

Sygn. akt: KIO 12/18

WYROK
z dnia 12 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak
Andrzej Niwicki

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2018 r. przez Wykonawcę **H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., (ul. 28 Czerwca 1956 r. 223/229, 61-485 Poznań)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Tramwaje Śląskie S.A., (ul. Inwalidzka 5, 41-506 Chorzów)**

przy udziale Wykonawcy **Modertrans Poznań Sp. z o.o., (ul. Forteczna 2, 61-362 Poznań)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 12/18 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., (ul. 28 Czerwca 1956 r. 223/229, 61-485 Poznań)** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez Odwołującego - **H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., (ul. 28 Czerwca 1956 r. 223/229, 61-485 Poznań)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego **H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., (ul. 28 Czerwca 1956 r. 223/229, 61-485 Poznań)** na rzecz Zamawiającego **Tramwaje Śląskie S.A. (ul. Inwalidzka 5, 41-506 Chorzów)** kwotę **4868 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące osiemset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy)** – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w

postaci wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu pełnomocników i opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 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 w **Katowicach**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Tramwaje Śląskie S.A. prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Zakup taboru tramwajowego do obsługi komunikacji tramwajowej na zmodernizowanych i wybudowanych odcinkach infrastruktury na obszarze działania Tramwajów Śląskich S.A. objętego Projektem pn.: „Zintegrowany projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko-Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego etap I”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 29 lipca 2017 r., pod numerem 2017/S 144-297817.

Wykonawca H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na: nieprawidłowym badaniu i ocenie oferty złożonej przez Odwołującego; niezasadnym dokonaniu wyboru oferty Modertrans jako najkorzystniejszej; niezasadnym zaniechaniu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o wykładnię kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych i warunków zamówienia, która nie znajduje oparcia w brzmieniu wynikającym z postanowień dokumentacji przetargowej, polegającą na przyznaniu ofercie Odwołującego w ramach pozacenowego kryterium „*Liczba dodatkowych strumieni drzwi dla pasażera ponad wymagane minimum*” czterech punktów (z tytułu dwóch dodatkowych strumieni drzwi), gdy tymczasem Zamawiający powinien przyznać mu sześć punktów (Odwołujący przewidział sześć dodatkowych strumieni, w ramach tego kryterium można było uzyskać j maksymalnie sześć punktów - po dwa za dodatkowy strumień); art. 38 ust. 4 Pzp poprzez dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, polegającej na sformułowaniu postanowienia, zgodnie z którym dodatkowe punkty związane z liczbą strumieni drzwi przyznane mogą być jedynie w odniesieniu do wagonów jednokierunkowych, które to obostrzenie nie było zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a modyfikacja nastąpiła na etapie następującym po terminie składania ofert, gdy tymczasem przepis ten dopuszcza tego typu zmiany jedynie przed upływem terminu składania ofert i w konsekwencji powyższego, art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności badania i oceny ofert; powtórzenia czynności badania i oceny ofert i przyznaniu ofercie Odwołującego

sześciu punktów z tytułu pozacenowego kryterium „Liczba dodatkowych strumieni drzwi dla pasażera ponad wymagane minimum”; dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu; dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym; zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa dziesięciu sztuk fabrycznie nowych tramwajów jednoczołnowych. Dostawa obejmowała: 8 wagonów jednokierunkowych; 2 wagony dwukierunkowe.

Kryteriami oceny ofert były: cena (77%); długość niskiej podłogi przedziału pasażerskiego (15%); rozwiązania techniczne (8%).

Wśród rozwiązań technicznych Zamawiający zdecydował się oceniać: zastosowanie pantografu o konstrukcji zgodnej z eksploatowaną w taborze Zamawiającego opisaną w pkt. 7.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia - możliwe uzyskanie 2 pkt.; zaproponowanie dodatkowych strumieni drzwi dla pasażera ponad wymagane minimum (tj. dwóch jednostrumieniowych i jednych dwustrumieniowych) - możliwe uzyskanie 6 pkt. (po 2 za każdy dodatkowy strumień).

Zamawiający zawarł w dokumentacji przetargowej szereg wymagań dotyczących drzwi. Po pierwsze zastosowanie w tym zakresie znajdzie rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 marca 2011 r. w sprawie warunków technicznych tramwajów i trolejbusów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia, gdzie w § 8 ust. 1 stwierdza się, że tramwaj powinien być wyposażony co najmniej w dwoje drzwi. § 8 ust. 2 z kolei doprecyzowuje, że drzwi w jednym tramwaju jednokierunkowym muszą zapewniać co najmniej cztery strumienie wymiany pasażerów, a w tramwaju dwukierunkowym cztery strumienie po każdej jego stronie. Dodatkowe wymagania w zakresie drzwi Zamawiający przewidział w pkt. 4.13 OPZ: „Liczba drzwi zastosowanych w tramwaju powinna być dostosowana do pojemności wagonu oraz musi zapewniać swobodną i szybką wymianę pasażerów. Minimalna ilość drzwi dla pasażerów - trzy, w tym co najmniej jedno dwustrumieniowe zlokalizowane w części środkowej wagonu”.

Odwołujący w formularzu cenowym (pkt. 2c) wpisał: liczba dodatkowych strumieni drzwi dla pasażera ponad wymagane minimum: tramwaj jednokierunkowy – 2, tramwaj dwukierunkowy – 4.

Odwołujący zaoferował w zakresie wagonu jednokierunkowego – 4 sztuki drzwi, w tym dwoje

drzwi dwustrumieniowych, zaś w zakresie wagonu dwukierunkowego – 8 sztuk drzwi, w tym czworo drzwi dwustrumieniowych. Odwołujący przewidział zatem dodatkowe strumienie drzwi w obu rodzajach oferowanych wagonów, tj. jedno- i dwukierunkowych.

Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej informację z otwarcia ofert, gdzie stwierdził m. in., iż Odwołujący przewidział 2 dodatkowe strumienie drzwi pasażera. Zamawiający przyznał Odwołującemu 2 punkty. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien przyznać Odwołującemu 6 punktów.

W ocenie Odwołującego, liczba przyznanych ofercie Odwołującego punktów w ramach tego kryterium świadczy, iż pominięte zostały przez Zamawiającego dodatkowe strumienie zaoferowane w pojeździe dwukierunkowym.

Odwołujący wskazał, że z żadnego postanowienia dokumentacji przetargowej nie wynika, iż Zamawiający zamierzał przyznawać punkty za dodatkowe strumienie drzwi jedynie za strumienie drzwi w wagonach jednokierunkowych. A taką koncepcję przyjął na etapie oceny ofert Zamawiający. Z całą pewnością obostrzenie takie nie znalazło się w Rozdziale XIV pkt 5.3.ppkt 2 SIWZ, gdzie Zamawiający przewidział, że dodatkowe punkty przyznane zostaną za *„zapropowanie dodatkowych strumieni drzwi dla pasażera ponad wymagane minimum*.

Odwołujący wskazał, że „minimum”, o którym wspomina Zamawiający, wyznaczają przepisy Rozporządzenia Ministra Infrastruktury, zgodnie z którym dla wagonów jednokierunkowych wymagane są cztery strumienie wymiany pasażerów, a w dwukierunkowych po cztery po każdej ze stron pojazdu. Zamawiający przyjął minimalne wymogi na poziomie określonym w Rozporządzeniu MI, zdecydował się natomiast doprecyzować, iż minimalne cztery strumienie muszą być zapewnione przez co najmniej troje drzwi (Rozporządzenie Ministra Infrastruktury wskazuje na minimum dwoje drzwi) - dwoje jednostrumieniowe i jedno dwustrumieniowe.

Powyższe znalazło odzwierciedlenie na str. 37 OPZ (gdzie Zamawiający wskazał na wymagane troje drzwi, w tym jednostrumieniowe dla wagonu jednokierunkowego, oraz sześćcioro drzwi, w tym dwoje dwustrumieniowe, dla tramwaju dwukierunkowego).

Odwołujący wskazał także, że na przyjęcie założenia, zgodnie z którym dodatkowo punktowane mają być jedynie pojazdy jednokierunkowe, nie pozwala również treść postanowienia 4.13 OPZ, w którym zawarty został szczegółowy opis funkcjonalności drzwi. Na temat oczekiwanej liczby drzwi Zamawiający wypowiedział się następująco: „Liczba drzwi zastosowanych w tramwaju powinna być dostosowana do pojemności wagonu oraz musi zapewnić swobodną i szybką wymianę pasażerów. Minimalna ilość drzwi dla pasażerów - trzy, w tym co najmniej jedno dwustrumieniowe zlokalizowane w środkowej części wagonu”.

Odwołujący podkreślił, że w pkt 5.2 SIWZ Zamawiający opisał inne pozacenowe kryterium, jakim była długość niskiej podłogi przedziału pasażerskiego. W tym punkcie Zamawiający jasno wskazał więc, że parametr ten nie będzie dodatkowo punktowany w przypadku wagonów dwukierunkowych. Nic nie stało na przeszkodzie, aby analogicznie sformułowany został opis kryterium w zakresie drzwi, na co jednak Zamawiający się nie zdecydował.

W treści pkt. 1.4 OPZ, Zamawiający przewidział, że „wagon dwukierunkowy musi spełniać wszystkie wymagania stawiane dla wagonu jednokierunkowego z uwzględnieniem odmienności, którą wymusza jego dwukierunkowość”. W ocenie Odwołującego, w tym punkcie Zamawiający wskazał, że wszystkie postawione przez Zamawiającego wymagania, które zostały ujęte w SIWZ w odniesieniu do tramwaju jednokierunkowego, spełniać musi również tramwaj dwukierunkowy. Zamawiający nie sporządził opisu technicznego odrębnie dla obu rodzajów wagonów. Zdaniem Odwołującego, z postanowienia tego wysnuć należy wniosek - rozwiązania przyjęte w tramwaju dwukierunkowym nie mogą być gorsze od minimalnych wymagań postawionych wobec wagonu jednokierunkowego.

Odwołujący wskazał także, że dodatkowe strumienie w wagonie dwukierunkowym nie są konsekwencją takowych w wagonie jednokierunkowym, lecz mają charakter samoistny i niezależny, stanowią efekt biznesowej decyzji Odwołującego o zaoferowaniu rozwiązań dodatkowych, mających zagwarantować większą liczbę punktów.

To do wykonawców należała decyzja, czy zdecydują się zawyżyć cenę oferowanego wagonu, ale wyposażać go w dodatkowo punktowane rozwiązania, czy może zaoferować minimalne rozwiązania i rywalizować ceną. Wykonawcy mogli również dowolnie decydować, czy w dodatkowe rozwiązania wyposażą jeden rodzaj wagonu czy oba, oraz jaka będzie liczba dodatkowych strumieni.

Za zupełnie niezrozumiałe Odwołujący uznał twierdzenia Zamawiającego, zgodnie z którymi rozwiązanie przyjęte przez Odwołującego dotyczy strumieni, które nie byłyby przez Zamawiającego wykorzystywane, co wynikać ma z tego, że ze względów bezpieczeństwa w pojazdach dwukierunkowych na przystankach drzwi otwierają się tylko po jednej stronie. Faktu tego Odwołujący nie kwestionuje, podkreśla jednak ponownie, że przewidziane przez niego wagony gwarantują dwanaście zamiast ośmiu strumieni, co oznacza dwa dodatkowe strumienie po każdej ze stron, które wykorzystywane będą przez użytkowników pojazdów.

Odwołujący wyjaśnił także, że nic nie stało bowiem na przeszkodzie, aby wpisał w pkt. 2.c formularza ofertowego liczbę 6 (a więc sumę dodatkowych strumieni dla obu wagonów).

Chcąc jednak przedstawić oferowane rozwiązania w sposób maksymalnie przejrzysty, dający Zamawiającemu szczegółowe wyobrażenie w zakresie wagonów już na podstawie formularza ofertowego, zrobił to poprzez wyodrębnienie dodatkowych strumieni dla poszczególnych typów wagonów.

Odwołujący oświadczył, że od momentu wszczęcia postępowania nie miał najmniejszych wątpliwości co do poprawnej wykładni kryteriów oceny ofert, przez co nie uznawał za zasadne skorzystanie z jednego z powyższych uprawnień w kontekście brzmienia kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wskazał także, że sporządzając specyfikację istotnych warunków zamówienia zamawiający powinien dążyć do stanu, w którym wystarczającą metodą wykładni będzie ta o charakterze gramatycznym. Uzasadnieniem dla odstąpienia przez zamawiającego od literalnej wykładni nie może być nawet to, że interpretacja odmienna wydaje się być bardziej uzasadniona w okolicznościach postępowania.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W niniejszej sprawie zasadnicze w sprawie było rozstrzygnięcie, czy w świetle ustalonego kryterium oceny ofert – *rozwiązania techniczne – zaproponowanie dodatkowych strumieni drzwi dla pasażera ponad wymagane minimum (tj. dwóch jednostrumieniowych i jednych dwustrumieniowych)* Zamawiający powinien przyznać ofercie Odwołującego dodatkowe punkty za zaoferowane dodatkowe strumienia drzwi w pojeździe dwukierunkowym. Spór pomiędzy stronami dotyczył wykładni opisu kryterium. W szczególności w zakresie opisu wymagań minimalnych, które Odwołujący odnosił zarówno do pojazdów jedno- jak i dwukierunkowych, podczas gdy Zamawiający wraz z Przystępującym ograniczali je wyłącznie do pojazdu jednokierunkowego.

Izba rozstrzygając ma każdorazowo na uwadze postanowienia SIWZ, które stanowią także podstawę dla wykonawców przy składaniu ofert. Postanowienia punktu 5.3.2 SIWZ określały,

w jaki sposób przyznane zostaną wykonawcom dodatkowe punkty za zaoferowanie dodatkowych strumieni drzwi, ponad minimalną ilość strumieni drzwi, określoną w SIWZ. Treść tego punktu odnosiła się wyłącznie do rozwiązania określonego dla pojazdu jednokierunkowego, na co wskazywały podane minimalne parametry odnoszące się wyłącznie do tego rodzaju pojazdów: ilość strumieni drzwi (minimum 4), a także wynikały dane dotyczące ilości drzwi (minimum 3). Parametr minimalny określany był ilością strumieni drzwi – jednostrumieniowych w ilości dwóch i dwustrumieniowych w ilości jednych drzwi. Tym samym, postanowienia SIWZ dawały możliwość przyznania dodatkowych punktów za zaoferowanie dodatkowych strumieni drzwi wyłącznie w odniesieniu do pojazdu jednokierunkowego.

Tym samym nie był zasadny zarzut braku przyznania dodatkowych punktów za rozwiązanie techniczne dotyczące pojazdu dwukierunkowego.

W ocenie Izby, próba rozszerzenia zakresu znaczeniowego opisu wymagań minimalnych również na pojazdy dwukierunkowe, prowadziłaby do nieuprawnionej modyfikacji treści SIWZ już po terminie składania ofert. Treść SIWZ była jednoznaczna i nie pozwalała przyjąć, że wymaganą ilość strumieni drzwi należy odnosić do jednej strony pojazdu, co miało pozwolić odnieść ilość strumieni również do pojazdów dwukierunkowych. Przede wszystkim takiego wskazania nie zawiera treść SIWZ, a literalna treść postanowień SIWZ powinna być rozstrzygająca.

Analiza treści oferty Odwołującego prowadzi do wniosku, iż określił on ilość strumieni drzwi jako wielkość sumaryczną obu stron pojazdu dwukierunkowego, wskazując na wielkość 4 w formularzu oferty. Tym samym, ilość strumieni oznaczała całkowitą ilość dla pojazdu, a ta dla pojazdów dwukierunkowych była określona na poziomie minimum – 8 strumieni. Tym samym nie mogło mieć odniesienia do tego rodzaju pojazdu kryterium wskazującego na minimalną ilość – 4 strumieni, identyfikującą pojazdy jednokierunkowe, gdyż oznaczałoby to, że Zamawiający powinien przyznać maksymalną ilość punktów za rozwiązanie techniczne pojazdu dwukierunkowego spełniające jedynie minimalne wymagania.

Odwołujący podkreślał, że w pkt 5.2 SIWZ Zamawiający opisał inne pozacenowe kryterium, w którym Zamawiający jasno wskazał, że parametr odnosi się do wagonów jednokierunkowych. Należy jednak zauważyć, że okoliczność, że Zamawiający nie napisał wprost, że kryterium to odnosi się tylko do wagonu jednokierunkowego, nie oznacza, że kryterium to powinno zostać zastosowane do obu typów pojazdów. Treść kryterium, a w szczególności wskazanie minimalnych wymogów w zakresie ilości strumieni drzwi oraz liczby

drzwi (odnoszących się do pojazdu jednokierunkowego) jednoznacznie wskazuje, że kryterium to może zostać zastosowane wyłącznie do pojazdu jednokierunkowego.

Izba za bezzasadny uznała także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia na etapie następującym po terminie składania ofert, gdy tymczasem przepis ten dopuszcza tego typu zmiany jedynie przed upływem terminu składania ofert i w konsekwencji naruszenia także art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości.

Zamawiający nie dokonał zmiany treści SIWZ. Jak wskazano powyżej, z treści SIWZ jednoznacznie wynikało, w jaki sposób przyznane zostaną wykonawcom dodatkowe punkty za zaoferowanie dodatkowych strumieni drzwi, ponad minimalną ilość strumieni drzwi, określoną w SIWZ. Ocena ofert w zakresie ilości zaoferowanych strumieni drzwi, została przez Zamawiającego dokonana z zastosowaniem literalnego brzmienia określonych w SIWZ zasad przyznawania dodatkowych punktów w zakresie ilości strumieni drzwi. Również Odwołujący w treści odwołania wskazał, że sporządzając specyfikację istotnych warunków zamówienia, Zamawiający powinien dążyć do stanu, w którym wystarczającą metodą wykładni będzie ta o charakterze gramatycznym – a taką właśnie wykładnie zastosował Zamawiający, przyznając dodatkowe punkty Odwołującemu. Tym samym, nie doszło do zmiany treści SIWZ po upływie terminu składania ofert.

W tych okolicznościach Izba nie dopatrzyła się uchybienia w czynności związanej z oceną oferty Odwołującego i oddaliła odwołanie.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....