

**Sygn. akt: KIO 1996/16**

**WYROK**  
**z dnia 7 listopada 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: Aleksandra Zielonka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 października br. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Silesia Transport spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach oraz J. J., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Silesia Transport J. J. w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego w Katowicach

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Komunikacyjnemu Związkowi Komunalnemu Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego w Katowicach powtórzenie badania i oceny ofert wraz z ponowną oceną w kryterium oceny ofert nazwanym „poprawność wykonania gablot” gablot załączonych do oferty A. K. z Rudy Śląskiej, J. K. z Rudy Śląskiej, A. K. z Rudy Śląskiej, wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako wspólnicy spółki cywilnej pod nazwą Usługi Komunikacyjne Z. K. i spółka oraz udostępnienie tych gablot wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: Silesia Transport spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach oraz J. J., prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą Silesia Transport J. J. w Katowicach do wglądu celem weryfikacji prawidłowości tej oceny.

2. Kosztami postępowania obciąża Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego w Katowicach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Silesia Transport spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością w Katowicach oraz J. J., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Silesia Transport J. Ja. w Katowicach tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Komunikacyjnego Związku Komunalnego Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego w Katowicach na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Silesia Transport spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach oraz J. J., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Silesia Transport J. J. w Katowicach kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 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:** .....

## Uzasadnienie

I. Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego w Katowicach (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Usługi dodatkowe w zakresie transportu drogowego – „bieżące utrzymanie infrastruktury związanej z informacją przystankową”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 9 lipca 2016 r., poz. 2016/S 131-236474. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 20 października 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Silesia Transport spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach oraz J. J., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Silesia Transport J. J. w Katowicach (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie, w którym zakwestionowano następujące czynności Zamawiający (i w konsekwencji – naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych):

1. dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie A. K., J. K., A. K. - współników spółki cywilnej Usługi Komunikacyjne Z. K. i Spółka oraz J. T. Autokarowe Usługi Przewozowe TOMAD z naruszeniem podstawowych zasad zamówień publicznych, a zwłaszcza równego traktowania Wykonawców, zasady proporcjonalności oraz przejrzystości (art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych);
2. nieprawidłowego obliczenia punktacji w kryterium „poprawność wykonania gablot” - gdy w istocie oferta Wykonawców uznana za najkorzystniejszą zawiera liczne uchybienia (wskazane w treści uzasadnienia) i zgodnie z brzmieniem pkt. 13.3 SIWZ powinna uzyskać 0 (zero) punktów w tym kryterium; dokonanie przez Zamawiającego dowolnej oceny w tym zakresie narusza nie tylko -- wprost - zapisy SIWZ (których jest autorem), ale również - ponownie - art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych;
3. zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i nie podlegającej odrzuceniu - co narusza zasadę przejrzystości postępowania oraz równego traktowania Wykonawców (art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych);

4. obrazę art. 97 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez jego niewłaściwą wykładnię oraz niewłaściwe zastosowanie i uniemożliwienie Odwołującemu się dokonania pomiaru gablot pozostałych Wykonawców (a zwłaszcza umożliwienia dokonania pomiaru grubości płyt poliwęglanowych - co do których Zamawiający określił jednoznacznie grubość 3 mm); tłumaczenie, jakoby nie można ich rozpieczętować i nieudolna próba argumentacji, że i doprowadzi to do naruszenia integralności oferty - prowadzi wprost do wniosku, że sam Zamawiający pomiaru takiego nie dokonał i nie posiada w istocie wiedzy, czy oferta spełnia wymogi przezeń postawione (grubość płyty - 3 mm); jeśli takiego pomiaru nie dokonano - to badanie ofert dokonano w sposób niedbały i dowolny - co narusza zasadę równego traktowania Wykonawców, zasadę przejrzystości oraz jawności (art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych).

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Wnosil również o zasądzenie kosztów postępowania, jednak faktury ani rachunku nie złożył.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu wnosil o jego oddalenie.

Zamawiający na posiedzeniu kwestionował prawidłowość pełnomocnictw, udzielonych do protokołu przez stosownie umocowanego Prezesa Zarządu jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jednak skład orzekający stwierdził, wbrew stanowisku Zamawiającego, ustanowienie pełnomocników do protokołu za dopuszczalne i prawidłowe.

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

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usług dodatkowych w zakresie transportu drogowego polegających na bieżącym utrzymaniu infrastruktury związanej z informacją przystankową na sieci komunikacyjnej organizowanej przez Zamawiającego (pkt 3.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej: SIWZ; kopia SIWZ i innych dokumentów przywołanych w uzasadnienie w aktach postępowania).

2. Zamawiający ustanowił następujące kryteria oceny ofert: cena oferty – 80% poprawność wykonania gablot – 20% (pkt 13.2 SIWZ). Zamawiający objaśnił sposób obliczenia liczby punktów w kryterium „poprawność wykonania gablot”: „W terminie składania ofert określonym w pkt. 11.2 SIWZ Wykonawca ma złożyć wykonane przez siebie gabloty zestawów punktów pasażerskiej informacji przystankowej wykonane w skali 1:1 zgodnie z Załącznikami nr 5, 6 i 7 do SIWZ. W gablotach wykonanych zgodnie z „Załoženiami technologiczno – projektowymi przystanków” należy umieścić pasażerską informację przystankową, zgodnie z pkt. 3.2 lit. f SIWZ, z przystanku „Katowice Sokolska” strona wschodnia według załączonych rozkładów jazdy : linii 0, 5, 6, 7, 7N, 11, 23, 27, 30, 30N, 40, 43, 50, 61, 70, 76, 77, 110, 133, 170, 177, 193, 296, 600, 657, 673, 674, 830N, 840N, 860, 906N, 911, 911N, 930, 950. Wyżej wymienione informacje należy zamieścić zgodnie z „Systemem informacji dla transportu miejskiego KZK GOP”. Informacja powinna być umieszczona w gablocie/ach dwustronnej o wym. 320 x 1000 mm. (...). Punkty (P2) zostaną przyznane za poprawność wykonania gablot w skali 1:1 zgodnie z Załącznikami nr 5, 6 i 7 do SIWZ. (...) Za błąd Zamawiający będzie uznawał wszelkie odstępstwa od „Założeń technologiczno – projektowych przystanków” oraz „Systemu informacji dla transportu miejskiego KZK GOP” stanowiących Załączniki nr 5 i 7 do SIWZ. Ponadto, za błąd uznawane będą odstępstwa w przeniesieniu treści prezentowanych w Załączniku nr 6 do SIWZ i dotyczące godzin odjazdów, dni tygodnia, w których odbywa się kurs, nazw przystanków, relacji, trasy, oznaczenia pojazdów niskopodłogowych, oznaczenia trasy alternatywnej, legendy, oznaczenia przystanków strefowych i na żądanie. Niezłożenie gablot w wyznaczonym czasie i miejscu lub złożenie ich niekompletnych spowoduje przyznanie ofercie 0 punktów w kryterium „poprawność wykonania gablot”. Zgodnie z tabelą opisującą sposób przyznawania punktacji, popełnienie chociażby jednego błędu w gablotach skutkowało przyznaniem 0 punktów, i równoznaczne było z niezłożeniem gablot w ogóle (pkt 13.3 SIWZ).

3. Jak wynika z zarzutów podnoszonych w odwołaniu, zdaniem Odwołującego, do oferty konkurencyjnej, którą Zamawiający uznał za najkorzystniejszą, załączono gabloty zawierające błędy merytoryczne – odnoszące się treści rozkładów jazdy, prawidłowości oznaczeń tras, przystanków, czasów przejazdu itp. Mianowicie Odwołujący wskazywał na nieprawidłowe zamieszczenie kursu linii 27 o godz. 23.58, zamieszczenie czasów przejazdów i odległości między przystankami dla przystanków tras alternatywnych,

zamieszczenie na schemacie trasy przystanków nieobsługiwanych w żadnym kursie, nieprawidłowe oznaczenie obszarów na schemacie trasy, nieprawidłowe nazewnictwo przystanków, nieprawidłowe oznaczenie tras alternatywnych, nieprawidłowe opisy legendy, nieprawidłowe oznaczenie przystanku kierunkowego (na rozprawie Odwołujący przyznał rację Zamawiającemu w tym zakresie), nieprawidłowe oznaczenie przystanku strefowego, nieprawidłowe dopiski, błędy związane z czcionkami, z wymiarami i wyrównaniem oraz z innymi elementami graficznymi.

Ponadto Odwołujący poddawał w wątpliwość poprawność zweryfikowania niektórych elementów przez Zamawiającego (wymiary gablot, czcionka, zachowanie wymaganej kolorystyki) i fakt, że Zamawiający gabloty załączone do oferty konkurencyjnej poddał jakimkolwiek badaniu pod tym względem. Niezależnie od powyższego, Odwołujący podnosił, że Zamawiający uniemożliwił mu zapoznanie się z gablotami oferty konkurencyjnej w taki sposób, który pozwalałby na jej rzetelne zbadanie (pomiar).

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania zostały podniesione zasadnie.

Kluczowe dla niniejszego rozstrzygnięcia jest znaczenie i waga zasady jawności postępowania. Zgodnie z art. 96 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, protokół wraz załącznikami jest jawny, i Odwołujący ma słuszość, że powinien mieć możliwość oględzin oraz zbadania gablot konkurencyjnych i dokonania stosownych pomiarów. Zamawiający w trakcie rozprawy złożył zdjęcia obrazujące, że pomiary takie są możliwe (dla gabloty posiadającej otwór), niemniej nie wynika z protokołu postępowania, że pomiary takie zostały dokonane przed oceną ofert. Ponadto rację ma Odwołujący, że pomiary muszą być dokonane dla wszystkich gablot, które – jak się należy spodziewać – powinny być skonstruowane w sposób to umożliwiający (uniemożliwienie dostępu osobom trzecim nie wyklucza możliwości otwarcia gablot przez strony przyszłej umowy, w celu np. wymiany rozkładu jazdy czy konserwacji). Na zdjęciach uwidocznił sposób pomiaru za pomocą suwmiarki, przez dolny otwór w jednej z gablot – nie wynika ze zdjęć, czy prezentowana tam suwmiarka jest obiektywnym, znormalizowanym narzędziem, umożliwiającym dokonanie miarodajnego pomiaru. Zatem Zamawiający powinien powtórzyć czynność badania i oceny ofert (załączonych do nich gablot), w sposób zachowujący zasadę pisemności postępowania i równego traktowania wykonawców.

Ponadto, Zamawiający powinien dokonać powtórzenia badania i oceny ofert również dlatego, że jak wynika z jego oświadczenia na rozprawie, dokonując badania i oceny ofert, w ogóle nie zbadał prawidłowości czcionek zastosowanych w gablotach. Mianowicie, w odpowiedzi na pytanie składu orzekającego, „czy badał rozkłady jazdy załączone do ofert pod kątem rodzaju, wysokości i kształtu cyfr użytych na rozkładach”, Zamawiający stwierdził,

że „nie ma takiej technicznej możliwości, ponieważ musiałyby porównać pliki źródłowe. W jego ocenie wizualne ocena pod tym kątem nie jest możliwa, a dodatkowo utrudniona przez możliwość skalowania rozkładu  $\pm 15\%$ ”. Takiej postawy Zamawiającego nie można zaakceptować. Skoro Zamawiający tak skonstruował pozacenowe kryterium oceny ofert, że przewidział ocenę gablot załączonych do ofert pod kątem ich prawidłowości (przy czym już jeden błąd skutkowało przyznaniem 0 punktów), to ma obowiązek ocenić gabloty zgodnie z wytycznymi zawartymi w SIWZ. a punktem odniesienia był przede wszystkim „System informacji dla transportu miejskiego KZK GOP” oraz „Założenia technologiczno – projektowych przystanków”. Przywołane dokumenty określają wymagania, co do treści rozkładów jazdy, ale również precyzyjnie opisują ich formę graficzną. Odwołujący zauważał uchybienia związane z czcionkami, z wymiarami i wyrównaniem oraz z innymi elementami graficznymi, tymczasem z akt postępowania nie wynika, że Zamawiający poddał elementy graficzne ocenianych gablot jakiegokolwiek refleksji. Wytyczne w tym zakresie zostały jednak w SIWZ precyzyjnie określone. „System informacji dla transportu miejskiego KZK GOP” w części 0/0.1 zatytułowanej „Kolorystyka, krój pisma, symbole, założenia” informuje, że „jakiegokolwiek zastosowanie dodatkowych elementów lub zmiana parametrów elementów zdefiniowanych powyżej (krój, symbol, kolor, papier) wymaga zgody autorów”. Opisano szczegółowo zastosowane symbole, oznaczenia kolorystyczne, fonty, grubości linii itd. („System (...)” punkt 2/2.7). Natomiast gablot załączonych do ofert nie można badać tylko pod względem elementów zastrzeżonych jako objętych ochroną prawnoautorską, ponieważ Zamawiający wyraźnie w SIWZ zastrzegł, iż za błąd będzie uznawał „wszelkie odstępstwa” od „Założeń technologiczno – projektowych przystanków” oraz „Systemu informacji dla transportu miejskiego KZK GOP”.

Zasadnie Odwołujący podnosił, że jakiegokolwiek odstępstwo od przyjętych wytycznych SIWZ, bez oceny jego wagi, skutkowało powinno przyznaniem 0 punktów w kryterium cenowym. Zamawiający w sposób bardzo surowy opisał sposób oceny ofert w kryterium cenowym i powinien ocenić oferty zgodnie ze swymi wymogami. Tracą w tym przypadku znaczenie jakiegokolwiek rozważania o „treści” i „formie” oferty, skoro Zamawiający wyraźnie przewidział ocenę zgodności ze wzorcem, w tym zawierające wskazówki co do szaty graficznej. Zamawiający w SIWZ nie podał, że możliwe są odstępstwa od wytycznych celem podania dodatkowych informacji, czy nawet celem zwiększenia czytelności rozkładów jazdy, co oznacza, że poddawaną ocenie zgodność ze wzorcem w kryterium pozacenowym należy odnosić literalnie do wzorca. I tak, dodatkowe zamieszczenie kursu linii 27 o godz. 23.58 „informacyjnie”, zamieszczenia czasów przejazdów i odległości między przystankami dla przystanków tras alternatywnych (były to informacje dodatkowe, których SIWZ nie wymagała, a odpowiedzi na pytania wyraźnie wymagały jedynie informacji dla trasy podstawowej), nieprawidłowe oznaczenie przystanku strefowego (Zamawiający wymagał oznaczenia

przystanku strefowego bez względu na fakt, czy wiąże się to z dodatkową płatnością; jeżeli Zamawiający przewidywał brak oznaczenia przystanku strefowego w skonkretyzowanych okolicznościach, powinien był to przewidzieć w SIWZ), zamieszczenie na schemacie trasy przystanków nieobsługiwanych w żadnym kursie, nieprawidłowe nazewnictwo przystanków (o ile można rozważać, czy wpisanie zgodnie z zasadami pisowni nazwy przystanku „Zabrze de Gaulle`a” jest uchybieniem, to niewątpliwie jest nim niepoprawne „Halemba 1Maja” bez spacji) - nie powinno być przez Zamawiającego akceptowane. Zatem Zamawiający powinien dokonać powtórzenia badania i oceny ofert z zastosowaniem wytycznych określonych w SIWZ.

W ocenie Izby Odwołujący natomiast nie wykazał, że wprowadzono nieprawidłowe oznaczenie obszarów na schemacie trasy (nie udowodnił, przyporządkowanie do jakiego obszaru jest prawidłowe), nieprawidłowe opisy legendy (opis taki znajduje się na każdym rozkładzie), nieprawidłowe dopiski (dopisek „ogłos” był zgodny literalnie z wytycznymi).

W odwołaniu Odwołujący nie kwestionował oceny własnych gablot i nie podnosił żadnego zarzutu z tym związanego – w treści odwołania jedynie stwierdził, że „Zamawiający przyznał zaś Odwołującemu 0 punktów za poprawność wykonania modeli, ale w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty nie wymienił błędów, które w jego ocenie popełnił Odwołujący, uniemożliwiając Odwołującemu odniesienie się do tych błędów. Narusza to jawność oraz przejrzystość postępowania.”. Skład orzekający stwierdza, że prawidłowo skonstruowany zarzut składa się z podstawy faktycznej i odpowiednio z nim skorelowanej podstawy prawnej, i wynika z niego skonkretyzowane żądanie. W odwołaniu brak sformułowanego zarzutu i żądania w związku z przyznaniem Odwołującemu 0 pkt w kryterium pozacenowym. Niezależnie od powyższego Izba zauważa, że Zamawiający udostępnił Odwołującemu, w terminie do wniesienia odwołania, ocenę jego oferty (stanowiącą załącznik do protokołu z dnia 10 października 2016 r.), zatem Odwołujący miał możliwość wniesienia umotywowanego środka ochrony prawnej na ocenę własnej oferty.

Ponadto Odwołujący na rozprawie podnosił, że oferta uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą powinna być „wręcz odrzucona”, jednak po pierwsze, zarzutu takiego nie postawiono w odwołaniu, po drugie – Zamawiający w SIWZ przewidział, że gabloty mogą posiadać błędy – co nie miało skutkować odrzuceniem oferty, ale przyznaniem 0 punktów w kryterium pozacenowym.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

Mimo uwzględnienia odwołania, Izba nie zasądziła dla Odwołującego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, ponieważ nie złożył on do akt sprawy, do zakończenia



rozprawy, stosownego rachunku (§ 3 pkt 2 rozporządzenia 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. z dnia 17 marca 2010 r.)

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:**

.....