

Sygn. akt: KIO 1331/17

WYROK

z dnia 12 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 czerwca 2017 r. przez wykonawcę **Trakcja PRKil S.A., ul. Złota 59 lok. XVIII P., 00-120 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Trakcja PRKil S.A., ul. Złota 59 lok. XVIII P., 00-120 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Trakcja PRKil S.A., ul. Złota 59 lok. XVIII P., 00-120 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Trakcja PRKil S.A., ul. Złota 59 lok. XVIII P., 00-120 Warszawa** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. 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 Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w stacji Rzeszów Główny w ramach projektu „Poprawa stanu technicznego infrastruktury obsługi podróżnych (w tym dostosowanie do wymagań TSI PRM), Etap III Rzeszów Główny”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 21 czerwca 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2017/S 117-235343.

W dniu 30 czerwca 2017 r. wykonawca Trakcja PRKil S.A. (dalej: „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegających na:

- zamieszczeniu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) (w Informacji dla wykonawców (dalej: „IDW”) postanowienia 20.7.1. naruszającego zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- odwołaniu się w ww. postanowieniu do innego postanowienia IDW, tj. postanowienia 20.8, które nie odnosi się do tematyki zawartej w postanowieniu 20.7.1, czym naruszył obowiązek jasnego, przejrzystego opisanie kryteriów oceny ofert.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że zamieszczenie przez zamawiającego postanowienia 20.7.1 IDW dokonane zostało z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, w szczególności z naruszeniem dyspozycji art. 7 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt 13) ustawy Pzp w sposób mogący mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący odnosząc się do zamieszczonego w postanowieniu 20.7.1. IDW odwołania do pkt 20.8 IDW stwierdził, że po analizie innych postanowień IDW można wysnuć wniosek, że zamawiającemu chodziło nie o pkt 20.8, tylko o pkt 20.6 IDW. Odwołujący zauważył jednak, że treść SIWZ winna być jasna i nie podlegająca wykładni, czy interpretacji. Zdaniem odwołującego, Zamawiający nie dokonując opisu kryteriów oceny ofert w sposób jasny, nie wymagający interpretacji przez wykonawców, nie dopełnił obowiązku wynikającego z art. 36 ust. 1 pkt 13) ustawy Pzp, a tym samym naruszył ten przepis.

Odwołujący podniósł ponadto, że podany przez zamawiającego w pkt 20.7.1 lit. b)

IDW schemat dopuszczający stosowanie różnych wzorów do przyznawania punktów ofertom zależnie od tego, czy cena danej oferty jest mniejsza lub równa średniej miarodajnej, albo wyższa od niej, w sposób szczególny stwarza możliwość naruszenia przez zamawiającego zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący wskazał, że odrzucenie oferty najdroższej lub innych ofert wpłynie na wysokość średniej miarodajnej, wskutek czego dana oferta może być oceniana wg wzoru z pkt 20.7.1 lit. b) tiret pierwsze IDW albo tiret drugie, wynikiem czego będzie różna ilość przyznanych punktów tej samej ofercie. Jak zaznaczył odwołujący, działanie zamawiającego może wpłynąć na ranking ofert. Na uwagę zasługuje, w ocenie odwołującego, także fakt, że odrzucenie przez zamawiającego oferty (ofert) może doprowadzić do zmniejszenia ilości ofert do 3 i w efekcie do zastosowania wzoru wskazanego w pkt 20.7.1 lit. a) IDW. Skutkiem tego będzie także znaczna różnica w ilości przyznanych punktów tej samej ofercie, w stosunku do sytuacji, gdyby oferty (ofert) nie odrzucono. Ww. zmiany wzoru obliczenia punktów będą miały wpływ na ilość uzyskanych punktów przez daną ofertę w kryterium „całkowita cena brutto”. Odwołujący podkreślił, że w niektórych przypadkach zmiana ilości punktów przyznanych ofercie, po odrzuceniu oferty najdroższej, będzie wręcz drastyczna.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że odrzucenie przez zamawiającego oferty najdroższej (najdroższych) z prawie 100% pewnością pozostanie bez kontroli. Jak zauważył odwołujący, wykonawca, który złożył ofertę najdroższą nie będzie miał interesu we wniesieniu dowołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nawet wtedy, gdy będzie miał pewność, że jego oferta została odrzucona niezasadnie.

Odwołujący stwierdził dodatkowo, że z wykorzystaniem aktualnych postanowień IDW może dojść do zмовы przetargowej. Przykładowo odwołujący wskazał, że dwóch wykonawców może porozumieć się i wskutek tego jeden może złożyć ofertę z ceną rynkową, a drugi może złożyć ofertę z ceną bardzo wysoką (z ceną dającą pewność, że będzie to oferta najdroższa) i w zależności od sytuacji, wykonawca z ofertą drogą podejmie czynności, aby ofertę utrzymać w grze lub doprowadzić do jej odrzucenia, albo do wykluczenia go z postępowania (np. wskutek niezłożenia wyjaśnień lub nieuzupełnienia dokumentów). Jeśli droga oferta zostanie odrzucona, to, zgodnie ze schematem i wzorem liczenia średniej miarodajnej, nie ta najdroższa oferta zostanie wyłączona z liczenia średniej miarodajnej, tylko oferta bezpośrednio tańsza od niej, bowiem to ona stanie się najdroższą ofertą spośród ofert złożonych w terminie i nie odrzuconych. Powyżej opisany możliwy manewr ewentualnych zmówionych wykonawców zmniejszy ilość ocenianych ofert i obniży średnią miarodajną, co wpłynąć może na zastosowanie względem oferty wykonawcy wzoru z pkt 20.7.1 lit. b) tiret drugie albo wzoru z pkt 20.7.1 lit b) tiret pierwsze. Odwołujący zaznaczył, że to zmówieni wykonawcy zdecydują o sposobie liczenia punktów. Odwołujący zwrócił też

uwagę, że do zmowy przetargowej wykonawców może dojść także po otwarciu ofert, kiedy to wykonawcy będą już znać ceny wszystkich ofert.

Odwołujący przypomniał, że w pkt 20.7 IDW występują jeszcze dwa inne kryteria oceny ofert, tj. termin realizacji zamówienia - waga 20%, doświadczenie personelu wykonawcy - waga 20%. Odwołujący wskazał, że wobec występowania ww. innych kryteriów oceny ofert, fakt przyjęcia przez zamawiającego różnego schematu liczenia punktów w kryterium „całkowita cena brutto” może spowodować wystąpienie drastycznej zmiany ilości przyznanych ofertom punktów w zależności od ilości odrzuconych przez zamawiającego ofert i to może mieć kardynalne znaczenie dla rankingu ofert. Odwołujący zauważył, że jeżeli oferta wykonawcy, w zależności od sytuacji faktycznych opisanych wyżej, otrzyma drastycznie różną ilość punktów w kryterium „całkowita cena brutto”, to wpływ pozostałych kryteriów oceny ofert na całkowitą ilość punktów przyznanych ofercie tego wykonawcy bardzo zmieni się, zmniejszy się lub zwiększy się. I tak, jeśli różnica pomiędzy ofertami w ilości przyznanych punktów w kryterium „całkowita cena brutto” jest nieznaczną, to łączna waga 40% wg pozostałych kryteriów będzie miała istotne znaczenie dla miejsca danej oferty w rankingu. Jeśli różnica ta będzie znaczna, to dodane punkty wyliczone wg pozostałych kryteriów będą miały nieznaczny wpływ na ranking ofert.

Odwołujący poinformował, że bierze udział w innym postępowaniu prowadzonym przez tego samego zamawiającego, gdzie obowiązuje ten sam sposób przyznawania ofertom punktów, jak w przedmiotowym postępowaniu. Tamten przetarg nie jest jeszcze rozstrzygnięty, otwarcie ofert nastąpiło w dniu 20 czerwca 2017 r. Jak podał odwołujący, jeżeli zamawiający nie odrzuci żadnej oferty, to oferta odwołującego zajmie IV miejsce w rankingu. Gdyby natomiast zastosowany został jednolity wzór przyznawania ofertom punktów dla wszystkich ofert, tj. przyjęcie wzoru zawartego w pkt 20.7.1 lit. a) IDW (o co odwołujący wnosi w odwołaniu), to oferta odwołującego zajęłaby II miejsce w rankingu.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający pozornie wprowadził trzy kryteria oceny ofert, preferując i tak w każdym przypadku ofertę z najniższą ceną. Jak zauważył odwołujący, oferta taka otrzyma zawsze 60 pkt w kryterium „całkowita cena brutto” bez względu na ilość ofert złożonych w terminie i nie odrzuconych. Inne zaś oferty otrzymają różną ilość punktów, w zależności od ilości ofert złożonych w terminie i nie odrzuconych oraz faktu, czy cena oferty jest równa lub mniejsza od średniej miarodajnej albo od niej większa. Odwołujący zaznaczył, że na uzyskanie określonego miejsca w rankingu ofert przez ofertę najtańszą nie ma wpływu ilość ofert złożonych w terminie i nie odrzuconych, zaś istotne znaczenie ma ta kwestia dla ofert pozostałych. Odwołujący podkreślił, że uzyskanie przez pozostałe oferty znacznie różnej ilości punktów w kryterium „cena całkowita brutto”, w zależności od ilości ofert odrzuconych przez zamawiającego lub ilości ofert złożonych w terminie i nie

odrzuconych, albo od faktu, czy cena oferty jest równa lub mniejsza od średniej miarodajnej albo od niej większa, może mieć istotny wpływ na miejsce tych ofert w rankingu. Odwołujący podał, że w przypadku dużej różnicy punktów w kryterium „cena całkowita brutto”, wpływ punktów otrzymanych przez ofertę w ramach pozostałych kryteriów może być marginalny na miejsce danej oferty w rankingu. Utrata lub uzyskanie więcej punktów w kryterium „całkowita cena brutto”, np. wskutek odrzucenia oferty najdroższej, może mieć bardzo znaczący wpływ na ostateczny ranking ofert. Może zniweczyć uzyskane punkty w ramach pozostałych kryteriów lub mocno je zasilić.

Jak zaznaczył odwołujący, w przedmiotowym postępowaniu, w odniesieniu do innych ofert niż najtańsza, zmiana ilości ocenianych ofert wskutek odrzucenia przez zamawiającego niektórych z nich, i powstania sytuacji, że oceniane będą mniej niż 4 oferty, wpłynie znacząco na ilość uzyskanych punktów przez te oferty. Podobna sytuacja może zaistnieć na skutek odrzucenia przez zamawiającego oferty najdroższej.

Odwołujący stwierdził, że takie możliwe sytuacje wywołane postanowieniami SIWZ stanowią o naruszeniu zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a więc o naruszeniu przez zamawiającego art 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- dokonania zmiany postanowienia 20.7.1 IDW poprzez wskazanie odwołania do właściwego postanowienia IDW, tj. zamiast wskazania postanowienia 20.8 wskazanie postanowienia 20.6 IDW, albo zawarcie w IDW postanowienia, z którego wynikać będzie informacja, jakie oferty należy brać pod uwagę przy obliczaniu punktów w kryterium „całkowita cena brutto”;
- dokonania zmiany postanowienia 20.7.1 IDW poprzez ustalenie jednolitego sposobu przyznawania ofertom punktów w kryterium „całkowita cena brutto” bez względu na ilość złożonych ofert w postępowaniu, np. zastosowania w stosunku do wszystkich złożonych ofert wzoru wskazanego w pkt 20.7.1 lit a) IDW.

W toku postępowania strony podtrzymały swe stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, oraz dokumenty wskazane w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Krąg podmiotów, które mogą skorzystać ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie wobec treści SIWZ, jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Na tym etapie wystarczająca jest możliwość poniesienia szkody wynikającej z niewłaściwego sformułowania treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 28 lipca 2016 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020).

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Za zasadny Izba uznała zarzut dotyczący nieprawidłowego odwołania w pkt. 20.7.1. IDW do pkt. 20.8. IDW. Zasadność tego zarzutu pozostaje jednak bez wpływu na wynik postępowania, bowiem zamawiający w dniu 5 lipca 2017 r. dokonał modyfikacji treści SIWZ w sposób zgodny z żądaniem odwołującego. Tym samym, wobec stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania, naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy we wskazanym powyżej zakresie, nie ma wpływu na wynik postępowania.

Rozpoznając zarzut odnoszący się do ustanowionego przez zamawiającego sposobu oceny ofert w kryterium ceny, tj. do pkt 20.7.1. IDW Izba stwierdziła, że zarzut ten opiera się nie, jak twierdził odwołujący na rozprawie, na naruszeniu art. 91 ust. 2d ustawy Pzp, ale na naruszeniu zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W żadnym miejscu odwołania odwołujący nie wskazywał na niejednoznaczność czy niezrozumiały charakter kryterium ceny, uniemożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców. Na naruszenie przez zamawiającego obowiązku jasnego, przejrzystego opisanie kryteriów oceny ofert odwołujący wskazywał jedynie w kontekście zarzutu związanego z odwołaniem się w pkt 20.7.1. IDW do postanowienia z pkt. 20.8. IDW. Co więcej, odwołujący w złożonym odwołaniu trafnie zidentyfikował sposób, w jaki zamawiający będzie dokonywał oceny ofert, co wskazuje na okoliczność, że określenie przez zamawiającego kryterium ceny było dla odwołującego jednoznaczne i zrozumiałe.

Izba wzięła pod uwagę argumentację zamawiającego, iż celem ukształtowania kryterium ceny w sposób, w jaki uczynił to w pkt. 20.7.1. IDW, było urealnienie wpływu kryteriów jakościowych na wynik postępowania. Izba nie stwierdziła naruszenia przez

zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez zróżnicowanie punktacji w przypadku wystąpienia różnej liczby ofert czy uzależnienie punktacji od stosunku zaofertowanej ceny do średniej miarodajnej. Zamawiający wyjaśnił, że działanie takie ma na celu odrzucenie potencjalnych patologii cenowych (najdroższa i najtańsza oferta ma zostać odrzucona w obliczaniu ceny średniej) i ma umożliwić realne porównanie ofert mieszczących się w przedziale od najtańszej do średniej wartości cenowej, a więc ofert najbardziej korzystnych ekonomicznie, równoważących potrzeby zamawiającego w zakresie wysokiej jakości oraz ryzyk, jakie musi ponieść wykonawca i zasobów, jakie musi zaangażować, aby zapewnić realizację zobowiązań wskazanych w ofercie, oraz w szczególności w kryteriach pozacenowych. To zrównoważenie jest zapewniane, jak wskazał zamawiający, przez bliską wysoką punktację ofert znajdujących się w przedziale od najtańszej do średniej cenowo. Oferty z przedziału od średniej do najdroższej, jako niebilansowane ekonomicznie, uzyskują relatywnie mniej punktów w kryterium ceny. Izba nie stwierdziła, aby przyjęte przez zamawiającego wzory sprzyjały niezgodnym z prawem porozumieniom wykonawców. Tego typu zachowania mogą zaistnieć w każdym stanie faktycznym. Przyjęcie, jak tego żąda odwołujący, jednolitego sposobu przyznawania ofertom punktów w kryterium ceny, nie stanowi skutecznej bariery dla tego typu działań. Argumentu na potwierdzenie zasadności zarzutu podniesionego przez odwołującego nie może stanowić przywołany przez odwołującego przykład oceny ofert w postępowaniu pod nazwą „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania nr 1 „Prace na odcinku linii kolejowej nr 99 Chabówka – Zakopane” oraz dla zadania nr 2 pod nazwą „Budowa łącznicy w Chabówce w ciągu linii kolejowych nr 98 Sucha Beskidzka – Chabówka i nr 99 Chabówka – Zakopane”, jako że nie ma on jednoznacznego przełożenia na sytuację, jaka może zaistnieć w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto, przykład ten również nie wskazuje na naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że sposób ukształtowania przez zamawiającego kryterium ceny stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wzory określone przez zamawiającego w pkt. 20.7.1. IDW w równym stopniu dotyczą wszystkich wykonawców, nie preferują określonego kręgu wykonawców, są jasne i z góry precyzują sposób oceny ofert.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: