Sygn. akt KIO 584/23

POSTANOWIENIE z dnia 14 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, w dniu 14 marca 2023 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 marca 2023 roku przez wykonawcę Solaris Bus & Coach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bolechowie-Osiedlu

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Miasto Rybnik w Rybniku

przy udziale wykonawcy PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Koninie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Solaris Bus & Coach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bolechowie-Osiedlu i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawcy Solaris Bus & Coach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bolechowie-Osiedlu na rzecz zamawiającego – Miasta Rybnik w Rybniku – kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zmianami) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 584/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Rybnik w Rybniku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zakup 20 sztuk autobusów elektrycznych zasilanych wodorem.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 3 marca 2023 roku wykonawca Solaris Bus & Coach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bolechowie-Osiedlu wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

1) zaniechania unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

2) dokonania wyboru oferty wykonawcy PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej podczas gdy oferta ta nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny, a postępowanie winno być unieważnione.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1) art. 239 ust. 2 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o., która nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny, gdyż jest w rzeczywistości wyłoniona wyłącznie w oparciu o kryterium Ceny, a jakość ofertowanego przedmiotu zamówienia (Kryterium Techniczne) ma znaczenie pozorne i nie wpływa realnie na pozycję oferty w rankingu ofert, czym Zamawiający narusza zasadę efektywności ekonomicznej;

2) art. 246 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie wyboru oferty PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. wyłącznie w oparciu o kryterium Ceny (a nie Kryterium Ceny i Kryterium Techniczne), gdyż w rzeczywistości przy zastosowaniu wzoru określonego przez Zamawiającego w ramach kryterium to Cena stanowi jedyne kryterium

oceny ofert, a Kryterium Techniczne jest jedynie pozorne i nie ma realnego wpływu na ocenę ofert;

3) art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 5 ustawy P.z.p. w zw. z art. 705 Kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego tj. w sytuacji, gdy zamawiający (strona umowy) przez nieprawidłowe opisanie wzoru w ramach kryterium oceny ofert wpływa na wynik tego postępowania w sposób sprzeczny z prawem prowadząc do sytuacji, w której dochodzi do wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu ustawy P.z.p.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu w trybie 554 ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy P.z.p.:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu;

2) dokonania czynności unieważnienia postępowania jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Równocześnie odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 marca 2023 roku wniósł o:

1) oddalenie odwołania,

2) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2023 roku zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy P.z.p., z uwagi na jego wniesienie po upływie terminu określonego w ustawie.

Do przystępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca PAK PCE Polski Autobus Wodorowy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Koninie (dalej: przystępujący). Przystępujący w piśmie procesowym zatytułowanym „Odpowiedź na odwołanie" z dnia 13 marca 2023 roku wniósł o:

1) odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy P.z.p., z uwagi na jego wniesienie po upływie terminu określonego w ustawie.

zaś ewentualnie, na wypadek dopuszczenia odwołania do merytorycznego rozpoznania, o:

2) oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy P.z.p. Wartość zamówienia wynosi 58 519 817,00 zł, co stanowi równowartość 13 139 890,66 euro.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dz.U./S S219 628647-2022-PL w dniu 14 listopada 2022 roku. W tym też dniu na stronie internetowej zamawiającego zostały opublikowane dokumenty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym specyfikacja warunków zamówienia (SWZ).

Zgodnie z rozdz. XXIII SWZ Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert:

1. Przy wyborze oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami: Kryterium I Cena (K1) 60 pkt

Kryterium II Kryterium techniczne (K2) 40 pkt

Kryterium I: Cena (K1) – 60 pkt

Liczba przyznanych punktów dla poszczególnych ofert będzie obliczona zgodnie z poniższym wzorem:

$$\frac{C_{max} - C_o}{C_{max} - C_{min}} \times 60 \text{ pkt} = \text{liczba punktów dla danej oferty}$$

gdzie:

Cmax – cena maksymalna spośród złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu

Cmin – cena minimalna spośród złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu

Co – cena oferty ocenianej

W przypadku gdy w postępowaniu zostanie złożona tylko jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu Zamawiający przyzna ofercie w kryterium cena

60 pkt.

Kryterium II: Kryterium techniczne (K2) – 40 pkt

Kryterium techniczne składa się z podkryteriów przedstawionych w tabeli poniżej i dotyczy pojazdów będących przedmiotem zamówienia.

Lp.	Podkryteria składające się na Kryterium techniczne	Liczba punktów
1.	PODKRYTERIUM NR 1 $P_{gwarancja\ autobusu}$	
	Długość okresu gwarancji: powyżej 72 miesięcy	18,0
	Długość okresu gwarancji: powyżej 60 miesięcy, a mniejszy lub równy 72 miesięcy	10,0
	Długość okresu gwarancji: powyżej 48 miesięcy, a mniejszy lub równy 60 miesięcy	6,0
	Długość okresu gwarancji: powyżej 36 miesięcy, a mniejszy lub równy 48 miesięcy	2,0
	Długość okresu gwarancji: 36 miesięcy	0,0
2.	PODKRYTERIUM NR 2 $P_{lusterka}$	
	Lusterka boczne w formie kamer, których obraz jest prezentowany w kabinie kierowcy	1,0
	Lusterka boczne tradycyjne	0,0
3.	PODKRYTERIUM NR 3 $P_{zużycie\ paliwa}$	
	Równe lub poniżej 5,99 kg/100 km	5,0
	Równe lub powyżej 6,00 kg/100 km i poniżej 7,99 kg/100 km	2,5
	Równe lub powyżej 8 kg/100 km i nie większe niż 10 kg/100 km	0,0
4	PODKRYTERIUM NR 4 P_{OBD}	
	Zdalnie przy użyciu dedykowanej aplikacji, pozwalającej na podgląd, diagnozę i edycję wybranych elementów eksploatacyjnych zarządzania pojazdem: (minimum: status i parametry ogniwa fotowoltaicznego, kontrola napięcia w układzie elektrycznym niskiego napięcia, diagnostyka oświetlenia, kontrola zużycia okładzin hamulcowych, kontrola temperatury w pojeździe, kody błędów, diagnostyka drzwi pasażerskich, parametru jezdne: prędkość, przyklęk, stan drzwi, restart oprogramowania diagnostycznego)	10,0
	Zdalnie przy użyciu dedykowanej aplikacji, pozwalającej na podgląd, diagnozę i edycję wybranych elementów eksploatacyjnych zarządzania pojazdem ((minimum: status i parametry ogniwa fotowoltaicznego, kontrola napięcia w układzie elektrycznym niskiego napięcia, diagnostyka oświetlenia, kontrola zużycia okładzin hamulcowych, kontrola temperatury w pojeździe, kody błędów, diagnostyka drzwi pasażerskich, parametru jezdne: prędkość, przyklęk, stan drzwi)	8,0
	Przy urządzenia zewnętrznego (dostarczenie 3 szt. urządzeń) pozwalającej na podgląd, diagnozę i	0,0
	edycję wybranych elementów eksploatacyjnych zarządzania pojazdem	
5	PODKRYTRIUM NR 5 $P_{silnik\ trakcyjny}$	
	Zastosowanie technologii SiC w przetwornicy napięcia zasilania silnika trakcyjnego	2,0
	Zastosowanie innej niż technologia SiC w przetwornicy napięcia zasilania silnika trakcyjnego	0,0
6	POKRYTERIUM NR 6 $P_{czas\ dostawy}$	
	1) do 180 dni od dnia zawarcia umowy: 5 szt. autobusów 2) do 210 dni od dnia zawarcia umowy: 5 szt. autobusów 3) do 240 dni od dnia zawarcia umowy: 10 szt. autobusów	4,0
	1) do 180 dni od dnia zawarcia umowy: 5 szt. autobusów 2) do 240 dni od dnia zawarcia umowy: 5 szt. autobusów 3) do 300 dni od dnia zawarcia umowy: 5 szt. autobusów 4) do 360 dni od dnia zawarcia umowy: 5 szt. autobusów	2,0
	Dostawa wg terminów opisanych w rozdziale VI	0,0

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 528 pkt 3 w zw. z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p., ponieważ zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie na wniesienie odwołania.

Odwołujący w treści odwołania podniósł, że zastosowanie wzoru przewidzianego przez zamawiającego w SWZ prowadzi do nieakceptowalnych na gruncie ustawy P.z.p. konsekwencji w postaci:

- wyboru oferty wyłącznie w oparciu o Kryterium Ceny (a nie Kryterium Ceny i Kryterium Techniczne), gdyż w rzeczywistości przy zastosowaniu wzoru określonego przez Zamawiającego to Cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert, a Kryterium Techniczne jest jedynie pozorne, czym zamawiający narusza art. 246 ust. 1 ustawy P.z.p. obligujący go do stosowania także pozacenowych kryteriów oceny ofert;

- wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu ustawy P.z.p., tj. nie prezentuje najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny, gdyż w rzeczywistości jakość oferowanego przedmiotu zamówienia nie ma wpływu na pozycję ofert – czym Zamawiający narusza art. 239 ust. 2 PZP, który wprost stanowi, iż ofertą najkorzystniejszą jest oferta prezentująca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny;

- naruszenia zasady efektywności ekonomicznej wyrażonej w art. 17 ust. 1 ustawy P.z.p., która nakazuje zamawiającemu udzielić zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw

uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację.

Odwołujący podniósł, że powyższa wadliwość wzoru matematycznego uwidoczniła się po złożeniu ofert przez odwołującego i przystępującego i ma szczególne znaczenie w sytuacji, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia zostają złożone jedynie dwie oferty (która to sytuacja ma właśnie miejsce w przedmiotowym postępowaniu). Odwołującego powyższa wadliwość skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania przez zamawiającego i poprawnego określenia kryteriów oceny ofert w kolejnym, nowym postępowaniu, czego zamawiający nie uczynił.

W ocenie Izby odwołanie wniesione w przedmiotowej sprawie jest w istocie odwołaniem kwestionującym postanowienia SWZ w zakresie ustalonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. Odwołujący wskazuje bowiem na wadliwość wzoru matematycznego zastosowanego przez zamawiającego w ramach kryterium Cena.

Zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p., odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Izba wskazuje, że przyjęte w postępowaniu kryteria oceny ofert były znane wykonawcom w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. w dniu 14 listopada 2022 roku. Nie jest prawdą, jakoby podnoszona przez odwołującego wadliwość wzoru ujawniła się dopiero po złożeniu ofert przez odwołującego i przystępującego. Kwestionowany wzór był zawarty w treści SWZ i odwołujący mógł go przenalizować już w dniu opublikowania SWZ i podnieść wobec niego ewentualne zarzuty. Termin na złożenie odwołania w tym zakresie upływał – stosownie do art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p. – w dniu 24 listopada 2022 roku. Podniesienie zarzutu w dniu 3 marca br., po rozstrzygnięciu postępowania i wyborze najkorzystniejszej oferty, należy zatem uznać za spóźnione.

Zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy P.z.p., Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Z uwagi na powyższe, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania, oraz na podstawie § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……