

**Sygn. akt: KIO 246/13**

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 18 lutego 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Barbara Bettman**

**Członkowie: Bogdan Artymowicz**

**Renata Tubisz**

po rozpoznaniu w Warszawie w dniu **18 lutego 2013 r.** na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **4 lutego 2013 r.** przez wykonawcę: **COMP S.A., 02-230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, 00-184 Warszawa, ul. St. Dubois 5a**, przy udziale wykonawców:

**Unizeto Technologies S.A., 70-486 Szczecin, ul. Królowej Korony Polskiej 21**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. Odrzuca odwołanie wykonawcy COMP S.A., 02-230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego COMP S.A., 02-230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116,**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **COMP S.A., 02-230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

**U z a s a d n i e:**

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Zaprojektowanie, realizacja i nadzór gwarancyjny systemów „Szyna Usług” oraz „Systemu Administracji”, (nr CSIOZ-WZP.6151.29.2012), (Ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej TED z dnia 28 czerwca 2012 r., 2012/S 122-201855) wobec powiadomienia w dniu 24 stycznia 2013 r. o wynikach przetargu i czynności wyboru oferty wykonawcy Unizeto Technologies S.A. z siedzibą w Szczecinie, w dniu 4 lutego 2013r. zostało złożone odwołanie, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym przez wykonawcę: COMP S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej zwany „Comp”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwaną ustawą Pzp, tj.

1. art. 91 ust. 1 oraz ust. 4 Pzp w związku z art. 2 pkt 5 Pzp poprzez błędne i niezgodne z treścią SIWZ, (której wykładnię Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła orzeczeniem z dnia 22 stycznia 2013 r. sygn. akt KIO 2310/12), dokonanie oceny ofert i ustalenie, iż najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu jest oferta złożona przez Unizeto Technologies S.A. z siedzibą w Szczecinie (dalej: „Unizeto”), a nie oferta złożona przez odwołującego;

2. art. 7 ust. 1, 2 i 3 w związku z art. 192 Pzp poprzez błędne i niezgodne z postanowieniami SIWZ, (której wykładnię Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła orzeczeniem z dnia 22 stycznia 2013r. sygn. akt KIO 2310/12), dokonanie oceny ofert i nieprawidłowe przyznanie punktów: odwołującemu w kryterium „Sposób realizacji przedmiotu zamówienia” oraz Unizeto w kryterium „Cena,”

3. art. 7 ust. 1, 2 i 3 Pzp w związku z art. 91 ust. 1 i 4 Pzp oraz w związku ze stanowiskiem zamawiającego prezentowanym w sprawie sygn. KIO 2310/12 oraz zapadłym w tej sprawie orzeczeniem KIO, poprzez rażące naruszenie zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji polegające na tym, iż zamawiający dokonując oceny ofert w dniu 24 stycznia 2013r. i przyznając punkty w poszczególnych kryteriach oceny ofert, stosował w sposób arbitralny różne metody obliczeń (w zależności od określonego działania matematycznego), co doprowadziło do sytuacji, w której została wybrana oferta, nie będąca ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów określonych w SIWZ i art. 91 ust. 4 Pzp; ewentualnie:

4. art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 146 ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na możliwości arbitralnego i sprzecznego z dotychczasową praktyką zamawiającego, oceną ofert, co potwierdziła dopiero ponowna ocena ofert z dnia 24 stycznia 2013 r.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
  2. unieważnienia czynności oceny ofert;
  3. dokonania powtórnej czynności oceny ofert i przyznanie odwołującemu 19,50 pkt w kryterium „Sposób realizacji przedmiotu zamówienia” oraz Unizeto 59,50 pkt w kryterium „Cena”;
  4. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie art. 91 ust. 1 oraz art. 91 ust. 4 Pzp;
- ewentualnie
5. unieważnienia postępowania.

Odwołujący stwierdził na wstępie, że powołuje się na inne okoliczności prawne i faktyczne niż wskazywane w odwołaniu wniesionym przez Comp w sprawie o sygn. KIO 2310/12, a zatem brak przesłanek do odrzucenia niniejszego odwołania w szczególności brak przesłanek wskazanych w art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp:

- a) wydając wyrok z dnia 22 stycznia 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2295/12, KIO 2297/12, KIO 2301/12, KIO 2303/12, KIO 2305/12, KIO 2307/12, KIO 2309/12, KIO 2310/12 w zakresie w jakim Izba oddaliła odwołanie Comp S.A. - nie potwierdziła prawidłowości wszystkich działań zamawiającego, a jedynie stwierdziła bezzasadność zarzutów odwołującego Comp (KIO orzeka jedynie w zakresie podniesionych zarzutów - art. 192 ust. 7 Pzp). Krajowa Izba Odwoławcza, jak wynika z ustnych motywów orzeczenia, ustaliła jedynie, iż określając liczbę punktów przyznanych wykonawcom w poszczególnych kryteriach oceny, zamawiający nie miał obowiązku zaokrąglania ich zgodnie z regułą matematyczną (tego *de facto* dotyczyło poprzednie odwołanie). KIO stwierdziła, iż po dokonaniu danego obliczenia liczbę się „obcina” po ostatnich dwóch cyfrach po przecinku - jednakże podkreślił, iż Izba nie orzekła i nie mogła orzec o prawidłowości wszystkich obliczeń zamawiającego,
- b) niniejsze odwołanie dotyczy dokonania powtórnej czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący podnosił m.in. zarzut naruszenia przepisów

ustawy poprzez niezgodne z treścią SIWZ określenie należnej wykonawcom punktacji, nie opierając się jednakże na stanowisku, które prezentowane było w poprzednio wnoszonym przez Comp odwołaniu, i które KIO uznała za błędne, ale - powołując się na ustaloną przez Izbę interpretację SIWZ, która wykluczała stosowanie matematycznego zaokrąglania przy dokonywaniu obliczeń. Dokonane przez zamawiającego obliczenie punktów i ocena ofert, o której odwołujący został powiadomiony w dniu 24 stycznia 2013 r. nastąpiło według odwołującego, niezgodnie z powyższym orzeczeniem. Jak wskazuje się w doktrynie „hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp powinna zostać odczytana w ten sposób, iż pod pojęciem "odwołujący powołuje się na te same okoliczności" należy rozumieć okoliczności prawne i faktyczne, w tym w szczególności zarzuty (naruszenia określonych przepisów ustawy), podstawy faktyczne zarzutów (czynność bądź zaniechanie zamawiającego) oraz sformułowane na ich poparcie uzasadnienia faktyczne i prawne.” (P. Granecki „Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. C.H. Beck, 2012 r.). Jak to podkreśliła Izba w wyroku z dnia 1 kwietnia 2009 r. (sygn. KIO 334/09) tylko „oparcie zarzutu na okolicznościach już zweryfikowanych (ostatecznie rozstrzygniętych) powoduje, że przedmiotowy zarzut jest niedopuszczalny”. Odwołujący stwierdził, że nie powołuje się na te same okoliczności faktyczne i prawne, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia przez KIO, bowiem zakres odwołania z dnia 22 października 2012 r. dotyczył interpretacji SIWZ przedstawionej przez Comp oraz dotychczasowej praktyki zamawiającego (z innych postępowań), która wskazywała na konieczność stosowania zaokrąglania obliczeń według reguł matematycznych,

- c) odwołujący przekonywał, że w niniejszym odwołaniu przedstawia zarzuty dotyczące sposobu dokonanej przez zamawiającego oceny ofert, który jest niezgodny z treścią SIWZ ustaloną przez KIO w sprawie o sygn. KIO 2310/12. Izba przyjęła stanowisko zamawiającego, iż liczenie punktów z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku oznacza, iż obliczenia nie podlegają zaokrągleniu, ale że brane są pod uwagę jedynie dwie pierwsze cyfry znajdujące się „po przecinku” danej liczby. Obecnie zdaniem odwołującego zamawiający nie zastosował tej zasady,
- d) odwołujący zaznaczał, że okoliczności faktyczne i prawne, na których opiera się niniejsze odwołanie są inne niż w sprawie o sygn. KIO 2310/12 (brak tożsamości) i jako takie nie podlega ono odrzuceniu. Dla odwołującego - jak stwierdził - nie było także możliwe podnoszenie tych okoliczności na etapie wcześniejszym, gdyż dopiero na skutek zapadłego w dniu 22 stycznia 2013 r. wyroku KIO i czynności zamawiającego z dnia 24 stycznia 2013r. zmaterializowała się możliwość postawienia zamawiającemu zarzutu dokonania obliczeń w sposób niezgodny z treścią SIWZ

wyinterpretowaną przez KIO, która to interpretacja - jak zaznaczał odwołujący - stanowiła podstawę do oddalenia poprzedniego odwołania Comp S.A.,

- e) odwołujący podnosił, że działanie zamawiającego, polegające na zastosowaniu w poszczególnych kryteriach oceny ofert różnych metod obliczania ilości przyznawanych ofertom punktów doprowadziło do wypaczenia wyniku postępowania. Odwołujący apelował, że w takiej sytuacji nie może być pozbawiony „ochrony sądowej”, czyli prawa do merytorycznego rozpoznania sprawy przez KIO. Skoro zamawiający pod pojęciem „liczenia z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku” rozumiał „obcięcie” trzeciej i każdej następnej liczby „po przecinku”, a nie jej zaokrąglenie, to ponowna ocena ofert musi być zgodna z tą definicją,
- f) z faktu, iż zamawiający dokonał ponownej czynności oceny ofert nie dysponując pisemnym orzeczeniem KIO wraz z uzasadnieniem, odwołujący wywodził, iż zamawiający podzielił argumentację KIO przedstawioną w ustnych motywach. Tym samym oceniając oferty powinien tego dokonać w sposób ustalony przez KIO w ww. orzeczeniu.

Odwołujący podkreślał, że posiada legitymację czynną niezbędną do wniesienia odwołania, gdyż ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

W przeświadczeniu odwołującego - w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp - jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyby bowiem zamawiający przyznał odwołującemu i wykonawcy wybranemu - Unizeto prawidłową liczbę punktów, oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Błędne wyliczenie należnej odwołującemu i Unizeto liczby punktów – według odwołującego - skutkowało tym, że oferta odwołującego jest drugą w kolejności w ramach kryteriów określonych przez zamawiającego, co prowadzi do poniesienia szkody, gdyż odwołujący nie uzyska przedmiotowego zamówienia. Powyższe rozumienie wymagań dla korzystania ze środków ochrony prawnej jest zgodne ze stanowiskiem zaprezentowanym w opinii dotyczącej konstrukcji środków ochrony prawnej po nowelizacji ustawy, która weszła w życie z dniem 29 stycznia 2010 r. wydanej przez Urząd Zamówień Publicznych „legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że: 1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie 2) poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.”

W dalszym uzasadnieniu stawianych zamawiającemu zarzutów, odwołujący wyjaśniał, że w dniu 24 stycznia 2013 r. zamawiający przekazał wykonawcom informację o

unieważnieniu poprzedniej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonaniu powtórnego wyboru najkorzystniejszej oferty, w której wskazano, iż za najkorzystniejszą ofertę uznana została oferta złożona przez Unizeto. Jednakże obliczenie, zgodnie z zawartym w SIWZ wzorem liczby punktów przyznanych Comp w kryterium „Sposób realizacji przedmiotu zamówienia” oraz punktów przyznanych Unizeto w kryterium „Cena” wskazuje, iż zamawiający dokonał obliczenia punktacji niezgodnie z treścią SIWZ, której wykładnię KIO ustaliła wyrokiem z dnia 22 stycznia 2013 r. (sygn. akt. KIO/2301/12, KIO/2297/12, KIO/2307/12, KIO/2303/12, KIO/2305/12, KIO/2295/12, KIO/2310/12, KIO/2309/12).

Odwołujący podnosił, że w czasie rozpoznawania sprawy z odwołania Comp z dnia 22 października 2012 r., zamawiający zadeklarował dosłowny sposób rozumienia sformułowania „liczenie punktów z dokładnością do”, determinując tym samym, iż dokonując obliczeń należnej wykonawcom punktacji nie będzie stosował matematycznych reguł zaokrąglania, na które powoływał się wówczas odwołujący. Zatem sposób liczenia punktów ustalony w SIWZ zakłada, iż licząc z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, zamawiający bierze pod uwagę jedynie 2 cyfry znajdujące się po przecinku w danej liczbie, przy czym to ile cyfr i o jakiej wartości znajduje się na dalszych pozycjach jest nie istotne. Innymi słowy, zamawiający przeliczając punkty „obcina” końcówkę liczb i dokonuje działań matematycznych oraz podaje wynik z uwzględnieniem tylko dwóch cyfr po przecinku.

W związku z powyżej określonym sposobem liczenia punktów, w przekonaniu odwołującego - działania matematyczne wykonane przez zamawiającego powinny wyglądać następująco:

1. Wzór na obliczenie liczby punktów w kryterium „sposób realizacji zamówienia”:  $S = S_b/S_{max} \times 30$

a. Oferta Comp:  $S = 19/29 \times 30$  - czyli w pierwszej kolejności odwołujący dokonał pierwszego z działań matematycznych zawartych we wzorze tj. liczbę 19 (otrzymanej punktacji oferty odwołującego w danym kryterium) podzielił przez 29 (punktację oferty Unizeto) i osiągnięty wynik ilorazu (0,6551724137931034) „obciął” do dwóch miejsc po przecinku, czyli otrzymał 0,65. Następnie dokonał kolejnego obliczenia, czyli pomnożył  $0,65 \times 30$  (waga kryterium), dzięki czemu otrzymał wynik całkowity w ramach tego kryterium wynoszący 19,50 pkt.

b. Oferta Unizeto:  $S = 29/29 \times 30$  - w tym przypadku dokonał analogicznych działań matematycznych i z uwagi na to, że iloraz wyniósł 1 (29/29) nie ma konieczności „obcinania” liczby a osiągnięty wynik wynosi 30,00 pkt (1,00x30).

2. Wzór na obliczenie liczby punktów w kryterium „cena”:  $C = C_n/C_{ox70}$

a. Oferta Comp:  $C = 41\,828\,502,99 / 41\,828\,502,99 \times 70$  - w tym przypadku także postępujemy analogicznie i otrzymany wynik wynosi 70,00 (1,00 x 70)

b. Oferta Unizeto:  $C = 41\,828\,502,99 / 49\,077\,000,00 \times 70 = 0,85 \times 70 = 59,50$  - czyli w pierwszej kolejności dokonał pierwszego z działań matematycznych zawartych we wzorze tj. 41 828 502,99 podzielił przez 49 077 000,00, a następnie osiągnięty wynik ilorazu (0,8523035839598997) „obciął” do dwóch miejsc po przecinku, tym sposobem osiągnął wynik 0,85. Następnie dokonał kolejnego obliczenia, mnożąc 0,85 x 70 (waga kryterium ceny), dzięki czemu otrzymał wynik całkowity w ramach tego kryterium wynoszący 59,50 pkt.

Z przedstawionego obliczenia, odwołujący osiągnął sumaryczną liczbę punktów:  $P = C + S$

a. oferta Comp:  $P = 70,00 + 19,50 = 89,50$

b. oferta Unizeto:  $P = 59,50 + 30,00 = 89,50$

W rezultacie tych obliczeń, według odwołującego prawidłowych - oferty Unizeto i Comp otrzymują jednakową łączną liczbę punktów - 89,50, co oznacza, iż wybrana jako najkorzystniejsza powinna zostać oferta z niższą ceną, czyli oferta złożona przez odwołującego.

Odwołujący ocenił jako arbitralny i niekonsekwentny sposób liczenia punktów przyjęty przez zamawiającego, co w następstwie doprowadziło do uzyskania błędnych wyników punktacji ofert (punkty za kryterium „Cena” przyznane Unizeto oraz punkty za kryterium „Sposób realizacji zamówienia” przyznane odwołującemu). W przekonaniu odwołującego, dokonując czynności liczenia punktów zamawiający nie zastosował metody liczenia z uwzględnieniem jedynie liczby do dwóch miejsc po przecinku, uwzględnił bowiem cyfry na dalszych pozycjach „po przecinku”. Tym samym – jak utrzymywał odwołujący - zamawiający nie tylko naruszył zadeklarowany przez siebie sposób liczenia punktów służących ocenie ofert, ale również dokonana ocena ofert pozostaje w sprzeczności z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2013 r.

Odwołujący zaznaczał, że:

1) wyraźne wskazanie przez zamawiającego, iż punkty będą liczone z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, (a nie np. iż wynik będzie podany z taką dokładnością) - jednoznacznie zobowiązują go do stosowania systemu „obcinania” końcówki ciągu cyfr nie tylko w końcowym wyniku, ale również na etapie „liczenia”, czyli wykonywania poszczególnych działań matematycznych. W związku z powyższym, zdaniem odwołującego, zamawiający powinien był wykonać dzielenie z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, a następnie mnożenie z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.



Zamawiający natomiast, wykonał wszystkie obliczenia z wyższą dokładnością (uwzględniając wartości na dalszym niż drugie miejscu po przecinku), a następnie przedstawił wynik z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku odcinając cyfry na miejscach 3 po przecinku i dalszych (czyli zaokrąglił wynik obliczeń w dół). Analogiczna sytuacja wystąpiła w przypadku obliczenia punktów za cenę.

Ponownie odwołujący podnosił, że zamawiający w sposób arbitralny dokonał czynności ustalenia punktacji ofert, nie stosując się nie tylko do przedstawianej przez siebie interpretacji SIWZ, ale także do wyroku KIO. Wskazał, że postępowanie takie narusza naczelną zasadę systemu zamówień publicznych wyrażoną w art. 7 Pzp. Poczytał wynik wyliczeń punktacji ofert za uzyskany w wyniku popełnienia przez zamawiającego błędu rachunkowego, do tego istotnego z punktu widzenia wyboru oferty najkorzystniejszej. Zaznaczał, że wykonawcy biorąc udział w postępowaniu działają w zaufaniu do zamawiającego. Skoro zamawiający w dotychczas prowadzonych przez siebie postępowaniach (przy tożsamości sformułowań SIWZ) zaokrąglął wynik zgodnie z zasadami matematycznymi - to wykonawcy biorący udział w postępowaniu mieli prawo sądzić, że będzie tak postępował także w trakcie niniejszego postępowania. Odwołujący powoływał się na okoliczność, iż analiza udostępnionych przez zamawiającego dokumentów z 18 postępowań przeprowadzonych przez CSIOZ wykazała, iż przy identycznym brzmieniu SIWZ, zamawiający we wszystkich poprzednich postępowaniach gdzie była konieczność dokonywania obliczeń, podawał wynik z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, w sposób w 95% zgodny z matematycznymi regułami.

Abstrahując od powyższej okoliczności to biorąc pod uwagę, stanowisko zamawiającego jak i wyżej przywołane orzeczenie KIO z dnia 22 stycznia 2013 r., stwierdził, iż dokonując ponownej oceny ofert zamawiający powinien postąpić w jednakowy sposób w stosunku do każdego z obliczeń. Odmienna interpretacja doprowadziła do sytuacji, w której uzyskany wynik za każdym razem faworyzuje tego samego wykonawcę - jak podsumował odwołujący.

Analiza możliwości liczenia punktów wskazuje według odwołującego nie tylko na to, że zamawiający odstąpił do dotychczasowej praktyki ale potwierdza, iż *de facto* wybrał jedyny sposób liczenia punktów, który umożliwił wybór oferty Unizeto jako najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę wzory matematyczne w poszczególnych kryteriach oceny ofert, odwołujący przedstawił 4 możliwe sposoby liczenia punktów:

- a. dokonujemy działań matematycznych nie stosując zaokrągleń i obcinania na etapie poszczególnych działań i dopiero wynik końcowy zaokrąglamy zgodnie z zasadami matematycznymi - wówczas obie oferty mają tyle samo punktów 89,66 i oferta Comp jest ofertą najkorzystniejszą;
- b. dokonujemy działań matematycznych nie stosując zaokrągleń i obcinania na etapie poszczególnych działań i dopiero wynik końcowy obcinamy po dwóch cyfrach - wówczas Comp uzyskuje 89,65 punktów, zaś Unizeto 89,66;
- c. dokonujemy działań matematycznych w sposób wskazany przez KIO tj. poszczególne wyniki obcinamy po dwóch cyfrach i dopiero wówczas dokonujemy następnego działania - wówczas obie oferty mają tyle samo punktów 89,50 i oferta Comp jest ofertą najkorzystniejszą;
- d. na etapie każdego z działań matematycznych poszczególne wyniki zaokrąglamy zgodnie z zasadami matematycznymi i dopiero wówczas dokonujemy kolejnych działań - wówczas oferta Comp uzyskuje 89,8 punktów, zaś oferta Unizeto 89,5.

Ponownie odwołujący podnosił, że działanie zamawiającego i wybrany przez niego sposób liczenia punktów jest sprzeczny z:

- a. dotychczasową praktyką zamawiającego z innych postępowań;
- b. powszechnym i naukowym rozumieniem sformułowania „z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.”

Ponownie też odwołujący zarzucał, że obecne działania zamawiającego w zakresie obliczeń „z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku” są odmienne niż metoda zaakceptowana przez KIO w wyroku z dnia 22 stycznia 2013 r. oraz stanowiskiem samego zamawiającego zawartym w oświadczeniach składanych w toku rozprawy i w pismach procesowych. W tych okolicznościach za uzasadnione przyjął przypuszczenie, iż zamawiający preferuje wybór oferty Unizeto, co jest sprzeczne z podstawowymi zasadami zamówień publicznych, a w szczególności z art. 7 Pzp.

Odwołujący argumentował, że skoro zamawiający sam określił sposób oceny ofert, to chcąc wprowadzić odmienne reguły (np. określając inną dokładność dokonywania obliczeń lub tylko prezentowania wyniku ostatecznego), mógł inaczej sformułować treść SIWZ. Odwołujący przyznał, że jakkolwiek zamawiający miał dowolność wskazania metod obliczania czy zaokrąglania wykonywanych w ramach oceny ofert wyników działań matematycznych - przygotowując treść SIWZ, na obecnym etapie postępowania pozostaje on związany, w równym stopniu jak wykonawcy - raz określoną treścią specyfikacji.

Odwołujący nie poddał w wątpliwość, iż na gruncie Prawa zamówień publicznych, zamawiający dysponuje pewnym zakresem swobody w wyborze oferty najkorzystniejszej, jednakże w ramach ograniczeń ustawowych. Ograniczenia te, istotne z punktu widzenia przedmiotowej sprawy, to po pierwsze konieczność kierowania się kryterium niższej ceny w przypadku uzyskania przez dwie najkorzystniejsze oferty jednakowej łącznej liczby punktów we wszystkich kryteriach oceny. Drugie z tych ograniczeń, polega na związaniu zamawiającego treścią SIWZ, w tym także - określonego w nim sposobu dokonywania oceny ofert. Po raz kolejny odwołujący zarzucał zamawiającemu - niekonsekwentny i niezgodny ze SIWZ (w świetle interpretacji dokonanej przez KIO w wyroku z dnia 22 stycznia 2013r.) sposób zaokrąglania punktów, który spowodował, iż ostateczna punktacja, przyznająca ofercie Unizeto jedynie 0,01 punktu więcej niż ofercie odwołującego doprowadziła do wyboru jako najkorzystniejszej, jednej z najdroższych ofert w postępowaniu, tj. oferty droższej aż o 7.000.000,00 złotych od oferty odwołującego.

Wobec powyższego, uznał, iż punktacja przyznana wykonawcom Comp i Unizeto w poszczególnych kryteriach oceny ofert została obliczona w sposób nieprawidłowy i niezgodny z treścią SIWZ. Oznacza to, iż dokonany na jej podstawie wybór oferty Unizeto jako oferty najkorzystniejszej został dokonany z naruszeniem przepisów ustawy. Prawidłowe, tj. zgodne z ustalonym rozumieniem treści SIWZ przez orzeczenie KIO z dnia 22 stycznia 2013 r., obliczenie liczby punktów prowadziłyby w sposób jednoznaczny do uznania, iż ofertą najkorzystniejszą jest oferta złożona przez odwołującego – jak utrzymywał odwołujący.

Odwołujący postawił zamawiającemu alternatywny zarzut zaniechania unieważnienia przedmiotowego postępowania. Biorąc pod uwagę powyższą argumentację oraz arbitralne działania zamawiającego (sprzeczne z dotychczasową praktyką) w zakresie oceny ofert - wskazał, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a co za tym idzie powinno zostać unieważnione. Zamawiający bowiem dokonując oceny ofert robi to w sposób dowolny, nie znajdujący oparcia w postanowieniach SIWZ.

Na poparcie swoich stwierdzeń odwołujący przywołał orzeczenie KIO z dnia 21 kwietnia 2011r. (sygn. KIO 741/11) *„Wskazana wada postępowania jest niemożliwa do usunięcia - nie można powtórzyć składania ofert, natomiast biorąc pod uwagę art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, to możliwe przesłanki unieważnienia umowy są bardzo szerokie i niedookreślone. Tym samym Izba na obecnym*

*etapie postępowania musi ocenić możliwość potencjalnego unieważnienia umowy przez sąd, a w niniejszym przypadku, zdaniem Izby, może to nastąpić z dużą dozą prawdopodobieństwa, gdyż, jak Izba wskazała już powyżej, takie zachowanie Zamawiającego, na gruncie wzorcowych procedur udzielania zamówień publicznych, było niedopuszczalne”.*

Za istotę niniejszego zarzutu i żądania odwołujący uznał, iż niemożliwą do usunięcia wadą postępowania jest to, iż istnieje więcej niż jeden sposób ustalenia liczby punktów należnych ofercie, co z kolei umożliwia manipulację wynikiem. Niezależnie od tego, czy był to zamysł zamawiającego „od samego początku”, czy też jest to zbieg okoliczności, można wykazać cztery sposoby obliczania punktów. W trzech przypadkach zamówienie winien uzyskać odwołujący a w jednym Unizeto. Zamawiający wywodzi, iż to właśnie sposób liczenia punktów korzystny dla Unizeto jest właściwy w warunkach tego konkretnego postępowania. Pomija jednocześnie zasady wykładni gramatycznej, zasady matematyki i (co chyba najważniejsze) własną praktykę w liczeniu „z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.”

W następnym złożonym piśmie z dnia 11 lutego 2013 r. odwołujący podnosił co następuje: *„W związku z doręczeniem wyroku KIO z dnia 22 stycznia 2013r. (sygn. akt KIO 2295/12, KIO 2297/12, KIO 2301/12, KIO 2303/12, KIO 2305/12, KIO 2307/12, KIO 2309/12, KIO 2310/12) oraz otrzymaniem przystąpienia Unizeto Technologies S.A. z siedzibą w Szczecinie do postępowania odwoławczego koniecznym stało się zajęcie stanowiska w sprawie wniosku o odrzucenie odwołania. Odwołujący podtrzymuje w całości żądania i argumentację przedstawioną w odwołaniu oraz wskazuje na następujące okoliczności:*

*1. Okoliczność, iż Zamawiający nie zaskarżył ww. wyroku KIO ani nie poczekał na rozpatrzenie ewentualnie wniesionych skarg oznacza, iż zgadza się z zapadłym orzeczeniem w tym z jego uzasadnieniem, na co nie wskazują czynności dokonane przez Zamawiającego. Izba w swoim orzeczeniu podkreśliła różnicę pomiędzy sposobem prezentacji wyniku, a metodą jego obliczania, potwierdzając, iż zgodnie z treścią SIWZ, Zamawiający determinując dokładność do dwóch miejsc po przecinku, odnosił się do liczenia punktów, nie zaś do sposobu podawania samego wyniku dokonanych obliczeń. Również Zamawiający, w odpowiedzi na zarzuty odwołania w sprawie KIO 2310/12 stwierdził, iż punktacja będzie liczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, co wyraźnie wskazuje, że każda cyfra po drugiej cyfrze po przecinku nie będzie brana pod uwagę. Zarówno rozstrzygnięcie Izby, jak i argumentacja Zamawiającego, określają zatem sposób interpretacji postanowień SIWZ w zakresie sposobu liczenia punktów w poszczególnych kryteriach oceny ofert. KIO w uzasadnieniu swojego wyroku powołała się na opinie prof. J..... P.....*

przedstawioną przez Uczestnika postępowania zgodnie, z którą: „Co innego jest zaokrąglanie do dwóch miejsc po przecinku wyników obliczeń, które wykonywane są de facto z większą dokładnością, a co innego dokonywać obliczeń z założoną dokładnością. Obliczenia takie wykonuje się tzw. sposobem pisemnym, w którym prowadzi się obliczenia do momentu wyznaczenia drugiej cyfry po przecinku lub za pomocą urządzenia (np. kalkulatora), który większej dokładności nie musi osiągnąć i w związku z tym nie wylicza mniej znaczących cyfr niż druga cyfra po przecinku”.

2. Sposób obliczania punktacji (liczenia) w obu kryteriach oceny ofert został zatem określony jako konieczność wykonania, zgodnych z ustalonym wzorem, działań matematycznych, bez zaokrąglania, lecz dokonując czynności liczenia punktów z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku (i nie większą niż taka) i nie zaokrąglając również uzyskanego wyniku. Zatem właściwym sposobem dokonywania obliczeń powinna być metoda wskazana w odwołaniu z 4 lutego 2013 r., polegająca na „obcinaniu” trzeciej i kolejnych cyfr po przecinku podczas liczenia punktów, a więc stosując ten zabieg wobec każdego z cząstkowych wyników dokonywanych działań.

3. Ograniczenie zastosowania metody przybliżania wyniku polegającej na „obcięciu” końcówki liczby do zadeklarowanego poziomu precyzji, jedynie do wyniku końcowego (liczby finalnej), uzyskanego po zastosowaniu wszystkich zawartych we wzorze działań, jest niezgodne z zawartym w SIWZ określeniem iż przybliżeniu tą metodą podlega liczenie punktów, a nie ich ostateczny wynik.

4. Ustalone w trakcie rozpatrywania odwołania w sprawie o sygn. KIO 2310/12 rozumienie treści SIWZ jest zatem wiążące dla Zamawiającego (pod warunkiem że nie skarży orzeczenia i nie wstrzymuje się z czynnościami dokonywanymi w trakcie postępowania do czasu rozpatrzenia wniesionej skargi). Za koniecznością ponownej oceny ofert w oparciu o dokonaną przez Izbę interpretację przemawiają przede wszystkim przepisy art. 7 i art. 192 Pzp. Zamawiający jest zobowiązany do równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu i do jego prowadzenia z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji. Sytuacja „dopasowywania” sposobu rozumienia treści SIWZ do każdorazowo dowolnie przyjętej przez Zamawiającego metody oceny ofert stanowi rażące naruszenie powyższych zasad, w szczególności, gdy ma zasadniczy wpływ na wynik postępowania.

5. Zamawiający przedstawił dokładne wzory na obliczenie punktów w każdym z kryterium, posługując się przy tym oznaczeniami prostych działań matematycznych. Wobec ścisłego i aksjomatycznego charakteru tej nauki, nie ulega wątpliwości, iż sposób dokonywania tych działań jest jednoznaczny, zdeteminowany wzorem określonym przez Zamawiającego w SIWZ. Nie można

mówić w tym względzie o jakiegokolwiek interpretacji (inaczej niż w przypadku posługiwania się pojęciami „z dokładnością do” czy „zaokrąglenie”).

Zastosowany przez Zamawiającego zapis matematyczny wzorów w kryterium „sposób realizacji zamówienia” oraz „cena” wyznacza jasną kolejność dokonywania poszczególnych działań - w matematyce, w przypadku braku wyróżnienia elementów działania w nawiasach, działania „mnożenia” (symbol „x”) i „dzielenia” (symbol „/”) powinny być wykonywane kolejno, zgodnie z zapisem działania. W ten sposób, zdeterminowane zostają kolejne czynności, które Zamawiający jest zobowiązany wykonać obliczając liczbę przynależnych wykonawcy punktów, a więc również - kolejne liczby uzyskiwane w czasie wykonywanych obliczeń. Ponieważ Zamawiający określił, iż punkty będą liczone z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, wyniki poszczególnych działań matematycznych składających się na wzór obliczania punktów powinny być przybliżane w zadeklarowany przez niego sposób (obcinane liczby po dwóch cyfrach po przecinku). Dokładny opis działań, które powinien wykonać Zamawiający został zawarty w pkt III odwołania z 4 lutego 2013 r.

7. Nieskomplikowany charakter obliczeń, które należy wykonać stosując wzory ustalone przez Zamawiającego nie może prowadzić do sytuacji, w której Zamawiający nie stosuje się do reguł oceny ofert raz ustalonych w SIWZ. Działania mnożenia (i dzielenia) są przemienne, zatem w momencie gdy dokonywane są na liczbach dokładnych (z najwyższą możliwą precyzją), uzyskiwane wyniki są jednakowe niezależnie od kolejności dokonywania poszczególnych operacji.

8. Zamawiający, zawężając dokładność liczenia punktów, zrezygnował z tej właściwości tych operacji matematycznych - przy działaniach dokonywanych na liczbach niedokładnych, lecz przybliżonych nie można już mówić o przemienności mnożenia, a więc - kolejność wykonywanych działań nie jest już irrelevantna. Jako najlepszy dowód posłużyć mogą różne wyniki otrzymywane w przypadku odejścia od prawidłowej kolejności liczenia wyniku zgodnie ze wzorem zastosowanym przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający nie może ignorować konieczności dokładnego zastosowania sposobu przyznawania punktacji ustalonego w SIWZ, nawet jeśli jego konstrukcja umożliwia uzyskanie wyniku „na skróty”. Dokonana przez Zamawiającego czynność oceny ofert z odejściem od określonej w SIWZ dokładności i kolejności wykonywania działań stanowi naruszenie przepisów Pzp, prowadzi bowiem do ustalenia niezgodnego z kryteriami oceny ofert wyniku postępowania.

9. Zamawiający zatem dokonując m.in. oceny oferty Unizeto w kryterium cena nie dokonał tego zgodnie z ww. orzeczeniem KIO i swoim stanowiskiem. Ponieważ dokonując obliczenia ilorazu  $41\ 828\ 502,99/49\ 077\ 000,00 = 0,8523035839598997$

*nie obciął liczby do dwóch miejsc po przecinku a do dalszych obliczeń zamiast 0,85 wziął pod uwagę całą liczbę. Zamawiający zatem w swoich obliczeniach zachowuje się niekonsekwentnie przez co narusza ustalone przez siebie samego zasady i podważa podstawy na której KIO oparło swoje rozstrzygnięcie. Zamawiający raz bowiem przy liczeniu (ilorazu) nie dokonuje tego „z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku” żeby następnie iloczyn zaprezentować poprzez odcięcie ostatnich cyfr po dwóch miejscach po przecinku. Takie postępowanie Zamawiającego stanowi rażące naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Dla zilustrowania, iż niezależnie od przyjętej metody liczenia punktów ofertę najkorzystniejszą złożył Comp S.A. przedstawiamy w załączeniu wyliczenia punktów w poszczególnych kryteriach oceny ofert. Nie można się zgodzić z twierdzeniem Unizeto Technologies S.A. jakoby odwołanie Comp S.A. podlegało odrzuceniu z uwagi na to, iż dotyczy czynności wykonanej zgodnie z ww. orzeczeniem KIO. KIO nie nakazywało wyboru oferty Uczestnika postępowania jako najkorzystniejszej a jedynie dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert. Podstawą oddalenia poprzedniego odwołania nie stanowiły okoliczności faktyczne i prawne podnoszone w odwołaniu z dnia 4 lutego 2013 r. KIO jedynie stwierdziła, iż zarzut Odwołującego, że „obliczony przez Zamawiającego wynik dzielenia winien podlegać zaokrągleniu” jest niezasadny.*

*Biorąc pod uwagę powyższą argumentację nie ulega wątpliwości, iż odwołanie nie podlega odrzuceniu oraz zasługuje na uwzględnienie w całości.”*

Odwołujący załączył wyliczenia – potwierdzające stanowisko, że według wyznaczonych kryteriów oferta odwołującego winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 5 lutego 2013 r. zgłosili pisemne przystąpienia do postępowania odwoławczego, w kopii przesłane stronom, wykonawcy:

A. dnia 7 lutego 2013 r. Unizeto Technologies S.A. z siedzibą w Szczecinie, po stronie zamawiającego, który powołując się na interes w utrzymaniu czynności wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej wnosił o odrzucenie odwołania, gdyż zawarte w nim zarzuty dotyczą czynności wykonanych zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 22 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2295/12, KIO 2297/12, KIO 2301/12, KIO 2303/12, KIO 2305/12, KIO 2307/12, KIO 2309/12, KIO 2310/12) a ponadto podnosił, że odwołujący powołuje się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez KIO w sprawie odwołania sygn. akt 2310/12),

B. dnia 8 lutego 2013 r. Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, po stronie odwołującego, który powołując się na swój interes w uzyskaniu korzystnego dla odwołującego rozstrzygnięcia, wnosił o uwzględnienie odwołania, uznając jednocześnie, że żądania odwołującego są zasadne.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Unizeto Technologies S.A., którego interes w działaniu na rzecz utrzymania wyboru złożonej oferty jako najkorzystniejszej jest niewątpliwy.

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy Comarch Polska S.A., gdyż zgłaszający przystąpienie nie wykazał swego interesu w doprowadzeniu do wyboru - podważanej we własnych wniesionych odwołaniach - oferty wykonawcy Comp S.A.

W odpowiedzi na odwołanie przekazanej za pośrednictwem faksu w dniu 18 lutego 2013 r. zamawiający wnosił o odrzucenie odwołania - jako niedopuszczalnego z przyczyn formalnych.

Izba na posiedzeniu dopuściła z urzędu dowód z akt sprawy odwoławczej (sygn. akt. KIO/2301/12, KIO/2297/12, K10/2307/12, K10/2303/12, KIO/2305/12, KIO/2295/12, KIO/2310/12, KIO/2309/12), wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2013 r.

W poprzednim odwołaniu Sygn. akt: KIO 2310/12 z dnia 22 października 2013 r. na wybór oferty wykonawcy Unizeto Technologies S.A. dokonany dnia 12 października 2012 r. odwołujący Comp zarzucał i wnosił:

- „III. ZARZUTY. W toku przedmiotowego postępowania naruszono następujące przepisy:
1. art. 91 ust. 1 oraz ust. 4 Pzp w związku z art. 2 pkt 5 Pzp poprzez błędne i niezgodne z treścią SIWZ dokonanie oceny ofert i ustalenie, iż najkorzystniejszą ofertą w Postępowaniu jest oferta złożona przez Unizeto Technologies S.A. z siedzibą w Szczecinie (dalej: „Unizeto”), a nie oferta złożona przez Odwołującego;
  2. art. 7 ust. 1, 2 i 3 Pzp poprzez błędne i niezgodne z postanowieniami SIWZ dokonanie oceny ofert i nieprawidłowe przyznanie punktów w kryterium „Sposób realizacji przedmiotu zamówienia”;
  3. oraz innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego Odwołania.



IV. *ŻĄDANIA* Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. *unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,*
2. *unieważnienia czynności oceny ofert,*
3. *dokonania powtórnej czynności oceny ofert i przyznanie Odwołującemu 19,66 pkt w kryterium „Sposób realizacji przedmiotu zamówienia”,*
4. *dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie art. 91 ust. 1 oraz art. 91 ust. 4 Pzp (...).*

VI. *INTERES I SZKODA.* 1. *Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyby Zamawiający przyznał Odwołującemu prawidłową liczbę punktów, jego oferta zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Błędne wyliczenie należnej Odwołującemu liczby punktów skutkowało tym, że jego oferta jest drugą w kolejności w ramach kryteriów określonych przez Zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, iż w ten sposób Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż nie uzyska przedmiotowego zamówienia. (...).*

I. *W dniu 12 października 2012 r. Zamawiający przekazał Wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, w której wskazano, iż za najkorzystniejszą ofertę uznana została oferta złożona przez Unizeto. Jednakże obliczenie zgodnie z zawartym w SIWZ wzorem liczby punktów przyznanych Comp w kryterium „Sposób realizacji przedmiotu zamówienia” wskazuje, iż Zamawiający dokonał obliczenia punktacji niezgodnie ze SIWZ, ponieważ błędnie przybliżył uzyskany wynik przyznając Odwołującemu o 0,01 punktu mniej niż wynika to z opisu kryteriów oceny oferty.*

II. *Z uwagi na to, iż o wyborze oferty decydowała suma punktów przyznanych za oba kryteria, zaniżenie punktacji oferty Odwołującego w kryterium „Sposób realizacji przedmiotu zamówienia” spowodowało, że oferta Odwołującego została ostatecznie sklasyfikowana na pozycji drugiej. Poprawienie błędu i podwyższenie ostatecznej punktacji Odwołującego o 0,01 punktu oznaczałoby, że obaj wykonawcy - Comp i Unizeto - uzyskaliby równą liczbę 89,66 punktów. Przy czym, zgodnie z art. 91 ust. 4 Pzp, w przypadku uzyskania jednakowej oceny ogólnej, za ofertę najkorzystniejszą uznaje się ofertę z niższą ceną. W niniejszym Postępowaniu, Comp zaoferował cenę niższą niż Unizeto (o ponad 5 mln zł), zatem jego oferta powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.*

III. *Niezgodność pomiędzy wskazanym w SIWZ sposobem oceny ofert, a punktacją faktycznie przyznaną przez Zamawiającego polega na nieprawidłowym wyliczeniu liczby*

punktów z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku w ramach oceny punktowej przyznanej Odwołującemu w kryterium „Sposób realizacji przedmiotu zamówienia”.

IV. Zgodnie z rozdz. II pkt 2 SIWZ, ocena punktowa w ramach tego kryterium miała być dokonana zgodnie ze wzorem:

$$S = S_b/S_{max} \times 30$$

Ponieważ maksymalna liczba punktów, spośród ofert podlegających ocenie ( $S_{max}$ ) wynosiła 29 pkt, zaś liczba punktów przyznana Odwołującemu w tym kryterium ( $S_b$ ) wynosiła 19 pkt, zatem liczba punktów przyznanych Odwołującemu w tym kryterium ( $S$ ) wyniosła:

$$S=19,6551724137931 \text{ pkt}$$

W związku z tym, że punktacja, zgodnie z postanowieniami SIWZ miała być liczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, uzyskany wynik powinien wynieść 19,66 pkt.

Maksymalna liczba punktów w tym kryterium wynosiła 30,00 pkt, zaś waga kryterium wynosiła 30%. Zatem Odwołujący uzyskał 19,66%, co zgodnie z przyjętą zasadą przeliczania 1 %=1 pkt oznacza, iż liczba punktów przyznanych Odwołującemu w tym kryterium wynosi 19,66 pkt.

V. Zamawiający określając w SIWZ sposób wyliczenia punktów („punktacja będzie liczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku”) stwierdza, że wynikiem oceny częściowej będzie liczba zapisana z precyzją do dwóch miejsc po przecinku i jednocześnie jak najlepiej przybliżająca wynik dokładny. Intencją Zamawiającego jest więc minimalizacja błędu numerycznego powstającego w wyniku redukcji dokładności. Intencja Zamawiającego wyrażona w SIWZ jest jak najbardziej słuszna i powszechnie stosowana w życiu codziennym podczas podawania wszelkiego rodzaju przybliżeń a także stosowana powszechnie przez innych Zamawiających w celu wyboru oferty najkorzystniejszej. W związku z powyższym, wyliczona przez Zamawiającego ocena punktowa oferty Odwołującego, w jednym z kryteriów, a wynosząca 19,65 pkt jest nieprawidłowa, ponieważ nie została ona obliczona z właściwą dokładnością. Wynika to z faktu, że reprezentacją liczby 19,6551724137931 z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku jest jej zaokrąglenie do drugiego miejsca po przecinku, czyli liczba 19,66. Nieprawidłowa ocena punktowa przyznana przez Zamawiającego jest zatem wynikiem oczywistego błędu rachunkowego popełnionego podczas jej wyznaczania.

VI. Zgodnie z opisanym w SIWZ sposobem oceny ofert nie istnieje inna możliwość wyliczenia należnej Comp punktacji. Błędne obliczenie punktów przyznanych Odwołującemu jako 19,65 pkt wynika z faktu niezastosowania przez Zamawiającego, matematycznej reguły zaokrąglania wyników do wymaganej w SIWZ dokładności do dwóch miejsc po przecinku. W powszechnym rozumieniu zwrot „podanie liczby z dokładnością do” oznacza konieczność jej

zaokrąglania przy zastosowaniu tzw. matematycznej metody zaokrąglania. Przedstawiają powszechnie i de facto intuicyjnie stosowana funkcja  $fn(x)$ , gdzie  $n$  oznacza liczbę miejsc po przecinku, z dokładnością do których ma być przedstawiony dany wynik. Jeżeli na  $n+1$  miejscu po przecinku znajduje się cyfra większa lub równa 5, to wtedy w zaokrąglanej liczbie wszystkie cyfry od  $n$  miejsca po przecinku (włącznie) zastępuje się zerami oraz do zaokrąglanej liczby dodaje się, liczbę równą  $10^n$ .

VII. Jest to ustalona konwencja przedstawiania liczb z dokładnością do  $n$  miejsc po przecinku, stosowana zarówno w codziennych relacjach, jak i w nauce matematyki (już od poziomu szkoły podstawowej) oraz w wielu innych dziedzinach specjalistycznych (np. miernictwo, statystyka, rachunkowość, budownictwo, geodezja, fizyka etc). W wielu zadaniach (dotyczących powyższych dziedzin) znajdują się żądania typu:  $n$  podaj wynik „z dokładnością do” i zawsze te sformułowania oznaczają konieczność podania wyniku z zastosowaniem zaokrągleń zgodnie z matematycznymi zasadami. Została ona również uznana i opisana w Polskiej Normie PN-70/N-02120. Stosowanie opisanej wyżej matematycznej metody przedstawiania liczb z dokładnością do  $n$  miejsc po przecinku, jako najbardziej rozpowszechnionej i niejako „domyślnej” metody przedstawiania wyników działań matematycznych, pozwala na odpowiednie zrozumienie i ustalenie dokładności (a także minimalizację błędu) dokonanej operacji i komunikowanych odbiorcom wyników.

VIII. Taki wniosek jest zgodny z rozumieniem samego zwrotu „z dokładnością do”, który oznacza do jakiego stopnia należy posunąć precyzję podawania (obliczania) wyniku. W wyniku należy pominąć cyfry znajdujące się na dalszych miejscach po przecinku, w taki sposób, aby prezentowana liczba była jak najbliższa wartości uzyskanej. Proste „odcięcie” liczb na dalszych pozycjach w przypadku, gdy wartość kolejnej cyfry jest duża prowadziłoby do zafałszowania uzyskanego wyniku, np. pominięciu ulegałaby różnica między wartościami takimi jak 4,99 a 4,00. Zatem w matematyce stosuje się zasadę uwzględniającą w podlegających przybliżeniu wynikach wartość końcówki jeśli jest ona duża. Powszechnie uznaje się za „dużą”, czyli podlegającą uwzględnieniu, cyfry 5, 6, 7, 8 i 9. Oznacza to, iż przyznanie przez Zamawiającego 19,65 pkt ofercie Odwołującego było obarczone większym błędem (0,03%) niż gdyby Zamawiający przyznał prawidłową liczbę punktów tj. 19,66 (błąd 0,02%), czyli zastosował się do postanowień SIWZ i podał liczbę z określoną tam dokładnością.

IX. W związku z powyższym. Zamawiający deklarując podawanie wyników punktacji „z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku”, powinien był zastosować matematyczną metodę zaokrąglania, dodając do liczb, w których „pomijał końcówki” większe lub równe 0,005, wartość 0,01. Przyjęcie przez Wykonawcę takiego sposobu rozumienia SIWZ było

zatem uzasadnione, tym bardziej że w innych postępowaniach prowadzonych przez tego samego Zamawiającego (w których Odwołujący brał udział) Zamawiający posługując się takim samym sformułowaniem „z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku” oznaczało zaokrąglanie wg ww. zasad. Tytułem przykładu należy wskazać, iż w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Zaprojektowanie, Wykonanie i Wdrożenie Systemu P2” (znak: CSIOZ- WZP.6151.48.2011) w części 1 Zamawiający przyznając punkty wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego tj. Comp S.A. oraz Techelon sp. z o.o. dokonał obliczenia punktów zgodnie z powyższymi zasadami tzn. zaokrąglił wynik do 77,02 pkt. Biorąc zatem pod uwagę powszechne znaczenie sformułowania „z dokładnością do” oraz praktykę Zamawiającego (a także innych Zamawiających) sposób obliczenia punktów określony przez Zamawiającego nie budził wątpliwości wykonawców. Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji błędnego zastosowania przez Zamawiającego przyjętych zasad obliczania punktacji. (...).

W odpowiedzi na poprzednie odwołanie, przytaczanej za uzasadnieniem wyroku KIO z dnia 22 stycznia 2013 r. Sygn. akt: KIO 2310/12 zamawiający stwierdził: „że zarzuty Odwołującego Comp są całkowicie chybione, bowiem Zamawiający określił jednoznacznie w SIWZ, że punktacja będzie liczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, co wyraźnie wskazuje, że każda cyfra po drugiej cyfrze po przecinku nie będzie brana pod uwagę.

Zamawiający podniósł, że Odwołujący wskazał w odwołaniu, że jego oferta powinna była uzyskać 19,66 pkt co stoi w sprzeczności z zapisami SIWZ, której treść stanowi jak powyżej. Odwołujący zakładał, że Zamawiający obliczył punktację w przedmiotowym zakresie z dokładnością do kilkunastu miejsc po przecinku, a następnie dokonał błędnych zaokrągleń.

Odwołujący nie udowodnił jednak, że dokładnie taki ciąg zdarzeń miał miejsce oraz że w wyniku tych zdarzeń, oferta Odwołującego została [odrzucona] niezgodnie z przepisami oraz dokumentacją postępowania. Z takim twierdzeniem, w szczególności z budowaniem tezy w oparciu o niesprawdzone, nieprawdziwe informacje, Zamawiający zgodzić się nie może.

Zamawiający stwierdził, że określił w dokumentach postępowania, iż przyzna punkty (w rzeczonym kryterium) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Nieprawdziwą i wręcz niezgodną z zapisami dokumentacji jest teza, jakoby Zamawiający miał przyznawać punkty z dokładnością do kilkunastu miejsc po przecinku, a następnie miał dokonywać analiz rachunkowych oraz zaokrągleń.”

Wyrokiem sygn. akt. KIO/2301/12, KIO/2297/12, KIO/2307/12, KIO/2303/12, KIO/2305/12, KIO/2295/12, KIO/2310/12, KIO/2309/12 z dnia 22 stycznia 2013 r. Izba oddaliła w całości odwołanie wykonawcy Comp S.A. o sygn. akt KIO 2310/12.

W uzasadnieniu swego rozstrzygnięcia Izba podała: „Odwołujący COMP S.A. podniósł zarzut niewłaściwej, niezgodnej z postanowieniami SIWZ oceny jego oferty, w wyniku której jego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu, a powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu.

Zamawiający natomiast stwierdził, że zarzuty Odwołującego Comp S.A. są całkowicie chybione, bowiem Zamawiający określił jednoznacznie w SIWZ, że punktacja będzie liczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, co wyraźnie wskazuje, że każda cyfra po drugiej cyfrze po przecinku nie będzie brana pod uwagę.

Na poparcie zasadności zarzutu odwołania Odwołujący przedstawił jako dowód w sprawie kilkadziesiąt różnego rodzaju dokumentów w tym dokumenty prywatne zatytułowane jako opinie. Złożył opinię dotyczącą zasad zaokrąglania liczb i związanej z tym terminologii, sporządzoną przez prof. zw. dr hab. A..... P....., pn. Wykonywanie obliczeń numerycznych i przedstawienie ich wyników z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, opinię sporządzoną przez Pana A..... C..... - doktoranta z zakresu matematyki, a także szereg dokumentów na okoliczność jak w innych postępowaniach – w tym prowadzonych przez Zamawiającego dokonywano obliczeń punktacji ofert, a także wyciąg z wielu podręczników szkolnych do nauki matematyki.

Z przedstawionych dokumentów, a w szczególności zaprezentowanego stanowiska Pani prof. A..... P..... wynikało iż liczby mogą być dokładne lub przybliżone. Liczba dokładna wyraża dokładnie ilość, np. 5 , 25 , 0,75 , albo jest rezultatem obliczenia, w którym występują tylko liczby dokładne. Natomiast liczbą przybliżoną nazywa się liczbę, która wyraża przybliżoną wartość danej liczby. Liczba przybliżona może być podana z nadmiarem lub niedomiarem. Dla np. liczby 13,846 wartość 13,84 jest przybliżeniem z niedomiarem, natomiast 13,85 przybliżeniem z nadmiarem. Różnica między wartością przybliżoną i dokładną nazywa się błędem przybliżenia. Błąd ten jest dodatni w przypadku przybliżenia nadmiarowego i ujemny, gdy przybliżenie jest z niedomiarem. Następnie zostały podane stosowane w matematyce zasady zaokrąglania liczb.

Podobnie w drugim dokumencie Pan A..... C..... wskazał, iż w przedmiotowej sprawie rozważenia wymaga jak należy rozumieć sformułowanie „obliczyć/wyznaczyć z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku”. Podniósł, że „w słowniku języka polskiego (PWN) znajdujemy następującą definicję pojęcia dokładny - wykonujący coś lub wykonany z

wielką starannością i dbałością o szczegóły”. Jego zdaniem sformułowanie z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku oznacza konieczność zaokrąglenia wyniku zgodnie z powszechnie obowiązującymi zasadami:

- jeśli pierwsza odrzucana cyfra jest mniejsza niż 5, to ostatnia zachowana cyfra nie ulega zmianie,
- jeśli pierwsza odrzucana cyfra jest większa niż 5 lub jest równa 5 i następują po niej dalsze cyfry (różne od zera), to ostatnią zachowaną cyfrę zwiększamy o 1,
- jeśli pierwsza odrzucana cyfra wynosi 5 i po niej następują same zera, to ostatnią zachowaną cyfrę zwiększamy o 1, jeśli jest nieparzysta (zaokrąglamy do parzystej).

Podobne stanowisko zdaniem Izby, można wywieść również z pozostałych załączonych dowodów.

Przystępujący po stronie Zamawiającego wykonawca Unizeto Technologies S.A., którego oferta w przypadku uwzględnienia odwołania wykonawcy Comp. S.A. mogłaby nie być ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu, przedstawił prywatną opinię w tej sprawie, sporządzoną przez Prof. dr hab. inż. J..... P..... W przedłożonej opinii zostało podniesione, iż Zamawiający dokonał obliczeń zgodnie z podaną w SIWZ zasadą i prawidłowo przedstawił punktację w poszczególnych kategoriach oceny ofert. Sposób obliczenia punktacji w kryterium „sposób realizacji zamówienia” należało uznać za prawidłowy, a kwestionowanie tego sposobu przez Odwołującego jest bezpodstawne. Nadto stwierdził, że zastosowana przez Zamawiającego metoda obliczenia wartości polegająca na prowadzeniu wyliczenia do momentu określenia drugiej cyfry po przecinku jest zgodna z zasadą podaną w SIWZ, a tym samym wyliczone wartości punktów dla oferty Comp S.A. należy uznać za prawidłowe. Wskazał, że Zamawiający określił sposób obliczania punktów przydzielanych w poszczególnych kryteriach oceny ofert jak i sposób obliczenia łącznej liczby punktów w rozdziale VII pt. „Kryteria i zasady oceny ofert”. W żadnym innym miejscu SIWZ, ani w żadnym innym miejscu dokumentacji dotyczącej przedmiotowego postępowania Zamawiający nie zmienił podanego sposobu, ani nie dokonał jego dodatkowej interpretacji.

Przystępujący Unizeto podniósł, że w żadnym miejscu w SIWZ Zamawiający nie przewidział sytuacji, w której będzie prowadził obliczenia z większą dokładnością w celu redukcji błędu poniżej 0,01 punktu. Ponadto nadmienił, że Zamawiający w SIWZ nie stanowił ani o precyzji podawania wyniku ani o prezentacji liczby, ale o liczeniu z dokładnością. W matematyce i technice terminy użyte przez Odwołującego i Zamawiającego mają zupełnie

*inne znaczenie, zgodne zresztą z powszechnym rozumieniem tych pojęć; co innego jest liczenie, a co innego podawanie lub prezentowanie wyniku.*

*Rozpatrując powyższy zarzut Izba wskazuje, że zgodnie z treścią Rozdziału VII pkt II.1 ppkt 1.2.1; 2.2 i 3 Zamawiający postanowił, że „punktacja będzie liczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku”.*

*Tym samym, przedmiotem sporu pomiędzy stronami i przystępującymi jest kwestia sposobu obliczenia wyniku procentowego wg. podanego w SIWZ wzoru i ustalenia czy należy przyjąć najbardziej dokładny wynik poprzez jego zaokrąglenie czy też przybliżony wynik dzielenia, poprzestając na odcięciu powyżej dwóch miejsc po przecinku, kolejnych liczb.*

*Należy wskazać, że zarówno w europejskim jak i polskim systemie prawnym kwestia zasad ustalania wyniku obliczeń z dokładnością do określonej ilości miejsc po przecinku jest kwestią sporną. W tym zakresie umownie obowiązują dwie zasady ustalania dokładności wyliczeń. Jeśli chodzi o ceny i kwoty wyrażone w PLN, to obowiązuje zasada jak i przepisy, iż wynik jest zaokrąglany do dwóch miejsc po przecinku. Drugi sposób polega na ustaleniu takiej precyzji obliczania, która najczęściej pojawi się na ekranie urządzenia obliczającego, czyli poprzez odcięcie kolejnych liczb powyżej zakładanej dokładności.*

*Tym samym można jednoznacznie stwierdzić, że czym innym będzie ZAOKRĄGLENIE, a co innego WYŚWIETLANIE z zadaną ilością cyfr po przecinku. Co do zasady zgodnie rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 22 marca 2002 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (§ 35 ust. 5, Dz. U. nr 27, poz. 268 z późn. zm.) podany jest algorytm, według którego zaokrąglane są kwoty na fakturach: "Kwoty wykazywane w fakturze zaokrągla się do pełnych groszy, przy czym końcówki poniżej 0,5 grosza pomijają się, a końcówki 0,5 grosza i wyższe zaokrągla się do 1 grosza." Innych kwestii przepisy wprost nie regulują.*

*Odnosząc się do powyższych ustaleń i stanowisk stron i uczestników, zdaniem Izby zasadne jest przyjęcie stanowiska, że aby ustalić wynik do określonej ilości miejsc po przecinku dokonując zaokrąglenia ostatniej cyfry, niezbędne jest użycie stwierdzenia, że „wynik zaokrągla się”. W innym przypadku brak jest przeszkód aby ustalić wynik do dwóch miejsc po przecinku poprzez odcięcie trzeciej i kolejnej cyfry.*

*W tym zakresie Izba przychyliła się do stanowiska prezentowanego w opinii prof. Purczyńskiego, iż Odwołujący oparł swój wywód na niewłaściwej interpretacji sposobu wykonania obliczeń z zadaną dokładnością przeciwstawiając temu sposobowi zasadę prezentacji wyniku z określoną liczbą miejsc po przecinku dokonując w tym celu zaokrąglenia*

wartości, którą otrzymać można w wyniku przeprowadzenia obliczenia z większą dokładnością niż była wymagana.

*Tym samym biorąc pod uwagę treść postanowień SIWZ za niezasadny należy uznać zdaniem Izby zarzut Odwołującego, że obliczony przez Zamawiającego wynik dzielenia winien podlegać zaokrągleniu.*

*Tym samym zarzut ten nie może być uwzględniony i całe odwołanie oparte na tym zarzucie podlega oddaleniu.”*

Izba rozpatrując odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 246/13 na posiedzeniu bez udziału stron i uczestnika, stwierdziła, że zachodzi zbieg podstaw do odrzucenia wniesionego odwołania.

Okolicznością bezsporną jest, że Izba w wyroku z dnia 22 stycznia 2013 r. oddaliła w całości odwołanie wykonawcy Comp S.A. oparte na zarzucie, iż sposób liczenia punktacji w kryterium „Sposób realizacji przedmiotu zamówienia” zastosowany przez zamawiającego jest nieprawidłowy i nie odpowiada wskazaniom zawartym w treści Rozdziału VII pkt II.1 ppkt 1.2.1; 2.2 i 3 SIWZ. Zamawiający postanowił, że „Punktacja będzie liczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.” Odwołujący dosłownie zarzucał „błędne i niezgodne z postanowieniami SIWZ dokonanie oceny ofert i nieprawidłowe przyznanie punktów w kryterium „Sposób realizacji przedmiotu zamówienia.” Odwołujący wnosił też o „nakazanie Zamawiającemu (3) dokonania powtórnej czynności oceny ofert i przyznanie Odwołującemu 19,66 pkt w kryterium „Sposób realizacji przedmiotu zamówienia.”

Na podstawie poczynionych ustaleń, Izba wyraźnie stwierdziła, że „zarzut ten nie może być uwzględniony i całe odwołanie oparte na tym zarzucie podlega oddaleniu.” Z tych względów Izba oddaliła poprzednio wniesione odwołanie wykonawcy Comp - dotyczące nieprawidłowych wyliczeń punktacji jego oferty.

Powyższe potwierdza wprost, że w odniesieniu do postawionych w poprzednim odwołaniu zarzutów – Izba nie znalazła podstaw do ich uwzględnienia, zatem przesądziła, że zastosowany przez zamawiającego sposób liczenia punktacji w ocenianych kryteriach i prezentacji jego wyniku końcowego jest właściwy, zgodny z regulacjami SIWZ.

Skoro Izba oddaliła odwołanie wykonawcy Comp, nie nakazując tym samym żadnych zmian w zakresie sposobu naliczania punktacji oceny ofert w ustalonych kryteriach: „Sposób realizacji przedmiotu zamówienia” oraz „cena” - zamawiający był uprawniony, a wręcz był zobowiązany aby przy ponownej ocenie ofert, nakazanej przez Izbę w związku z rozpatrzeniem innych odwołań (połączonych do łącznego rozpoznania) - zastosować



dokładnie taki sam sposób obliczenia punktacji ofert, jak przy pierwszej ocenie. Oddalenie odwołania należy bowiem odczytywać jako potwierdzenie prawidłowości dotychczasowych działań zamawiającego.

Z porównania wyników przetargu i oceny ofert z dnia 12 października 2012 r. oraz z dnia 24 stycznia 2013 r. wynika, że rezultat tej oceny nie uległ żadnym zmianom i wynosił poprzednio oraz obecnie dla oferty Unizeto Technologies S.A. 89,66 pkt, w tym „cena” 59,66 pkt i „sposób realizacji przedmiotu zamówienia” 30,00 pkt. Oferta odwołującego zarówno w poprzedniej ocenie, jak i obecnie rozpatrywanej uzyskała punktację 89,65, w tym w tym „cena” 70,00 pkt i „sposób realizacji przedmiotu zamówienia” 19,65 pkt.

Należy zatem stwierdzić, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią zapadłego wyroku Izby. W konsekwencji - w takiej sytuacji jak zaistniała - zachodzą obligatoryjne podstawy do odrzucenia odwołania w oparciu o postanowienia art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp obligującego Izbę do odrzucenia następnie wniesionego odwołania.

Wyrok Izby z dnia 22 stycznia 2013 r. jest wiążący dla składu orzekającego w niniejszej sprawie w zakresie rozpatrzonych zarzutów odwołania, do których Izba nie może obecnie wracać i rozpatrywać ich ponownie. Poprzednie rozstrzygnięcie, jako niezaskarżone - korzysta z powagi rzeczy osądzonej *res iudicata*. Jediną drogą wzruszenia niekorzystnego dla odwołującego Comp wyroku Izby w sprawie sygn. akt KIO 2310/12 – oddalającego jego zarzuty oraz żądania - było skorzystanie z możliwości wniesienia skargi i poddanie wyroku Izby weryfikacji przez Sąd Okręgowy. Możliwość wniesienia środka ochrony prawnej wobec ponownej czynności zamawiającego istnieje tylko i wyłącznie wtedy, gdy zamawiający dopuścił się nowego, dotychczas nierozpatrzonego i wcześniej niemożliwego do zaskarżenia naruszenia ustawy Pzp. Niedopuszczalność orzekania przez Izbę w odniesieniu do tych samych zarzutów (w tej samej sprawie) urzeczywistnia zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, której przejawem jest między innymi regulacja art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący w części przywołuje te same zarzuty i te same okoliczności, które były przedmiotem poprzedniego rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się, o czym mowa w art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp, stanowiące samodzielną przesłankę odrzucenia odwołania. W części zaś rozszerza zarzuty, obejmując ich zakresem także sposób liczenia punktacji w „kryterium ceny” w odniesieniu do oferty wybranego wykonawcy, czy sposób przeprowadzania kolejnych operacji matematycznych i przyjmowania ich wyniku końcowego. Zarzuca bowiem „dokonanie oceny ofert i nieprawidłowe przyznanie punktów: odwołującemu w kryterium „Sposób realizacji przedmiotu zamówienia” oraz Unizeto w kryterium „Cena.”

W ocenie Izby, tego rodzaju rozszerzone zarzuty należy uznać za spóźnione w świetle postanowień art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który wyznacza wykonawcy termin zawity na wniesienie odwołania wynoszący 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego, stanowiącej podstawę wniesienia odwołania. Za taką czynność, co Izba podkreśla - należało uznać pierwszy wybór oferty wykonawcy Unizeto Technologies S.A. (i ocenę oferty odwołującego), dokonane w dniu 12 października 2012 r. Wówczas bowiem odwołujący mógł i powinien podnieść wszystkie zarzuty wobec zastosowanego przez zamawiającego matematycznego sposobu obliczania punktacji ofert i podania ich wyniku - w zakresie wszystkich kryteriów wyznaczonych w SIWZ, w tym także w odniesieniu do „ceny”.

Realizując postulat szybkości postępowania i spójności jego wyniku, ustawodawca nakazał, aby wszystkie czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie, wykonywać jednocześnie, dotyczy to zwłaszcza zgłaszania zarzutów wobec podejmowanych czynności i zaniechań zamawiającego. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której wykonawca w kolejnym odwołaniu przywołuje okoliczności, które mógł ujawnić po pierwszym badaniu i ocenie ofert, dotyczące: punktacji oferty konkurenta w kryterium „cena,” sposobu przeprowadzania kolejnych działań matematycznych i prezentacji ich wyniku, czy wadę postępowania, obligującą do unieważnienia przetargu.

Nie do pogodzenia z zasadą koncentracji i szybkości rozpatrywania środków ochrony prawnej jest, aby wykonawca niezadowolony z wyniku postępowania - po nakazanej z innych względów ponownej ocenie ofert - wynajdywał co raz to nowe przyczyny służące jako podstawa do wnoszenia kolejnych odwołań. Ani oddalający wyrok Izby na to nie wskazywał, ani też zamawiający nie dokonał w odniesieniu do przyznawania ofertom punktacji w wyznaczonych kryteriach - żadnych zmian w trakcie ponownej oceny ofert, które uzasadniałyby podstawy do podnoszenia nowych zarzutów z zachowaniem terminu wyznaczonego w ustawie Pzp - w oparciu o rzekome nowe okoliczności. Działania takie nie mogą korzystać z ochrony, a formułowane w tym zakresie zarzuty nie podlegają merytorycznemu rozpatrzeniu.

Rozszerzone zarzuty odwołania Izba uznała za zgłoszone z uchybieniem terminu, zatem odwołanie w tym zakresie również podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 tej ustawy. Przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Przepis ten znajduje odpowiednie

zastosowanie nie tylko do odrzucenia odwołania w całości, ale także do poszczególnych zarzutów odwołania podnoszonych z uchybieniem terminu, które nie podlegają rozpatrzeniu.

Zdaniem Izby całokształt zarzutów i żądań przedstawionych obecnie przez odwołującego, ze wszechstronnym zróżnicowaniem sposobów ich ujęcia - był możliwy do sformułowania i podniesienia przy podważaniu oceny ofert dokonanej w dniu 12 października 2012 r. Ponowna ocena ofert dokonana w tym przypadku w dniu 24 stycznia 2013 r. nie przywróciła odwołującemu żadnych terminów do skarżenia czynności zamawiającego, również przyjętej od początku postępowania i zastosowanej metody liczenia punktów w ustalonych kryteriach. Jedynym obowiązującym wyznacznikiem w tym zakresie był sposób wskazany w SIWZ, której postanowienia zawierają standardowe wręcz stwierdzenie liczenia punktów „z dokładnością do drugiego miejsca po przecinku.” Żaden przepis prawa nie stoi na przeszkodzie takiemu ukształtowaniu zapisów SIWZ. Postanowienia SIWZ odwołujący zaakceptował nie wnosząc na nie środków zaskarżenia, są one zatem wiążące zarówno dla zamawiającego jak dla wykonawców. Zamawiający natomiast przeprowadził ponowny wybór ofert z tą samą konsekwencją, jak poprzedni - w czym upewnił go oddalający zarzuty wyrok Izby wydany w dniu 22 stycznia 2013 r. w sprawie sygn. akt KIO 2310/13, i to bez względu na możliwości odczytywania sensu jego uzasadnienia.

Żadne też nowe okoliczności ani uprawnienia odwołującego nie wynikały z faktu doręczenia przedmiotowego wyroku wraz z uzasadnieniem po dacie wniesienia niniejszego odwołania, tj. dnia 7 lutego 2013 r. Jednoznaczna treść rozstrzygnięcia – oddalenie odwołania wraz podaniem ustnych motywów była odwołującemu znana od daty ogłoszenia wyroku.

Wykonawca jest związany ustawowym terminem wniesienia odwołania, który ma charakter zawity, a jego upływ powoduje utratę możliwości skorzystania z wymienionego środka ochrony prawnej. Bezskuteczny upływ w dniu 22 października 2012 r. ustawowo zakreślonego terminu - spowodował wygaśnięcie uprawnień wykonawcy do skorzystania z wymienionego środka ochrony prawnej. Z tych względów, Izba nie miała podstaw do merytorycznego rozpoznania odwołania.

Postępowanie w sprawie wykazało, że odwołanie dotyczy czynności wykonanych zgodnie z treścią wyroku Izby i przy tych samych okolicznościach podnoszonych w poprzednim odwołaniu (art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 Pzp). W części rozszerzonych zarzutów odwołanie zostało wniesione z uchybieniem terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, co obligowało Izbę do jego odrzucenia w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie.

Zaistnienie którejkolwiek z podstaw określonych art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, które pozostają ustalone z urzędu, obliguje Izbę do odrzucenia odwołania. Zgodnie z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika.

Podnoszony przez odwołującego zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 146 ust. 6 Pzp - poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego - polegającą na możliwości arbitralnego i sprzecznego z dotychczasową praktyką zamawiającego, oceną ofert, co potwierdziła dopiero ponowna ocena ofert z dnia 24 stycznia 2013 r. - nie podlegał rozpatrzeniu. Zarzut ten odwołujący oparł na ogólnikowym uzasadnieniu, że *„postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a co za tym idzie powinno zostać unieważnione. Zamawiający bowiem dokonując oceny ofert robi to w sposób dowolny, nie znajdujący oparcia w postanowieniach SIWZ.”*

Powszechnie uznawanym poglądem jest, że wykonawcy nie mają interesu w domaganiu się unieważnienia postępowania - *a contrario* do przywoływanych przez odwołującego przesłanek wykazania legitymacji czynnej do wniesienia odwołania *„legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że: 1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie 2) poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.”* Przez „dane zamówienie” rozumie się konkretnie oznaczone i wszczęte w podanym terminie postępowanie, a nie przyszłe, nawet na ten sam przedmiot zamówienia – po ewentualnym unieważnieniu obecnie prowadzonego przetargu.

Z wymienionych względów, Izba uznała podnoszenie tego zarzutu za wybieg taktyczny – mający doprowadzić do skierowania sprawy do merytorycznego rozpatrzenia na rozprawie w aspekcie ustalania materialnej przesłanki wykazania interesu do wniesienia odwołania. W ocenie Izby, jest to niedopuszczalne obchodzenie przepisów proceduralnych - dotyczących podstaw do odrzucenia odwołania i jako takie nie stanowiło przeszkody do odrzucenia odwołania na posiedzeniu - o ile Izba stwierdziła wszelkie ku temu podstawy.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało odrzucone kosztami postępowania należało obciążyć odwołującego.

Na podstawie § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

