

Sygn. akt: KIO 274/15

WYROK
z dnia 24 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2015 r. przez Odwołującego **Trakcja PRKil S.A.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Złotej 59/XVIII, 00-120 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **PKP PLK S.A.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Targowej 74, 03-734 Warszawa, w której imieniu czynności Zamawiającego wykonuje PKP PLK S.A Centrum Realizacji Inwestycji w Warszawie przy ul. Targowej 74, 03-734 Warszawa

przy udziale

wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o.** z siedzibą w Zawierciu przy ul. Okólnej 10, 42-400 Zawiercie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1 Uwzględnia odwołanie, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 04.02.2015 r., w tym unieważnienie odrzucenia ofert wykonawców: Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane Armex Sp. z o.o. (oferta nr 1), BUG Verkehrsbau AG (oferta nr 2), Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane Drobet Agnieszka Kmiecik (oferta nr 3), Himmel i Papesch Opole Sp. z o.o. (oferta nr 4), Trakcja PRKil S.A (oferta nr 12). Nakazuje ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem ofert wykonawców przywróconych do postępowania.**

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego PKP PLK S.A. z siedzibą w Warszawie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Trakcja PRKil S.A. z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania.

2.2 Zasądza od Zamawiającego PKP PLK S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz Odwołującego Trakcja PRKil S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 23.999 zł 75 gr. (słownie: dwadzieścia trzy tysiące dziewięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych siedemdziesiąt pięć groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i jego dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. 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

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego PKP PLK S.A., w którego imieniu czynności Zamawiającego wykonuje PKP PLK S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski w trybie przetargu nieograniczonego na *zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dotyczących przebudowy wiaduktu kolejowego w km 67,918 w Strzelcach Opolskich w ramach projektu: POLiŚ 7.1-65 „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 132 na odcinku Błotnica Strzelecka – Opole Groszowice”* (nr postępowania: IREZA4-216-POLiŚ 7.1-65-12/14), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2014/S 211-373031 w dniu 1 listopada 2014r., wobec czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, zostało wniesione w dniu 13 lutego 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy Trakcja PRKil S.A (sygn. akt KIO 274/15).

Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert oraz wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 04.02.2015 r. w zawiadomieniu przekazanym faksem.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu, którego ofertę Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą.

Odwołujący zaskarżył czynność oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, jako przeprowadzonej z naruszeniem przepisów, w tym art. 7 ust 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy, będące wynikiem decyzji o:

1. Odrzuceniu ofert złożonych przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „ARMEX” Sp. z o.o. (oferta nr 1), BUG Verkehrsau AG (oferta nr 2), Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „Drobet” A. K. (oferta nr 3), Himmel i Papesch Opole Sp. z o.o. (oferta nr 4). Trakcja PRKil S.A (oferta nr 12);
2. Wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i pozostałych czterech wskazanych wykonawców i nakazanie dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem ofert przywróconych.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący w pierwszej kolejności odniósł się do potrzeby objęcia zakresem zarzutu odrzucenia ofert konkurencyjnych, co wynikać miało z ustalonego w postępowaniu systemu liczenia punktacji w kryterium oceny ofert – całkowita cena brutto. Zamawiający uzależnił bowiem sposób liczenia punktów w tym kryterium od ilości ocenianych ofert. Inaczej liczona miała być punktacja przy ilości ofert od 1 do 3 (przy

zastosowaniu wzoru z pkt 20.8.1 lit. a IDW), a inaczej przy ilości ofert od 4 w górę (przy zastosowaniu wzoru z pkt 20.8.1 lit b IDW – dwójako w zależności od wielkości ceny do „średniej miarodajnej wartości ofert”). W przypadku uwzględnienia odwołania i przywrócenia do oceny wskazanych ofert, punktacji podlegać miałyby 11 ofert, a cena oferty Odwołującego byłaby punktowana według wzoru z pkt 20.8.1. lit. b tiret pierwsze IDW, jako niższa od wartości średniej (tj. 7.139.019,71 zł). Zastosowanie tego wzoru jest korzystniejsze dla Odwołującego od przewidzianego w tiret drugie IDW pkt 20.8.1. lit. b, mającego mieć zastosowanie w przypadku przywrócenia do oceny ofert wyłącznie oferty Odwołującego, której cena w takim sytuacji przekraczałaby wartość średnią (tj. 6.575.292,98 zł.). W konsekwencji, od wyliczonej średniej miarodajnej wartości ocenianych ofert, uzależniona jest ilość możliwych do przyznania ofercie Odwołującego punktów. Wyższa ilość punktów możliwa jest do przyznania ofercie Odwołującego przy ocenie 11 ofert, tj. - 46,15 punktów za kryterium całkowita cena brutto, 17,21 pkt za termin realizacji i 24,79 pkt za okres gwarancji/rękojmi, łącznie 91,15 pkt, to jest więcej niż uzyskałaby przy takiej ocenie oferta Intercor Sp. z o.o. (łącznie 85,21 punktów, w tym za cenę brutto - 47,95 pkt, termin realizacji – 24,86 pkt oraz okres gwarancji/rękojmi – 12,40 pkt). Przy ocenie 7 ofert oferta Odwołującego uzyskałaby natomiast łącznie 86,40 punktów (w tym za cenę brutto – 44,40 pkt, przy utrzymaniu tej samej ilości punktów w pozostałych kryteriach), a oferta Intercor Sp. z o.o. uzyskałaby łącznie 88,56 punktów (w tym za cenę brutto – 51,30 pkt.). Powyższe wskazuje na znaczenie, jakie ma dla pozycji oferty Odwołującego, przy ustalonym systemie przyznawania punktów w kryterium – cena całkowita brutto, ilość ofert mających podlegać ocenie.

Odnośnie wspólnej podstawy odrzucenia ofert Odwołującego i czterech innych wykonawców, jaką stanowi zaproponowanie przez wykonawców w formularzach ofertowych (pkt 5), terminu realizacji robót objętych zamówieniem powyżej 8 miesięcy, Odwołujący zaprzeczył tej argumentacji, odnosząc się do określonego w pkt 20.8.2 IDW zastrzeżenia o treści: *w przypadku gdy wykonawca proponuje w formularzu ofertowym termin realizacji powyżej 8 miesięcy – oferta zostanie odrzucona.*

Odwołujący w formularzu ofertowym określił termin realizacji zamówienia liczony od *Daty Rozpoczęcia* i zakreślony datą końcową 20.10.2015, tj. graniczną datą zakończenia realizacji zamówienia wskazaną w pkt 3 ppkt 4 IDW, subklauzuli 1.1.3.3 „Czas na ukończenie robót” (załącznika nr 2 do IDW), poz. 4 harmonogramu rzeczowo-finansowego (załącznika nr 14 do IDW) oraz w § 2 ust. 4 wzoru umowy. Odwołujący zastosował się do tej daty przyjmując, iż w kryterium oceny (termin realizacji) nie uzyska wielu punktów, jednocześnie przecząc, aby on sam, jak i pozostali wykonawcy zaoferowali w formularzu ofertowym termin realizacji powyżej 8 miesięcy liczony od *Daty Rozpoczęcia*. Datę

Rozpoczęcia, zgodnie z subklauzulą 8.1 warunków umowy (Tom II IDW), stanowi następnym dniem po podpisaniu umowy przez ostatnią ze stron. Obecnie nie można ustalić tego dnia, gdyż umowa nie została podpisana i nie jest tym dniem data planowanego podpisania umowy określona przez Zamawiającego w pkt 3 ppkt 4 IDW na dzień 30.01.2015 r. Data planowanego rozpoczęcia może mieć ewentualnie odniesienie przy porównywaniu ofert, natomiast nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego i czterech pozostałych wykonawców. Według możliwego na obecnym etapie postępowania schematu, Data Rozpoczęcia mogłaby, według wyliczeń Odwołującego, wypaść 4 marca 2015 r. (w związku z wydłużeniem procedury o czas potrzebny do ogłoszenia wyroku w sprawie przez KIO).

W świetle prezentowanej argumentacji, Odwołujący podtrzymał wnioski o braku podstaw faktycznych i prawnych do odrzucenia ofert wykonawców oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z ustalonymi kryteriami oceny ofert, prowadzące do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do zbadania wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy, tj. istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego, w tym kwestionowanej przez Odwołującego czynności odrzucenia ofert konkurencyjnych. Zakres zarzutów i żądań z nich wynikających wskazywały na potrzebę ochrony interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przez wzruszenie nie tylko samego wyniku oceny oferty wybranej jako najkorzystniejsza, ale również przez doprowadzenie do ustalenia większej ilości ofert dla przeprowadzenia oceny oferty Odwołującego w kryterium „cena całkowita brutto”. Odwołujący wykazał możliwość naruszenia jego interesu w uzyskaniu zamówienia przez zmniejszenie ilości ofert, jakie miałyby być poddane ocenie, wpływające na niższą punktację możliwą do uzyskania przez Odwołującego. Nie budziło wątpliwości, że w świetle opisanego w postępowaniu sposobu oceny ofert w kryterium „cena całkowita brutto” oraz zaoferowanych cen, większa ilość ofert (przy ilości powyżej trzech) wpływała na podwyższenie średniej miarodajnej wartości ofert, prowadząc w konsekwencji do lepszej pozycji oferty Odwołującego i przyznania większej

ilości punktów. Wyliczenia przedstawione przez Odwołującego nie były kwestionowane przez Zamawiającego oraz Przystępującego. Unieważnienie czynności odrzucenia ofert Odwołującego oraz wykonawców prowadziłoby zatem do powtórzenia czynności oceny ofert według ustalonych zasad, korzystniejszych dla Odwołującego w przypadku większej ilości ofert. W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno prawe dla merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Przy rozpoznaniu odwołania Izba miała na uwadze całokształt okoliczności ustalonych w sprawie przy rozstrzygnięciu w przedmiocie podniesionego zarzutu bezzasadnego odrzucenia ofert Odwołującego oraz wskazanych w treści odwołania wykonawców, jako sprzecznych z treścią siwz.

Podstawa faktyczna zarzutów sprowadzała się do wspólnej okoliczności wskazanej przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu ofert wykonawców – tj. zaofiarowania terminu realizacji zamówienia powyżej 8 miesięcy. W piśmie z dnia 04.02.2015r. Zamawiający w sposób ogólny, bez wyjaśnienia zastosowanej metody przeliczenia terminów zadeklarowanych w ofertach wykonawców datą końcową, uznał je za niezgodne z siwz, tj. naruszające zastrzeżenie z pkt 20.8.2 IDW, stanowiącego podstawę do odrzucenia ofert w przypadku zaproponowania w formularzu ofertowym terminu realizacji powyżej 8 miesięcy.

Ocena zasadności decyzji Zamawiającego nie mogła być dokonana z pominięciem oświadczeń wykonawców złożonych w formularzach ofertowych w pkt 5, które należało badać w kontekście wytycznych Zamawiającego wynikających z postanowień siwz dodatkowo uzupełnionych wyjaśnieniami wynikającymi z odpowiedzi Zamawiającego na pytanie udzielone w piśmie z 18.11.2014 r.

W załączniku nr 1 do IDW – formularzu oferty, Zamawiający w pkt 5 obejmującym oświadczenie co do terminu realizacji robót objętych zamówieniem pozostawił miejsce wykropkowane dla wykonawców, którzy określić mieli ten termin *do, licząc od Daty Rozpoczęcia*. W odpowiedzi z dnia 18.11.2014 r. na pytania nr 3 i 4 dotyczące sposobu wypełnienia formularza w pkt 5 Zamawiający wskazał na konieczność wpisania daty *zakończenia (w tym odbiór końcowy) i rozliczenia całości przedmiotu umowy wraz z uzyskaniem decyzji pozwalającej na użytkowanie*, co zgodnie z opisem z pkt 3 IDW oraz harmonogramem rzeczowo-finansowym (załącznik nr 14), stanowiło ostatni etap zamówienia, dla którego Zamawiający ustalił termin wykonania - nie dłużej niż do 20.10.2015 r. od Daty Rozpoczęcia. Datę Rozpoczęcia, zgodnie z warunkami umowy (subklauzula nr 8.1) Zamawiający określił, jako następny dzień po podpisaniu umowy przez ostatnią ze stron. Dodatkowo w pkt 3 IDW Zamawiający wskazał planowany termin podpisania umowy – 30.01.2015 r. Termin ten nie uległ modyfikacji pomimo przesunięcia pierwotnego terminu

składania ofert z 10.12.2014 r. na 08.01.2015 r. Ponadto Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 9 z dnia 18.11.2014 r. wyjaśnił, że planowana data podpisania umowy (30.01.2015 r.) jest uzależniona od postępowania przetargowego i może ulec przesunięciu. Termin „pośredni i końcowy realizacji zamówienia” wskazany przez Zamawiającego nie może być przekroczony.

W ofertach poszczególni wykonawcy złożyli oświadczenia o terminie realizacji odpowiednio do: *20.10.2015 r., licząc od Daty Rozpoczęcia* (Odwołujący), *do 31.07.2015 r. licząc od Daty Rozpoczęcia* (Intercor Sp. z o.o.), *do 20.10.2015 (data), licząc od Daty Rozpoczęcia* (Himmel i Papesch Opole Sp. z o.o.), *do 20.10.2015 r., licząc od Daty Rozpoczęcia* (Drobot), *do 20.10.2015 r., licząc od Daty Rozpoczęcia* (BUG Verkehrsbau AG), *do 05.10.2015 r., licząc od Daty Rozpoczęcia* (Armex). Termin realizacji wskazywany w formularzu ofertowym datą końcową stanowił jednocześnie jedno z kryteriów oceny ofert, któremu Zamawiający przyznał wagę (25%), w którym punkty miały być przyznawane po przeliczeniu daty na dni kalendarzowe (zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 6 z dnia 18.11.2014 r.). W uwadze zamieszczonej pod opisem oceny punktowej w kryterium *Termin realizacji* Zamawiający zastrzegł, iż w przypadku zaproponowania w formularzu ofertowym terminu realizacji powyżej 8 miesięcy – oferta zostanie odrzucona.

Zamawiający odrzucając oferty uznał, iż zadeklarowane terminy realizacji nie mieszczą się w okresie 8 miesięcy, o którym mowa w uwadze z pkt 20.8.5 IDW i na tej podstawie oferty odrzucił jako niezgodne z treścią siwz.

Izba przyjęła jako podstawę orzeczenia ustalony powyżej stan faktyczny dochodząc jednak do odmiennych wniosków niż prezentowane przez Zamawiającego, a wynikających z wykładni postanowień siwz, w tym uwagi dotyczącej sposobu przyznawania punktów w kryterium – termin realizacji (pkt 20.8.2 IDW). Izba uznała, iż uwaga zamieszczona pod przyjętym dla celów punktacji wzorem, wprowadzająca podstawę do odrzucenia oferty, w której wykonawca proponuje termin realizacji powyżej 8 m-cy, nie może być interpretowana w oderwaniu od pozostałych postanowień siwz dotyczących terminu realizacji określanego w formularzu ofertowym. Nie budziło wątpliwości, w świetle odpowiedzi Zamawiającego na pytania z dnia 18.11. 2014 r., iż w pkt 5 formularza ofertowego należało wpisać datę zakończenia (w tym odbiór końcowy) i rozliczenia całości przedmiotu umowy wraz z uzyskaniem decyzji pozwalającej na użytkowanie (odpowiedź na pyt. nr 3 i 4). Data zakończenia dla tego zakresu zamówienia została przez Zamawiającego dookreślona w pkt 3 IDW *Okres Realizacji Zamówienia* okresem liczonym od Daty Rozpoczęcia, nie dłużej niż do 20-10-2015 r. Zamawiający dookreślił również w siwz Datę Rozpoczęcia w subklauzuli nr 8.1 warunków umowy, jako następny dzień po podpisaniu Umowy przez ostatnią ze stron.

W kontekście spójnych zapisów siwz, co do rozumienia Daty Rozpoczęcia oraz zakończenia nie było podstaw do dokonywania wykładni oświadczeń woli wykonawców przez przyjęcie innego terminu początkowego niż Data Rozpoczęcia. W tym miejscu Zamawiający dopuścił się błędu wskazując na potrzebę liczenia początku biegu terminu od planowanego terminu podpisania umowy, tj. 30.01.2015 r. Przyjęty przez Zamawiającego sposób przeliczenia terminów zadeklarowanych w formularzach ofertowych datą zakończenia, naruszał ustalone w postępowaniu zasady i prowadził do wadliwej oceny oświadczeń wykonawców. Izba nie znalazła potwierdzenia w treści siwz dla stanowiska Zamawiającego oraz Przystępującego o tym, że okres 8 miesięcy na wykonanie zamówienia, wskazany w uwadze należało liczyć od dnia planowanego terminu podpisania umowy (tj. 30.01.2015 r.), czy też od terminu złożenia oferty. Takiego dookreślenia Zamawiający nie zamieścił w treści uwagi w pkt 20.8.2 IDW, co czyniło decyzję Zamawiającego, o tym aby odrzucić na tej podstawie oferty, sprzeczną z siwz. Również w odpowiedziach na pytania nr 3 i 4 Zamawiający nie zmienił sposobu liczenia początku terminów realizacji zamówienia od Daty Rozpoczęcia chociaż w jednym z pytań (nr 6) dotyczącym sposobu przeliczenia punktów, wykonawca wskazał jako przykładową datę 20.10.2015 r. Oświadczenia wykonawców były jednoznaczne co do woli wykonania zamówienia w terminie mieszczącym się w harmonogramie rzeczowo-finansowym, a także wynoszącym nie dłużej niż 8 miesięcy, gdyż w pkt 5 formularza ofertowego po terminie zadeklarowanym pozostawał treść narzucona przez Zamawiającego (...) *licząc od Daty Rozpoczęcia*. Zamawiający dokonał nadinterpretacji oświadczeń wykonawców złożonych w formularzach ofertowych, wywodząc z dokonanego przeliczenia terminu na liczbę dni, przekroczenie okresu 8 m-cy na realizację zamówienia i sprzeczność oferty z siwz. Uwaga zawarta przy opisie kryterium nie zmieniała ustalonych w siwz terminów realizacji poszczególnych etapów zamówienia, liczonych do Daty Rozpoczęcia, nie stanowiącej jednocześnie planowanego terminu podpisania umowy. Słusznie wskazywał Odwołując, iż na moment oceny ofert w kryterium Zamawiający nie mógł ustalić sprzeczności ofert, bez ustalenia Daty Rozpoczęcia, czego zresztą Zamawiający nie uczynił, a tym samym nie wykazał przekroczenia przez wykonawców terminu 8 miesięcy na wykonanie zamówienia. Nie było zatem podstawy do stwierdzenia sprzeczności ofert z siwz w tym zakresie.

Odrębną kwestią było natomiast to w jaki sposób oświadczenia wykonawców należało ocenić pod kątem kryterium termin realizacji, co wymagało dokonania przeliczenia terminów zadeklarowanych na dni kalendarzowe. Nie było to jednak przedmiotem zarzutów, a zatem nie mogło być objęte zakresem rozstrzygnięcia Izby.

W świetle powyższego odwołanie zasługiwało na uwzględnienie i koniecznym było nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem ofert odrzuconych jako niezgodnych z siwz

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 ustawy oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz uzasadnione koszty Odwołującego stwierdzone rachunkami przedłożonymi przed zamknięciem rozprawy, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika oraz koszty dojazdu na posiedzenie Izby i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: