

WYROK
z dnia 23 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

W. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W. P. TAXI OSOBOWE Firma Transportowo-Handlowa ul. Kraszewskiego 7/4, 50-229 Wrocław oraz

S. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Transportowo-Handlowa S. P. ul. W. Pola 56, 51-140 Wrocław

w postępowaniu prowadzonym przez

Centrum Usług Informatycznych we Wrocławiu ul. Namysłowska 8, 50-304 Wrocław

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Luxury Medical Care Sp. z o.o. sp. k. ul. Słomińskiego 17/47, 00-195 Warszawa i A. Ś. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą A. Ś. ul. Dobrodzieja 10B, 02-998 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **W. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą**

W. P. TAXI OSOBOWE Firma Transportowo-Handlowa oraz S. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Transportowo-Handlowa S. P. i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia W. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W. P. TAXI OSOBOWE Firma Transportowo-Handlowa oraz S. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Transportowo-Handlowa S. P. tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia W. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W. P. TAXI OSOBOWE Firma Transportowo-Handlowa oraz S. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Transportowo-Handlowa S. P. na rzecz Centrum Usług Informatycznych we Wrocławiu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 we Wrocławiu.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający: Centrum Usług Informatycznych we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczenie usług przewozowych na rzecz dzieci i uczniów niepełnosprawnych we Wrocławiu na trasie: dom – szkoła – dom pod opieką osoby dorosłej” 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 opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 18 maja 2017 r. pod numerem 2017/S 095-186907. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia W. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą TAXI OSOBOWE Firma Transportowo-Handlowa i S. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Transportowo-Handlowa wniósł odwołanie w zakresie zadania nr 7 zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie czynności wadliwej oceny ofert, tj. zaniżenie ilości punktów dla Odwołującego w kryterium „Wiek pojazdów”,
2. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie czynności przyznawania punktów w poszczególnych zadaniach, według kryteriów i zasad nieznanych na etapie do terminu składania ofert,
3. art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie czynności wyboru oferty wykonawcy Luxury Medical Care Sp. z o.o. sp. k., która to oferta nie wyczerpuje ustawowych znamion oferty najkorzystniejszej,
4. art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie czynności wyjaśnienia treści oferty Odwołującego, z której wynikało, że dwa pojazdy wyprodukowane w różnych datach posiadają ten sam numer rejestracyjny,
5. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady udzielania zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy na skutek zaniechania czynności wyjaśnienia treści oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert; dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów

załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu; zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami rozdziału XV specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający ustanowił następujące kryteria oceny ofert: cena brutto 60%, wiek pojazdów 20%, przygotowanie pedagogiczne opiekunów 20%. Ocena w kryterium „Wiek pojazdów” miała polegać na przyznaniu ofercie wykonawcy dodatkowych punktów w zależności od zaoferowanego wieku pojazdów, które będą wykorzystywane do realizacji przedmiotu zamówienia. Dla możliwości dokonania oceny tego warunku Zamawiający żądał podania numeru rejestracyjnego oraz modelu, marki i daty (dzień/miesiąc/rok) produkcji pojazdów. Wiek pojazdów miał być ustalany w odniesieniu do dnia upływu ostatecznego terminu składania ofert, na podstawie przedstawionych przez wykonawcę danych. Zamawiający określił, że przyzna punkty za wykorzystywane do realizacji przedmiotu zamówienia pojazdy według formuły zależnej od wieku pojazdu: a) rok/dwa lata – 20 punktów, b) trzy/cztery lata – 15 punktów, c) pięć/sześć lat – 10 punktów, d) siedem/osiem lat – 5 punktów, e) dziewięć/dziesięć lat – 1 punkt. Liczba otrzymanych punktów miała zostać obliczona poprzez podstawienie sumy punktów otrzymanych na podstawie punktacji określonej w lit. a)-e) do wzoru: $WP = (WPb / WPmax) \times WWP$, gdzie: WP – liczba punktów w kryterium „Wiek pojazdów”, WPmax – najwyższa otrzymana liczba punktów w zbiorze ofert podlegających ocenie, WPb – liczba punktów ocenianej oferty, WWP – waga kryterium = 20. Zamawiający zastrzegł przy tym, że pojazdy, które będą wykorzystywane do realizacji przedmiotu zamówienia, nie mogą być starsze niż 10 lat oraz, w przypadku składania ofert na kilka zadań, pojazdy wykazywane w jednym zadaniu nie mogą być wykazywane również w innym zadaniu.

Jednakże Zamawiający nie podał, jak się zachowa w przypadku, gdy wykonawca składający ofertę na kilka zadań, wykaże te same pojazdy w wielu zadaniach.

Odwołujący w zakresie kryterium „Wiek pojazdów” zaoferował w zadaniu nr 1 pojazdy wyprodukowane dnia: 30.11.2015 r. i 4.07.2013 r.; w zadaniu nr 2 pojazdy wyprodukowane dnia: 18.03.2013 r. i 28.06.2012 r.; w zadaniu nr 3 pojazdy wyprodukowane dnia: 23.12.2010 r. i 20.09.2010r.; w zadaniu nr 5 pojazdy wyprodukowane dnia: 20.01.2016 r. i 18.11.2013 r.; w zadaniu nr 6 pojazdy wyprodukowane dnia: 9.12.2011 r. i 1.12.2011 r.; w zadaniu nr 7 pojazdy wyprodukowane dnia: 9.09.2013 r. i 10.08.2012 r.

Wykonawca Luxury Medical Care Sp. z o.o. Sp. k. w zakresie kryterium wiek pojazdów zaoferował w zadaniu nr 5 pojazdy wyprodukowane w 2016 r. (data pierwszej rejestracji: 30.11.2016 r. i 4.01.2017 r.); w zadaniu nr 7 pojazdy wyprodukowane w 2016 r. (data pierwszej rejestracji: 4.01.2017 r., 5.06.2017 r.).

Odwołujący nie zaoferował więc pojazdów wyprodukowanych w tych samych datach produkcji, co oznacza, że składając ofertę na kilka zadań, pojazdy wykazywane w jednym zadaniu nie są wykazywane również w innym zadaniu. Domniemać można, że w takim przypadku Zamawiający powinien przyznać właściwą liczbę punktów tylko w jednym zadaniu, a w pozostałych zadaniach, gdzie taki pojazd będzie występował, przyzna 0 pkt. Zamawiający jednak nie tylko bezpodstawnie stwierdził, że Odwołujący wskazał w dwóch zadaniach tj. nr 3 i 7 te same pojazdy, lecz dodatkowo nie przyznał punktów za te samochody ani w zadaniu nr 3, ani w zadaniu nr 7.

W takiej sytuacji brak kryteriów lub zasad, które będą miały zastosowanie do ustalenia, w których zadaniach zostanie przyznane 0 pkt, nie zwalnia Zamawiającego od przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz przestrzeganie zasady przejrzystości.

Powyższe braki nie stanowią przeszkody w wyborze najkorzystniejszej oferty. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający zobowiązany jest wybierać ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Po terminie otwarcia ofert nie może nastąpić zmiana zasad w zakresie kryteriów oceny ofert. Swoboda komisji przetargowej w zakresie organizacji własnej pracy dotyczącej badania i oceny ofert jest ograniczona i, jak stwierdził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku C-252/10, korzystanie z tej swobody nie może prowadzić do sytuacji, w której instytucja zamawiająca zmienia kryteria udzielenia zamówienia ustalone w specyfikacji warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zgodnie z ofertą Odwołującego pojazdy zaoferowane w zadaniu nr 7, wyprodukowane 9.09.2013 r. i 10.08.2012 r. i pojazdy zaoferowane w zadaniu nr 3, wyprodukowane 23.12.2010 r. i 20.09.2010 r. to 4 różne pojazdy, jednak Zamawiający przyjął, że zaoferowany w zadaniu nr 7 pojazd marki OPEL, model VIVARO, nr rejestracyjny DW158VS, data produkcji 10.08.2012 r. oraz zaoferowany w zadaniu nr 3 pojazd marki OPEL, model VIVARO, nr rejestracyjny DW158VS, data produkcji 20.09.2010 r. to te same pojazdy, ponieważ posiadają te same numery rejestracyjne.

Jednak w takim przypadku nie może istnieć ten sam pojazd wyprodukowany w różnych latach. W takim stanie faktycznym i prawnym Zamawiający dokonał samodzielnie interpretacji treści oferty w zakresie wieku pojazdów, w zadaniu nr 3 i zadaniu nr 7 przyjmując, że pojazd wyprodukowany 10 sierpnia 2012 r. i pojazd wyprodukowany 20 września 2010 r., to ten sam pojazd, ponieważ oba pojazdy posiadają identyczny numer rejestracyjny. Kierując się taką logiką Zamawiający nie przyznał Odwołującemu w zadaniu nr 3 i w zadaniu nr 7 punktów wynikających z wieku pojazdów, pomimo że takie działanie Zamawiającego nie wynika z żadnego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dodatkowo Zamawiający nie uwzględnił powstania ww. błędu, mimo że

Odwołujący poinformował Zamawiającego, że faktycznie posiada dwa samochody tej samej marki, których numery rejestracyjne różnią się tylko jedną cyfrą: DW158VS i DW159VS, ale różnią się datą produkcji, na dowód czego przesłał do Zamawiającego kopię dowodów rejestracyjnych obu pojazdów.

Przyjmując nawet, że to jest jeden i ten sam pojazd o dwóch różnych datach produkcji, to i tak brakuje prawnego uzasadnienia Zamawiającego, dlaczego, skoro nie został on uwzględniony w zadaniu nr 3, to nie został policzony w zadaniu nr 7.

Zamawiający, przy ocenie kryterium „Wiek pojazdu”, nie mógł się opierać wyłącznie na numerach rejestracyjnych, ponieważ te są elementem wtórnym i przy tych samych numerach rejestracyjnych pojazdów o innej dacie produkcji wymagają wyjaśnienia. Zamawiający winien był dokonać oceny pojazdów biorąc pod uwagę wszystkie dane, jakich w stosunku do pojazdów żądał, a nie tylko błędnie opierać się na podanych numerach rejestracyjnych.

W takiej sytuacji faktycznej i prawnej Zamawiający powinien był skorzystać z instytucji wyjaśnienia treści oferty zapisanej w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w takim zakresie, aby dla tego samego numeru rejestracyjnego nie występowała ta sama data produkcji, czyli wyjaśnienia istotnej treści oferty, bowiem dotyczy to kryterium oceny ofert, czyli ma wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający w treści odpowiedzi wysłanej do Odwołującego napisał, iż niezaliczenie samochodu Opel DW158VS do punktacji nie miało wpływu na ranking ofert. Taka interpretacja była spowodowana błędem rachunkowym wynikającym z podsumowania przez Zamawiającego oferty Przystępującego, w którym Zamawiający błędnie podwyższył o 10 pkt liczbę punktów zdobytych przez tego wykonawcę, który to błąd został sprostowany po interwencji Odwołującego. Można domniemywać, że Zamawiający zaniechał czynności wyjaśniających będąc bezzasadnie przekonany, że nie mają one istotnego wpływu na wybór najkorzystniejszej oferty. Zaniechanie jednak tych czynności skutkować będzie udzieleniem zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

II Odpowiedź Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że w zadaniu nr 7 zostały złożone dwie oferty: przez Odwołującego oraz Przystępującego – Luxury Medical Care Sp. z o.o. sp.k.

Zamawiający w rozdziale XV specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamieścił opis kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert: cena brutto 60%, wiek pojazdów 20%, Przygotowanie pedagogiczne opiekunów 20%.

Ocena w kryterium „Wiek pojazdów” miała polegać na przyznaniu ofercie wykonawcy dodatkowych punktów w zależności od zaoferowanego przez wykonawcę wieku pojazdów, które będą wykorzystywane do realizacji przedmiotu zamówienia. Wiek pojazdu będzie

ustalany w odniesieniu do dnia upływu ostatecznego terminu składania ofert, na podstawie przedstawionych przez wykonawcę danych. Wykonawca musiał zaoferować 2 pojazdy w każdym zadaniu, na które składa ofertę. W przypadku składania oferty na kilka zadań pojazdy wykazywane w jednym zadaniu nie mogły być wykazywane również w innym zadaniu. Zamawiający wymagał, aby pojazdy, które będą wykorzystywane do realizacji przedmiotu zamówienia, były nie starsze niż 10 lat. Zamawiający miał przyznać następującą liczbę punktów ofercie wykonawcy, który zaoferuje pojazd wyprodukowany nie wcześniej niż: a) rok/dwa lata – 20 punktów, b) trzy/cztery lata – 15 punktów, c) pięć/sześć lat – 10 punktów, d) siedem/osiem lat – 5 punktów, e) dziewięć/dziesięć lat – 1 punkt.

Wykonawca zobowiązany był podać w ofercie numer rejestracyjny oraz model, markę, i datę (dzień/miesiąc/rok) produkcji pojazdów.

W wyniku badania i oceny złożonych ofert, wykonawcy otrzymali następującą liczbę punktów w ramach kryteriów oceny ofert: Przystępujący cena brutto 49,71 pkt, wiek pojazdów 20,00 pkt, przygotowanie pedagogiczne opiekunów 20,00 pkt, co daje w sumie 89,71 pkt; Odwołujący cena brutto 60,00 pkt, wiek pojazdów 7,50 pkt, przygotowanie pedagogiczne opiekunów 20,00 pkt, co daje w sumie 87,50 pkt.

Odwołujący złożył ofertę m.in. na zadanie nr 7 i nr 3. W obu tych zadaniach Odwołujący przedstawił w ofercie samochód Opel Vivaro nr rejestracyjny DW158VS (w zadaniu nr 3 data produkcji 20.09.2010 r., natomiast w zadaniu nr 7 data produkcji to 10.08.2012 r.).

Przeprowadzając badanie i ocenę ofert Zamawiający zdecydował o nieprzyznaniu Odwołującemu punktów za ww. samochód Opel Vivaro o numerze rejestracyjnym DW158VS, ponieważ w opisie kryterium „wiek pojazdów” zastrzegł, że w przypadku składania oferty na kilka zadań, pojazdy wykazywane w jednym zadaniu nie mogą być wykazywane również w innym zadaniu, a Odwołujący zaoferował ten sam pojazd zarówno w zadaniu nr 3, jak i w zadaniu nr 7. Jednocześnie Zamawiający doszedł do wniosku, że nieuprawnionym byłoby wzywanie Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień w kwestii ww. samochodu, ponieważ wyjaśnienia te dotyczą kryteriów oceny ofert i mogłyby wpłynąć na wynik postępowania, co stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, a ponadto mogłyby zostać odczytane jako negocjacje dotyczące złożonej oferty, co jest wprost zakazane przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wyjaśnianie kwestii danych zaoferowanego pojazdu przez Odwołującego mogłoby bowiem doprowadzić do zmiany np. daty produkcji, co miałoby wpływ na pozycję Odwołującego w rankingu ofert. Taka sytuacja w ocenie Zamawiającego jest niedopuszczalna, a ponadto w konsekwencji mogłaby doprowadzić do żądań pozostałych wykonawców, którzy również mogliby chcieć zmienić dane oferowanych pojazdów, w celu uzyskania większej liczby punktów, a tym samym doprowadzić do nieuprawnionej zmiany treści oferty.

W związku z powyższym Zamawiający przyjął poniższe dane i dokonał następujących obliczeń wartości punktowej w kryterium „Wiek pojazdów”:

1) oferta Przystępującego – samochód Ford Transit nr rejestracyjny OP0417H z 2016 r. (20 pkt) i samochód Ford Transit nr rejestracyjny SC6598S z 2016 r. (20 pkt), co daje łącznie 40 pkt,

2) oferta Odwołującego – samochód Ford Transit nr rejestracyjny DW2G356 z 2013 r. (15 pkt) i samochód Opel Vivaro nr rejestracyjny DW158VS z 2012 r. (0 pkt), co daje łącznie 15 pkt.

Zamawiający podjął decyzję o nieprzyznaniu punktów za ww. samochód zarówno w zadaniu nr 3, jak i w zadaniu nr 7, ponieważ zakazane było oferowanie dwóch takich samych pojazdów w więcej niż jednym zadaniu. Jednocześnie Zamawiający nie był uprawniony, aby arbitralnie uznać, że w jednym z zadań zaoferowany pojazd jest prawidłowy i przyznać dodatkową liczbę punktów, ponieważ każda z tych decyzji skutkowałaby uzasadnionym zarzutem o stronniczość i naruszenie zasady uczciwej konkurencji albo ze strony Odwołującego – w przypadku uznania pojazdu za prawidłowy w zadaniu nr 3, albo ze strony Przystępującego – w przypadku uznania pojazdu za prawidłowy w zadaniu nr 7.

Niezależnie od powyższego, w związku z otrzymaniem odwołania, Zamawiający postanowił uznać podniesione przez Odwołującego zarzuty i uwzględnić wyjaśnienie pomyłki w numerze rejestracyjnym zaoferowanego pojazdu. Za takim postępowaniem Zamawiającego przemawia fakt, iż dokonany błąd nie dotyczy danych, które podlegają ocenie w ramach kryterium „Wiek pojazdu”, czyli rok produkcji samochodu, ale dotyczy błędu w numerze rejestracyjnym samochodu, które to dane nie stanowią o liczbie możliwych do uzyskania punktów ani nie mają wpływu na pozycję w rankingu ofert. Nie bez wpływu na decyzję Zamawiającego jest także różnica w cenie za realizację przedmiotu zamówienia w zakresie zadania nr 7 w wysokości 250.477,92 zł. W rzeczywistości bowiem przedstawione zostały przez Odwołującego dwa samochody tej samej marki o numerze rejestracyjnym różniącym się zaledwie jedną cyfrą, tj. w zadaniu nr 3 zaoferowany został samochód Opel Vivaro nr rejestracyjny DW159VS z 2010 r. natomiast w zadaniu nr 7 samochód Opel Vivaro nr rejestracyjny DW158VS z 2012 r.

III Stanowisko Przystępującego

Wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego Przystępujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Luxury Medical Care Sp. z o. o. Sp. k. oraz A. Ś. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą A. Ś. wniósł sprzeciw wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący stwierdził, iż niemożliwa jest ingerencja Zamawiającego w element oferty dotyczący kryteriów oceny ofert inny niż oczywiste omyłki pisarskie lub rachunkowe, gdyż

prowadziłoby to do nierównego traktowania wykonawców. Poprzez wezwania do uzupełnienia i wyjaśnienia nie można ingerować w tę część oferty. Z przedstawionej przez Odwołującego oferty nie wynika, że chodziło o samochód o numerze rejestracyjnym DW 159VS. Ciąg błędów Odwołującego powoduje, że nie można połączyć błędu z danymi zawartymi w ofercie. Nie można więc uznać, że Odwołujący, podając nowy numer rejestracyjny pojazdu, jedynie wyjaśnia ofertę, ale że podaje nowy pojazd. Pojazd jest identyfikowany przez numer rejestracyjny i każda zmiana numeru rejestracyjnego prowadzi do zmiany pojazdu, dlatego ten błąd jest nienaprawialny.

Zamawiający nie może wybrać, w którym zadaniu punkty za pojazd zostaną przyznane, gdyż byłoby to działanie naruszające uczciwą konkurencję, zatem słusznie przyznał 0 punktów za oba pojazdy w obu zadaniach.

IV Ustalenia Izby

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.

Izba ustaliła również, 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.

Jak wynika z postanowień rozdziału XV specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wskazał na następujące kryteria oceny ofert: cena brutto 60%, wiek pojazdów 20%, przygotowanie pedagogiczne opiekunów 20%.

Ocena w kryterium „Wiek pojazdów” miała polegać na przyznaniu ofercie punktów w zależności od zaoferowanego wieku pojazdów, które będą wykorzystywane do realizacji zamówienia: a) rok/dwa lata – 20 punktów, b) trzy/cztery lata – 15 punktów, c) pięć/sześć lat – 10 punktów, d) siedem/osiem lat – 5 punktów, e) dziewięć/dziesięć lat – 1 punkt.

Liczba otrzymanych punktów miała zostać obliczona poprzez podstawienie sumy punktów otrzymanych na podstawie punktacji określonej w lit. a)-e) do wzoru: $WP = (WPb / WPmax) \times WWP$, gdzie: WP – liczba punktów w kryterium „Wiek pojazdów”, WPmax – najwyższa otrzymana liczba punktów w zbiorze ofert podlegających ocenie, WPb – liczba punktów ocenianej oferty, WWP – waga kryterium = 20.

Zamawiający zastrzegł przy tym, że pojazdy, które będą wykorzystywane do realizacji przedmiotu zamówienia, nie mogą być starsze niż 10 lat oraz, w przypadku składania ofert na kilka zadań, pojazdy wykazywane w jednym zadaniu nie mogą być wykazywane również w innym zadaniu.

Dla możliwości dokonania oceny tego warunku Zamawiający żądał podania numeru rejestracyjnego oraz modelu, marki i daty (dzień/miesiąc/rok) produkcji pojazdów. Wiek pojazdów miał być ustalany w odniesieniu do dnia upływu ostatecznego terminu składania ofert, na podstawie przedstawionych przez wykonawcę danych.

Dane te należało wpisać do formularza ofertowego (wzór druku został przygotowany przez Zamawiającego). Wykonawcy nie musieli przedstawiać wraz z ofertą żadnych dokumentów potwierdzających wskazane dane, np. dowodów rejestracyjnych i Odwołujący takich dokumentów nie załączył z własnej inicjatywy.

Odwołujący w zakresie kryterium „Wiek pojazdów” zaoferował w zadaniach, których dotyczy spór, tj. nr 3 i 7 pojazdy wyprodukowane 23.12.2010 r. i 20.09.2010 r. (zadanie nr 3) oraz 9.09.2013 r. i 10.08.2012 r. (zadanie nr 7). Przy czym w obu zadaniach Odwołujący dla jednego z pojazdów wskazał markę i numer rejestracyjny Opel Vivaro nr rejestracyjny DW158VS – choć, jak wyjaśnił, nastąpiła pomyłka, ponieważ jeden z tych pojazdów posiada numer rejestracyjny DW159VS.

Oceniając zaistniały stan faktyczny Izba stwierdziła, iż – pomimo że zaistniała w ofercie omyłka wydaje się niewielka i nieznacząca – to jednak ma istotny wpływ na punktację tej oferty w ramach kryteriów oceny ofert, a co za tym idzie – stwierdzenie, który z wykonawców uzyska zamówienie.

Nie jest przedmiotem sporu, iż, pomimo że oceniany był sam wiek pojazdów, Zamawiający żądał wskazania marki, modelu i numeru rejestracyjnego pojazdów w celu ich identyfikacji, tj. odróżnienia pojazdów zaoferowanych od innych pojazdów, ponieważ wykonawcy oferowali wykonanie zamówienia za pomocą konkretnych, zindywidualizowanych pojazdów, które były przedmiotem oceny. Tym samym nie tylko wiek pojazdu, ale też dane rejestracyjne pojazdu jak jego marka, model i numer rejestracyjny były istotne. Pozwalały też m.in. stwierdzić, czy wykonawcy rzeczywiście spełnili wymóg Zamawiającego wyrażony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, aby dany pojazd był oferowany tylko w jednym zadaniu, co z kolei pozwalało ocenić realny potencjał wykonawcy do realizacji kilku zadań jednocześnie.

Wymagane dane należało podać w formularzu ofertowym.

Odwołujący w dwóch zadaniach (nr 3 i 7) zadeklarował samochód Opel Vivaro nr rejestracyjny DW158VS (choć jednocześnie wskazał dwie różne daty jako daty produkcji), co skutkowało stwierdzeniem przez Zamawiającego, że zaoferowano jeden i ten sam pojazd.

W ocenie Izby powstały w ofercie błąd obciąża wykonawcę, który zobowiązany jest do przygotowania oferty z należytą starannością, także w aspektach dokładności podawania danych – zwłaszcza tak istotnych, gdyż odnoszących się do punktacji oferty. Danych tych nie było dużo, więc wykonawca z łatwością mógł dostrzec i skorygować swoją omyłkę.

Jak wynika z wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s. odnośnie „oferty niedokładnej lub niezgodnej z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji” wykonawcy nie mogą się skarżyć na to, że na instytucji zamawiającej nie spoczywa jakikolwiek obowiązek wyjaśniania ofert, ponieważ brak jasności oferty wynika jedynie z uchybienia ich obowiązku dochowania staranności przy formułowaniu oferty, któremu podlegają tak samo jak inni kandydaci. I jakkolwiek, zdaniem Trybunału, przepisy prawa unijnego nie sprzeciwiają się temu, by w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach, w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, to pod warunkiem że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty lub przyjęcia jakiegokolwiek zmiany oferty. Trybunał podkreślił też, że przy wykonywaniu uprawnień dyskrecyjnych, którymi dysponuje instytucja zamawiająca, ma ona obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny, tak, aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik, żądanie udzielenia wyjaśnień nie prowadziło do wrażenia, że w sposób nieuprawniony faworyzuje lub defaworyzuje kandydatów, do których to żądanie było skierowane.

Tym samym, biorąc pod uwagę fakt, że sporne dane dotyczą aspektów wpływających na ocenę ofert i, w konsekwencji, na wybór oferty najkorzystniejszej, to pomimo że sam błąd jest niewielki („tylko” jedna cyfra), to jednak należy uznać go za istotny. Jak już Izba wielokrotnie podkreślała w swoim orzecznictwie, w zakresie danych ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert, możliwość uzupełniania czy wyjaśniania oferty, nawet jeśli, co do zasady, nie jest zupełnie niedopuszczalna, to jest bardzo ograniczona.

W tym przypadku ingerencja Zamawiającego w treść oferty poprzez korektę numeru rejestracyjnego, mogłaby u konkurenta wywołać wrażenie jego niesprawiedliwego potraktowania – a w szczególności takie poczucie mogłaby wywołać zmiana decyzji Zamawiającego już po dokonaniu przez niego oceny ofert i przyznaniu zamówienia Przystępującemu.

Co zaś do przyznania przez Zamawiającego 0 punktów za ten pojazd w obu zadaniach (nr 3 i nr 7), to działanie to należy zaaprobować (jakkolwiek na przyszłość należy Zamawiającemu zalecić regulację tej kwestii *a priori* w specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Alternatywnym działaniem Zamawiającego mogłoby być bowiem odrzucenie oferty w obu zadaniach, co byłoby dla Odwołującego bardziej niekorzystne. Zamawiający w żadnym wypadku nie mógłby jednak wybrać jednego zadania, w którym przyznałby ofercie punkty (poza przypadkiem, że taką regulację zawarłby wcześniej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia), ponieważ naruszałoby to zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W kwestii tej również wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z 7 kwietnia 2016 r. w sprawie C-324/14 Partner A. D.: wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że w okolicznościach takich jak w postępowaniu głównym sprzeciwiają się one, aby instytucja zamawiająca po otwarciu ofert złożonych w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, uwzględniła wniosek wykonawcy, który złożył ofertę dotyczącą całego zamówienia o wzięcie pod uwagę jego oferty wyłącznie do celów udzielenia niektórych części tego zamówienia.

Wyrok ten co prawda dotyczy zaliczania konkretnych usług do konkretnych zadań w ramach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale zasada jest ta sama.

W swoich rozważaniach Trybunał wskazał, że zasady równego traktowania i niedyskryminacji wymagają, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom. Obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta. W badanej przez Trybunał sprawie wykonawca zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem, iż w razie gdyby uznał on, że wykazane doświadczenie jest niedostateczne, o zakwalifikowanie zasobów wskazanych przez niego w odniesieniu do każdej z ośmiu części zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego zgodnie z określoną kolejnością, tak aby ewentualne wykluczenie nie dotyczyło całego zamówienia, lecz jedynie poszczególnych części, co do których nie spełniał on wymaganych warunków. W ocenie Trybunału nie ulega wątpliwości, że taka informacja, w której wykonawca wskazuje instytucji zamawiającej, po otwarciu ofert, kolejność poszczególnych części danego zamówienia, zgodnie z którą powinna być oceniana jego oferta, z pewnością nie jest jedynie niewielkim wyjaśnieniem lub poprawieniem oczywistych błędów materialnych w rozumieniu orzecznictwa Trybunału i stanowi *de facto* istotną zmianę, prowadzącą raczej do przedstawienia nowej oferty. Wynika stąd, że instytucja zamawiająca nie może pozwolić

wykonawcy na sprecyzowanie w taki sposób jego pierwotnej oferty, pod rygorem naruszenia zasad równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców, a także wynikającego z nich obowiązku przejrzystości, którym podlegają instytucje zamawiające.

Oczywiste jest także, że zamawiający nie może również takiej kwalifikacji (wyboru zadania, w których przyzna punkty, a w którym nie) dokonać samodzielnie.

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. 1 pkt 2, § 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: