

**WYROK
z dnia 7 listopada 2017 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2017 r. przez wykonawcę Z. S.A., (...) w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., (...) Jednostka prowadząca postępowanie: Centrum Realizacji Inwestycji Region Południowy, (...)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia: P. E. S.A. z siedzibą w W. oraz P. N. i U. I. K. w K. sp. z o.o. z siedzibą w K. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2215/17 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., (...) Jednostka prowadząca postępowanie: Centrum Realizacji Inwestycji Region Południowy, (...) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., (...) Jednostka prowadząca postępowanie: Centrum Realizacji Inwestycji Region Południowy, (...) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Z. S.A., (...) tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., (...) Jednostka prowadząca postępowanie: Centrum Realizacji Inwestycji Region Południowy, (...) na rzecz Z. S.A., (...) kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., (...) Jednostka prowadząca postępowanie: Centrum Realizacji Inwestycji Region Południowy, (...) wszczął postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania nr 1 pn.: „Prace na odcinku linii kolejowej (...) C. - Z.” oraz dla zadania nr 2 pn.: „Budowa łącznicy w C. w ciągu linii kolejowych (...) S. – C. i (...) C. – Z.”, oznaczenie postępowania znakiem: IREZA3a-216-05/2017.

Powyższe zamówienie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 145795-2017-PL z dnia 15 kwietnia 2017 r.

W dniu 12 października 2017r. Zamawiający poinformował Odwołującego: Z. S.A., (...) o unieważnieniu przedmiotowego postępowania.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 23 października 2017r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), zwanej dalej ustawą Pzp czynności Zamawiającego, tj. wobec czynności dotyczącej unieważnienia postępowania, jak i od zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej wspólnie przez P. E. S.A. oraz P. N. i U. I. K. w K. sp. z o.o.

Zaskarżonym czynnościom (zaniedbaniom) Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1. art 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art 2 pkt 7a) ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania mimo, iż w postępowaniu nie wystąpiła niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym w szczególności oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą (co zresztą przyznało PKP w piśmie unieważniającym postępowanie), a tym samym prawidłowe było działanie Zamawiającego polegające na wyborze dnia 3 października 2017 r. oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, a samo unieważnienie postępowania byłoby w niniejszej sprawie nadto działaniem sprzecznym również z zasadą równego traktowania wykonawców (art. 7 ust 1 ustawy Pzp), jak i zasadą celowości (art 2 pkt7a ustawy Pzp),

2. art 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp przez unieważnienie Postępowania mimo, iż oferta złożona wspólnie przez P. E. S.A, oraz P. N. i U. I. K. w K. sp. z o.o. winna zostać dorzucona, a w konsekwencji nie sposób uznać, by w

sprawie miała miejsca wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wskazując na powyższe naruszenia, wnosił o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą, zwanej dalej jako KIO niniejszego odwołania i jego uwzględnienie,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania,
3. w sytuacji uznania, że unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania nie powoduje, że wcześniejsza czynność Zamawiającego polegająca na wyborze oferty najkorzystniejszej pozostaje w mocy, wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego wyboru ofert, a w konsekwencji ponowny wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, a w sytuacji uwzględnienia zarzutu nr 2, nadto o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej wspólnie przez P. E. S.A. oraz P. N. i U. I. K. w K. sp. z o.o.,
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W swoim odwołaniu Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w postępowaniu, tym przyjął 3 kryteria (pkt 20.7 IDW), które będzie brał pod uwagę przy ustaleniu, która z ofert jest najkorzystniejsza, a to:

- a. całkowita cena brutto (której przyznał 60% wagi),
- b. termin realizacji (któremu nadał 20% wagi), oraz
- c. doświadczenie personelu wykonawcy (analogicznie - 20% wagi).

Jednocześnie Zamawiający wskazał w pkt 20.6 IDW, że ocenie i porównaniu podda tylko te oferty, które zostaną złożone w terminie i nie zostaną przez niego odrzucone.

Tym samym zgodnie z SIWZ (po zmianach wprowadzonych 31 maja 2017 r.), która w ten sam sposób wiąże każdego z wykonawców, jak i Zamawiającego, ustalenie która z ofert jest najkorzystniejsza, miało wynikać z porównania jedynie takich ofert, które spełniają łącznie wskazane wyżej warunki, to jest złożenie oferty w terminie i jej nie odrzucenie przez Zamawiającego.

Odwołujący zauważył, że sposób wyliczania punktów, jakie mają być przyznane za poszczególne kryteria, był dość skomplikowany i związku z tym wskazał, iż w odniesieniu do ceny (pierwszego z kryterium, któremu przyznano 60% wagi) Zamawiający przewidział dwa wzory (wzór, który można nazwać arytmetycznym -

stosowany wówczas, gdy ofert, spośród których należało wybrać ofertę najkorzystniejszą, było od 1 do 3, jak i wzór tzw. średniej miarodajnej, który winien być stosowany wówczas, gdy ofert takich było 4 lub więcej - vide pkt 20.7 IDW).

Wyjaśnił, że pierwotnie oferty zostały złożone przez 5 wykonawców, a w dacie wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający odrzucił dwie z ofert, co spowodowało, iż wybierał on spośród 3 (dwóch wykonawców na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art 85 ust 2 ustawy Pzp nie wyraziło bowiem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą/wydłużenia wadium).

Zaznaczył, że spośród ofert 3 wykonawców, które nie zostały przez niego odrzucone (były poddane ocenie) - najniższą cenę przedstawiło konsorcjum składające się z P. E. S.A. oraz P. N. i U. I. K. w K. sp. z o.o., zwana dalej jako konsorcjum P. E.. Wykonawca ten złożył ofertę brutto na kwotę 393.825.985,83 PLN, zaś Odwołujący przedstawił cenę w kwocie 406.017.271,04 PLN, co zgodnie ze wzorem, który jest ujęty w pkt 20.7.1. IDW, a na podstawie którego wyliczało się liczbę punktów w kryterium całkowita cena brutto (oznaczanym przez Zamawiającego skrótem „Co”), dawało Odwołującemu sumę 58,198 punktów (po zaokrągleniu 58,20 pkt)

Konsorcjum P. E. i PNIUK, zwane dalej jako konsorcjum P. E.) dostało w tym kryterium 60 punktów.

Natomiast B. S.A. (trzecia z ofert, które nie zostały przez Zamawiającego odrzucone), który złożył ofertę na kwotę 429.640.806,61 PLN otrzymał w kryterium cena 55 punktów.

Odnosnie drugiego kryterium - terminu realizacji (gdzie było sprawdzane skrócenie terminu realizacji w odniesieniu do okresu bazowego - liczonego jako suma etapów i wynoszącego 55 miesięcy), oznaczonego w IDW jako „T_r” największego skrócenia dokonał Odwołujący, gdyż zaproponował 42 miesiące (skróciło wykonanie o 13 miesięcy, co stało się wedle wzoru ujętego w IDW liczbą bazową, do którego należało porównać inne „skrócenia”).

W konsekwencji Odwołujący otrzymał 20 punktów, podczas gdy Konsorcjum P. E. skróciła o 3 miesiące, co dało 4,62 punktów, zaś B. skrócił termin realizacji o 6 miesięcy, co dało mu 9,23 punktów.

Trzecie kryterium w postaci doświadczenia personelu zostało w IDW podzielone na 4 podkryteria (na 20% oferty składało się bowiem doświadczenie za kierownika budowy - 8%, za kierownika robót torowych - 4%, za kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych - 4% oraz kierownika SRK - 4%). Najwięcej punktów w tym kryterium zostało przyznane Konsorcjum P. E. (20 punktów na 20 możliwych), B. otrzymał 10 punktów, natomiast Odwołujący otrzymał 8 punktów.

Podsumował, że

- a) Z. otrzymało 86,2 punktu (suma za: cena - 58,20 punktów, termin realizacji - 20 punktów oraz doświadczenie personelu - 8 punktów)
- b) Konsorcjum P. E. otrzymała 84,62 punkty (suma za: cena - 60 punktów, termin realizacji - 4,62 punktu oraz doświadczenie personelu - 20 punktów)
- c) B. otrzymał 74,23 punktów (suma za: cena - 55 punktów, termin realizacji - 9,23 punktu oraz doświadczenie personelu - 10 punktów),

co spowodowało, że oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza, co jest w pełni zgodne z warunkami, jakie Zamawiający wskazał w SIWZ, gdzie wskazano, że będzie porównywał i oceniał te oferty, które zostały złożone w terminie oraz które nie podlegały odrzuceniu.

Powołał okoliczność, że w dniu 12.10.2017 r. Odwołujący otrzymał pismo z tej samej daty, którym to Zamawiający unieważnił postępowanie wskazując, iż jego zdaniem zachodzi w niniejszej sprawie okoliczność, o której mowa w art 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp, a więc zdaniem Zamawiającego zaszła niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wskazał on bowiem, że gdy w dniu 31.08.2017 r. sporządzał ranking ofert (wówczas, gdy w postępowaniu było 5 wykonawców) błędnie uznał, że to oferta Z. S.A. została najwyższej oceniona, co spowodowało wezwanie Z. S.A. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający uzasadnił swoją decyzję tym, że w toku niniejszego postępowaniu ujawniono omyłkę rachunkową w przeliczeniu średniej miarodajnej w jednym z kryteriów oceny ofert(Cena). Przy prawidłowym policzeniu średniej miarodajnej oferta Z. S.A. nie powinna być najwyższej ocenioną i w związku z tym Wykonawca ten nie powinien być wezwany do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Dalej, Zamawiający wskazał, że 12.09.2017 r. jeden z wykonawców (Z.) samodzielnie przedłużył termin związania ofertą oraz ważność wadium, natomiast do czterech pozostałych wykonawców skierowano pisma z wezwaniem do przedłużenia terminu związania ofertą (co winno nastąpić łącznie z przedłużeniem wadium - art 85 ust 4 ustawy Pzp), na co tylko dwóch wykonawców odpowiedziało w sposób zgodny z wezwaniem. Tym samym Zamawiający zauważył, że w postępowaniu pozostały 3 ważne oferty.

Dalej, uzasadniając zaistnienie wskazanej przez niego (art 93 ust. 1 pkt 7) podstawy

unieważnienia postępowania Zamawiający wskazał, że:

Na dzień unieważnienia postępowania Zamawiający nie ma możliwości poprawy wskazanej powyżej omyłki, gdyż zgodnie z zapisami IDW do wyliczenia kryterium „Cena” przy trzech ważnych ofertach należałoby zastosować wzór bez średniej miarodajnej. Według wzoru przewidzianego dla trzech ważnych ofert nadał ofertą najwyższej ocenioną byłaby oferta Wykonawcy Z. S.A.

W niniejszym stanie faktycznym zamawiający stwierdza, że nie może usunąć wskazanej wady, gdyż nie może przywrócić do postępowania wykonawców, których oferty zostały odrzucone, a w konsekwencji nie może zastosować odpowiednich wzorów w ramach przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert, do obliczenia punktacji dla ważnych ofert.

Zarzucił, że w swoim uzasadnieniu Zamawiający nie wskazał żadnych dalszych okoliczności, w szczególności takich, które miałyby spowodować, że wskazana przez niego wada uniemożliwiłaby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przechodząc do oceny prawnej zaskarżonej czynności podniósł, iż unieważnienie postępowania stanowi wyjątek od zasady celowości postępowania, która przewiduje zakończenie postępowania w inny sposób niż wybór wykonawcy jedynie w sytuacji wystąpienia wyjątkowych okoliczności ujętych w ramach art 93 ust. 1 i ust 2 ustawy Pzp.

Według Odwołującego unieważnienie postępowania może mieć miejsce wyłącznie w sytuacji, gdy wystąpi okoliczność ujęta w ramach art. 93 ust 1 lub ust 2 ustawy Pzp, które to przepisy - z uwagi na ich wyjątkowy charakter - winny być interpretowane ściśle.

Zdaniem Odwołującego - w niniejszej sprawie żadna z takich okoliczności nie miała miejsca (zresztą Zamawiający wskazał, iż unieważnia z powodu opisanego w art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp).

W ocenie Odwołującego - w niniejszej sprawie nie wystąpiły okoliczności uzasadniające to, by wystąpiły wszystkie trzy powyższe okoliczności. Ani bowiem nie powstała wada która miałaby skutkować niemożliwością zawarcia nie podlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego, ani również wada nie miała charakteru trwałego.

Zauważył również, że opisywaną wadą jest okoliczność błędnego sporządzenia przez Zamawiającego „rankingu ofert” i w związku z tym wezwania do złożenia tzw. dokumentów formalnych Z. S.A., podczas gdy na tym etapie - zdaniem Zamawiającego - do złożenia

dokumentów formalnych (tj. potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu) wezwane winno być konsorcjum P. E..

Odwołujący uważał, że okoliczność wezwania Z. zamiast P. E. nie ma, ani nie mogła mieć żadnego wpływu na wynik postępowania.

Przede wszystkim zwrócił uwagę, iż wezwanie do przedłożenia dokumentów formalnych jest jedynie jednym z działań, jakie są, w przypadku tzw. procedury odwróconej, podejmowane by w przyszłości mógł mieć miejsce wybór oferty najkorzystniejszej. Okoliczność ta nie zmienia w żaden sposób faktu, iż decydująca dla możliwości wyboru była sytuacja z dnia wyboru ofert, a wówczas to nie oferta konsorcjum P. E. była najkorzystniejsza, tylko ta, która została złożona przez Z. S.A, (a co wynika z faktu, iż dwóch wykonawców nie wyraziło zgody na przedłużenie ofert związanego z zapewnieniem wadium).

Innymi słowy nawet gdyby to konsorcjum P. E. było wezwane do złożenia dokumentów formalnych, to i tak oferta ta nie byłaby wybrana w dacie podejmowania decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty - wówczas bowiem - mając na uwadze odrzucenie ofert 2 wykonawców przez Zamawiającego - w postępowaniu pozostało 3 wykonawców, co powodowało, że oferta Z. S.A. jest ofertą najkorzystniejszą (zresztą podkreśla to sam Zamawiający w swoim piśmie o unieważnieniu postępowania).

Tym samym nie można mówić, aby przedmiotowy błąd Zamawiającego miał lub mógł mieć wpływ na wynik postępowania. Błędne wezwanie do przedłożenia dokumentów formalnych nie zmieniło bowiem faktu, iż w dacie wyboru oferty najkorzystniejszej, to oferta Z. była ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący zaznaczył, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest w pewien sposób dynamicznym postępowaniem. Liczba ofert, jakie zostają złożone, niekoniecznie pokrywa się z liczbą ofert, spośród których nastąpi wybór oferty najkorzystniejszej. Wykonawca może być bowiem z szeregu powodów wykluczony z postępowania (co zgodnie z art 24 ust. 4 ustawy Pzp powoduje, iż jego oferta będzie uznana za odrzuconą), jak i w postępowaniu może wystąpić szereg powodów odrzucenia oferty (przykładowo oferent może nie zgodzić się na poprawienie omyłki, cena może być uznana za rażąco niską etc.).

Zamawiający, zdając sobie z tego doskonale sprawę, w punkcie 20.6 IDW wskazał, że będzie porównywał nie oferty złożone, ale oferty złożone w terminie i nie podlegające

odrzuconiu (nieodrzucone przez Zamawiającego).

Argumentował, w związku z tym, że w konsekwencji nie sposób zrozumieć logiki w postępowaniu Zamawiającego, który postanowił unieważnić postępowanie z powodu błędu na etapie, który nie miał żadnego wpływu na wynik postępowania, a wynik ten jest związany z faktem, iż oferty dwóch wykonawców zostały odrzucone (co i tak miałyby miejsce niezależnie od tego kto byłby wezwany do złożenia dokumentów formalnych - tj. czy byłoby to Z., czy konsorcjum P. E.). Tym samym należy uznać, że w sprawie nie zaistniała przesłanka niemożności zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego - z całą bowiem pewnością w postępowaniu nie zachodzą okoliczności wskazane w art 146 ust. 1 (katalog ten w oczywisty sposób nie jest w jakikolwiek sposób związany z tym co zostało opisane przez Zamawiającego w piśmie w przedmiocie unieważnienia Postępowanie), ust. 5 czy ust. 6 ustawy Pzp (skoro i tak powinien mieć miejsce wybór oferty Z., niezależnie od tego czy to konsorcjum P. E., czy Z. było wezwane do złożenia dokumentów formalnych).

Powyższe powoduje – według Odwołującego, że nie jest spełniona przesłanka, aby to ta wada spowodowała, że niemożliwe będzie zawarcie ważnej umowy o zamówienie publiczne, bowiem nie miała ona wpływu na wynik postępowania, skoro wynik ten wynikał z okoliczności całkowicie niezależnych od Zamawiającego, czy też Z. S.A. lub konsorcjum P. E..

Tym samym skoro i tak oferta Z. byłaby uznana za najkorzystniejszą, niezależnie od tego, czy błąd zostałby przez Zamawiającego poczyniony, czy też nie innymi słowy - niezależnie od tego, czy do złożenia tzw. dokumentów formalnych wezwane byłoby konsorcjum P. E., czy też Z. nie sposób uznać, by zaistniała podstawa do unieważnienia postępowania.

Zarzucił, że brakuje związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy w sytuacji, gdy z powodu niewyrażenia zgody przez 2 wykonawców na przedłużenie terminu związania ofertą, powinna być wybrana oferta Z..

Podkreślił przy tym, iż zdaniem Zamawiającego (tak uzasadnił on swoją decyzję o unieważnieniu postępowania) „nie może [on] zastosować odpowiednich wzorów w ramach przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert, do obliczania punktacji dla ważnych ofert” - co jest o tyle niezrozumiałe, że przecież Zamawiający nie mógłby w dacie wyboru oferty (gdy odrzucił on oferty dwóch wykonawców) skorzystać z wzoru który był właściwy dla 5 wykonawców, a musiał korzystać ze wzoru właściwego dla tylu wykonawców, ilu pozostało w postępowaniu (których ofert nie odrzucił), a więc 3.

Niezależnie od powyższego, tj. abstrahując w ogóle od faktu, iż wskazany przez PKP PLK błąd nie miał, ani nie mógł mieć wpływu, na wynik niniejszego postępowania, wskazał, iż trudno zgodzić się z poglądem jaki został przedstawiony w piśmie Zamawiającego z dnia 12.10.2017 r., a to, by wystąpiła wada niemożliwa do usunięcia. Otóż bowiem wada opisana przez Zamawiającego, a więc polegająca na nie wezwaniu konsorcjum P. E. do złożenia dokumentów formalnych, nie ma charakteru trwałego (nie jest tym rodzajem wady, którego nie można by usunąć). Otóż bowiem skoro doszło do zaniechania wykonania pewnej czynności czynność ta może być w każdym czasie wykonana.

Dalej, wywodził, że nie zmienia to jednak faktu, iż byłoby to bezcelowe, co jest związane z opisywaną wcześniej okolicznością, a to iż błąd ten nie miał, ani nie mógł mieć wpływu na wynik postępowania (czego nie zauważa Zamawiający, który obecnie z faktu, iż dwóch wykonawców nie wyraziło zgody na przedłużenie związania ofertą, stara się wyprowadzić stanowisko, iż czynność której zaniechał nie może być dokonana - tj. że wada ma charakter trwały). Nie jest to prawdą - zawsze możliwe jest bowiem wezwanie konsorcjum P. E. do złożenia dokumentów formalnych co nie zmienia faktu, że nawet po przedstawieniu tych dokumentów (tak samo, jakby błędu nie było i od razu zostaliby wezwani i tak oferta tegoż wykonawcy nie mogłaby być uznana za najkorzystniejszą).

Argumentował, że w konsekwencji - patrząc dokładnie na przesłanki unieważnienia wskazane w art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp nie zaistniała przesłanka, która nakazuje unieważnić postępowanie, o ile wada miała wpływ na możliwość zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu (niezależnie od tego kto byłby wezwany do złożenia dokumentów formalnych, tj. czy konsorcjum P. E. czy Z. S.A., z uwagi na odrzucenie ofert dwóch wykonawców przez PKP i tak oferta Z. winna być uznana za najkorzystniejsza), jak i nie zaistniała przesłanka dotycząca trwałości wady (w rzeczywistości w każdym czasie możliwe jest bowiem wezwanie wykonawcy do złożenia dokumentów formalnych).

Zauważył przy tym, iż każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu godził się z takim brzmieniem SIWZ, a to, że wybór będzie uzależniony od liczby ofert, które nie zostały odrzucone (tym samym unieważnienie postępowania narusza także zasadę równego traktowania wykonawców, skoro Zamawiający podjął decyzję unieważniającą nie licząc się z tym, że wynik postępowania jest konsekwencją takiego, a nie innego ukształtowania przez niego warunków - które każdy z oferentów zaakceptował).

Co więcej, podkreślił, że w niniejszej sprawie występują dwie niezależne i

samodzielne przyczyny prowadzące do uznania, że decyzja Zamawiającego o tym, by unieważnić postępowanie jest błędna.

Oprócz bowiem opisanej wyżej okoliczności, a to, że nawet jeżeli konsorcjum P. E. byłaby wezwana do złożenia dokumentów formalnych, to i tak nie miałoby to wpływu na wynik postępowania, istnieje bowiem jeszcze druga podstawa uznania, że wskazywany przez Zamawiającego błąd nie miał, ani nie mógł mieć wpływu, na wynik postępowania.

Zauważył, że i tak oferta konsorcjum P. E. (a więc konsorcjum, które wedle Zamawiającego miało być wezwane zamiast Odwołującego do złożenia tzw. dokumentów formalnych) winna być przez Zamawiającego odrzucona, a tym samym także i z tego powodu - błąd Zamawiającego nie miał, ani nie mógł mieć żadnego wpływu na wynik postępowania.

Wskazał przy tym, że Z., jako podmiot, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejszą nie miał możliwości wniesienia odwołania na zaniechanie PKP PLK w zakresie odrzucenia oferty konsorcjum P. E., bowiem, by możliwe było złożenie odwołania konieczne jest wykazanie interesu prawnego, jak i możliwej szkody, a w dacie wyboru (3.10.2017 r.) zaniechanie odrzucenia oferty P. E. i PNIUK nie powodowało po stronie Z. jakiegokolwiek szkody - wszak to oferta Z. została wybrana jako najkorzystniejsza. Podstawy te zmaterializowały się natomiast w dacie 12.10.2017 r., gdy to Zamawiający unieważnił postępowanie, wskazując, iż wynika to z faktu, że w toku postępowania wystąpił błąd, który (czego już PKP nie wyraziło jednoznacznie, ale jak należy się domyślać) miał lub mógł mieć wpływ na wynik postępowania.

W konsekwencji skoro Odwołujący nie mógł skarżyć zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum P. E. po 3.10.2017 r. (dacie wyboru oferty Z. jako najkorzystniejszej) w pełni może skarżyć tą czynność po tym, gdy Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania - skoro odrzucenie oferty konsorcjum P. E. z całą pewnością powodowałyby, że unieważnienie postępowania nie mogłoby mieć miejsca.

Zdaniem Odwołującego - wykonawca, który złożył ofertę najkorzystniejszą nie może się odwołać wobec zaniechania odrzucenia ofert niżej sklasyfikowanych wykonawców, a może się odwołać dopiero wówczas, gdy zostanie dokonany nowy wybór, tak samo analogicznie w niniejszej sprawie - Odwołujący nie miał możliwości złożenia odwołania na zaniechanie odrzucenia oferty w dacie gdy to jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, natomiast uzyskuje takie prawo gdy Zamawiający zdecydował o unieważnieniu postępowania.

W tej dacie bowiem PKP PLK wskazał, iż wcześniejsza czynność związana z wyborem oferty nie jest w jego przekonaniu czynnością prawidłową, dokonując unieważnienia postępowania, co z pewnością nie miałyby miejsca, gdyby odrzucił ofertę rzeczzonego konsorcjum - wówczas wszak z całą pewnością wskazywany przez niego błąd nie miałby żadnego wpływu na wynik postępowania.

Zastrzegł przy tym, że niniejsze rozważania stanowią drugą niezależną podstawę do uznania, iż unieważnienie postępowania jest czynnością błędną, co Z. podniósł z daleko posuniętej ostrożności procesowej (zdaniem Odwołującego już to, co zostało opisane w pkt 1.8-1.10 w pełni uzasadnia uwzględnienie odwołania, a wówczas w ogóle odpada potrzeba prowadzenia rozważań w zakresie niżej opisanym).

Gdyby jednak KIO nie podzieliła zapatrywania ujętego w ww punktach odwołania, wskazał, że skoro oferta konsorcjum P. E. winna zostać odrzucona, nie może być uznane za zasadne unieważnienie postępowania.

W sytuacji bowiem odrzucenia oferty konsorcjum P. E. z całą pewnością nie miałyby żadnego znaczenia to, że to nie to konsorcjum, a Z. zostało wezwane do przedłożenia dokumentów formalnych - opisywany przez Zamawiającego błąd nie miałby bowiem żadnego wpływu na wynik postępowania (ani nie mógłby mieć), skoro błąd ten odnosi się do podmiotu, który i tak nie mógłby zostać wybrany.

Odwołujący w swoim odwołaniu uzasadnił konieczność odrzucenia oferty konsorcjum P. E. w sytuacji opisanej w art 89 ust 1 pkt 2) ustawy Pzp, tj. wystąpienia przypadku, gdy treść oferty nie odpowiada SIWZ ofertę takiego wykonawcy należy odrzucić (zastrzeżenie dotyczy art 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, która to sytuacja nie występuje).

Na koniec wskazał, że - w ocenie Odwołującego - w sytuacji unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania dotychczas podjęte przez Zamawiającego czynności w postępowaniu winny być uznane za prawidłowe. Tym samym w mocy powinien pozostać wybór oferty najkorzystniejszej, jaki miał miejsce w dacie 3 października 2017 r.

Gdyby jednak KIO podzielać pogląd Odwołującego co do nieprawidłowości działań Zamawiającego uznało, iż konieczne jest ponowienie wyboru oferty, która jest ofertą najkorzystniejszą - Odwołujący zaznaczył takie żądanie na początku odwołania (stąd niniejszy punkt - celem wyjaśnienia sposobu skonstruowania żądań odwołania).

W sytuacji gdyby brak podstaw do unieważnienia Postępowania wynikał z konieczności odrzucenia oferty - wówczas z całą pewnością konieczny będzie ponowny wybór oferty najkorzystniejszej, nie uwzględniający oferty konsorcjum P. E. (w tym nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Z., jako oferty najkorzystniejszej).

W przypadku bowiem tylko dwóch ofert (tj. oferty Z. S. A., jak i oferty B. S.A.) dalej oferta Z. byłaby najkorzystniejszą. Z. otrzymałoby bowiem 60 punktów za kryterium cena (a B. otrzymałoby wówczas 56,7 pkt), za termin realizacji Z. otrzymałoby 20 punktów (B. 9,23 pkt), a za doświadczenie personelu Z. 8 pkt, a B. 10 pkt. W sumie oznaczałoby to przyznanie ofercie Z. 88 pkt, a drugiej ofercie B. 75,93 punktów.

Pismem z dnia 26 października 2017r. wykonawcy wspólnie ubiegający się udzielenie zamówienia: P. E. S.A. z siedzibą w W. oraz P. N. i U. I. K. w K. sp. z o.o. z siedzibą w K. zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, złożonych ofert, zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 12 października 2017r., pism procesowych Odwołującego i Przystępującego, jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1, art.93 ust.1 pkt.7 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do unieważnienia przedmiotowego przetargu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że zgodnie z pkt. 20.7. Instrukcji Dla Wykonawców, zwanej dalej IDW, w celu oceny ofert Zamawiający przyjmuje następujące kryteria:

1. Całkowita cena brutto – waga: 60%,
2. Termin realizacji - waga 20%,
3. Doświadczenie personelu Wykonawcy - waga 20%.

Izba stwierdziła również, że w pkt 20.7.1 IDW Zamawiający ustanowił następujące zasady punktowania w zakresie całkowitej ceny brutto.

Ocena punktowa (z uwzględnieniem wagi kryterium) w kryterium: całkowita cena brutto zostanie dokonana:

a) w przypadku, gdy liczba ofert, o których mowa w pkt. 20.8 wyniesie od 1 do 3, wg poniższego wzoru:

$$Co = Cn : Cb \times 100 \times Wkr$$

gdzie:

Wkr – waga kryterium [%] Co – liczba punktów (z uwzględnieniem wagi kryterium) w kryterium Całkowita cena brutto, Cn – najniższa oferowana całkowita cena brutto, Cb – całkowita cena brutto badanej oferty.

b) w przypadku, gdy liczba ofert, o których mowa w pkt. 20.8 wyniesie 4 lub więcej, wg poniższego schematu, (z zastosowaniem średniej miarodajnej wartości ofert – $\acute{S}o$): - dla ofert z całkowitą ceną brutto równą lub niższą od wartości $\acute{S}o$ dla obliczenia liczby pkt w tym kryterium zastosowany zostanie poniższy wzór A:

$$Co = ((\acute{S}o - Cb) : (\acute{S}o - Cn) \times 10 + 90) \times Wkr$$

- dla ofert z całkowitą ceną brutto powyżej wartości $\acute{S}o$ dla obliczenia liczby pkt w tym kryterium zastosowany zostanie poniższy wzór B:

$$Co = ((Cd - Cb) : (Cd - \acute{S}o) \times 60 + 30) \times Wkr$$

gdzie:

Wkr – waga kryterium [%] Co – liczba punktów (z uwzględnieniem wagi kryterium) w kryterium Całkowita cena brutto,

Cb – całkowita cena brutto badanej oferty, Cn – najniższa oferowana całkowita cena brutto,

Cd – najdroższa oferowana całkowita cena brutto, $\acute{S}o$ – średnia miarodajna wartość ofert, która obliczona będzie na podstawie poniższego wzoru:

$$\acute{S}o = Ca1 + Ca2 + \dots + Can : In$$

gdzie: $Ca_1+Ca_2+\dots+Ca_n$ – suma wartości całkowitych cen brutto ofert, o których mowa w pkt 20.8 z wyłączeniem wartości całkowitych cen brutto ofert skrajnych tj. najtańszej i najdroższej, I_n – liczba ofert, o których mowa w pkt 20.8 z wyłączeniem ofert skrajnych tj. najtańszej i najdroższej. Śó podane zostanie z dokładnością do 2 miejsc po przecinku.

Jeśli oferta została złożona przez Wykonawcę niebędącego płatnikiem podatku VAT w Polsce Zamawiający postąpi zgodnie z punktem 13.2 IDW. Uzyskane punkty wchodzi w całościową ocenę ofert i stanowią 60% (0,60) oceny całościowej.

Dodatkowo, Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 20.7.2 IDW przewidział zasady oceny w kryterium oceny ofert w zakresie terminu realizacji.

Ocena punktowa (z uwzględnieniem wagi kryterium) w kryterium: Termin realizacji zostanie dokonana wg poniższego wzoru:

$$TR = T_b : T_n \times 100 \times W_{kr}$$

gdzie: TR – ilość punktów oferty badanej z uwzględnieniem wagi kryterium, T_b – suma miesięcy, o którą ulegają skróceniu terminy na wykonanie poszczególnych Etapów zaproponowane w badanej ofercie, w stosunku do terminów tych Etapów określonych przez Zamawiającego jako maksymalne, z wyłączeniem Etapu 4 zadania nr 2, T_n – największa suma miesięcy, spośród wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu, o którą zostały skrócone terminy na wykonanie poszczególnych Etapów względem terminów określonych przez Zamawiającego jako maksymalne, W_{kr} – waga kryterium [%].

Uwaga: wynik przeprowadzonych obliczeń podany zostanie z dokładnością do 2 miejsc po przecinku. Uwaga: Przy obliczaniu wzoru na TR nie będzie brane pod uwagę skrócenie terminu na wykonanie Etapu 4 Zadania 2 zaproponowane przez Wykonawcę. Uwaga: w przypadku, gdy Wykonawca proponuje w formularzu ofertowym termin realizacji powyżej 55 miesięcy - oferta zostanie odrzucona.

Uwaga: przy obliczaniu ilości punktów oferty badanej (TR) nie będą brane pod uwagę dane zawarte w ofertach odrzuconych. Uwaga: w przypadku, gdy żaden z Wykonawców nie proponuje skrócenia terminu realizacji któregośkolwiek z Etapów (tj. $T_n = 0$), to przyjmuje się, że ilość punktów oferty badanej z uwzględnieniem wagi kryterium (TR) równa się 0 punktów. Wykonawca w celu potwierdzenia możliwości skrócenia terminu realizacji zadania i Etapów przedstawi Harmonogram Realizacji Zadania Wykonawcy (HRZW), o którym mowa

w punktach poniżej, stworzony na podstawie wzorcowego Harmonogramu Realizacji Zadania Zamawiającego (HRZZ). Skutki braku realizacji umowy w terminach określonych w HRZW określa Tom II SIWZ – Warunki Umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe postanowienia SIWZ, według zapatrywania Izby Zamawiającej w motywach do czynności unieważnienia postępowania z dnia 12 października 2017r. nie wykazał istnienia przesłanek z przepisu art.93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp zgodnie, z którym Zamawiającej unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła, że błąd Zamawiającego w zakresie oceny ofert w kryterium ceny, stanowiący jednocześnie wadę postępowania, niewątpliwie wystąpił co potwierdziły zgodnie strony i uczestnik.

Wobec tego, przedmiotem sporu pozostały jedynie okoliczności czy wada ta jest możliwa do usunięcia oraz czy wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba stanęła na stanowisku, że powyższa wada postępowania nie ma charakteru nieusuwalnego. Zamawiającej po dokonania ujawnienia błędnego przeliczenia punktacji w kryterium oceny ofert miał prawną możliwość ponownego zbadania, a następnie oceny ofert.

Gdyby powyższa wada skutkowałą obiektywną niemożliwością dokonania ponownego badania i oceny ofert, wówczas można by jej przypisać charakter nieusuwalny.

Wymaga również zauważenia, że uczestnicy przetargu zgodzili się, przyjmując powyższe zasady określone w pkt 20.7. SIWZ, na procedowanie w warunkach niejednakowych kryterium oceny ofert, w zależności od tego czy jest ważnych od 1 do 3 ofert czy też gdy takich ofert jest cztery i więcej.

Poza tym również w aspekcie powyższych reguł w kryterium oceny oferty wykonawcy byli świadomi, że w każdej chwili, każdy z uczestników postępowania może nie wyrazić zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, co ma wpływ na ostateczną ocenę ofert w zależności od przyjętej metodologii obliczenia punktacji w kryterium cenowym.

Izba również nie dostrzegła, iżby wada Zamawiającego uniemożliwiała zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, skoro ten będzie

dokonywał ponownego badania i oceny ofert według powyższych zasad określonych w SIWZ.

Jeżeli chodzi o drugi zarzut odwołania Izba uznała go za przedwczesny, bowiem Zamawiający rozstrzygnął przetarg unieważniając go, a wobec tego, że zakładał zakończenie postępowania przetargowego nie miał obowiązku rozstrzygnięcia o odrzuceniu oferty wykonawcy konkurencyjnego na tym etapie postępowania.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:.....