

WYROK
z dnia 12 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Renata Tubisz
Anna Wojciechowska

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozP. na rozprawie w Warszawie w dniu 11 października 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 września 2017r. przez **wykonawcę H. C. – F.P.S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **T.Ś. Spółka Akcyjna z siedzibą w (...)**

przy udziale **wykonawcy M.P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2047/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie,**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę H. C. – F.P.S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w (...)**
 - 2.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę H. C. – F.P.S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w (...)** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. Zasądza od wykonawcy H. C. – F.P.S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w (...)** na rzecz **T.Ś. Spółka Akcyjna z siedzibą w (...)** kwotę 3 917 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset siedemnaście złotych groszy) z tytułu poniesionych kosztów zastępstwa prawnego, dojazdu i opłaty skarbowej.

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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup wagonów tramwajowych jednoczłonowych zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 lipca 2017r. za numerem (...).

W dniu 19 września 2017r. zamawiający udostępnił na swojej stronie internetowej informację z otwarcia ofert, w której podał, że złożono dwie oferty wraz z następującymi informacjami:

1. M.P. sp. z o.o.: cena netto - 28,7 mln, wartość VAT – 6 607 tys. zł., cena brutto - 35 301 tys. zł., długość niskiej podłogi przedziału pasażerskiego w % - 30,4, pantograf zgodny z pkt. 7.1. OPZ – Tak, liczba dodatkowych strumieni drzwi dla pasażera ponad wymagane minimum – 0,
2. H. C. F.P.S. sp. z o.o. : cena netto – 36, 591 mln, wartość VAT – 8 415 930zł., cena brutto – 45 006 930zł., długość niskiej podłogi przedziału pasażerskiego w % - 61,98, pantograf zgodny z pkt. 7.1. OPZ – Tak, liczba dodatkowych strumieni drzwi dla pasażera ponad wymagane minimum – 2.

W dniu 29 września 2017r. odwołanie wyniósł wykonawca H. C. – F.P.S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. – dalej odwołujący. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 28 września 2017r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do reprezentacji zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 29 września 2017r. Wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, tj.:

- zamieszczenia na stronie internetowej Zamawiającego błędnej informacji z otwarcia ofert, będącej następstwem nieprawidłowego zastosowania kryterium oceny ofert;
- zaniechania wezwania do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy - „M.P. Sp. z o.o. z siedzibą w P.”, która to zawiera rażąco niską cenę.

Powyższym czynnością i zaniechaniem zamawiającego zarzucił naruszenie:

- 1) art. 86 ust. 5 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez zamieszczenie na stronie internetowej zamawiającego błędnej informacji z otwarcia ofert, która potencjalnie może mieć wpływ na prawidłową ocenę ofert - tj. naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 d ustawy przez nieprawidłowe zastosowanie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ;
- 2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 d ustawy przez podejmowanie przez zamawiającego czynności w postępowaniu, które naruszają zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę zachowania uczciwej konkurencji poprzez przyjęcie wykładni kryterium oceny ofert -

rozwiązania techniczne - w zakresie dodatkowej liczby strumieni drzwi, która nie znajduje uzasadnienia z uwagi na treść SIWZ i jest sprzeczna z przyjmowanym dogmatem wykładni językowej.

Wniósł o:

- merytoryczne rozpoznanie oraz uwzględnienie odwołania w całości,
- nakazanie Zamawiającemu dokonanie korekty zamieszczonej na stronie internetowej informacji z otwarcia ofert - z uwzględnieniem oświadczenia w przedmiocie dodatkowej liczby strumieni drzwi, zgodnie z zakresem świadczenia wynikającym ze złożonej oferty odwołującego;
- nakazanie zamawiającemu dokonania badania i oceny oferty odwołującego, zgodnie z zakresem świadczenia wynikającym ze złożonej oferty;
- nakazanie zamawiającemu wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez odwołującego.

Ponadto, wniósł o:

- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z akt (dokumentów) postępowania przedłożonych przez zamawiającego, tj.: SIWZ oraz innych dokumentów wskazanych przez odwołującego w treści odwołania w celu wykazania okoliczności uzasadniających wniesienie uwzględnienie odwołania.

Odwołujący podniósł, że na skutek naruszenia wskazanych powyżej przepisów ustawy interes odwołującego doznał uszczerbku, ponieważ prowadzenie procedury przetargowej z ich wadliwym zastosowaniem może mieć niewątpliwy wpływ na wynik postępowania. Przytoczone w odwołaniu niezgodne z prawem czynności zamawiającego przejawiające się zamieszczeniem na stronie internetowej błędnej informacji z otwarcia ofert, niezgodnej z zakresem świadczenia wynikającym ze złożonej oferty odwołującego tj. nieuwzględniającej rzeczywistej liczby strumieni drzwi, która może stanowić podstawę do przeprowadzenia niepoprawnej oceny ofert, poprzez nie przyznanie ofercie odwołującego odpowiedniej ilości punktów. W konsekwencji podejmowane przez zamawiającego niezgodnych z ustawą czynności w istocie pozbawia odwołującego realnej możliwości uzyskania zamówienia, tym samym odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia. Powyższe zdaniem odwołującego wskazuje, że zostały spełnione przesłanki wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy.

W niniejszym postępowaniu dostawa obejmuje:

- 8 wagonów jednokierunkowych;
- 2 wagony dwukierunkowe.

Zamawiający w dniu 19 września 2017 r., zgodnie z dyspozycją wynikającą z art. 86 ust. 5 ustawy zamieścił na stronie internetowej informację z otwarcia ofert. Z przedmiotowej informacji wynika, iż w postępowaniu złożone zostały dwie oferty, tj.:

- M.P. Sp. z o.o. z siedzibą w P.;
- H. C. - F.P.S. Sp. z o.o. z siedzibą w P..

Z zamieszczonej przez zamawiającego informacji wynika, iż wykonawca M.P. Sp. z o.o. z siedzibą w P., w zakresie liczby dodatkowych strumieni drzwi dla pasażera ponad wymagane minimum nie zaoferował dodatkowych rozwiązań. Odnośnie oferty odwołującego, w zakresie liczby dodatkowych strumieni drzwi dla pasażera ponad wymagane minimum zamawiający wskazał, iż wykonawca zaoferował 2 dodatkowe strumienie.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, iż naruszony przez zamawiającego przepis art. 86 ust 5 ustawy oprócz funkcji informacyjnej spełnia przede wszystkim funkcje gwarancyjną. Stanowi urzeczywistnienie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości i zachowania uczciwej konkurencji. Nie ulega wątpliwości, iż podczas otwarcia ofert odczytanie parametrów, stanowiących kryteria oceny ofert, które następnie powinny znaleźć się w informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5 ustawy wpisuje się w powyższą tezę. Zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy, zgodnie z którą postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Ustawodawca wzmocnił tę zasadę wskazując w art. 86 ust. 2 ustawy, iż otwarcie ofert jest jawne. Wobec powyższego podczas otwarcia ofert wykonawcy powinni mieć możliwość zapoznania się ze wszystkimi istotnymi szczegółami złożonych ofert, które będą miały znaczenie przy ich ocenie, a więc nie tylko ceny ale też innymi kryteriami oceny ofert, jeśli zamawiający takie ustalił. Podkreślił, iż w praktyce nie wszyscy przedstawiciele wykonawców są obecni podczas otwarcia ofert, tym bardziej uzasadnione jest prawidłowe przygotowanie przez zamawiającego informacji wskazanej w art. 86 ust. 5 ustawy, która następnie zostanie zamieszczona na stronie internetowej. Rozszerzenie zakresu informacji podawanych w trakcie otwarcia ofert jest jednym z przejawów realizacji zasady jawności. Podanie tych informacji rozwiewa wątpliwości co do zawartości ofert, a w szczególności eliminuje podejrzenia o późniejsze dokonywanie zmian treści niektórych ofert. Oczywiście informacje te podaje się tylko wtedy, gdy były żądane przez zamawiającego i zostały zawarte w ofertach. Przepis ten nie nakłada natomiast na zamawiającego obowiązku każdorazowego domagania się w ofertach wszystkich informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Potwierdzenie powyższego znajdziemy w wyroku z dnia 14 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2303/16. Zgodnie z brzmieniem Rozdziału XIV pkt 4 SIWZ kryterium oceny ofert będzie:

- a) cena (Pc) = 77 %,
- b) długość niskiej podłogi przedziału pasażerskiego (Pnp) = 15%
- c) rozwiązania techniczne (Prt) = 8%

W pkt 5.3. ppkt 2) przywołanego Rozdziału zamawiający wskazał, iż za zaproponowanie dodatkowych strumieni drzwi dla pasażera ponad wymagane minimum (tj. dwóch jednostrumieniowych i jednych dwustrumieniowych) wykonawca otrzyma 2 pkt za każdy

dodatkowy strumień, lecz nie więcej niż 6 punktów. Jako dowód powołał SIWZ - w aktach postępowania przedkładanych przez zamawiającego. Podkreślił, iż wybór kryteriów oceny ofert nie może być dowolny i zależny od nieograniczonego uznania zamawiającego. Muszą one mieć charakter obiektywny, nienaruszający zasady równego traktowania wszystkich wykonawców, powinny odnosić się wyłącznie do przedmiotu zamówienia i być stosowane dokładnie w ten sam sposób wobec wszystkich ofert. Nie mogą zatem być subiektywne, umożliwiając zamawiającemu stosowanie nieuprawnionej wykładni prowadzącej do nieograniczonej swobody arbitralnego wyboru oferty lub nie przyznawania należytej punktacji, zgodnej z zakresem świadczenia wynikającym ze złożonych ofert. Z art. 91 ust. 2d wynika, że zamawiający ma obowiązek określić kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Zwrócił uwagę, iż z art. 29 ust. 1 wynika podobny sposób określania przedmiotu zamówienia, co nie jest przypadkiem, gdyż określone przez zamawiającego kryteria mają duży wpływ na to, co wykonawca w efekcie zaproponuje zamawiającemu w ofercie. Zamawiający określając kryteria powinien móc zweryfikować podawane przez wykonawców informacje. Potwierdzenie powyższego można znaleźć w wyroku z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 47/17.

Z treści oferty odwołującego - 3 strona - wynika, iż wykonawca zaoferował 2 dodatkowe strumienie drzwi dla tramwaju jednokierunkowego oraz 4 dodatkowe strumienie dla tramwaju dwukierunkowego ponad wymagane minimum określone przez zamawiającego w SIWZ. Jako dowód powołał ofertę odwołującego - w aktach postępowania przedkładanych przez zamawiającego.

W zaistniałym stanie faktycznym doszło sytuacji, w której zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał wykładni kryterium oceny ofert określonego w SIWZ, pomijając 4 dodatkowe strumienie dla tramwaju dwukierunkowego, która może doprowadzić do nie przyznania należytej punktacji, zgodnej z zakresem świadczenia wynikającym ze złożonej oferty odwołującego. Odwołujący zwrócił uwagę, iż zgodnie z Rozdziałem XIV pkt 5.3. ppkt 2) zamawiający wskazał, iż za zaproponowanie dodatkowych strumieni drzwi dla pasażera ponad wymagane minimum (tj. dwóch jednostrumieniowych i jednych dwustrumieniowych) wykonawca otrzyma 2 pkt za każdy dodatkowy strumień, lecz nie więcej niż 6 punktów. W ocenie odwołującego nie ma podstaw do przyjęcia, iż dodatkowe strumienie, zaoferowane jako rozwiązanie dla tramwaju dwukierunkowego mogą zostać pominięte przez zamawiającego i nie będą podlegały punktacji w przedmiotowym kryterium. Odwołujący wskazał, iż w ocenie odwołującego przywołany zapis jest jasny i nie powinien budzić wątpliwości interpretacyjnych. Należy więc odczytywać go zgodnie z regułami językowymi. Powyższa interpretacja jest zgodna z dogmatem wykładni językowej, znajdującej potwierdzenie w utrwalonym orzecznictwie Sądu Najwyższego, zgodnie z którym należy przypomnieć, że na czoło wysuwa się powszechnie akceptowana w orzecznictwie

piśmiennictwie zasada pierwszeństwa wykładni językowej i subsydiarności wykładni systemowej i funkcjonalnej. Metoda językowa dopuszcza odstępstwa od jej zastosowania wtedy, gdy prowadzi ona do absurdu, albo do rażąco niesprawiedliwych lub irracjonalnych konsekwencji, (zob. wyrok SN z dnia 12 czerwca 2015 r., sygn. akt II CSK.518/14). Wobec powyższego przedmiotowy zapis powinien dotyczyć zarówno wagonów jednokierunkowych, jak również dwukierunkowej, które powinny podlegać jednakowej punktacji w ramach kryterium oceny ofert. Gdyby było inaczej zamawiający dokonałby z pewnością rozgraniczenia, jak to uczynił przy kryterium niskiej podłogi, o którym mowa w Rozdziale XIV pkt 5.2, zgodnie z którym w kryterium długość niskiej podłogi przedziału pasażerskiego w osi podłużnej wagonu wykonawca może otrzymać maksymalnie 15 pkt. Ocenie podlegać będzie długość niskiej podłogi przedziału pasażerskiego w osi podłużnej wagonu powyżej 20% długości podłogi całego przedziału pasażerskiego dla wagonu jednokierunkowego. Przyjęcie odmiennej interpretacji, z uwagi na treść SIWZ nie znajduje uzasadnienia w ramach toczącego się postępowania. Na marginesie odwołujący wskazał, iż zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem wyrażanym wielokrotnie w orzecznictwie Krajowej izby Odwoławczej i sądów powszechnych wszelkie wątpliwości interpretacyjne postanowień specyfikacji muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 września 2016 r., sygn. akt. KIO 1672/16). Mając na uwadze powyższe, wobec oświadczenia złożonego przez odwołującego w zakresie zaoferowania 2 dodatkowych strumieni drzwi dla tramwaju jednokierunkowego oraz 4 dodatkowych strumieni dla tramwaju dwukierunkowego ponad wymagane minimum określone przez zamawiającego w SIWZ, odwołujący stoi na stanowisku, iż w sumie zaoferował 6 dodatkowych strumieni drzwi, co przy uwzględnieniu zapisu, o którym mowa w Rozdziale XIV pkt 5.3. ppkt 2) powinno kwalifikować ofertę do uzyskania 6 punktów w przedmiotowym kryterium oceny ofert.

W konsekwencji, przyjmując algorytm przyznawania przez zamawiającego punktów w poszczególnych kryteriach, punktacja powinna przedstawiać się w następujący sposób:

Oferta odwołującego: punktacja w kryteriach: cena - 60,39, udziału podłogi niskiej – 15, pantograf – 2, dodatkowy strumień – 6, łącznie 83,39 pkt., zaś

Oferta przystępującego: punktacja w kryteriach: cena – 77, 00, udziału podłogi niskiej – 3, 716055264, pantograf – 2, dodatkowy strumień – 0, łącznie 82,72pkt. W sytuacji, w której zamawiający w sposób prawidłowy zastosuje kryteria, o których mowa powyżej oferta odwołującego powinna zostać uznana za najwyżej ocenioną.

Reasumując, w następstwie nieuprawnionej interpretacji oraz nieprawidłowego zastosowania kryterium - rozwiązania techniczne - w zakresie dodatkowych strumieni drzwi dla pasażera ponad wymagane minimum zamawiający w informacji z otwarcia ofert podał błędną ilość strumieni jaką zaoferował odwołujący, co w konsekwencji może przyczynić się do

nieprawidłowej oceny ofert, wbrew wyliczeniom przytoczonym powyżej. W tym stanie rzeczy niniejsze odwołanie jest konieczne i uzasadnione.

W dniu 2 października 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 4 października 2017r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca M.P. sp. z o.o. – dalej przystępujący i wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta nie podlega odrzuceniu i może być uznana za najkorzystniejszą. Zarzuty odwołania podważają cenę przystępującego i mogą prowadzić do odrzucenia jego oferty, dlatego w interesie przystępującego leży oddalenie odwołania. Wniósł o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 2 października 2017r. udzielonego przez prezesa i wiceprezesa zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 4 października 2017r.

W dniu 5 października 2017r. odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutu w przedmiocie rażąco niskiej ceny polegający na zaniechaniu wezwania do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy „M.P.” sp. z o.o.

Zamawiający na posiedzeniu złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości,
2. zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z przedłożonym zestawieniem kosztów.

W ocenie zamawiającego odwołanie jest bezpodstawne oraz nie znajduje podstaw do jego uznania, tym samym zarzuty odwołującego jako bezzasadne powinny zostać w całości oddalone.

W ocenie zamawiającego dokonana przez niego czynność polegająca na umieszczeniu w dniu 19 września 2017 r. na jego stronie internetowej informacji z otwarcia ofert, które nastąpiło w dniu 18 września 2017 r., nie narusza art. 86 ust. 5 ustawy. Zamawiający zamieścił bowiem na stronie internetowej wszystkie informacje określone w tym przepisie.

Poza obowiązkowymi informacjami z otwarcia ofert określonymi w art. 86 ust. 5 ustawy zamawiający w celach informacyjnych zamieścił na swojej stronie internetowej również informacje — dotyczące pozacenowych kryteriów oceny ofert tj.

- a) długość niskiej podłogi przedziału pasażerskiego;
- b) rozwiązania techniczne:

zastosowanie pantografu zgodnego z pkt 7.1. OPZ;

dodatkowe strumienie drzwi dla pasażera ponad wymagane minimum.

Jak wynika z oferty odwołującego, żądany przez zamawiającego parametr w zakresie kryterium rozwiązania technicznego — liczba dodatkowych strumieni drzwi dla pasażera ponad wymagane minimum określone w Rozdziale XIV pkt 5.3. ppkt 2) SIWZ - zastał przez niego podany w ofercie. Odwołujący oświadczył bowiem, że liczba dodatkowych strumieni drzwi dla pasażera ponad minimum dla tramwaju jednokierunkowego to dwa strumienie - „tramwaj jednokierunkowy — 2” (pkt 2c formularza oferty odwołującego).

Pomimo wskazania przez odwołującego w pkt 2c formularza oferty oprócz ilości dodatkowych strumieni drzwi dla pasażera w tramwaju jednokierunkowym, również ilości dodatkowych strumieni drzwi dla pasażera w tramwaju dwukierunkowym tj. „tramwaj dwukierunkowy — 4” Zamawiający nie był zobowiązany do ogłoszenia tego parametru w czasie otwarcia ofert, jak również zamieszczenia go następnie na swojej stronie internetowej.

Art. 86 ust. 5 ustawy nie nakłada na zamawiającego obowiązku zamieszczenia w ogłoszeniu z otwarcia ofert innych informacji, niż te określone w tym przepisie. Zamawiający nie jest również zobowiązany do umieszczenia na stronie internetowej innych informacji, niż te żądane przez niego w ofertach i ogłoszonych trakcie otwarcia ofert. Stanowisko takie wynika nie tylko z literalnego brzmienia tego przepisu, ale również z poglądu doktryny, w tym J. Pieróg, na którego poglądy odwołujący powołuje się obszernie w odwołaniu. Również zdaniem tego autora zamawiający zobowiązany jest do zamieszczenia danej informacji na swojej stronie internetowej, tylko wtedy gdy była ona przez niego żądana i zawarta została w ofertach (piąty akapit, strona 5 odwołania).

W konsekwencji odwołujący nie jest uprawniony do żądania zamieszczenia przez zamawiającego w ogłoszeniu informacji w zakresie dodatkowych strumieni drzwi dla pasażera ponad wymagane minimum dla tramwajów dwukierunkowych, skoro zamawiający żądał podania w zakresie tego kryterium oceny ofert liczby dodatkowych strumieni drzwi pasażerem wyłącznie dla tramwajów jednokierunkowych.

Zamieszczając w dniu 19 września 2017 r. informację z ogłoszenia ofert zamawiający nie naruszył również art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż czynność ta nie doprowadziła do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności i przejrzystości. Zamawiający w ogłoszeniu z otwarcia ofert w rubryce dotyczącej liczby dodatkowych strumieni drzwi dla pasażera ponad wymagane minimum zamieścił informację zgodną ze złożonymi przez Odwołującego i Przystępującego ofertami tj. odpowiednio 2 strumienie i 0 strumieni drzwi dla pasażera w tramwaju jednokierunkowym.

Naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów nie potwierdza również przywołany przez odwołującego w odwołaniu wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 grudnia 2016 r. (sygn. akt KIO 2303/16). Wyrok ten wydany został bowiem w sprawie, w której

zamawiający zaniechał otwarcia prawidłowo złożonej oferty jednego z wykonawców w trakcie sesji otwarcia ofert. Nie odnosi się zatem to orzeczenie w jakimkolwiek zakresie do zaskarżonej przez odwołującego czynności zamawiającego w mniejszym postępowaniu.

W ocenie zamawiającego czynność zamieszczenia na stronie internetowej informacji z otwarcia ofert nie może mieć potencjalnego wpływu na badanie i ocenę ofert, gdyż pierwsza z tych czynności ma charakter jedynie informacyjny i gwarancyjny, a w jej ramach zamawiający nie dokonuje wykładni kryterium oceny ofert. Celem zamieszczenia informacji z otwarcia ofert na stronie internetowej jest umożliwienie wykonawcom uzyskania informacji niezwłocznie po otwarciu ofert, bez konieczności wykonywania jakichkolwiek dodatkowych czynności. Zamawiający zaś unikną przesyłania kilkakrotnie tych samych informacji do różnych wykonawców. W toku drugiej z wymienionych czynności zamawiający dokonuje natomiast badania i oceny ofert, w tym stosowanych kryterium ocen, jednak nie na podstawie zamieszczonej przez siebie informacji na stronie internetowej, lecz na podstawie treści złożonych ofert.

W związku z tym brak jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że ewentualne nieprawidłowości w zakresie zamieszczenia informacji z otwarcia ofert mogłyby mieć potencjalny wpływ na ocenę ofert. Ewentualne zaskarżenie nieprawidłowości w podejmowanych przez zamawiającego czynnościach w zakresie kryterium oceny ofert, w tym kryterium rozwiązania techniczne, będzie mogło nastąpić przez odwołującego lub przystępującego dopiero po dokonaniu przez zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty. Zarzuty formułowane na obecnym etapie postępowania zatem w ocenie zamawiającego uznać należy za przedwczesne.

Wobec jedynie informacyjnego i gwarancyjnego charakteru czynności zamieszczenia na stronie internetowej informacji z otwarcia ofert za bezprzedmiotowy i przedwczesny na obecnym etapie postępowania zdaniem zamawiającego uznać należy zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2d ustawy.

Zamawiający nie zakończył jeszcze badania i oceny ofert odwołującego i przystępującego i nie dokonał najkorzystniejszej oferty, a co za tym idzie brak jest podstaw do zarzucania mu dokonania błędnej wykładni kryterium oceny ofert, w tym kryterium - rozwiązania techniczne. Z ostrożności, na gdyby Izba uznała, że odwołujący już na obecnym etapie postępowania uprawniony jest do podnoszenia zarzutów w zakresie wykładni kryterium oceny ofert, zamawiający wskazał, że zamieszczona przez niego informacja z otwarcia ofert w zakresie kryterium— rozwiązania techniczne jest zgodna z literalną wykładnią opisu tego kryterium w SIWZ.

Zamawiający wyjaśnił, że przedmiotem postępowania jest „dostawa 10 fabrycznie nowych tramwajów jednokierunkowych, jedno i dwukierunkowych, niskopodłogowych, o nowoczesnej konstrukcji i wysokiej jakości o długości nie mniejszy 13,5 m wraz z dostawą pakietu

naprawczego i specjalistycznego sprzętu niezbędnego do eksploatacji wagonów. Wagony muszą być przystosowane do jazdy po torach o szerokości 1435 mm i zasilania napięciem stałym o znamionowej wartości 600V (Potencjał dodatni — przewód jezdny, potencjał ujemny - na szynach) oraz posiadać mikroprocesorowe sterowanie i napęd oparty o technikę prądu przemiennego. Zgodnie z zapotrzebowaniem zamawiającego dostawa obejmuje osiem wagonów jednokierunkowych i dwa wagony dwukierunkowe.

W związku z tym, że Zamawiający w pkt 1.4 OPZ zastrzegł, że „Wagon dwukierunkowy musi spełniać wszystkie wymagania stawiane dla wagonu jednokierunkowego uwzględnieniem odmienności, którą wymusza jego dwukierunkowość”, odniósł on określone w OPZ wymagania wyłącznie dla tramwajów jednokierunkowych. Tramwaj dwukierunkowych spełniać musi bowiem wymagania dla tramwaju jednokierunkowego przy jeździe w jednym czy też przeciwnym kierunku (tj. kabina motorniczego identycznie wyposażona, drzwi po prawej stronie wagonu, oświetlenie, piasecznice), z zastrzeżeniem tego punktu OPZ.

Wymagania dla tramwaju jednokierunkowego w zakresie strumieni drzwi wymiany pasażerów zostały określone w pkt 4.13 OP Z, zgodnie z którym „Liczba drzwi zastosowanych w tramwaju powinna być dostosowana do pojemności wagonu oraz musi zapewnić swobodną i szybką wymianę pasażerów. Minimalna ilość drzwi dla Pasażerów - trzy, w tym co najmniej jedno dwustrumieniowe zlokalizowane w części środkowej wagonu. Wymaganiem jest, aby wagon posiadał również drzwi w częściach skrajnych umiejscowione jak najbliżej ścian czołowych wagonu, System drzwi odskokowo-przesuwanych na zewnątrz ma zapewniać maksymalnie zbliżoną szerokość przejścia do szerokości portalu. Napęd drzwi powinien być niezawodny oraz nieskomplikowany w zajezdniowej obsłudze codziennej i konserwacji. Moduł sterowania powinien posiadać funkcję autodiagnostyki i sygnalizacji stanów awaryjnych. Wszystkie drzwi muszą być wyposażone w:

- system zabezpieczenia pasażera przed przychwyceniem z funkcją rewersowania,
- wkład ręcznego - awaryjnego otwierania od wewnątrz z blokadą uruchomienia w czasie ruchu pojazdu oraz z zewnątrz zgodnie zapisami par. 8.6.4 rozporządzenia przywołanego w punkcie 2. 1.a,
- elementy systemu sterowania tramwaju związane "funkcją blokady uniemożliwiającej jazdę, gdy drzwi nie są zamknięte,
- funkcję indywidualnego otwierania drzwi przez pasażera za przyzwoleniem motorniczego realizowane za pomocą przycisków zewnętrznych i wewnętrznych, uwzględnieniem ich usytuowania na poziomie dostępnym dla osób niepełnoprawnych Poruszających się na wózkach inwalidzkich w strefie dla nich przewidzianej oraz automatycznym zamykaniem drzwi po założonym czasie zwłoki od wejścia lub wyjścia pasażera. Wszystkie przyciski służące pasażerom muszą być oznaczone w alfabecie Braille 'a,

- system umożliwiający otwieranie i zamykanie drzwi przez motorniczego pulpitu w kabinie, dodatkową opcją automatycznego ich zamykania bez udziału motorniczego po założonym czasie zwłoki od wejścia lub wyjścia pasażera.

W strefie drzwiowej przedziału pasażerskiego należy zamontować hamulce bezpieczeństwa uruchamiane mechanicznie za pomocą rączki.”

Minimalna ilość strumieni drzwi wynika również z tabeli załączonej do OPZ (str. 37 OPZ). Zgodnie kolumną „liczba drzwi” minimalna liczba drzwi dla tramwaju jednokierunkowego wynosi „3 w (tym 1 dwustrumieniowe a dla tramwajów dwukierunkowych „6 w tym 2 dwustrumieniowe .

Wskazana w pkt 4.13 OPZ i załączonej do OPZ tabeli minimalna ilość strumieni wymiany pasażerów dla tramwajów jednokierunkowych (tj. minimum cztery strumienie - jedno drzwi dwustrumieniowe i dwoje drzwi jednostrumieniowych) wynika z par. 8 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 marca 2011 r. w Prawie warunków technicznych tramwajów i trolejbusów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. Nr 65, poz. 344) dalej „Rozporządzenie” zgodnie z którym „Drzwi w jednym tramwaju jednokierunkowym muszą zapewniać co najmniej cztery strumienie wymiany pasażerów, a w tramwaju dwukierunkowym cztery' strumienie po każdej jego stronie .

Na podstawie pkt 2.1.a) OPZ przy konstruowaniu wagonu zobowiązany jest uwzględnić przepisy Rozporządzenia.

Przechodząc do opisu kryterium oceny ofert rozwiązania techniczne. Zgodnie z Rozdziałem XIV pkt 5.3. ppkt 2) SIWZ, „Za zaproponowanie dodatkowych strumieni drzwi dla pasażera ponad wymagane minimum (tj. dwóch jednostrumieniowych i jednych dwustrumieniowych) wykonawca otrzyma 2 pkt za każdy dodatkowy strumień, lecz nie więcej niż 6 punktów”.

Wbrew stanowisku odwołującego z literalnej wykładni tego postanowienia SIWZ nie wynika, że wykonawca otrzyma 2 pkt za każdy dodatkowy strumień wymiany pasażerów ponad minimum zamawiający jednoznacznie wskazał bowiem, że dodatkowe punkty będą przyznane wyłącznie ponad wymagane przez OPZ i Rozporządzenie minimum dla tramwajów jednostronnych tj. cztery strumienie drzwi. Minimum dla tramwajów dwukierunkowych stanowi natomiast osiem strumieni drzwi dla pasażera.

Z uwagi na jednoznaczne i nie budzące wątpliwości określenie minimalnej liczby strumieni drzwi dla pasażera dla tramwaju jednokierunkowego w Rozporządzeniu i pkt 4.13 OPZ i załączonej do OPZ tabeli, zamawiający, w przeciwieństwie do kryterium długość niskiej podłogi, nie dokonał powtórzenia w opisie tego kryterium, że oceniane jest rozwiązanie w tramwaju jednokierunkowym. W ocenie zamawiającego nie świadczy to jednak o tym, że opis kryterium dotyczący liczby strumieni drzwi dla pasażera został dokonany w sposób niezrozumiały lub wprowadzający w błąd. Zamawiający wskazał wprost, że wykonawca

otrzyma dodatkowe punkty wyłącznie ponad minimum obowiązujące dla tramwajów jednokierunkowych (cztery strumienie), a nie dwukierunkowych (osiem strumieni).

Odwołujący zapoznając się z treścią SIWZ przed złożeniem oferty, jak również znając treść rozporządzenia, jako podmiot prowadzący działalność gospodarczą w zakresie produkcji tramwajów, miał pełną świadomość, że wskazana w opisie kryterium wymagane minimum tj. 4 strumienie odnosi się wyłącznie do tramwajów jednostronnych. Uprawniony był on zatem do wskazania dodatkowych strumieni jedynie dla tego rodzaju tramwajów.

Gdyby zamawiający zamierzał dokonać opisu kryterium oceny ofert dodatkowych strumieni drzwi dla pasażera dla tramwajów dwustronnych dokonałby określenia wymaganego na osiem, a nie cztery strumienie. Taki wymóg wynika bowiem z par. 8 ust. 2 Rozporządzenia, który dla tramwajów dwukierunkowych tj. „Drzwi w jednym tramwaju jednokierunkowym muszą zapewniać co najmniej cztery strumienie wymiany pasażerów, a w tramwaju dwukierunkowym cztery strumienie po każdej jego stronie”.

Co więcej, gdyby opis kryterium rozwiązania techniczne w zakresie dodatkowych strumieni drzwi dla pasażera odnosił się również do tramwajów dwukierunkowych, zamawiający dokonałby stosownego rozróżnienia w pkt 2 c) formularzu oferty stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ na strumienie dla tramwaju jednokierunkowego i dwukierunkowego. Formularz ofertowy nie zawiera jednak takiego podziału, a odwołujący jednostronnie dokonał jego zmiany dopisując liczbę strumieni drzwi dla tramwajów dwukierunkowych.

Zamawiający zwrócił uwagę, że zarówno pkt 4.13 OPZ, par. 8 ust. 2 Rozporządzenia, jak i opis kryterium — rozwiązania techniczne (Rozdziałem XIV pkt 5.3. ppkt 2) SIWZ) posługują się pojęciami strumieni wymiany pasażerów, a nie liczbą strumieni zabudowanych w danym tramwaju. Oczywistym jest bowiem, że tramwaj dwukierunkowy zawsze obsługuje pasażerów z wyłącznie z jednej strony wagonu. Co więcej, nawet w przypadku gdyby technicznie było możliwe otwarcie drzwi tramwaju dwukierunkowego jednocześnie z dwóch jego stron, to taki sposób korzystania zagrażałoby nie tylko bezpieczeństwu pasażerów (możliwość bezpośredniego wejścia na torowisko, a nie peron, w rezultacie możliwość wejścia pod nadjeżdżający z naprzeciwka inny tramwaj), ale również byłby sprzeczny z warunkami korzystania z istniejącej infrastruktury tramwajowej. Perony przystankowe usytuowane są bowiem wyłącznie z jednej strony wagonu tramwajowego dla danego kierunku jazdy.

Stanowisko reprezentowane przez odwołującego w odwołaniu jest sprzeczne z zaoferowaną przez niego liczbą dodatkowych strumieni dla tramwaju dwukierunkowego. Z jednej bowiem strony odwołujący twierdzi, że uprawniony był zaoferować dodatkowe strumienie dla tramwajów dwukierunkowych ponad minimum określone w Rozdziałem XIV pkt 5.3. ppkt 2) SIWZ) tj. cztery strumienie, z drugiej natomiast strony w złożonej ofercie zaoferował wyłącznie cztery dodatkowe strumienie, a nie osiem. Skoro określonym w opisie kryterium

minimum są cztery strumienie drzwi, a zdaniem Odwołującego uprawniony jest on również do zaoferowania dodatkowych strumieni dla tramwaju dwukierunkowego to powinien on wskazać w ofercie konsekwentnie osiem dodatkowych strumieni. Uwzględnienie bowiem wyłącznie czterech strumieni stanowiących minimum i dodatkowych czterech strumieni zaoferowanych przez Odwołującego (pkt 2c formularza oferty) oznaczałoby, że dla tramwajów dwukierunkowych nie zaoferował on żadnej dodatkowej liczby strumieni. Obowiązek zapewnienia dla tramwaju dwukierunkowego minimum ośmiu strumieni wynika z par. 8 ust. 2 Rozporządzenia i pkt 1.4. OPZ

O braku naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2d ustawy przez zamawiającego świadczy również treść oferty przystępującego. Jak wynika z jej treści, w przeciwieństwie do oferty odwołującego, przystępujący wskazując liczbę strumieni drzwi dla pasażera ponad wymagane minimum nie dokonał podziału na liczbę strumieni drzwi odrębnie dla tramwaju jednokierunkowego i dwukierunkowego (pkt 2c formularza oferty). Gdyby bowiem, jak twierdzi odwołujący, z dokonanego opisu tego kryterium oceny ofert wynikało, że odnosi się ono również do tramwaju dwukierunkowego, przystępujący dokonałby takiego podziału i wskazał liczbę „0” strumieni odrębnie dla każdego rodzaju tramwaju.

Jednoznaczność i przejrzystość zastosowanego przez zamawiającego opisu kryterium rozwiązania technicznego w zakresie liczby strumieni drzwi dla pasażera potwierdza również okoliczność braku jakichkolwiek zastrzeżeń oferentów do SIWZ po ogłoszeniu postępowania. Żaden z oferentów, w tym odwołujący, nie wniósł o wyjaśnienie opisu kryterium oceny ofert lub też jego zmianę.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, siwz wraz z załącznikami, wyjaśnień treści siwz i modyfikacji treści siwz oraz informacji z terminu otwarcia ofert, a także oferty odwołującego.

Na podstawie tych dokumentów Izba ustaliła, że zgodnie z zawartym w rozdziale III siwz opisem przedmiotu zamówienia (OPZ) przedmiotem zamówienia jest dostawa 10 sztuk fabrycznie nowych tramwajów jednoczłonowych, jedno i dwukierunkowych, częściowo niskopodłogowych, o nowoczesnej konstrukcji i wysokiej jakości o długości nie mniejszej niż 13,5 m, wraz z dostawą pakietu naprawczego i specjalistycznego sprzętu niezbędnego do eksploatacji wagonów. Wagony muszą być przystosowane do jazdy po torach o szerokości 1435 mm i zasilania napięciem stałym o znamionowej wartości 600V (potencjał dodatni – przewód jezdny, potencjał ujemny - na szynach) oraz posiadać mikroprocesorowe sterowanie i napęd oparty o technikę prądu przemiennego. Dostawa obejmuje:

- 8 wagonów jednokierunkowych;
- 2 wagony dwukierunkowe.

Zgodnie z rozdziałem XIV siwz zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert: Punktacja przyznawana ofertom w poszczególnych kryteriach będzie liczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

Kryterium oceny ofert będzie:

- a) cena (P_c) = 77 %,
- b) długość niskiej podłogi przedziału pasażerskiego (P_{np}) = 15%
- c) rozwiązania techniczne (P_{rt}) = 8%

Punkty będą przyznawane wg następujących zasad:

Oferta z najniższą ceną oferty brutto (ustaloną zgodnie z Rozdziałem XIII pkt 2 SIWZ) = 77 punktów.

Punkty pozostałych ofert liczone będą wg proporcji matematycznej z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku:

W kryterium długość niskiej podłogi przedziału pasażerskiego w osi podłużnej wagonu wykonawca może otrzymać maksymalnie 15 pkt. Ocenie podlegać będzie długość niskiej podłogi przedziału pasażerskiego w osi podłużnej wagonu powyżej 20% długości podłogi całego przedziału pasażerskiego dla wagonu jednokierunkowego. Punkty będą liczone wg proporcji matematycznej z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

W kryterium rozwiązania techniczne wykonawca otrzyma liczbę punktów przypisaną danemu rozwiązaniu:

Za zastosowanie pantografu o konstrukcji zgodnej z eksploatowaną obecnie w taborze zamawiającego opisaną w pkt 7.1 OPZ (Załącznik nr 1) wykonawca otrzyma 2 pkt, w pozostałych przypadkach 0 pkt.

Za zaproponowanie dodatkowych strumieni drzwi dla pasażera ponad wymagane minimum (tj. dwóch jednostrumieniowych i jednych dwustrumieniowych) wykonawca otrzyma 2 pkt za każdy dodatkowy strumień, lecz nie więcej niż 6 punktów.

Niezwłocznie po otwarciu ofert zamawiający zamieści na stronie internetowej informacje dotyczące:

- 1) kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,
- 2) firm oraz adresów Wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie,
- 3) ceny.

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do siwz przedmiotem zamówienia jest dostawa 10 fabrycznie nowych tramwajów jednoczłonowych, jedno i dwukierunkowych, niskopodłogowych, o nowoczesnej konstrukcji i wysokiej jakości o długości nie mniejszej niż 13,5 m wraz z dostawą pakietu naprawczego i specjalistycznego sprzętu niezbędnego do eksploatacji wagonów. Wagony muszą być przystosowane do jazdy po torach o szerokości 1435 mm i zasilania napięciem stałym o znamionowej wartości 600V (potencjał dodatni – przewód

jezdny, potencjał ujemny - na szynach) oraz posiadać mikroprocesorowe sterowanie i napęd oparty o technikę prądu przemiennego. Dostawa obejmuje:

- 8 wagonów jednokierunkowych;
- 2 wagonów dwukierunkowych.

Wagon dwukierunkowy musi spełniać wszystkie wymagania stawiane dla wagonu jednokierunkowego z uwzględnieniem odmienności, którą wymusza jego dwukierunkowość.

W pkt 4.13 zamawiający określił wymagania dla drzwi :

Liczba drzwi zastosowanych w tramwaju powinna być dostosowana do pojemności wagonu oraz musi zapewnić swobodną i szybką wymianę pasażerów. Minimalna ilość drzwi dla pasażerów - trzy, w tym co najmniej jedno dwustrumieniowe zlokalizowane w części środkowej wagonu. Wymaganym jest, aby wagon posiadał również drzwi w częściach skrajnych umiejscowione jak najbliżej ścian czołowych wagonu. System drzwi odskokowo-przesuwnych na zewnątrz ma zapewniać maksymalnie zbliżoną szerokość przejścia do szerokości portalu.

Zamawiający dostarczy wykonawcy do pięciu dni przed rozpoczęciem odbioru technicznego tramwaju elementy systemu zgodnie z poniższą konfiguracją, w której określono m.in.

Typ zamawianego wagonu:

Jednokierunkowy - ilość drzwi - 3 w tym 1 dwustrum.

Dwukierunkowy – ilość drzwi - 6 w tym 2 dwustrum.

W formularzu ofertowym wykonawca miał podać w pkt. 3.5.a drzwi z napędem i sterowaniem dla wagonu jednokierunkowego - spełniają wymogi zawarte w pkt.4.13. OPZ: ilość drzwi ogółem i ilość drzwi dwustrumieniowych, w pkt. 3.5.b drzwi z napędem i sterowaniem dla wagonu dwukierunkowego - spełniają wymogi zawarte w pkt.4.13. oraz 1.4. OPZ: ilość drzwi ogółem, ilość drzwi dwustrumieniowych

W wyjaśnieniach z 31 sierpnia 2017r. zamawiający wskazał, że na pytanie 8 „Czy zamawiający pod pojęciem tramwaj dwukierunkowy rozumie tramwaj dwukierunkowy, dwustronny tzn. tramwaj posiadający po obu stronach przestrzeni pasażerskiej drzwi boczne wejściowe do tramwaju ?” zamawiający udzielił odpowiedzi: „Zamawiający potwierdza, że przez tramwaj dwukierunkowy rozumie tramwaj dwukierunkowy (z dwiema kabinami motorniczego), dwustronny, posiadający drzwi boczne do obsługi pasażerów po obu stronach wagonu.”

W ofercie odwołującego na str. 3 w formularzu ofertowym odwołujący podał w pkt. 2 lit. c liczbę dodatkowych strumieni drzwi dla pasażera ponad wymagane minimum:

Tramwaj jednokierunkowy – 2

Tramwaj dwukierunkowy – 4.

Informacje te korespondują z oświadczeniami odwołującego zawartymi w części utajnionej oferty w pkt 3.5a i 3.5b str. 59 na załączniku nr 4 do siwz.

W dniu 21 września 2017r. odwołujący wystąpił do zamawiającego z wnioskiem o ponowne przeliczenie punktów w kryteriach oceny ofert. Wskazał, że zaoferował 2 dodatkowe strumienie drzwi dla tramwaju jednokierunkowego i 4 dodatkowe strumienie drzwi dla tramwaju dwukierunkowego, a za każde dodatkowe strumienie drzwi ponad wymagane minimum (dwóch jednostrumieniowych i jednych dwustrumieniowych) wykonawca miał otrzymać dodatkowy punkt, nie więcej niż 6. Zamawiający w opisie tego kryterium nie wskazał, że wymóg ten dotyczy tylko tramwajów jednokierunkowych i dlatego odwołujący powinien otrzymać 6 pkt., a nie 2 pkt. w tym kryterium. W dniu 26 września 2017r. zamawiający poinformował, że nie dokonał jeszcze oceny złożonych ofert.

Z rysunku poglądowego przystępującego wynika, że w tramwaju jednokierunkowym przewidziane jest dwoje drzwi pojedynczych umożliwiających jednostrumieniowy przepływ pasażerów oraz jedno drzwi podwójne umożliwiające dwustrumieniowy przepływ pasażerów. Izba oceniła, że przedłożony materiał dowodowy jest wiarygodny i kompletny. Spór w swojej istocie sprowadza się do oceny czy zamawiający powinien był podać w informacji z otwarcia ofert inne informacje niż wymagane w art. 86 ust. 5 ustawy i czy wykonawcy przysługuje roszczenie do zamawiającego o zmianę lub o uzupełnienie tej informacji w zakresie nie wynikającym z art. 86 ust. 5 ustawy oraz o to, czy zamawiający, który zdecydował się podać nadmiarowe informacje zobowiązany jest podać wszystkie dodatkowe informacje istotne dla oceny ofert w kryteriach pozacenowych.

Na datę wyrokowania zamawiający nie zakończył jeszcze procesu badania i oceny ofert.

Izba ustaliła następujący stan prawny:

Art. 7 ust. 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 86 ust. 5 ustawy - Niezwłocznie po otwarciu ofert zamawiający zamieszcza na stronie internetowej informacje dotyczące:

- 1) kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
- 2) firm oraz adresów wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie;
- 3) ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.

Art. 91 ust. 1 ustawy - Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Art. 91 ust. 2d ustawy - Zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców.

Art. 179 ust. 1 ustawy - Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia

przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia, natomiast nie wykazał możliwości poniesienia szkody, czym wypełnił przesłankę materialnoprawną z art. 179 ust. 1 ustawy.

Odwołujący niewątpliwie jest wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący może to zamówienie uzyskać, a jego status w tym postępowaniu jako wykonawcy nie został podważony przez czynność wykluczenia, czy odrzucenia jego oferty, a zatem ma interes w uzyskaniu zamówienia. Izba jednak analizując ustalony stan faktyczny i prawny doszła do przekonania, że odwołujący w żaden sposób nie wykazał możliwości poniesienia szkody w związku z naruszeniem przez zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 86 ust. 5, art. 91 ust. 1 i 2d ustawy. Izba podziela stanowisko odwołującego, że art. 86 ust. 5 ustawy ma pełnić funkcję informacyjną, ale przede wszystkim gwarancyjną, jednak ta funkcja nie jest funkcją gwarancyjną w takim rozumieniu, że informacja zawarta w informacji o otwarciu ofert daje wykonawcy podstawę do wysuwania roszczeń wynikających z tej informacji co do sposobu oceny ofert w przyjętych kryteriach oceny. Funkcja gwarancyjna ma natomiast zapewniać, że zamawiający nie będzie na późniejszym etapie zmieniał informacji, które ustawodawca uznał za istotne dla przebiegu postępowania, prowadząc w konsekwencji do zmiany treści oferty. Rację należy przyznać zamawiającemu, że wykonawca może skutecznie domagać się od zamawiającego podania jedynie tych informacji, które zamawiający ma obowiązek podać zgodnie z przepisami ustawy. Katalog informacji z artykułu 86 ust. 5 ustawy ma charakter zamknięty, nie jest to wyliczenie jedynie przykładowe. W katalogu tym nie mieści się informacja o elementach oferty podanych w ofertach a dotyczących innych kryteriów oceny ofert niż cena, termin wykonania, okres gwarancji i warunki płatności. Ustawodawca nie zawarł w art. 86 ust. 5 odesłania do art. 91 ust. 2 ustawy, stąd inne niż wymienione w art. 86 ust. 5 ustawy informacje nie są informacjami podanymi zgodnie z przepisami ustawy. Formułowane zatem w tym zakresie zarzuty są w rzeczywistości postulatami de lege ferenda do ustawodawcy, o zobligowanie zamawiających do podawania podczas otwarcia ofert informacji z ofert dotyczących wszystkich zastosowanych przez zamawiającego kryteriów. Skoro zatem wykonawca nie może domagać się podania informacji o kryteriach pozacenowych innych niż wymienione w art. 86 ust. 5 pkt. 3, to tym bardziej nie może ponieść szkody z powodu nie podania tych informacji, lub podania ich w sposób wadliwy. Izba zwraca uwagę także na to,

że z art. 86 ust. 5 ustawy nie wynika, że zamawiający informacjami podanymi w informacji o otwarciu ofert jest związany i zobowiązany jest stosować je przy ocenie ofert. Zdaniem Izby przy ocenie ofert, która w niniejszym postępowaniu na datę wyrokowania nie miała jeszcze miejsca, zamawiający jest związany przepisami art. 24 ust.4, art. 89 ust. 1, art. 87 ust. 1 i 2, a przede wszystkim art. 91 ust. 1 ustawy, tym samym zamawiający nawet jeśli popełnił błąd w ocenie informacji, które nadmiarowo podał w informacji z otwarcia ofert, to błąd ten nie ma znaczenia dla oceny zgodności ustawy czynności lub zaniechań zamawiającego w toku oceny ofert. Informacją, która może wywoływać szkodę w związku z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, jest zatem nie informacja o otwarciu ofert, ale informacja o wyniku postępowania, gdyż to ona wieńczy proces badania i oceny ofert i ona podlega badaniu zgodności czynności oceny ofert dokonanej przez zamawiającego przez pryzmat tak art. 91 ust. 1 jak i art. 91 ust. 2d ustawy. W ocenie Izby sama informacja z otwarcia ofert w zakresie danych podanych ponad wymogi ustawowe nie wpływa, ani nie przesądza o przyszłym sposobie dokonania oceny przez zamawiającego oferty odwołującego, jak również nie pozbawia wykonawcy możliwości wniesienia odwołania na czynność oceny ofert ujawnioną zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt. 1 ustawy w informacji o wyniku postępowania. Na obecnym etapie Izba nie jest władna ocenić jaka będzie przyszła czynność zamawiającego, ani przesądzić o jej zgodności z przepisami ustawy, czy poczynionych zaniechaniach. To, że zamawiający podjął się merytorycznej polemiki ze stanowiskiem odwołującego, co do sposobu rozumienia kryterium rozwiązań technicznych – dodatkowych strumieni ponad wymagane minimum (2 drzwi jednostrumieniowych i 1 dwustrumieniowych) nie oznacza, że tak będzie oceniał oferty. Może być bowiem tak, że obecnie czyniona argumentacja zamawiającego jest argumentacją wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego, a zamawiający zapoznając się wnikliwie z ofertami i dokonując ich oceny inaczej odczyta postawione kryterium na etapie badania ofert.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba doszła do przekonania, że odwołujący nie wykazał niezbędnej przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania tj. możliwości poniesienia szkody, a w konsekwencji odwołanie należało oddalić.

Mając na uwadze powyższe Izba oddaliła odwołanie w oparciu o art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt. 1 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 ze zm. Z 2017r. poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz

zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty zastępstwa prawnego na podstawie faktury Vat złożonej przez zamawiającego na rozprawie, koszty dojazdu w wysokości wynikającej z przedstawionego biletu kolejowego w wysokości uwzględniającej przejazd w obie strony oraz koszty uiszczenia opłaty skarbowej.

Izba nie uwzględniła kosztów w wysokości 69zł. oraz 3,91zł. z tytułu wartości podatku VAT w wysokości 23% od rozliczenia kosztów dojazdu i rozliczenia opłaty skarbowej ujęte na fakturze zamawiającego, gdyż zamawiający nie wykazał, że w zakresie jego działalności gospodarczej lub działalności gospodarczej prowadzonej przez pełnomocnika mieści się usługa dokonywania opłat publicznych w imieniu klientów, jak również usługa transportowa, w tym stanie rzeczy powyższe koszty Izba uznała za uzasadnione.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....