

Sygn. akt: KIO 1293/15

WYROK
z dnia 30 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2015 r. przez wykonawcę – MORIS Sp. z o.o., ul. Wiejska 27, 41-503 Chorzów, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,

przy udziale wykonawcy – Railway gft Polska Sp. z o.o., ul. Słowackiego 66, 30-004 Kraków, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę – MORIS Sp. z o.o., ul. Wiejska 27, 41-503 Chorzów i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę – MORIS Sp. z o.o., ul. Wiejska 27, 41-503 Chorzów tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy – MORIS Sp. z o.o., ul. Wiejska 27, 41-503 Chorzów na rzecz Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) 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:.....

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74 03-734 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenia zamówienia sektorowego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn: „Zakup szyn dla PKP PLK S.A. Zakładu Linii Kolejowych w Skarżysku - Kamiennej” – nr referencyjny: ICZ1a-231 -08/2015.

Treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, w wyżej wymienionym postępowaniu, opublikowana została przez Zamawiającego na stronie internetowej w dniu 10 czerwca 2015 r.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami SIWZ Odwołujący: MORIS sp. z o.o, z siedzibą w Chorzowie, ul. Wiejska 27, 41-503 Chorzów w dniu 18 czerwca 2015r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Zaskarżonej czynności zarzucił naruszenie:

1) normy prawnej art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, tj. brak jednoznacznego oznaczenia szyn o profilu 60E1 ze stali R260 w ilości 44520 m poprzez dowolności wyboru w odcinkach odwalcowanych o długości 120 m lub zgrzanych z odcinków 30 lub 70 m w odcinki 210 m w tolerancji wykonania X i klasie prostości, płaskości A,

2) normy prawnej art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp poprzez niezrozumiały opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty tj. różne zasady obliczania punktów przy wyborze ofert oraz przy ewentualnym przeprowadzaniu aukcji elektronicznej, w którym zostało pominięte kryterium okresu gwarancji,

3) normy prawnej art. 91 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zastosowania tego przepisu w jego obecnym brzmieniu i pominięcie przy kryterium oceny ofert, oprócz ceny innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia w szczególności jakości, funkcjonalności, parametrów technicznych, innowacyjności, serwisu, kosztów eksploatacji,

4) innych norm i zasad opisanych w uzasadnieniu odwołania.

W związku z powyższym wniósł o:

- a) uwzględnienie odwołania,
- b) nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ w sposób

zapewniający zgodność opisu przedmiotu zamówienia powołanymi powyżej przepisami ustawy Pzp i zmianę opisu kryteriów oceny ofert na jasne, precyzyjne i weryfikowalne tj. w szczególności poprzez

- określenie i doprecyzowanie w sposób jednoznaczny treści rozdziału XVII SIWZ poprzez opisanie kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert i nakazanie wskazania Zamawiającemu, że powinien stosować kryterium ceny wynoszącym 85 pkt, kryterium gwarancji wynoszącym 10 pkt, kryterium jakości, funkcjonalności, parametrów technicznych, innowacyjności, serwisu, kosztów eksploatacji jakie zapewnia z przyczyn opisanych szczegółowo w uzasadnieniu szyna 210 m wynoszącym 5 pkt,

- określenie i doprecyzowanie w sposób jednoznaczny treści rozdziału XVII SIWZ poprzez opisanie kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert i nakazanie wskazania Zamawiającemu, że powinien stosować kryterium ceny wynoszącym 85 pkt, kryterium gwarancji wynoszącym 10 pkt, kryterium jakości, funkcjonalności, parametrów technicznych, innowacyjności, serwisu, kosztów eksploatacji jakie zapewnia z przyczyn opisanych szczegółowo w uzasadnieniu szyna 210 m wynoszącym 5 pkt, bez stosowania dodatkowych kryterium jakim jest uzależnianie ich stosowania od okoliczności wystąpienia aukcji elektronicznej bądź jej niewystąpienia,

c) nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ poprzez zmianę opisu kryteriów oceny ofert na jasne, precyzyjne i weryfikowalne,

d) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów niniejszego postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający zrównał ceny szyny w odcinkach odwalcowanych o długości 120 m oraz zgrzanych z odcinków 30 lub 70 m w odcinki 210 m, co uniemożliwia jednoznaczne określenie poziomu kosztów, co może powodować nierówne traktowanie oferentów (tak m.in. w rozdziale XVI SIWZ - Opis sposobu obliczania ceny).

Niezrozumiałe jest również dla Odwołującego działanie Zamawiającego polegające na zrównaniu ceny szyn odwalcowanych o długości 120 m oraz szyn zgrzanych z odcinków 30 lub 70 m w odcinki 210 m w kontekście ponoszenia kosztów zabudowywania infrastruktury kolejowej „na miejscu” na torowisku.

Według Odwołującego z ilości zgrzein (większej dla szyn 120 m. niż 210 m.) dokonywanych przy montażu szyn „na miejscu” na torowisku wynika, że w przypadku zabudowywania szyny 120 m, te dodatkowe koszty będą znacznie większe, niż w przypadku tych samych czynności w stosunku do szyny zgrzanych w odcinki 210 m.

Wobec tego Odwołujący oszacował, że w przypadku tego przetargu dodatkowe koszty wyniosą około 238 500 zł (dodatkowe 159 zgrzein, gdzie koszt dla jednej zgrzeiny zamyka się kwotą 1500 zł).

Zdaniem Odwołującego powyższa sytuacja oznacza, że Zamawiający nie tylko narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ale naraża na dodatkowe koszty, których przy precyzyjnym określeniu przedmiotu przetargu i właściwym stosowaniu kryteriów oceny ofert łatwo można by uniknąć.

W przekonaniu Odwołującego taki opis przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji stosowanie takich, a nie innych kryteriów oceny oferty faworyzuje tych producentów, którzy produkują szynę walcowaną o długości 120 m (prawdopodobnie jedynym podmiotem biorącym udział w tym przetargu, który produkuje taką szynę jest, ArcelorMittal Poland), a dyskryminują inne podmioty, które takich szyn nie produkują.

Propozycja zmian SIWZ, jaką Wykonawca zawarł w szczególności w pkt. b wniosku - jak na wstępie pisma - w ocenie Odwołującego zapobiega naruszeniom zasad i norm zawartych w ustawie Pzp i co również istotne minimalizuje koszty związane z wysokością środków, jakie Zamawiający poniesie przy czynnościach dokonywanych przy montażu szyn „na miejscu” na torowisku, o czym szczegółowo powyżej.

Ponadto, Odwołujący zarzucił naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp poprzez niezrozumiały dla niego opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty.

Odwołujący podważał różnicowanie kryteriów w wyborze ofert w pierwszym etapie, poprzez wyszczególnienie kryterium ceny (90 pkt) i kryterium okresu gwarancji (10 pkt), a w ewentualnie przeprowadzanej aukcji elektronicznej, jeżeli zostaną złożone, co najmniej trzy oferty niepodlegające odrzuceniu, w toku aukcji elektronicznej stosowanie tylko jednego kryterium ceny (90 pkt).

W dniu 22 czerwca 2015r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawca: Railway gft Polska sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym ogłoszenia wraz ze zmianami, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 29 czerwca 2015r., jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu i rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień oraz pism Izba postanowiła odwołanie oddalić.

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

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ustawy Pzp, art. 29 ust.1 i 2 ustawy Pzp, art.36 ust.1 pkt. 13 ustawy Pzp, art.91 ust.2 ustawy Pzp.

Podstawowymi, istotnymi zagadnieniami wymagającymi rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie były kwestie oceny czy Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także czy został on opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Izba ustaliła w spornym zakresie, że Zamawiający w rozdziale III ust.2 SIWZ wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje dostawę, w roku 2015, szyn o profilu 60E1 ze stali R260 w ilości 44520 m w odcinkach odwalcowanych o długości 120 m lub zgrzanych z odcinków 30 lub 70 m w odcinki 210 m w tolerancji wykonania X i klasie prostości, płaskości A.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że w sekcji IV.2.1 oraz w rozdziale XVII SIWZ Zamawiający dokonał opisu kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

Pierwszym kryterium oceny, jako podlegającemu ocenie w toku aukcji elektronicznej była cena – C o wadze 90 pkt., zaś drugim z tych kryteriów niepodlegającemu ocenie w toku aukcji elektronicznej był okres gwarancji – G o wadze 10 pkt. Maksymalnie można było uzyskać 100 pkt.

Jednocześnie w sekcji IV.2.2 ogłoszenia oraz w rozdziale XVIII pkt. 2 SIWZ – Informacje o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej Zamawiający ustalił, że w toku aukcji elektronicznej stosowane będzie jedno kryterium oceny: „cena – 90 pkt.”, zaś w pkt. 3 tego rozdziału wskazał, że sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej będzie obejmował przeliczanie postąpień na punktową ocenę oferty, z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji.

Izba uznała, że powyższe postanowienia ogłoszenia i SIWZ są w swojej treści takie same. Biorąc, zatem powyższe pod uwagę Izba doszła do przekonania, że Odwołujący chcąc skutecznie podważyć treść SIWZ w brzmieniu wynikającym z ogłoszenia powinien wnieść skutecznie odwołanie przeciwko ogłoszeniu w powołanym wyżej zakresie, jako, że treść ogłoszenia nie może pozostawać w kolizji z treścią SIWZ.

Zdaniem Izby brak wniesienia odwołania wobec ogłoszenia skutkuje niewzruszalnością jego treści, a w konsekwencji niemożnością zaskarżenia tych postanowień środkiem ochrony prawnej.

Jednocześnie stosownie do przepisu art. 182 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Z ustaleń Izby wynika, że ogłoszenie o zamówieniu było dokonane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 czerwca 2015r. pod numerem 2015/S 108-197136, zaś odwołanie zostało wniesione w dniu 18 czerwca 2015r. jedynie przeciwko treści SIWZ.

Upływ terminu do wniesienia odwołania wobec treści ogłoszenia w spornym zakresie nastąpił w dniu 16 czerwca 2015r.

Z powyższego wynika, że odwołanie w zakresie wskazanych w nim lit. b i c należało potraktować za spóźnione.

Niezależnie od powyższego, Izba stanęła na stanowisku, że określone w SIWZ dwa kryteria oceny ofert są jednoznaczne i nie wymagają poprawienia.

Zgodnie z art.91 ust. 2 ustawy Pzp kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji.

Powyższy przepis zawiera jedynie przykładowe kryteria oceny ofert, obok ceny, odnoszące się do przedmiotu zamówienia i wyliczenie tych kryteriów nie oznacza, że Zamawiający jest obowiązany zastosować wszystkie wymienione w nim kryteria.

Zdaniem Izby dobór kryteriów oceny ofert dokonuje Zamawiający w oparciu o swoje uzasadnione potrzeby bez konieczności analizowania innych elementów, które nie mają dla niego znaczenia.

Odnosząc się do zarzutu oznaczonego lit. a w odwołaniu Izba nie podzieliła w tym zakresie argumentacji Odwołującego, uznając, na podstawie złożonych dokumentów i wyjaśnień stron, że możliwe jest zaoferowanie w ramach przedmiotu zamówienia szyn w odcinkach 120 mb przez innych wykonawców, w tym i samego Odwołującego, co potwierdza przedłożona przez Zamawiającego umowa 60/020/0043/14/Z/O z dnia 18 grudnia 2014r., a także, że szyny o długości 30 i 70 mb są produkowane przez Hutę Trynec w Czechach i przez ArcelorMittal Poland, zaś szyny o długości 120 mb produkuje West Alpine Austria i ArcelorMittal Poland.

Dodatkowo ustalenia Izby wykazały, że jedynie Odwołujący może dokonywać zgrzewu szyn o długości przekraczającej 210 mb.

Powyższe doprowadziło Izbę do wniosku, że powyższy opis przedmiotu zamówienia został dokonany w granicach przepisu art.29 ust.1 i 2 ustawy Pzp, w szczególności nie został dokonany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Oceny tej nie zmieniły przedłożone przez Odwołującego oferty Bahn Technik Wrocław sp. z o.o. z dnia 26 czerwca 2015r. i Strabag sp. z o.o. z dnia 29 czerwca 2015r., które – według zapatrywania Izby - ilustrują, co najwyżej ceny go wiążące z tymi oferentami, jednak nie przesądzają o sytuacji cenowej w tym zakresie na rynku.

Izba uznała również za wątpliwe wyżej wskazane ceny – 1100zł i 1200zł w aspekcie powołania się Odwołującego w odwołaniu na koszt dla jednej zgrzelin na poziomie 1500 zł.

Ostatecznie za bezzasadny Izba potraktowała ogólnie sformułowany zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów o dyscyplinie finansów publicznych, jako nieodnoszący się do kognicji Krajowej Izby Odwoławczej, która nie bada przesłanek celowości i gospodarności dokonywanych zakupów.

Stosownie do przepisu art. 179 ust.1 ustawy Pzp 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.

Jednocześnie w myśl przepisu art. 180 ust.1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Natomiast zgodnie z przepisem art. 1 ustawy Pzp ustawa określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie.

Z treści cyt. wyżej przepisów ustawy Pzp wynika w sposób jednoznaczny zakres właściwości Krajowej Izby Odwoławczej nieobejmujący badania zachowania Zamawiającego w aspekcie przepisów ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r.o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....