

WYROK
z dnia 8 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 5 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2017 r. przez wykonawcę **PKP Energetyka S.A., ul. Hoża 63/67, 00-681 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **PKP Energetyka S.A. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **PKP Energetyka S.A., z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

2.1 zasądza od wykonawcy **PKP Energetyka S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **591 zł 75 gr** (słownie: pięćset dziewięćdziesiąt jeden złotych siedemdziesiąt pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie przez pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1569 ze zmianami) 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

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn.: Modernizacja sieci trakcyjnej szlak Mietków - Imbramowice oraz modernizacja sterowania ruchem kolejowym na p. odg. Mietków i stacji Imbramowice w ramach projektu: „Prace na linii kolejowej nr 274 Wrocław - Zgorzelec na odcinku Wrocław - Jelenia Góra oraz przyległych łącznicach.” (numer referencyjny: IREZA4d-216-54/2017; ogłoszenie o zamówieniu opublikowane Dz. Urz. UE z 6 grudnia 2017 nr 2017/S 234-486893.

Odwołujący: PKP Energetyka S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący” lub „PKP Energetyka”), wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegającej na opublikowaniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”), w której określono sposób oceny ofert sprzeczny z obowiązującymi przepisami PZP, w szczególności przez ustanowienie wielokryterialnego modelu oceny ofert, który narusza zasadę wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 a, art. 36 ust. 1 pkt 13, a także w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez ustanowienie w Postępowaniu sposobu oceny ofert w kryterium pn. „Całkowita cena brutto” określonego w pkt 20.7.1. Tomu I SIWZ „Instrukcja dla wykonawców” (dalej jako „IDW”), który:

1. nie zapewnia wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. narusza uczciwą konkurencję w postępowaniu,
3. prowadzi do nierównego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym wnosi o nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt. 1 PZP zmiany treści SIWZ w zakresie opisu sposobu oceny ofert przez wyeliminowanie z wielokryterialnego modelu oceny ofert elementów niezgodnych z obowiązującymi przepisami PZP i dostosowanie go do wymogów wynikających w szczególności z art. 91 ust. 1, art. 2 pkt 5 lit. a oraz art. 7 ust. 1 PZP, tj. poprzez:

1. nakazanie usunięcia pkt 20.7.1. b) IDW i przyjęcie jednolitego sposobu oceny ofert w kryterium pn. „Całkowita cena brutto”, odnoszącego się do wszystkich ofert złożonych w Postępowaniu, bez względu na liczbę złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu, o których mowa w pkt 20.6. IDW, w oparciu o wzór przyjęty aktualnie w pkt 20.7.1. a) IDW;

2. ewentualnie nakazanie Zamawiającemu zmianę sposobu oceny ofert w kryterium pn. „Całkowita cena brutto”, przez:

- ustalenie jednolitego sposobu przyznawania wykonawcom punktów w ramach ww. kryterium, który będzie miał zastosowanie do wszystkich złożonych ofert, o których mowa w pkt 20.6. IDW, bez względu na liczbę złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu, a także
- ustalenie sposobu oceny ww. kryterium, który nie będzie odnosił się do średniej miarodajnej opisanej przez Zamawiającego w pkt 20.7.1 b) IDW lub innej średniej cen złożonych ofert.

Sposób ukształtowania Postępowania przez Zamawiającego nie spełnia tych wymogów. Przyjęty przez PKP PLK sposób oceny ofert (model stosowania kryteriów oceny ofert) powoduje bowiem, że o ocenie składanych ofert (w tym oferty Odwołującego), a w konsekwencji o ostatecznym wyborze oferty najkorzystniejszej nie będzie decydowała ekonomiczna korzystność parametrów ofert. Przeciwnie - istotny wpływ na rozstrzygnięcie Postępowania będą miały całkowicie nierynkowe, pozbawione znaczenia gospodarczego okoliczności, których wystąpienie może być przy tym przypadkowe lub może wynikać z celowych, antykonkurencyjnych działań wykonawców lub samego Zamawiającego.

Przyjęty przez Zamawiającego model oceny ofert sprzyja i zwiększa ryzyko manipulowania parametrami składanych ofert, a także liczbę ofert uwzględnianych przy przyznawaniu punktów w ramach kryterium „Całkowita cena brutto”. Zastosowane przez Zamawiającego wzory matematyczne, służące wyliczeniu całkowitej ceny brutto, naruszają zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, prowadząc do przyznawania poszczególnym wykonawcom nieproporcjonalnej liczby punktów w zależności od tego, który wzór zostanie przez Zamawiającego zastosowany, i w zależności od miejsca w rankingu oferty, której przyznawana jest punktacja. Ze względu na to, że Zamawiający określił również pozacenowe kryteria oceny ofert, tego rodzaju rozbieżności mogą prowadzić do sytuacji, w której najwyżej zostanie oceniona oferta, która nie jest ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie, co jest niedopuszczalne w świetle przepisów PZP.

Zasygnalizowane powyżej zastrzeżenia, zostały szczegółowo opisane i wyjaśnione w uzasadnieniu do odwołania. Nie ulega wątpliwości, że Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania, ponieważ: zamierza złożyć ofertę, może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych, przez nieprzestrzeganie podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, co pozbawia Odwołującego szansy na udział w Postępowaniu w warunkach uczciwej konkurencji.

Wpływ naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP na wynik Postępowania

Wskutek wskazanych wyżej naruszeń przepisów PZP Zamawiający zamierza przeprowadzić Postępowanie w sposób naruszający podstawowe zasady prawa zamówień publicznych, a przez to - jak wskazano powyżej - uniemożliwi Odwołującemu ubieganie się o udzielenie

zamówienia publicznego w warunkach uczciwej konkurencji. W tych okolicznościach nie ulega wątpliwości, że zarzucane Zamawiającemu naruszenia mają bezpośredni i istotny wpływ na wynik Postępowania.

Ogłoszenie o Postępowaniu oraz SIWZ zostały opublikowane przez Zamawiającego w dniu 6 grudnia 2017 r. wobec czego termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1) PZP został zachowany.

Uzasadnienie

1. Informacje wprowadzające

1.1. Odwołujący w pełni przyjmuje, iż każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego organizowane jest w celu zaspokojenia określonych potrzeb zamawiającego, które w konsekwencji mają decydujący wpływ na kształt postępowania. Wszystkie elementy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia są ustanawiane w celu uzyskania ofert, które możliwie najlepiej odpowiadają na wymagania zamawiającego. Dotyczy to przede wszystkim kryteriów i sposobu oceny ofert, które mają zapewnić, że spośród wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, zamawiający wybierze tę, która najlepiej (tj. w największym stopniu) będzie zaspokajała potrzeby zamawiającego.

1.2. Powyższe wnioski są oczywiste i wynikają już z literalnego brzmienia przepisów PZP. Zgodnie z art. 91 ust. 1 PZP każdy zamawiający zobowiązany jest do wybrania oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz. Pojęcie oferty najkorzystniejszej zostało natomiast zdefiniowane w art. 2 pkt 5. lit. a PZP. Zgodnie z przepisem, w ten sposób można określić wyłącznie ofertę „która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego”. Definicja ta ma ogólny, ramowy charakter, i opiera się na wyrażeniach nieostrych, dlatego jej kluczowe elementy są doprecyzowywane w orzecznictwie. Jego analiza prowadzi do następujących, istotnych dla rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego wniosków:

- a) choć „korzystność” złożonych ofert można oceniać wyłącznie z punktu widzenia zamawiającego, to jednak nie ma on nieograniczonej swobody w kształtowaniu kryteriów i sposobu oceny ofert;
- b) podstawowym ograniczeniem jest fakt, że „oferta najkorzystniejsza”, o której mowa w art. 91 ust. 1 oraz art. 2 pkt 5 PZP, to wyłącznie oferta najkorzystniejsza ekonomicznie (realnie, a nie tylko formalnie);
- c) w ramach wyznaczonej przepisami PZP swobody zamawiający może przyjąć tylko takie kryteria i sposób oceny ofert, które będą „preferować” ofertę najbardziej konkurencyjną w świetle uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Innymi słowy - zamawiającemu nie wolno

przyjąć takiego modelu oceny ofert, który premiuje pewne oferty w związku z okolicznościami, które nie mają jakiegokolwiek znaczenia ekonomicznego.

1.3. W odniesieniu do pierwszego ze sformułowanych wniosków należy wskazać, że zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą polskich organów rozstrzygających sprawy z zakresu prawa zamówień publicznych „należy wyprowadzić bezwzględny postulat, by kryteria oceny oferty były formułowane w sposób, który pozwoli na wybór oferty rzeczywiście najbardziej korzystnej z punktu widzenia istniejących potrzeb. Oznacza to w praktyce konieczność ustalenia właściwych proporcji w zakresie wagi poszczególnych kryteriów. Nie mogą to być ustalenia dowolne, prowadzące do sytuacji, w których oferta obiektywnie zdecydowanie korzystniejsza, na skutek sztucznych manipulacji kryteriami w ramach siwz, ustępuje ofercie z istotnie odroczonym terminem płatności [przedmiotem analizy Sądu Najwyższego była okoliczność, że kryterium oceny ofert ustanowiono termin płatności - przyp. Odwołujący] (...) Należy więc stwierdzić, że kształtowanie poszczególnych kryteriów oceny ofert nie jest działaniem dowolnym, a kształt tych kryteriów musi mieć swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej. Stanowisko to podziela również KIO stwierdzając, że „zamawiający jest uprawniony do ustalenia kryteriów, które pozwolą na wybranie oferty spełniającej w najwyższym stopniu uzasadnione potrzeby zamawiającego. (...) To zamawiającemu, jako dysponentowi środków, przysługuje prawo do ustalenia, w jaki sposób środki te zostaną zagospodarowane, tak aby w najwyższym stopniu pozwalały na osiągnięcie celów i zadań realizowanych przez zamawiającego” .

1.4. Jest przy tym istotne, że ze względu na specyficzny status prawny każdego podmiotu posiadającego przymiot zamawiającego w rozumieniu przepisów PZP, jego potrzeby są ściśle zdeterminowane normatywnymi ramami jego działalności, w tym prawnie nałożonymi zadaniami, dla których realizacji udziela zamówień publicznych. Innymi słowy każdy zamawiający - w tym PKP PLK - może realizować wyłącznie takie potrzeby, do których zaspokajania jest prawnie upoważniony. Co więcej, z takiego upoważnienia korzystać można wyłącznie w celu realizacji interesu publicznego. W konsekwencji za niedopuszczalną należałoby uznać w szczególności sytuację, w której model oceny ofert faworyzuje poszczególne oferty ze względu na parametry lub okoliczności, które z punktu widzenia prawnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego nie mają jakiegokolwiek znaczenia, a właśnie taka sytuacja zachodzi w Postępowaniu organizowanym przez PKP PLK.

Spostrzeżenie to wiąże się z kolejnym obowiązkiem, jakim jest dążenie do wyboru oferty najkorzystniejszej,

1.5. Po drugie bowiem, o ile polski prawodawca posługuje się pojęciem „oferta najkorzystniejsza” bez przymiotnika „ekonomicznie”, to jednak nie ulega wątpliwości, że właśnie przez pryzmat ekonomii należy oceniać „korzystność” składanych ofert. Wynika to z

konieczności stosowania tzw. pronijnej wykładni regulacji prawa krajowego, zgodnie z którą treść przepisów polskich należy interpretować w sposób zapewniający spójność z prawem unijnym. Prawodawca unijny posługuje się natomiast pojęciem „oferty najkorzystniejszej ekonomicznie”. W szczególności w treści preambuły tzw. dyrektyw zamówieniowych przesądzono, że „zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów zapewniających przestrzeganie zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania, z myślą o zagwarantowaniu obiektywnego porównania relatywnej wartości ofert, tak aby ustalić - w warunkach efektywnej konkurencji - która z ofert jest najkorzystniejsza ekonomicznie”. Stanowisko to od dawna znajduje odzwierciedlenie nie tylko w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE (dawniej jako Europejski Trybunał Sprawiedliwości, dalej jako „TSUE”), także w ugruntowanej linii orzeczniczej polskich sądów .

1.6. Powyższe uwagi potwierdzają również wniosek, że Zamawiającemu nie wolno przyjąć takiego modelu oceny ofert, który premiuje pewne oferty w związku z okolicznościami, które nie mają jakiegokolwiek znaczenia ekonomicznego. W takim przypadku bowiem zamawiający nie tylko narusza zasady wyboru oferty najkorzystniejszej, lecz także obowiązek zapewnienia uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców. Przykładowo NSA wyraża stanowisko, że „ocena ofert powinna być dokonywana w sposób obiektywny, tak aby zapewnić wybór oferty zgodnie z zasadą równego traktowania oferentów i z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji, o jakiej mowa w art. 7 ust. 1 p.z.p.". TSUE natomiast stwierdza kategorycznie, że „kryteria takie powinny być zgodne ze wszelkimi zasadami ogólnymi prawa wspólnotowego, a w szczególności zasadą niedyskryminacji, wynikającej z postanowień traktatu w dziedzinie prawa działalności gospodarczej i swobody świadczenia usług” .

1.7. Tymczasem, jak już wskazano w treści zarzutu ustanowione przez PKP PLK w pkt 20.7.1. Tomu I SIWZ IDW kryterium pn. „Całkowita cena brutto” nie spełnia wskazanych powyżej wymogów, prowadzi do nierównego traktowania wykonawców, a także nie zapewnia wyboru oferty najkorzystniejszej przez co narusza art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 lit. a, art. 36 ust. 1 pkt 13, a także w zw. z art. 7 ust. 1 PZP.

2. Analiza przyjętego przez Zamawiającego sposobu oceny ofert

2.1. Po pierwsze Zamawiający postanowił, że składane oferty w kryterium pn. „Całkowita cena brutto” będą oceniane na dwa różne sposoby, przy czym jeden z nich wykorzystuje dwa odmienne modele matematyczne. Decyzja o tym, który ze sposobów przyznawania punktów za zaoferowaną cenę znajdzie zastosowanie (tj. zgodnie ze wzorem w pkt 20.7.1. a) czy też 20.7.1. b) IDW) uzależniona jest od liczby składanych ofert. Zamawiający postanowił bowiem, że „w przypadku, gdy liczba ofert, o których mowa w pkt. 20.8 [powinno być 20.6 - przyp. Odwołujący] wyniesie od 1 do 3”, do oceny zastosowany zostanie następujący wzór:

$$C0 = Cn/Cb \times 100 \times Wkr$$

gdzie: Wkr - waga kryterium (60%)

Co - liczba punktów (z uwzględnieniem wagi kryterium) w kryterium Całkowita cena brutto

Cn- najniższa oferowana całkowita cena brutto

Cb- całkowita cena brutto badanej oferty

Natomiast „w przypadku, gdy liczba ofert, o których w pkt 20.8 [powinno być 20.6 - przyp. Odwołujący] wyniesie 4 lub więcej’ ocena zostanie dokonana „z zastosowaniem średniej miarodajnej wartości ofert - $\acute{S}o$ ” wg następujących różnych wzorów przewidzianych w pkt 20.7.1 .b) IDW stosowanych w zależności od tego, czy cena brutto danej oferty jest równa lub niższa, czy też jest wyższa od średniej miarodajnej wartości ofert:

wzór A „-dla ofert z całkowitą ceną brutto równą lub niższą od wartości $\acute{S}o$ dla obliczenia liczby punktów w tym kryterium zastosowany zostanie wzór A:

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

Wzór B „-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 (60%)

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’ obliczana jako średnia miarodajna ofert, która obliczona będzie na podstawie poniższego wzoru:

$$\acute{S}o = (Ca1 + Ca2 + \dots + Can) / In$$

gdzie:

Ca1 + Ca2 + ... + Can- suma wartości całkowitych cen brutto ofert, o których mowa w pkt 20.8 [powinno być 20.6 - przyp. Odwołujący] z wyłączeniem wartości całkowitych cen brutto ofert skrajnych tj. najtańszej i najdroższej,

In - liczba ofert, o których mowa w pkt 20.8. [powinno być 20.6 - przyp. Odwołujący] z wyłączeniem skrajnych, tj. najtańszej i najdroższej.

2.2. Kluczowe znaczenie dla stwierdzenia, że przyjęty przez Zamawiającego model jest niezgodny z obowiązującymi przepisami PZP ma fakt, iż we wzorach matematycznych stosowanych, gdy badaniu podlegają cztery lub więcej ofert (wzór A i B) ich cena całkowita brutto jest oceniana przez odniesienie do średniej miarodajnej wartości całkowitych cen

badanych ofert z wyłączeniem cen brutto ofert skrajnych tj. najtańszej i najdroższej. Przyjęcie takiego rozwiązania wywołuje następujące, nieakceptowalne skutki i prawidłowości wykazane poniżej:

A. jeżeli liczba badanych ofert jest większa niż trzy, różnice w liczbie punktów uzyskiwanych za cenę brutto przez poszczególnych wykonawców są inne niż, niż gdyby badaniu podlegała mniejsza liczba ofert, a przy tym różnice te nie wynikają z właściwości oferty (nie odzwierciedlają ekonomicznego znaczenia ceny badanej oferty) lecz wywołuje je sztucznie przyjęte, dyskryminujące założenie Zamawiającego polegające na odnoszeniu poszczególnych cen do średniej miarodajnej cen badanych ofert, z wyłączeniem ofert skrajnych tj. oferty najtańszej i najwyższej;

B. w przypadku złożenia 4 lub więcej ofert, niezależnie od różnic pomiędzy cenami poszczególnych ofert wykonawca, który zaoferuje najwyższą cenę, w praktyce jest automatycznie pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, choćby nawet jego oferta była zdecydowanie najkorzystniejsza w zakresie parametrów innych niż cena;

C. Prawidłowość opisana w lit. B) powoduje zatem, że przyjęty przez PKP PLK wzór nie gwarantuje, że w Postępowaniu zostanie wybrana oferta najkorzystniejsza ekonomicznie;

D. w przypadku złożenia 4 lub więcej ofert, wraz ze wzrostem średniej Ś0 sztucznie (bez uzasadnienia rynkowego oraz potrzebami zamawiającego) maleje przewaga oferty najtańszej, nad kolejnymi ofertami, z ceną niższą niż średnia Ś0. Dodatkowo, takie rozwiązanie zwiększa ryzyko popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na sztucznym manipulowaniu liczbą oraz wysokością cen złożonych ofert;

AD. A i B

W celu wykazania prawidłowości opisanej w lit. A. oraz B., poniżej została przedstawiona symulacja oparta na dwóch scenariuszach. Scenariusz 1. zakłada, że w postępowaniu zostały złożone 3 oferty natomiast w Scenariuszu 2. przyjęto, że złożone zostało 5 ofert: A, B, C, D oraz E .

Oferta A	Oferta B	Oferta C	Oferta D	Oferta E
48 (mln zł)	50 (mln zł)	51 (mln zł)	56 (mln zł)	57 (mln zł)

SCENARIUSZ 1.

Złożone oferty: A, B oraz C. Ponieważ zostały złożone 3 oferty dla ustalenia liczby punktów w ramach kryterium Całkowita cena brutto należy zastosować wzór wskazany w pkt 20.7.1.

lit. a) SIWZ IDW, tj.: $C0 = Cn/Cb \times 100 \times Wkr$

Przeprowadzono i skomentowano działanie wg właściwego wzoru, dla każdej z trzech złożonych ofert

Oferta A, jest ofertą z najniższą ceną, dlatego Cn oraz Cb są sobie równe.

W tych okolicznościach jest oczywiste, że w związku z tożsamością licznika i mianownika, wykonawca A uzyskuje maksymalną liczbę punktów.

W przypadku oferty B, wartość licznika C_n pozostaje niezmienna i wynosi 48. Oferta B $C_0 = 0,96 \times 100 \times 60\%$ Iloraz uzyskiwany dla oferty B wynosi 0,96, co po wymnożeniu przez 100 oraz wagę daje wynik 57,6.

W przypadku oferty C, wartość licznika C_n pozostaje niezmienna i wynosi 48. Oferta C $C_0 = 0,94 \times 100 \times 60\%$ Iloraz uzyskiwany dla oferty C wynosi 0,94, co po wymnożeniu przez 100 oraz wagę kryterium daje wynik 56,47.

SCENARIUSZ 2.

Złożone oferty: A, B, C, D oraz E. Ponieważ zostały złożone więcej niż 3 oferty dla ustalenia liczby punktów w ramach kryterium Całkowita cena brutto należy zastosować wzór wskazany w pkt 20.7.1. lit. b) SIWZ IDW. Zatem dla podjęcia decyzji, który wzór (wzór A czy B) należy zastosować, należy uprzednio ustalić średnią cen badanych ofert \bar{S}_0 . Należy jednak zaznaczyć, że zgodnie z IDW przy ustalaniu wartości \bar{S}_0 nie uwzględnia się ceny oferty najtańszej i najdroższej.

Oznacza to, że oferty A, B oraz C będą oceniane na podstawie wzoru A (ich ceny są bowiem niższe niż \bar{S}_0 wynosząca 52,3), zaś oferty D oraz E na podstawie wzoru B (ich ceny są bowiem wyższe niż \bar{S}_0 wynosząca 52,3).

przeprowadzono i skomentowano działanie wg właściwego wzoru, dla każdej z trzech złożonych ofert

Oferta A, jest ofertą z najniższą ceną, dlatego licznik i mianownik są sobie równe. Dla usprawnienia dalszych działań warto zaznaczyć, że mianownik będzie miał w każdym przypadku stałą wartość: 4,3, gdyż zawsze dotyczy różnicy pomiędzy średnią miarodajną i ceną oferty najtańszej.

$C_0 = (1 \times 10 + 90) \times 60\%$ $C_0 = 100 \times 60\% = 60$ W tych okolicznościach jest oczywiste, że w związku z tożsamością licznika i mianownika, wykonawca A uzyskuje maksymalną liczbę punktów.

Oferta B Jak już wskazano dla oferty B należy stosować wzór A. Różnica pomiędzy średnią miarodajną a ceną oferty B wynosi 2,3. W związku z tym ostateczny wynik uzyskiwany w zw. z zastosowaniem wzoru A wynosi 57,23.

Oferta C; dla oferty C należy stosować wzór A. Różnica pomiędzy średnią miarodajną a ceną oferty C wynosi 1,3. W związku z tym ostateczny wynik uzyskiwany w zw. z zastosowaniem wzoru A wynosi 55,81.

Oferta D Cena oferty D jest wyższa niż $\dot{S}0$ -> należy stosować wzór B. Wartość licznika ($cd \sim Cb$) wynosi 1. Natomiast mianownik ($Cd - \dot{S}0$) ma w tym wzorze wartość stałą, która wynosi 4,7.

Po zastosowaniu wzoru B liczba punktów oferty C, w kryterium Całkowita cena brutto wynosi 25,65.

Oferta E Cena oferty E jest najwyższa i przekracza $\dot{S}0$. Wynikają z tego dwie istotne konsekwencje. Po pierwsze zastosowanie znajduje wzór B. Po drugie natomiast licznik ($Cd - Cb$) dla oferty najdroższej zawsze będzie wynosił 0, co oznacza, że oferta najdroższa zawsze na podstawie wzoru B (niezależnie od ceny) uzyska 18 pkt.

Dla lepszego zobrazowania dostrzeżonych tendencji uzyskane wyniki symulacji przedstawiono w ujęciu tabelarycznym.

Z zestawienia wynikają następujące wnioski dotyczące stosowania modelu przewidzianego przez Zamawiającego w IDW dla sytuacji, w której złożone są cztery lub więcej ofert:

- zastosowanie poszczególnych wzorów daje różne wyniki, przy tych samych wartościach parametru „Całkowita cena brutto”;
- takie same różnice pomiędzy cenami poszczególnych ofert decydują o większej różnicy punktowej w zależności od zastosowanego wzoru, przykładowo: pomimo, że różnica w cenie pomiędzy ofertą B i C jest taka sama, jak różnica pomiędzy ofertą D i E, to wykonawca E traci w stosunku do D ponad pięciokrotnie więcej niż C do B;
- w przypadku zastosowania wzoru B (liczba ofert > 4) najdroższa oferta zawsze uzyskuje 18 pkt, co jest oczywiście niedopuszczalne. O ile w analizowanym scenariuszu różnice pomiędzy poszczególnymi cenami były wyraźne, to przyjęty przez PKP PLK model zakłada, że nawet gdy różnice pomiędzy ofertą najtańszą a najdroższą będą niewielkie, to oferta najdroższa uzyska jedynie 18 pkt (ponad trzykrotnie mniej niż oferta najtańsza, która zawsze uzyskuje 60 pkt). W praktyce eliminuje to możliwość uzyskania zamówienia przez wykonawcę, który zaoferował najwyższą cenę, nawet gdyby złożył ofertę znacząco korzystniejszą w pozostałych ocenianych parametrach (w tym przypadku: „Termin realizacji-skrócenie terminu” oraz „dostępność linii kolejowej (czas zamknięć torowych)”. Należy zaznaczyć, że kwestia automatycznego eliminowania z udziału w postępowaniu podmiotów, których oferta odbiega od średniej arytmetycznej wszystkich ofert była już badana przez TSUE, który stwierdził, że regulacje dopuszczające takie rozwiązania są nie do pogodzenia z prawem unijnym .

AD. C. W celu wykazania prawidłowości opisanej w lit. C., przedstawiono sytuację, w której złożone zostały 4 oferty o zbliżonych cenach.

Kryterium	Oferta A	Oferta B	Oferta C	Oferta D
Całkowita cena brutto	50,250 (mln zł)	50,500 (mln zł)	50,600 (mln zł)	50,750 (mln zł)

Liczba pkt 60 18

Jak już ustalono, w sytuacji gdy zostały złożone 4 lub więcej ofert, wykonawca którego oferta zawiera najwyższą cenę zawsze uzyska 18 punktów. Stanie się tak nawet wówczas, gdy różnica pomiędzy ceną oferty najtańszej i najdroższej wyniesie mniej niż 1% jak w niniejszej symulacji. Wynika to z faktu, że współczynnik $(C_d - C_b)$ dla oferty najdroższej zawsze będzie wynosił 0.

Biorąc pod uwagę, że w niniejszym Postępowaniu PKP PLK stosuje jeszcze dwa kryteria pozacenowe należy postawić następujące pytanie: o ile korzystniejszą ofertę w tych kryteriach musiałby złożyć wykonawca, który zaoferował najwyższą cenę, aby „odrobić” stratę do najtańszej oferty?

Jak wynika z tabeli, różnica w punktach pomiędzy ofertą najtańszą i najdroższą wynosi aż 42 punkty na 100 możliwych do zdobycia. Tymczasem w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert do zdobycia jest maksymalnie 40 punktów. W konsekwencji oznacza to, że nawet gdyby wykonawca D złożył ofertę zdecydowanie najkorzystniejszą pod względem parametrów innych niż cena, z pewnością nie uzyska zamówienia, nawet jeżeli jego oferta była tylko nieznacznie droższa niż cena oferty najtańszej.

Powyższe zatem niezdolnie dowodzi, że przyjęty przez PKP PLK wzór nie gwarantuje, że w Postępowaniu zostanie wybrana oferta najkorzystniejsza ekonomicznie.

AD. D. Ostatnia ze wskazanych kluczowych, prawidłowości uzasadniających twierdzenie, że przyjęty przez Zamawiającego sposób oceny ofert jest niezgodny z przepisami PZP polega na tym, że oparcie matematycznego wzoru o średnią \bar{S}_o sprawia, że Postępowanie jest szczególnie podatne na manipulacje.

Należy bowiem zwrócić uwagę że wraz ze wzrostem średniej \bar{S}_o sztucznie (bez uzasadnienia rynkowego) maleje przewaga oferty najtańszej, nad kolejnymi ofertami, z ceną niższą niż średnia \bar{S}_o . Dla udowodnienia tej tezy przyjęto następujące założenia uwzględniające 7 złożonych ofert z cenami jak poniżej:

Oferta A	Oferta B	Oferta C	Oferta D	Oferta E	Oferta F	Oferta G
48 (mln zł)	50 (mln zł)	51 (mln zł)	56 (mln zł)	57 (mln zł)	69 (min zł)	70 (min zł)

W przyjętym wariantcie średnia cen złożonych ofert \bar{S}_o wzrosła do wartości 56,6.

Oczywiste jest, że oferta A uzyska największą liczbę punktów, tj. 60. Warto natomiast dokonać stosownych obliczeń dla oferty B:

Średnia 52,3	Średnia 56,6				
Oferta	Strata pkt do oferty najtańszej		Strata pkt do oferty najtańszej		
A - 48 mln zł	60	0	A	60	0
B - 50 mln zł	57,23	-2,77	B	58,60	-1,40
G - 70 mln	18	-42	G	18	-42

Uzyskane wyniki jednoznacznie potwierdzają, że wzrost średniej cen ofert w sposób nieuzasadniony faworyzuje wykonawców, którzy złożyli oferty z wyższą ceną niż oferta najtańsza, a które mieszczą się w przedziale <oferta najtańsza - średnia Śo3>.

Ostatni z przedstawionych wariantów potwierdza zatem istnienie co najmniej dwóch powodów, które przesądzają o konieczności uznania przyjętego przez PKP PLK sposobu oceny ofert za niedopuszczalny.

Po pierwsze - jak wykazano powyżej - jego stosowanie nie gwarantuje wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż ostateczne rozstrzygnięcie Postępowania ma charakter w dużej mierze przypadkowy, tj. zależny od całkowicie nierелеwantnych ekonomicznie czynników takich jak liczba złożonych ofert czy średnia zaoferowanych cen całkowitych brutto z wyłączeniem oferty najtańszej i najdroższej.

Po drugie natomiast, przyjęte przez Zamawiającego wzory dla obliczenia punktacji za oferowaną cenę zwiększają ryzyko manipulowania parametrami ofert jak i samym Postępowaniem. Nie sposób bowiem wykluczyć, że w celu zwiększenia szans na uzyskanie zamówienia nieuczciwi wykonawcy zamiast oferować jak najkorzystniejsze ceny i inne parametry zdecydują o zawarciu porozumienia z innym działającym podmiotem, który zobowiąże się do złożenia oferty z wygórowaną ceną. Należy bowiem zauważyć, że zwiększenie liczby ofert (ponad 3) i zawyżenie średniej całkowitych cen brutto będzie sztucznie premiowało tych wykonawców, którzy nie zaoferowali najkorzystniejszej ceny, gdyż ich strata punktowa do oferty najtańszej będzie mniejsza niż wynikałoby to z porównania tych ofert do oferty najtańszej.

W tym kontekście krytycznie należy również ocenić rozwiązanie, zgodnie z którym stosowanie określonego w IDW wzoru zależy od liczby złożonych ofert. Sprawia ono, że ryzyko manipulacji dotyczy Postępowania również po składaniu ofert. W świetle przedstawionych powyżej obliczeń jest oczywiste, że przy danym ułożeniu ofert, dla poszczególnych wykonawców stosowanie poszczególnych wzorów może być mniej lub bardziej korzystne. Zatem przyjęty sposób oceny ofert zwiększa prawdopodobieństwo, że na skutek działań wykonawców skutkującym odrzuceniem ich oferty (np. w wyniku nieprzedłużenia terminu związania ofertą na wezwanie zamawiającego) liczba ofert zmniejszy się (spadnie poniżej 4) powodując konieczność przyznania punktów w ramach innego wzoru - tj. wg wzoru z pkt 20.7.1. a) IDW, co z kolei może prowadzić do zmiany wyniku Postępowania.

Należy przy tym zaznaczyć, że w orzecznictwie KIO jednoznacznie wskazuje się, że „konkurencja powinna bowiem być przejrzysta, czytelna dla wykonawców i zamawiającego, a jej wyniki nie mogą być zafałszowane”. Dlatego przyjęty przez Zamawiającego model powinien być kwestionowany przed Izbą już w związku z publikacją SIWZ, tj. gdy tylko

Odwołujący dostrzegł, że przyjęty model oceny ofert stwarza oczywiste ryzyko manipulacji, które pozbawia PKP Energetykę możliwości udziału w Postępowaniu na zasadach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jak bowiem wskazuje się w literaturze z zakresu prawa zamówień publicznych, wykazanie i skuteczne wyeliminowanie z konkretnego postępowania wykonawców manipulujących parametrami ofert w związku z przyjętym sposobem oceny ofert jest - zarówno dla zamawiających, jak i dla wykonawców - niezwykle trudne, o ile w ogóle możliwe .

Podsumowując należy powtórzyć, że - jak wykazano na podstawie powyższych obliczeń - przyjęty przez Zamawiającego sposób oceny ofert:

1. nie zapewnia wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. narusza uczciwą konkurencję w postępowaniu,
3. prowadzi do nierównego traktowania wykonawców.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Stwierdził, że odwołujący nie wykazał interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ustawy pzp. Odwołujący poza ogólnymi stwierdzeniami, że „zamawiający zamierza przeprowadzić postępowanie w sposób naruszający zasady prawa zamówień publicznych, a przez to /.../ uniemożliwi odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego w warunkach uczciwej konkurencji”, nie uzasadnia, w jaki sposób przyjęte metody liczenia punktów mogłyby pozbawić go szansy na uzyskanie zamówienia, przy czym nie wynika w ogóle z treści odwołania na czym miałyby polegać szkoda odwołującego.

Odnosząc się merytorycznie do zarzutów zamawiający potwierdził, że w kryterium „całkowita cena brutto” /str. 21-22 IDW/ wprowadził trzy wzory do wyliczenia ilości punktów, uzależniając stosowanie konkretnego wzoru od:

- 1/ ilości ważnych ofert.
- 2/ tego, czy cena jest wyższa, czy niższa od średniej.

Zamawiający wskazał, że odwołujący nie wykazał, w jaki sposób dochodzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, czy równego traktowania wykonawców, skoro przedstawione przez zamawiającego wzory będą miały zastosowanie do wszystkich wykonawców, a więc wszyscy będą traktowani w ten sam sposób przez zamawiającego.

Stwierdził, że dokonuje oceny ofert wykonawców, którzy nie zostali wykluczeni z udziału w postępowaniu lub których oferta nie podlega odrzuceniu. W związku z tym okoliczność ta, niezależnie od zastosowanego wzoru, zawsze będzie miała wpływ na wynik końcowy. Na marginesie, ustawa pzp tylko w jednym przypadku nakazuje uwzględniać wszystkie złożone oferty (także te, które podlegają odrzuceniu lub zostały złożone przez wykonawców

podlegających wykluczeniu) tj. w związku z badaniem rażąco niskiej ceny – art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy pzp.

Zamawiający zauważa, że w każdym postępowaniu może zderzyć się ze złą praktyką przetargową wykonawców i żaden wzór czy wzory wyliczenia punktów nie jest skutecznym narzędziem do walki z tego typu patologiami. W związku z powyższym wywody odwołującego w tym zakresie nie mają znaczenia, tym bardziej że nawet przy zastosowaniu jednego wzoru, zamawiający nie ma wpływu na to czy wykonawcy nie podejmą przestępczych działań w celu uzyskania zamówienia.

Wykonawca nie wykazał jakie antykonkurencyjne działania miałby podjąć zamawiający, aby obronić się przed rzekomą złą praktyką przetargową i na czym miałyby polegać manipulacje zamawiającego w związku z wprowadzonymi kryteriami, albo jaki wpływ na liczbę ofert miałyby mieć zamawiający. Natomiast odwołujący insynuuje wobec zamawiającego, iż wprowadzając, od lat już stosowane, logiczne matematyczne kryteria, zamierza popełnić czyn zabroniony w rozumieniu art. 115 kk. Odwołujący sam przyznaje, że wobec wszystkich są stosowane te same kryteria, są stosowane od dawna, a odwołujący nie raz brał udział w postępowaniach przetargowych z zastosowaniem takich wzorów matematycznych w odniesieniu do liczenia całkowitej ceny brutto. Zamawiający wskazał na dwa przykłady takich postępowania w Regionie Śląskim.

Zamawiający wskazał, że argumentacja dotycząca sytuacji, iż niezależnie od wprowadzenia innych kryteriów oferta z najwyższą ceną musi przegrać nie ma żadnego uzasadnienia empirycznego i winna pozostać nierozpoznana, gdyż odwołujący nie postawił żadnego zarzutu w tym zakresie, a w szczególności nie wskazał, że inna powinna być waga kryteriów. Zdaniem zamawiającego odwołujący nie zrozumiał sensu wprowadzenia trzech wzorów wyliczenia w kryterium cena. Wzory takie jak w niniejszym postępowaniu zamawiający stosuje już kilka lat, przez długi czas nie podlegały one żadnemu odwołaniu, a gdy do tego doszło, KIO pozytywnie zweryfikowała przedstawiony system kryteriów oceny ofert w wyroku KIO 1331/17 z dnia 12 lipca 2017 r.

Przyjęta metoda wyliczenia punktów zapewnia porównywalność ofert w szczególności w kryterium „cena”. Pierwszy wzór dotyczący sytuacji, gdy mamy do czynienia z ważnymi ofertami do 3 włącznie, jest wzorem matematycznym uwzględniającym proporcjonalność liniową porównywanych wartości jest standardowym wzorem matematycznym.

Dwa kolejne wzory zapisane matematycznie zostały ustanowione w oparciu o reguły matematyczne bazujące na twierdzeniu Talesa z Miletu.

Zamawiający po analizie podjął decyzję o zróżnicowaniu punktacji w przypadku wystąpienia różnych ilości ofert w celu zapewnienia profesjonalnego powiązania kryterium ceny z kryteriami pozacenowymi, szczególnie jakościowymi, w efekcie skutkującego wyborem

oferty najkorzystniejszej ekonomicznie w ujęciu realnym a nie tylko formalnie tj. przez ocenę bilansu poszczególnych ofert. Zamawiający nie ograniczył się bowiem do wprowadzenia wag pomiędzy kryteriami, ale również do profesjonalnego wypunktowania ceny w kontekście jakości. Konieczne jest bowiem złamanie prostej proporcjonalnej punktacji ceny, jeśli mamy do czynienia z większą ilością ofert /tj. powyżej 3/, po to aby w punktacji cenowej po pierwsze uwzględnić konieczność odrzucenia potencjalnych patologii cenowych (najdroższa i najtańsza oferta odrzucana jest w obliczeniu ceny średniej) i umożliwić realne porównanie ofert mieszczących się w przedziale od najtańszej do średniej wartości cenowej, a więc ofert w sposób najbardziej korzystny ekonomicznie równoważących potrzeby zamawiającego w zakresie wysokiej jakości oraz ryzyk jakie musi ponieść wykonawca i zasobów jakie musi zaangażować, aby zapewnić realizację zobowiązań wskazanych w ofercie oraz w szczególności w kryteriach pozacenowych. To zrównoważenie jest zapewniane przez bliską wysoką punktację ofert znajdujących się w przedziale od najtańszej do średniej cenowo. Oferty z przedziału od średniej do najdroższej jako niebilansowane ekonomicznie uzyskują relatywnie mniej punktów w kryterium ceny. Mechanizm działania wzorów przedstawiono w załączonych wykresach.

Zamawiający wskazuje, że istotą wzorów jest założenie że najbardziej wiarygodną, realną i właściwą ceną jest cena oscylująca wokół średniej arytmetycznej, co zresztą potwierdza sam ustawodawca w dyspozycji przepisu art. 90 ust. 1a pkt 1 pzp i oferty zbliżone cenowo do średniej arytmetycznej winny mieć realną szansę ubiegania się o zamówienie. Założenie to funkcjonuje przy kilku kryteriach oceny ofert, tak jak ma to miejsce w przypadku niniejszego postępowania, aby właśnie nie doprowadzić do pozorności innych kryteriów, tylko aby kryteria jakościowe miały wpływ na wynik postępowania.

Powyższe znajduje odzwierciedlenie w orzeczeniu KIO 1029/16 gdzie wskazano, iż „o ile istotą kryteriów oceny ofert innych niż cena jest przyznanie dodatkowej punktacji rozwiązaniu preferowanemu przez danego zamawiającego, o tyle należy mieć na uwadze, że promowanie danego rozwiązania musi znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego i nie może naruszać zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu o zamówienie publiczne.” Takie też jest rozwiązanie w postaci przyjętego w niniejszym postępowaniu sposobu obliczania punktacji wg przedstawionych wzorów wraz z pozostałymi dwoma kryteriami wyboru.

Celem zamawiającego jest pozyskanie ofert realnych cenowo, adekwatnych do aktualnej sytuacji rynkowej wraz z realnymi propozycjami terminu wykonania oraz potrzebnego czasu zamknięć torowych.

Zamawiający wskazuje, że w 2015 r. Centrum Unijnych Projektów Transportowych w ramach kontroli postępowania, zwróciło się do zamawiającego o wyjaśnienia w zakresie

stosowanych wzorów. Zamawiający udzielił odpowiedzi wskazując na argumentację, jak wyżej i CUPT nie miał żadnych zastrzeżeń co do przyjętego sposobu wyliczania punktów. Zamawiający złożył do akt treść korespondencji z CUPT, w tym opinię po przeprowadzonej kontroli.

Zamawiający wskazał, że żaden przepis ustawy, w szczególności przytoczone w odwołaniu, nie zakazuje zamawiającemu przyjęcia określonych wzorów. Nie naruszono zatem dyspozycji tych przepisów.

Ponadto odwołujący nie postawił żadnego zarzutu co do samych kryteriów oceny ofert, a jedynie do sposobu wyliczenia punktów, który dla wszystkich wykonawców jest jednakowy oraz spełnia dyspozycję art. 91 ust. 2 d ustawy pzp, gdyż kryteria są jednoznaczne i zrozumiałe oraz umożliwiają zweryfikowanie informacji przedstawionych w ofertach wykonawców, Są to kryteria obiektywne i niedyskryminacyjne, pozwalające na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, optymalnej i pozwalającej na uzyskanie świadczenia odpowiadającego potrzebom zamawiającego. Kryteria te nie dotyczą właściwości wykonawcy, odpowiadają rodzajowi zamówienia i spełniają wszelkie wymogi związane z prowadzeniem postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji.

Do pisma załączono korektę wyliczeń matematycznych odwołującego, własne 4 wykresy, kopię korespondencji z CUPT i dokumentacji dwóch innych postępowań z zastosowaniem analogicznych kryteriów oceny ofert.

Strony postępowania odwoławczego przedstawiły do protokołu stanowiska:

Odwołujący podkreślił, że ma interes i legitymację do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ustawy pzp i nie pozbawia go tego fakt prowadzenia przez Zamawiającego podobnych, innych postępowań. Podkreślił, że sposób oceny w kwestionowanym kryterium, nie prowadzi do wyboru najkorzystniejszej oferty, zgodnie z ustawową definicją oraz zasadami, w tym uczciwej konkurencji, określonymi w dyrektywach unijnych, klasycznej i sektorowej. Podkreślił wymóg obiektywnych potrzeb Zamawiającego. Zakwestionował przyjęty sposób oceny w pkt 27.1b IDW. Stwierdził, że powołany przez Zamawiającego wyrok KIO 1331/17 dotyczył wyłącznie zarzutów z art. 91, natomiast stanowisko CUPT nie odnosi się do zarzutów, podniesionych w niniejszym odwołaniu.

Złożył:

1/ wykaz zamówień Zamawiającego, w którym zastosowano kwestionowane kryterium, oparte o średnią miarodajną cen, z opracowaniem z maja 2016 r., w którym Zamawiający, na str. 8, opisuje to stosowane przez siebie kryterium;

2/ symulację dla 4 ofert ze wskazaniem, że oferta najkorzystniejsza (D) otrzymuje najmniejszą liczbę punktów, w odróżnieniu od wyniku po zastosowaniu wzoru klasycznego, tj. relacji oferty badanej do najniższej;

- 1- zestawienie ofert w konkretnym postępowaniu (Strzelce Opolskie), na okoliczność realności tezy o niewielkich różnicach cen pomiędzy ofertami, wyborem oferty najtańszej i brakiem realnego znaczenia przy ocenie ofert w pozostałych kryteriach (gwarancja i termin realizacji). Wskazał na realne i symulowane wyniki przetargu.
- 2- wzór z analizą zmian średniej miarodajnej i zmian punktacji konkretnej oferty, w zależności od liczby ofert ocenianych (nadal w oparciu o przykład przetargu Strzelce Opolskie). Wskazał na przykłady zdarzeń po upływie terminu składania ofert, wpływających na zmianę średniej (odrzućenia i wykluczenia).

Zauważył, że wykonawca przed otwarciem ofert nie wie, w jaki sposób będzie oceniana jego oferta (według jakiego wzoru i czy ze średnią miarodajną) i nie wie tego również po otwarciu ofert i ich analizie własnej. Stwierdził, że wyniki obliczeń, przedstawione w odwołaniu, są poprawne, a Zamawiający, wskazując na błędy, nie kwestionuje tej okoliczności. Podkreślił, na podstawie danych historycznych, jak i symulacji, że oferta, która powinna być oceniona jako najkorzystniejsza, a nie będąca najtańszą, nie ma możliwości być wybraną. Złożył wyrok ETS z 16.09.2013 r. na poparcie stanowiska, podkreślając treść motywu 73. Wniósł o powołanie biegłego ze specjalnością wielokryterialne badania operacyjne i wspomaganie decyzji, na okoliczność poprawności wzoru w zakresie funkcji celu lub alternatywnie biegłego z zakresu matematyki, na okoliczność, czy wzór zapewni wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, z oceną prawdopodobieństwa poprawności wzoru zastosowanego w SIWZ i klasycznego. Podkreślił brak gwarancji wyboru najkorzystniejszej oferty przy zastosowaniu kwestionowanych wzorów i minimalne ryzyko w tym zakresie przy użyciu wzoru klasycznego.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, z uzasadnieniem, jak w złożonym piśmie. Oponował przeciwko dowodowi z opinii biegłego wskazując, że kwestionowany wzór kryterium jest zrozumiały i jasny. Podkreślił poprawność i obiektywizm stosowanego kryterium ceny brutto, opracowanego w oparciu o wieloletnie doświadczenie. Stwierdził, że celem jego jest wyłonienie ofert rzeczywiście najkorzystniejszych. Zauważył, że wzory są jasne i znane wykonawcom. Podkreślił brak możliwości manipulacji ofertami i ich ocenami. Stwierdził, że Odwołujący, w ramach argumentacji, zmiennie ocenia ważność poszczególnych kryteriów, w tym pozacenowych. Złożone na rozprawie dowody, w postaci pism, tabeli i symulacji uznał za potwierdzające sposób działania Zamawiającego, zgodnie z przyjętym wzorem. Oceniał, że wyrok ETS nie jest miarodajny do bieżącego stanu faktycznego. Zauważył, że CUPT, wskazane w piśmie, ocenia prowadzone postępowanie w

całości, w tym także zastosowane kryteria. Wskazany w odpowiedzi wyrok Izby ocenił jako analogiczny do obecnego stanu faktycznego. Przypomniął, że Odwołujący, w poprzednich sprawach, nie negował kryterium ceny brutto i sposobu obliczeń. Wskazał na przedstawione obliczenia w złożonym piśmie, zobrazowane wykresami. W szczególności wskazał na wykres „symulacje z zastosowaniem 3 wzorów: A, B i C” z uwzględnieniem danych przyjętych przez Odwołującego. Oceniał, że przyjęcie spornego kryterium prowadzi do bardziej przejrzystego i obiektywnego wyboru najkorzystniejszej oferty zapobiegając manipulacji. Podkreślił wagę wszystkich przyjętych kryteriów.

Izba postanowiła oddalić wniosek Odwołującego o powołanie biegłego.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności Instrukcji dla wykonawców (IDW), oraz dokumenty wskazane w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Krąg podmiotów, które mogą skorzystać ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie wobec treści SIWZ, jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Na tym etapie wystarczająca jest możliwość poniesienia szkody wynikającej z niewłaściwego sformułowania treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Rozpoznając zarzut odnoszący się do ustanowionego przez zamawiającego sposobu oceny ofert w kryterium ceny, tj. do pkt 20.7.a. IDW Izba stwierdziła, że zarzut ten wskazuje na naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 a, art. 36 ust. 1 pkt 13, a także art. 7 ust. 1 ustawy pzp, przez ustalony sposób oceny ofert w kryterium oznaczonym jako „Całkowita cena brutto” opisanym w zakresie sposobu jego stosowania w pkt 20.7.1 IDW. Sposób ten (metoda), niesporny w sprawie, zawiera trzy metody oceny ofert przez zastosowanie jednego z trzech wzorów matematycznych, mających zastosowanie przy ocenie konkretnej oferty w zależności od liczby złożonych skutecznie ofert i ceny brutto badanej oferty w relacji do

„średniej miarodajnej wartości ofert” obliczonej wg wzoru z uwzględnieniem okoliczności, czy cena oferty badanej jest równa lub niższa od średniej, czy wyższa od średniej.

Niespornie przyjęta metoda oceny ofert w spornym kryterium ceny jest wykonawcom znana przed terminem składania ofert. Zrozumiałem jest przy tym, że wykonawca nie może mieć wiedzy, który ze wzorów matematycznych zostanie zastosowany wobec jego oferty, jako że nieznana jest liczba ofert, jakie zostaną złożone, nie jest także możliwe przewidywanie, czy wszystkie oferty będą podlegać ocenie, jako że niektóre mogą podlegać odrzuceniu lub zostać uznane za odrzucone.

Skład orzekający zauważa, że w żadnym miejscu odwołania odwołujący nie wskazał na niejednoznaczność czy niezrozumiały charakter kryterium ceny, uniemożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców. Na naruszenie przez zamawiającego obowiązku jasnego, przejrzystego opisanie kryteriów oceny ofert odwołujący wskazywał jedynie w kontekście zarzutu związanego z odwołaniem się do treści pkt 20.7.1. IDW. Co więcej, odwołujący w złożonym odwołaniu trafnie zidentyfikował sposób, w jaki zamawiający będzie dokonywał oceny ofert, co wskazuje na okoliczność, że określenie przez zamawiającego kryterium ceny było dla odwołującego jednoznaczne i zrozumiałe.

Izba wzięła pod uwagę argumentację zamawiającego, iż celem ukształtowania kryterium ceny w sposób, w jaki uczynił to w IDW, było urealnienie wpływu kryteriów jakościowych na wynik postępowania. Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez zróżnicowanie punktacji w przypadku wystąpienia różnej liczby ofert czy uzależnienie punktacji od stosunku zaoferowanej ceny do średniej miarodajnej. Zamawiający wyjaśnił, że działanie takie ma na celu odrzucenie potencjalnych manipulacji lub patologii cenowych (najdroższa i najtańsza oferta ma zostać odrzucona w obliczaniu ceny średniej) i ma umożliwić realne porównanie ofert mieszczących się w przedziale od najtańszej do średniej wartości cenowej, a więc ofert najbardziej korzystnych ekonomicznie, równoważących potrzeby zamawiającego w zakresie wysokiej jakości oraz ryzyk, jakie musi ponieść wykonawca i zasobów, jakie musi zaangażować, aby zapewnić realizację zobowiązań wskazanych w ofercie, oraz w szczególności w kryteriach pozacenowych. To zrównoważenie jest zapewniane, jak wskazał zamawiający, przez bliską wysoką punktację ofert znajdujących się w przedziale od najtańszej do średniej cenowo. Oferty z przedziału od średniej do najdroższej, jako niebilansowane ekonomicznie, uzyskują relatywnie mniej punktów w kryterium ceny nie zaburzając przy tym stosownej relacji między wysokością cen ofert a przyznanej im punktacji. Izba nie stwierdziła, aby przyjęte przez zamawiającego wzory sprzyjały

niezgodnym z prawem porozumieniem wykonawców. Tego typu zachowania mogą zaistnieć w każdym stanie faktycznym. Przyjęcie, jak tego żąda odwołujący, jednolitego sposobu przyznawania ofertom punktów w kryterium ceny, nie stanowi skutecznej bariery dla tego typu działań. Argumentu na potwierdzenie zasadności zarzutu podniesionego przez odwołującego nie może stanowić przywołany przez odwołującego przykład oceny ofert w postępowaniu pod nazwą „Strzelce Opolskie” jako że nie ma on jednoznacznego przełożenia na sytuację, jaka może zaistnieć w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto, przykład ten również nie wskazuje na naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym Izba podziela stanowisko wydane w wyroku sygn. akt KIO 1331/17, które zostało wydane w analogicznym stanie faktycznym. Należy przy tym zauważyć, że wyrok w tej sprawie dotyczył zarzutu naruszenia nie tylko art. 91 ustawy pzp, jak sugerował odwołujący, lecz także zasad udzielania zamówień z art. 7 ustawy pzp.

Mając na uwadze, że odwołujący na poparcie swojego stanowiska powołał wyrok ETS z dnia 16 września 2013 r. T-402/06 w sprawie Królestwa Hiszpanii przeciwko Komisji Europejskiej, skład orzekający stwierdza, że rozstrzygnięcie Trybunału w zakresie dotyczącym stosowania kryterium opartego na cenie średniej zastosowanej przez instytucje zamawiającą zasługuje na pełną aprobatę, jednakże jako oparte na odmiennym od niniejszego stanie faktycznym, nie może mieć zastosowania w sprawie rozpatrywanej. Jedynym podobieństwem między tymi sprawami jest użycie przy opisie kryterium ceny stosowanym w toku oceny ofert nazwy średniej ceny lub metody ceny średniej miarodajnej stanowiącej punkt odniesienia przy ocenie konkretnej oferty oraz użycie odmiennego niż linearny arytmetycznego wzoru stosowanego przy porównywaniu ofert. Metoda zastosowana przez hiszpańskich (katalońskich) zamawiających mogła i niejednokrotnie prowadziła do faktycznej eliminacji ofert uznawanych za nadmiernie (nienormalnie) wysokich lub nienormalnie niskich. Jak ustalono, wśród uwzględnionych metod i parametrów znajdowała się metoda średniej ceny zastosowana w trzech etapach. Najpierw każdą z ofert porównywano z budżetem, jakim dysponowała instytucja zamawiająca na konkretne zamówienie, określonym w cenach bazowych ustalonych uprzednio przez niezależną firmę inżynierską po przeprowadzeniu badania rynku. Zastosowanie metody średniej ceny na tym etapie polegało na obliczeniu „obniżki” (B_i) jako odsetka, o który każda z ofert była niższa od ceny bazowej, zgodnie ze wzorem: „ $B_i = (cena\ bazowa - oferta) / cena\ bazowa$ ”. Jeżeli oferta była niższa od ceny bazowej, uznawano, że oferent zaproponował „obniżkę dodatnią” ($B_i > 0$). Natomiast jeżeli oferta była wyższa od ceny bazowej ($B_i < 0$), uznawano, że oferent zaproponował „podwyżkę”. Na drugim etapie obliczana była średnia obniżek proponowanych przez wszystkich oferentów, określana jako „średnia obniżka” (B_m). Podobnie obliczano

„ryzykowną obniżkę” (Bt), oznaczającą odsetek obniżki, od którego ofertę uznawano za niewiarygodną, ponieważ nie można było rozsądnie wyobrazić sobie realizacji projektu za taką cenę albo dlatego, że z powodu tak niskiej ceny proponowane wykonanie nie mogło osiągnąć minimalnej dopuszczalnej jakości technicznej. Na trzecim etapie poszczególnym ofertom przyznawano punkty z wykorzystaniem wzoru matematycznego.

Komisja, a w ślad za nią Trybunał, zakwestionowała legalność z punktu widzenia zasady równego traktowania zastosowania przy wyborze najkorzystniejszej ekonomicznie oferty metody średniej ceny, ponieważ jej zdaniem metoda ta powoduje mniej korzystne traktowanie, przy równym wyniku z punktu widzenia innych kryteriów, ofert proponujących niższą cenę w stosunku do ofert bardziej zbliżonych do wyliczonej średniej. W ocenie ETS zastosowanie metody średniej ceny i brak przejrzystości w odniesieniu do średniej ceny spowodował „irracjonalne” zachowanie najbardziej konkurencyjnych oferentów, którzy, chcąc zachować szansę otrzymania zamówienia, byli zmuszeni zaproponować wyższą cenę niż by mogli, to jest cenę odpowiadającą przewidywanej średniej cenie wszystkich ofert, a nie cenie najniższej. Ponadto jest bezsporne, że zastosowanie metody średniej ceny mogło prowadzić do sytuacji, w której przy równym wyniku z punktu widzenia innych kryteriów, szczególnie technicznych, oferta proponująca wyższą cenę mogła otrzymać większą liczbę punktów z tytułu jakości ekonomicznej niż oferta tańsza, zwłaszcza jeżeli pierwsza z tych ofert była bliższa średniej cenie lub cenie odpowiadającej „ryzykownej obniżce”. Przypomniano, że dyrektywy pozostawiają instytucji zamawiającej swobodę wyboru kryteriów udzielenia zamówienia, muszą jednak być to kryteria służące wyborowi najkorzystniejszej ekonomicznie oferty. Ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie można zaś określić jako ofertę przedstawiającą najlepszy stosunek jakości do ceny, przy uwzględnieniu kryteriów istotnych z punktu widzenia przedmiotu zamówienia. Najkorzystniejszą ekonomicznie ofertą nie zawsze jest oferta proponująca najniższą cenę, trzeba jednak stwierdzić, że w sytuacji doskonałej równości ofert pod względem wszystkich innych istotnych kryteriów, w tym technicznych, tańszą ofertę należy zawsze uznać z ekonomicznego punktu widzenia za bardziej korzystną od oferty droższej. W takiej sytuacji zaś zastosowania metody średniej ceny, prowadzącego do udzielenia zamówienia oferentowi proponującemu wyższą cenę niż inny oferent, nie można uznać za zgodne z kryterium najkorzystniejszej ekonomicznie oferty. W tej kwestii stwierdzono, że udzielenie zamówienia oferentowi, którego oferta jest droższa od innej oferty, równoważnej z nią pod względem innych kryteriów, jest samo w sobie sprzeczne z interesem publicznym i nie przyczynia się do ochrony interesów finansowych Unii.

Przedstawione wnioski, zarówno Komisji, jak i Trybunału, są w ocenie składu orzekającego Izby ze wszech miar słuszne i oparte na zasadach równości i obowiązku dokonywania wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.

Izba zauważa, że zasady te w sprawie rozpatrywanej nie zostaną naruszone. W szczególności zastosowane przez zamawiającego metody nie doprowadzą do wyboru oferty nie będącej ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy pzp. Ryzyko takie nie występuje, takiej ewentualnej okoliczności nie przedstawił także i nie udowodnił odwołujący. W szczególności żadna z przedstawionych w odwołaniu symulacji nie wykazuje, by możliwa była sytuacja, iż oferta o wyższej cenie mogłaby się okazać ofertą korzystniejszą od oferty tańszej ceteris paribus tj. przy równych ocenach w kryteriach pozacenowych. Taka właśnie sytuacja w sprawie rozpatrywanej przez ETS legła u podstaw rozstrzygnięcia Trybunału, co podkreślono w szeregu tez wyroku pokrótce wyżej omówionego.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że sposób ukształtowania przez zamawiającego kryterium ceny stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wzory określone przez zamawiającego w pkt. 20.7.1. IDW w równym stopniu dotyczą wszystkich wykonawców, nie preferują określonego kręgu wykonawców, są jasne i z góry precyzują sposób oceny ofert.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz 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. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: