sposób oceny ofert w świetle ustanowionych w SIWZ kryteriów oceny, celem zapewnienia obiektywizmu i poszanowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zagwarantowania wyboru oferty wykonawcy, która będzie ofertą rzeczywiście najkorzystniejszą w postępowaniu. Dokonując oceny złożonych w danym postępowaniu ofert zamawiający obowiązany jest przestrzegać ściśle opisanych w SIWZ kryteriów, nie może dokonywać ich modyfikacji po upływie terminu składania ofert, a jedynie obowiązany jest ocenić oferty według ustalonych w SIWZ wytycznych.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Contact Center Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający w dniu 5 listopada 2020 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz przedstawił uzasadnienie dla tego wniosku.

W dniu 6 listopada 2020 r. do akt sprawy wpłynęło pismo procesowe wykonawcy Contact Center Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zawierające wniosek o oddalenie odwołania oraz argumentację w tym zakresie.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba uznała, że odwołujący spełnił określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Skład orzekający stwierdził, że zgłoszone przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego spełniało wymogi wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 Pzp. W związku z tym Izba dopuściła jako uczestnika postępowania odwoławczego wykonawcę Contact Center Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej: „przystępującym”).

Izba dopuściła w przedmiotowej sprawie dowody z:

- 1) dokumentacji przekazanej w postaci elektronicznej zapisanej na płycie CD, przesłanej do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 26 października 2020 r. oraz uzupełnionej na rozprawie, w tym w szczególności z treści:
 - SIWZ wraz z załącznikami, w tym w szczególności wzoru formularza oferty, stanowiącego załącznik A do SIWZ;
 - formularza ofertowego złożonego przez przystępującego;
 - opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do wzoru umowy – dokument został uzupełniony przez zamawiającego na rozprawie;
 - pisma z dnia 12 października 2020 r. stanowiącego informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu;
- 2) złożonych na rozprawie przez odwołującego trzech wydruków zawierających informacje z dokumentów pochodzących z wniosków o dofinansowanie, sporządzonych jako wzory tych dokumentów, a odnoszących się do znaczenia pojęcia „wartość docelowa”.

Izba ustaliła co następuje

Zgodnie z treścią rozdziału XXII, zamawiający ustalił następujące kryteria oceny ofert:

- cena o wadze 60%;
- liczba osób niepełnosprawnych, zatrudnionych na podstawie umowy o pracę o wadze 10%;
- odbieranie połączeń telefonicznych ogółem – 20 sekund o wadze 15%;
- obsługa języka niemieckiego o wadze 15%.

Na podstawie pkt 8.3 rozdziału XXII SIWZ:

Ocena w zakresie kryterium Odbieranie połączeń telefonicznych ogółem – 20 sekund zostanie dokonana na podstawie wypełnionego Formularza Ofertowego (Załącznik A do SIWZ) i złożonej w nim deklaracji Wykonawcy. Każda z ofert w ramach kryterium Odbieranie połączeń telefonicznych ogółem – 20 sekund otrzymać może maksymalnie 15 punktów. Punkty w ramach tego kryterium zostaną przyznane w następujący sposób:

0 pkt - za deklarację osiągnięcia wartości docelowej (WD) wskaźnika KPI W2 na poziomie z zakresu 85,00-87,99%

5 pkt - za deklarację osiągnięcia wartości docelowej (WD) wskaźnika KPI W2 na poziomie z zakresu 88,00-90,99%

10 pkt - za deklarację osiągnięcia wartości docelowej (WD) wskaźnika KPI W2 na poziomie z zakresu 91,00-93,99%

15 pkt - za deklarację osiągnięcia wartości docelowej (WD) wskaźnika KPI W2 na poziomie z zakresu 94,00-100%.

W przypadku braku podania przez Wykonawcę w ofercie informacji dotyczącej deklarowanego poziomu wartości docelowej wskaźnika KPI W2 oferta Wykonawcy otrzyma zero (0) punktów w kryterium Odbieranie połączeń telefonicznych ogółem – 20 sekund, a Wykonawca będzie związany minimalnym poziomem określonym w SIWZ. Informacje jakie oferuje Wykonawca nie będą podlegały uzupełnieniu i nie będzie można uzyskać dodatkowej liczby punktów w powyższym kryterium w wyniku złożenia wyjaśnień w tej kwestii przez Wykonawcę po otwarciu ofert.

Wzór formularza ofertowego stanowił załącznik A do SIWZ. Wzór tego formularza zawierał część dotyczącą określenia informacji w ramach kryterium Odbieranie połączeń telefonicznych ogółem – 20 sekund. W jednej z rubryk formularza ofertowego znajdował się fragment o treści *Gwarantujemy, że przez cały okres Umowy będziemy utrzymywać wartość docelową wskaźnika KPI W2 na poziomie co najmniej*, po którym znajdowało się miejsce do wypełnienia przez wykonawcę, opatrzone informacją wskazującą, iż należy wpisać wartość procentową. Pod powyżej wskazaną treścią formularza ofertowego została zawarta adnotacja o treści – *Tym samym wartość punktów karnych naliczanych w ramach weryfikacji utrzymania poziomu świadczonych usług dla wskaźnika KPI W2 będzie rozliczana od wartości wskazanej w powyższej deklaracji.*

Wskaźnik efektywności KPI W2 został zdefiniowany w tabeli 1 zawartej w rozdz. VI Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 1 do wzoru umowy): *Wskaźnik przedstawia wartość udziału liczby połączeń odebranych przez Konsultanta w ciągu 20 sekund po wyborze przez Klienta odpowiedniej opcji w IVR do ogółu liczby połączeń kierowanych do Konsultantów.* Przy wskazaniu w ww. tabeli wartości docelowej dotyczącej przedmiotowego

wskaźnika zamawiający zastosował przypis oznaczony gwiazdką o następującej treści:
* *Wymagana minimalna Wartość Docelowa. W przypadku deklaracji Wykonawcy dokonanej na podstawie wypełnionego Formularza Ofertowego (Załącznik A do SIWZ) w ramach kryterium oceny oferty Odbieranie połączeń telefonicznych ogółem – 20 sekund, wskaźnik W2 będzie obliczany dla Wartości Docelowej zgodnej ze złożoną deklaracją.*

Przystępujący w złożonym formularzu ofertowym w zakresie kryterium *Odbieranie połączeń telefonicznych ogółem – 20 sekund* podał zakres wartości tj. 94,00-100%.

Zamawiający w dniu 12 października 2020 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza oferta, została wybrana oferta przystępującego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą;*
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;*
- art. 7 Pzp – 1. *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.*
 - 1a. *Zamawiający, w zakresie określonym w Porozumieniu Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych i w innych umowach międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska, zapewnia wykonawcom z państw- -stron tego porozumienia i wykonawcom z państw-stron tych umów oraz robotom budowlanym, dostawom i usługom pochodzącym z tych państw, traktowanie nie mniej korzystne niż traktowanie wykonawców pochodzących z Unii Europejskiej oraz robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z Unii Europejskiej.*
 2. *Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.*
 3. *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.;*
- art. 91 ust. 1 i 2 Pzp – 1. *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*
 2. *Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:*
 - 1) *jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;*
 - 2) *aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;*
 - 3) *aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;*
 - 4) *aspekty innowacyjne;*

5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;

6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.;

- art. 2 pkt 5 Pzp – *Ilekroć w ustawie jest mowa o najkorzystniejszej ofercie – należy przez to rozumieć ofertę:*

a) *która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego w szczególności w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała albo*

b) *z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. Ponadto co do istoty sporu skład orzekający w przeważającym zakresie przyjął argumentację zamawiającego oraz przystępującego, uznając je za adekwatne i słuszne.

Izba rozpoznając przedmiotową sprawę przede wszystkim wyszła z założenia, że przystępujący przez wskazanie w treści oferty określonego zakresu procentowego wartości wskaźnika KPI W2, w sposób jednoznaczny i zrozumiały wskazał wartość minimalną tj. 94%. Przedział procentowy 94-100% (co jest oczywiste) zawiera w sobie dwie wartości graniczne, minimalną (94%) oraz maksymalną (100%). Nie ulega zatem wątpliwości, że przez wskazanie ww. zakresu procentowego przystępujący zagwarantował realizację przedmiotu umowy z zachowaniem minimalnego poziomu wskaźnika KPI W2 – 94,00%. W związku z tym w ocenie składu orzekającego, założenie odwołującego polegające na przyjęciu braku możliwości ustalenia warunków realizacji przyszłej umowy w zakresie związanym ze wskaźnikiem KPI W2 z uwagi na posłużenie się przez przystępującego przedziałem procentowym wartości wskaźnika KPI W2, zamiast jedną określoną wartością było chybione i nie znalazło potwierdzenia ustalonym przez Izbę stanie sprawy. Tym samym skład orzekający przyznał rację przystępującemu i uznał, że na skutek wskazania przedziału wartości wskaźnika w formularzu ofertowym, wykonawca ten jednocześnie wskazał minimalną wartość docelową wskaźnika KPI W2.

Przystępujący słusznie argumentował, że w żadnym miejscu SIWZ nie wskazano, aby wartość wskaźnika KPI W2 musiała być podano w sposób oczekiwany przez odwołującego, tj. w postaci konkretnej liczby, a nie zakresu. Wręcz przeciwnie skoro zamawiający punktował poziom zadeklarowanego wskaźnika w określonych zakresach to świadczyło to o tym, że co najmniej akceptował podanie tego wskaźnika zakresowo. Gdyby faktycznie oczekiwaniem zamawiającego było podanie tegoż wskaźnika tylko w konkretnej liczbie to najpewniej nie określiliby zakresowego sposobu przyznawania punktacji, tylko przyznawał ją za konkretne wartości. W takim wypadku zamawiający najpewniej zastosowałby taki wzór, który wyliczałby odpowiednią ilość punktów dla poszczególnych wartości. Co więcej, skoro sam zamawiający przyznawał punktację za ww. wskaźnik w określonych zakresach, oznacza to, że z jego punktu widzenia nie było konieczności deklaracji konkretnej wartości w ramach danego zakresu, a niezbędne było jedynie podanie, w którym zakresie mieścić się będzie deklarowany przez wykonawcę wskaźnik.

W związku z powyższym w ocenie Izby nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, ponieważ wbrew stanowisku odwołującego, na podstawie oświadczenia zawartego w formularzu ofertowym przystępującego było możliwe ustalenie warunków realizacji przyszłej umowy w zakresie związanym z osiągnięciem minimalnej gwarantowanej wartości docelowej wskaźnika KPI W2.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W zakresie tego zarzutu adekwatne pozostają ustalenia i stwierdzenia poczynione w ramach rozpoznania zarzutu wcześniejszego. W związku z tym skład orzekający stanął na stanowisku, że przystępujący w postępowaniu zadeklarował w złożonej przez siebie ofercie w sposób oczywisty wartość docelowego wskaźnika KPI W2 na poziomie, co najmniej 94%, tak więc w zakresie odbioru połączeń telefonicznych ogółem – 20 sekund, świadczyć będzie usługę na poziomie, który wprost wynika ze złożonej przez niego oferty. Jakikolwiek inne rozumienie i ocena złożonej przez przystępującego deklaracji byłaby nieuprawniona i niezasadna z punktu widzenia postanowień SIWZ oraz wykładni językowej złożonej deklaracji. Mając na uwadze powyższe zamawiający, w opinii Izby, słusznie przyjął wartość deklaracji przystępującego w kryterium na poziomie, co najmniej 94% oraz zgodnie z tą deklaracją będzie realizował postanowienia §7 ust. 9 wzoru umowy. Stawianie tezy, że wyłącznie wskazanie konkretnej liczby wyrażonej w procentach dla wartości wskaźnika KPI W2 pozwoli zamawiającemu naliczyć kary umowne za niedotrzymanie oferowanego poziomu świadczenia usług było bezzasadne, bowiem zadeklarowana docelowa wartość wskaźnika KPI W2 w ofercie przystępującego na poziomie co najmniej 94%, była jednoznaczna.

Tym samym w Izba uznała, że nie znalazło potwierdzenia założenie odwołującego polegające na przyjęciu, iż mechanizm naliczania kar umownych miał doznać jakiegokolwiek uszczerbku z powodu wskazania przez przystępującego zakresu procentowego wskaźnika KPI W2 na poziomie od 94,00 do 100%.

Skład orzekający stwierdził, że podanie przez przystępującego zakresu procentowego osiągniętej wartości wskaźnika KPI W2 w treści formularza ofertowego nie miało żadnego wpływu na stosowanie przyjętych zasad naliczania punktów karnych (i w konsekwencji kar umownych) w przypadku osiągnięcia wartości wskaźnika KPI W2 na poziomie niższym niż deklarowana wartość minimalna. Minimalna deklarowana wartość docelowa wskaźnika KPI W2, wynikająca z oferty przystępującego, pozwala na zastosowanie przewidzianego przez zamawiającego mechanizmu wyliczenia kar umownych (na podstawie wzoru wskazanego w rozdz. VI OPZ), bez jakiegokolwiek ryzyka modyfikacji tego wzoru, czy też zastosowania jakichkolwiek rozwiązań alternatywnych.

Nie potwierdziło się także założenie podnoszone przez odwołującego na rozprawie, zakładające, że może dojść w przedmiotowej sprawie do przyjęcia przez zamawiającego i przystępującego dwóch różnych wartości tego samego kryterium. Już z treści odpowiedzi na odwołanie (pkt 9) oraz pisma procentowego przystępującego (pkt 20 i 21) wynikało, że zamawiający i przystępujący jednakowo rozumieją postanowienia SIWZ oraz deklarację przystępującego zawartą w formularzu ofertowym, przyjmując za minimalną wartość docelową wskaźnika – 94%.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Skład orzekający nie znalazł podstaw do uwzględnienia zarzutów ewentualnych podniesionych przez odwołującego z daleko posuniętej ostrożności procesowej na wypadek nieuwzględnienia wcześniejszych zarzutów.

W uzasadnieniu dla rozpoznania zarzutów ewentualnych, Izba podtrzymała w całej rozciągłości wcześniejsze wnioski i stwierdzenia przyjęte dla zarzutów podstawowych. Ponadto w ocenie składu orzekającego kryterium oceny ofert, *Odbieranie połączeń telefonicznych ogółem – 20 sekund*, pozwalało na wskazanie dowolnej wartości minimalnej dla opisanego wskaźnika, która będzie zgodna z SIWZ tj. będzie mieściła się w przedziale: 85-100%, jednak punktacja była przyznana za wskazanie wartości minimalnej w odniesieniu do deklarowanych wskaźników, co powodowało sytuację, w której każdy wykonawca wskazujący wartość w przedziale 94-100% został oceniony w ten sam sposób. Zatem złożenie oferty na poziomie 94%, 95%, 96%, 97% itd., skutkowałoby przyznaniem tej samej liczby punktów. Sytuacja ta powodowała, że żadnemu z wykonawców wskazywanie wartości

powyżej 94% nie przyniosłoby żadnej korzyści, a powodowałby wzrost ryzyka związanego z koniecznością utrzymania wyższego poziomu świadczenia usług.

W świetle złożonych przez przystępującego oświadczeń w ofercie, nie jest możliwe uznanie, że wykonawca ten nie podał wartości docelowej wskaźnika KPI W2, co miałooby skutkować brakiem przyznania punktów ofercie przystępującego w tym kryterium. Jak ustalił wcześniej skład orzekający podanie zakresu procentowego wartości wskaźnika KPI W2 było dopuszczalne w świetle treści SIWZ, co czyni niedopuszczalną taką interpretacją złożonego przez przystępującego oświadczenia, jakoby nie doszło do podania przez niego wskaźnika KPI W2.

Izba uznała, że zamawiający dokonał prawidłowej interpretacji oświadczenia przystępującego, zawartego w treści formularza ofertowego, co do osiągnięcia wartości wskaźnika KPI W2 w przedziale od 94% do 100%. Tym samym prawidłowo przyznał ofercie przystępującego maksymalną ilość punktów w kryterium *Odbieranie połączeń telefonicznych ogółem – 20 sekund*.

W konsekwencji oddalenia wszystkich powyżej wskazanych zarzutów potwierdzenia nie znalazł także zarzut naruszenia art. 7 Pzp. Mając na uwadze okoliczności przedmiotowej sprawy oraz argumentację odwołującego Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył zasad systemu zamówień publicznych określonych w powyżej wskazanym przepisie.

Dodatkowo Izba pominęła dowody złożone na rozprawie przez odwołującego, które zostały podniesione na okoliczność tego, jak należy rozumieć określenie „wartość docelowa”. W ocenie składu orzekającego nie miały one znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Izba uznała je za wybiórcze i niezwiązane ze stanem faktycznym sprawy. Z treści tych dowodów można było co najwyżej ustalić jakie jest rozumienie określenia „wartość docelowa” dla czynności sporządzenia wniosków o dofinansowanie w ramach pewnych, niewskazanych dokładnie, programów współfinansowanych ze środków unijnych. W żadnym razie złożone dowody nie stanowiły podstawy dla poparcia argumentacji odwołującego, ponieważ w ogóle nie odnosiły się do postanowień dokumentacji przetargowej przedmiotowego postępowania, a odwołujący nawet nie próbował wykazać ich powiązania lub przełożenia na okoliczności tego postępowania.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z §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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego.

Przewodniczący: