

Sygn. akt: KIO 2062/15

WYROK

z dnia 6 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2015 w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2015 r. przez wykonawcę KSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rudzie Śląskiej w postępowaniu prowadzonym przez Kompanię Węglową spółkę akcyjną w Katowicach

przy udziale wykonawcy Grupa POWEN-WAFAPOMP spółka akcyjna w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę KSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rudzie Śląskiej i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę KSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rudzie Śląskiej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Kompania Węglowa spółka akcyjna w Katowicach (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Dostawa pomp i zespołów pompowych odwadniających i szlamowych dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2015 r.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 25 sierpnia 2015 r. i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych), w 27 częściach.

W dniu 22 września 2015 r. wykonawca KSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rudzie Śląskiej (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zakwestionował prawidłowość postanowień SIWZ (w zakresie modyfikacji kryteriów oceny ofert dla części 5, 6 i 7 postępowania, i zarzucił Zamawiający naruszenie:

1. art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, polegające na naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równości wykonawców poprzez ukształtowanie kryteriów oceny ofert dla zadań nr 5, 6 i 7, które w sposób nieuzasadniony promuje wykonawców oferujących pompy, w których zastosowano określony rodzaj chłodzenia silnika (tj. chłodzenie silnika całym strumieniem pompowanej cieczy przepływającej pod ciśnieniem przestrzenią między kadłubem), które to rozwiązanie techniczne jest równoważne z innymi rodzajami chłodzenia silnika, a wyżej opisane ukształtowanie kryteriów oceny ofert dla zadań nr 5, 6 i 7 utrudnia złożenie korzystniejszej ekonomicznie oferty;
2. art. 2 ust. 5 Prawa zamówień publicznych poprzez ustalenie kryteriów oceny ofert zadań nr 5, 6 i 7 w kontekście ilości punktów za przyznawane parametry, które nie gwarantuje Zamawiającemu wyboru oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o zmianę postanowień SIWZ wprowadzonych jako modyfikacja SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert dla zadań nr 5, 6 i 7 poprzez przywrócenie pierwotnego brzmienia treści SIWZ.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Grupa POWEN-WAFAPOMP spółka akcyjna w Warszawie (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołania nie można uwzględnić.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 14 września 2015 r. Zamawiający, obok dotychczasowych kryteriów oceny ofert (cena i gwarancja), dodał dla części 5, 6 i 7 zamówienia nowe kryterium - „Rodzaje chłodzenia silnika” z wagą 15% (cena – 80%, gwarancja – 5%). W tymże kryterium za system chłodzenia silnika całym strumieniem pompowanej cieczy przepływającej pod ciśnieniem przestrzeni między kadłubem, a jego osłoną Zamawiający przyzna maksymalnie 15 punktów, za inny rodzaj chłodzenia silnika – zero punktów (modyfikacja SIWZ z dnia 14 września 2015 r.; odpis tego dokumentu i innych przywołanych w uzasadnieniu w aktach sprawy).

Na tak ukształtowane kryteria oceny ofert Odwołujący wniósł odwołanie. W odwołaniu i na rozprawie podnosił, że zgodnie z zmodyfikowanymi zapisami SIWZ, dla zadań nr 5, 6 i 7, istotnie zmieniły się kryteria oceny ofert na niekorzyść wykonawców oferujących inne rodzaje chłodzenia silnika, niż całym strumieniem pompowanej cieczy przepływającej pod ciśnieniem przestrzeni między kadłubem, a jego osłoną (tj. przy zastosowaniu tzw. płaszcz wodnego). W szczególności wskazywał, iż pierwotnie, tj. przed uwzględnieniem zarzutów zawartych w odwołaniu z dnia 4 września 2015 r., kryterium rodzaju chłodzenia silnika w ogóle nie występowało. Zgodnie z pierwotnym brzmieniem SIWZ kryterium ceny ocenianej brutto miało wagę 95%, zaś po modyfikacji kryterium to uzyskało wagę 80%. Jednocześnie podkreślał, iż każdy inny rodzaj chłodzenia silnika, niż przy zastosowaniu płaszcz wodnego, otrzymuje 0 pkt. Przy takim ukształtowaniu kryteriów oceny ofert, wykonawca oferujący pompy chłodzone przy użyciu płaszcz wodnego zyskuje na wstępie przewagę nad wykonawcą oferującym inny rodzaj chłodzenia silnika w postaci aż 15 pkt. W konsekwencji może się zdarzyć, w ocenie Odwołującego, że wskutek zastosowania zmodyfikowanych kryteriów oceny ofert, Zamawiający dokona wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą cenowo.

Zdaniem Odwołującego, znamienne jest fakt, iż Zamawiający sam uznał, że pompy chłodzone przy użyciu innego rodzaju chłodzenia silnika niż płaszcz wodny są rozwiązaniem

technicznym równoważnym w stosunku do chłodzenia strumieniem cieczy i dopuścił wykonawców oferujących takie pompy do udziału w postępowaniu. Tym samym, niezrozumiałe dla Odwołującego jest, dlaczego Zamawiający promuje przy wykorzystaniu kryteriów oceny ofert jedno z dostępnych rozwiązań technicznych. Nie ulega wątpliwości, zmodyfikowane kryteria oceny ofert mają na celu uprzywilejowanie jednego z wykonawców, a tym samym są niedopuszczalne z punktu widzenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący kilkakrotnie powtarzał, że modyfikacja SIWZ doprowadziła do takiego ukształtowania kryteriów oceny ofert, które nie gwarantuje wyboru najkorzystniejszej tj. najtańszej cenowo oferty. Ustalenie kryteriów oceny ofert w sposób gwarantujący wykonawcy oferującemu konkretne rozwiązanie techniczne +15 pkt prowadzi natomiast do naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Przy takim ukształtowaniu kryteriów oceny ofert, oferta wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza może nie być ofertą najtańszą cenowo, ponieważ wykonawca wybrany przy tak ustalonych kryteriach oceny ofert, może pozwolić sobie na wskazanie odpowiednio wyższej ceny i mimo to uzyskać ocenę swojej oferty jako oferty najkorzystniejszej, co wcale nie będzie oznaczać, że jego oferta będzie najtańszą cenowo. Przyczyną takiej sytuacji jest zmanipulowanie czynnikami będącymi kryteriami oceny ofert, a konkretnie bardzo wysoka waga na poziomie aż 15 pkt, umożliwiająca zaoferowanie niższej ceny wykonawcom oferującym pompy z płaszczem wodnym i jednocześnie uzyskanie najwyższej punktacji w stosunku do złożonych pozostałych ofert, co narusza zarówno interes Odwołującego jak i samego Zamawiającego.

Analizując powyżej przedstawioną argumentację odwołania, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie ma racji. Po pierwsze, celem postępowania o udzielenie zamówienia nie jest wybór oferty „najtańszej cenowo”, co nie wymaga dalszego uzasadnienia (art. 91 ust 1 -2a Prawa zamówień publicznych). Zamawiający może ukształtować tak kryteria oceny ofert, aby premiować preferowane przez siebie rozwiązania, o ile jest to uzasadnione jego zobiektywizowanymi potrzebami, a nie chęcią preferowania określonego wykonawcy. Właśnie do tego m. in. służą pozacenowe kryteria oceny ofert – aby premiować określone rozwiązania czy funkcjonalności. Sama okoliczność, że istnieją rozwiązania równoważne, co do zasady, nie może wykluczać, że za jedno z rozwiązań Zamawiający będzie przyznawał – nie naruszając przepisów Prawa zamówień publicznych - dodatkowe punkty.

W postępowaniu odwoławczym, zgodnie z art. 190 ust. 1 zd. pierwsze Prawa zamówień publicznych, strona, która wskazuje na określone fakty, powinna je udowodnić. Odwołujący wywodził, że Zamawiający preferuje jedno z rozwiązań, z których oba są, pod względem eksploatacji, jednakowe. Ale nie wykazywał na potwierdzenie stawianych przez

siebie też żadnych dowodów. Zamawiający z kolei w odpowiedzi na odwołanie powoływał się na własne doświadczenie, opinię służb technicznych KWK „Piaś” w sprawie pomp odwadniających – załącznik nr 3 do odpowiedzi na odwołanie (z której wynika, że system chłodzenia pomp zatapialnych przy pomocy radiatora jest niewystarczający, pompa reaguje wyłączeniem, co z kolei pociąga za sobą niekontrolowany wzrost poziomu wody stanowiący zagrożenie dla ciągłości procesów produkcyjnych). Nie była to – jak zauważył Odwołujący – opinia niezależnego Instytutu, ale w ocenie Izby Zamawiający przekonująco i wiarygodnie opisał działanie systemu chłodzenia pomp, a Odwołujący tak zaprezentowanego opisu nie podważył. Negował jedynie zdjęcia z załącznika nr 2 do odwołania (nie wiadomo, kto i gdzie je wykonał), ale Izba nie brała tychże zdjęć pod uwagę.

Niezależnie od powyższego na rozprawie okazało się niesporne, że Odwołujący posiada w swojej ofercie handlowej pompy z płaszczem wodnym (np. pompa zatapialna PZ-22C, której kartę katalogową do akt sprawy przedłożył Przystępujący) i może je zaoferować w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. W tym kontekście upadają wywody Odwołującego, że Zamawiający zaburza konkurencję w postępowaniu przez preferowanie rozwiązania dostępnemu nielicznemu (czy określonymu) kręgowi wykonawców. Co więcej, możliwość zaoferowania pompy punktowanej w kwestionowanym kryterium (tj. pompy z płaszczem wodnym) poddaje w wątpliwość interes Odwołującego we wniesieniu odwołania, w którym podważa przyznawanie punktów za rozwiązanie, które jest sam – czego nie kwestionował – zaoferować.

Konkludując, Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych wskazywanych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

Przewodniczący:

.....