Sygn. akt KIO 2219/10

POSTANOWIENIE
z dnia 25 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Anna Chudzik
Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 22 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Peek Traffic Sp. z o. o. (pełnomocnik)., Peek Traffic Limited, DELCAN International Corporation, adres dla pełnomocnika: ul. Krakowska 60, 32 – 064 Rudawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, ul. Długa 49, 53-633 Wrocław** protestu z dnia 20 września 2010 r.

orzeka:

1. odrzuca odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Peek Traffic Sp. z o. o. (pełnomocnik)., Peek Traffic Limited, DELCAN International Corporation, adres dla pełnomocnika: ul. Krakowska 60, 32 – 064 Rudawa** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Peek Traffic Sp. z o. o. (pełnomocnik)., Peek Traffic Limited, DELCAN International Corporation, adres dla pełnomocnika: ul. Krakowska 60, 32 – 064 Rudawa;**

2) dokonać wpłaty kwoty **3 888 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset osiemdziesiąt osiem złotych zero groszy) przez **Peek Traffic Sp. z o. o. (pełnomocnik)., Peek Traffic Limited, DELCAN International Corporation, adres dla pełnomocnika: ul. Krakowska 60, 32 – 064 Rudawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia oraz noclegu pełnomocnika

3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześc złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Peek Traffic Sp. z o. o. (pełnomocnik)., Peek Traffic Limited, DELCAN International Corporation, adres dla pełnomocnika: ul. Krakowska 60, 32 – 064 Rudawa.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu - prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest wykonanie inteligentnego systemu transportu we Wrocławiu w zakresie funkcji kluczowych.

9 września 2010 r. zamawiający przekazał informację o zmianie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz). W związku z dokonaną czynnością wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Peek Traffic Sp. z o.o., w Rudawie, Peek Traffic Limited, DELCAN International Corporation, wnieśli odwołanie, poprzedzone protestem

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 p.z.p.,oraz art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5) p.z.p. Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania w oparciu o przesłankę określoną w art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p.w związku z art. 146 ust. 6 p.z.p.. W uzasadnieniu protestu odwołujący się wskazał, że w uprzednio złożonym proteście z 3 września 2010 r. wskazywał na wadę siwz w zakresie kryteriów oceny ofert, przedstawił i uzasadnił anomalię dotyczącą kryterium „warunki finansowania". Mimo negatywnego rozstrzygnięcia protestu, zamawiający 9 września 2010 r. dokonał zmiany siwz w kryterium „warunki finansowania", jednak zmiana siwz nie

---

doprowadziła do usunięcia wady postępowania Odwołujący się ocenił, że zmiana siwz doprowadziła do powstania kolejnej anomalii. Wskazał, że problem tkwi w relatywnie wysokiej wadze kryterium finansowania oraz w formułach jakie są używane do oceny „kryterium cena" i „kryterium warunki finansowania". Podniósł, że skoro maksymalna liczba punktów, która może być przyznana za kryterium ceny wynosi 30 punktów, to, jeśli inny wykonawca zaproponuje dwa razy większą cenę, niż wynosi cena minimalna, to wciąż otrzyma 15 punktów. Rozważając cenę za cały projekt, rzędu 100 mln zł, odwołujący się ocenił, że każdy miesiąc finansowania zadania II, odpowiada takiej samej ilości punktów jakie są tracone przez zwiększenie ceny o ok. 5 mln zł., zatem jedyną możliwością uniknięcia „pułapki" związanej z kryterium „warunki finansowania" jest zaoferowanie maksymalnego 20 - miesięcznego terminu płatności. W przeciwnym razie wykonawca nie uzyska zamówienia nawet, gdyby cena jego oferty była nieproporcjonalnie niższa od wykonawcy, który oferuje 20 miesięczny termin płatności. Odwołujący się podniósł, że zastosowanie obok ceny również innych kryteriów polegać powinno na znalezieniu najlepszej relacji ceny do tych kryteriów.
Polemizując w treści odwołania ze stanowiskiem zawartym w rozstrzygnięciu protestu odwołujący się ocenił, że podnoszenie zarzutów mieści się w interesie prawnym, gdyż odwołujący się ma prawo oczekiwać i ma w tym interes prawny, aby postępowanie było prowadzone zgodnie z przepisami i zasadami zawartymi w p.z.p, w szczególności z nakazem zawartym w art. 2 pkt 2) p.z.p. Tymczasem powiązanie sposobu oceny ofert w tym kryterium ze sposobem oceny w kryterium cena, powoduje, iż nie można mówić o pełnej niezależności tego sposobu oceny w ramach całości kryteriów (w szczególności kryterium ceny) w kontekście wyboru oferty najkorzystniejszej.
Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminie ustawowym liczonym od dnia przekazania modyfikacji siwz, odpowiednio: protest 20 września 2010 r., odwołanie 8 października 2010 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Zamawiający rozstrzygnął protest pismem z 29 września 2010 r. Zamawiający postanowił odrzucić protest na podstawie art. 180 ust. 7 p.z.p. w zakresie naruszenia art. 91 ust. 1 p.z.p., jako wniesiony po terminie i oddalić w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia zasad uczciwej konkurencji, jak również zarzutu dotyczącego zmiany w zakresie kryterium „warunki finansowania" dokonanej 9 września 2010 r. Zamawiający uznał, że przed 9 września 2010 r. nie istniała żadna wada postępowania, warunki oceny ofert nie naruszały zasady uczciwej konkurencji. 9 września 2010r. zamawiający wprowadził jedynie zmianę, która powoduje bardziej czytelny, jednoznaczny i nie budzący wątpliwości wzór obliczania punktów w tym kryterium. Zamawiający podniósł, że wartości wag poszczególnych kryteriów

---

były znane wszystkim wykonawcom od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu i nigdy nie były kwestionowane jako „relatywnie wysokie". Zamawiający podniósł, że odwołujący zamiast wykazania, że doszło do naruszenia jego interesu prawnego w ubieganiu się o udzielenie zamówienia koncentruje się na sytuacji zamawiającego, wskazując okoliczności nie stanowiące o interesie prawnym wykonawcy. Zamawiający podniósł, że odwołujący się kwestionuje obecnie samo istnienie kryterium „warunki finansowania" oraz przypisaną mu wagę, co było znane już w momencie publikacji ogłoszenia i nie jest wynikiem wprowadzonych zmian do siwz, zatem protest w tym zakresie należy uznać za spóźniony. Zdaniem zamawiającego, nie udowodniono istnienia przesłanki unieważnienia postępowania tzn., że wada może uniemożliwić wybór oferty, gdyż czynność w postaci unieważnienia postępowania musi być oparta na przesłankach, które są na tyle istotne, iż niemożliwym staje się zawarcie ważnej umowy.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Podczas posiedzenia z udziałem pełnomocników stron zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania powołując następujące podstawy faktyczne i prawne:
1. żądanie unieważnienia postępowania nie mieści się w interesie prawnym odwołującego się w rozumieniu art. 179 ust. 1 p.z.p. Odwołujący się nie posiada interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia w tym postępowaniu, jest zatem podmiotem nieuprawnionym. Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3) p.z.p.;
2. odwołujący się kwestionuje sam fakt istnienia kryterium warunki finansowania i nadaną mu wagę. Okoliczności te były znane odwołującemu się od dnia przekazania siwz tj. od 28 maja 2010 r. Kwestionowanie ich na tym etapie postępowania jest spóźnione. Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4) p.z.p.;
3. żądanie unieważnienia postępowania jest niedopuszczalne na gruncie art. 191 ust. 2 p.z.p.;
4. zamawiający dokonał otwarcia ofert. Oferta odwołującego się została odrzucona. Druga ze złożonych ofert, którą zamawiający uznał za najkorzystniejszą mieści się w kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia i zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący odniósł się do stanowiska zamawiającego w następujący sposób:
ad.1. interes prawny zgodnie z przepisami dyrektyw należy rozumieć szeroko. Odwołujący się posiada interes w domaganiu się prowadzenia postępowania zgodnie z przepisami z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji;

---

ad.2. odwołujący się kwestionuje nie kryteria oceny ofert, ale sposób oceny oferty w kryterium warunki finansowania;
ad 3. wg przepisów obowiązujących w dacie wniesienia odwołania istniała możliwość unieważnienia postępowania;
ad 4. zamawiający prowadził dialog z udziałem 6 wiodących firm na rynku, a otrzymał jedynie 2 oferty. Mogło być to spowodowane postanowieniami siwz w zakresie oceny ofert.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszeniu o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 września 2009 r. pod numerem 2009/S 171-247275.
W ogłoszeniu o zamówieniu oraz siwz (część II) zamawiający ustalił podział przedmiotu zamówienia na dwa etapy, w ich ramach na poszczególne zadania. Zamawiający określił (Część VII pkt 10) kryteria oceny ofert i przypisał im wagi, odpowiednio:
1) cena – 30%;
2) warunki finansowania – 20%;
3) stopień wykorzystania istniejącej infrastruktury – 30%;
4) otwartość systemu na rozbudowę – 10%;
5) harmonogram wdrażania – 10%.

W pkt 10.4.3. siwz zamawiający ustalił algorytm przyznawania punktów w kryterium „warunki finansowania”, w ten sposób, że zmiennymi były cena oferty za poszczególne etapy, proponowany przez wykonawcę termin płatności wynagrodzenia za realizacje danego Etapu podany w pkt 5 Formularza oferty, zgodnie z którym należało podać liczbę miesięcy, wyrażoną liczbą całkowitą nie mniejszą niż 1).
Powołane postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz nie były podważane przez wniesienie środków ochrony prawnej.
Pismem znak FZP.MC.71-122/100049/2009 z 24 sierpnia 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców o zmianie brzmienia punktu 5 załącznika nr 1 do siwz- „Formularz oferty" stanowiącego: „Oświadczam, że wyrażam zgodę na następujące terminy płatności wynagrodzenia za zadanie nr 2 (należy podać liczbę miesięcy, wyrażoną liczbą całkowitą nie mniejszą niż 1)" poprzez dodaniu zapisu w nawiasie: „a nie większą niż 20". Zmiana tego punktu Formularza Oferty spowodowała w konsekwencji także zmianę sposobu oceny ofert w odniesieniu do kryterium „warunki finansowania".
Odwołujący się 3 września 2010 r. wniósł protest wobec dokonanej zmiany. Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5) p.z.p. Wniósł o dokonanie modyfikacji siwz oraz przedłużenie terminu składania ofert. W uzasadnieniu podniósł, że dokonana modyfikacja polegająca na ograniczeniu możliwości

wydłużenia terminu płatności do okresu 20 miesięcy powoduje, że zamawiający dokona wyboru oferty, która nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, bądź zamawiający zmuszony zostanie do unieważnienia postępowania. Odwołujący się wskazał, że ustalony sposób przyznawania punktów w kryterium „warunki finansowania" daje możliwość uzyskania większej ilości punktów w tym kryterium przez ofertę ze znacznie wyższą ceną.
Zamawiający rozstrzygnął protest 9 września 2010r. Zamawiający oddalił protest w części dotyczącej naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz odrzucił w części dotyczącej naruszenia art. 91 ust. 1 p.z.p. Zamawiający uznał, że dokonana zmiana nie narusza zasady uczciwej konkurencji w powszechnie przyjętym znaczeniu. Jednocześnie przyznał rację odwołującemu, że istotnie może zaistnieć sytuacja opisana w proteście jednak groźba taka istniała od dnia przekazania siwz, zatem zarzuty należy uznać za spóźnione.
Zamawiający pismem z 9 września 2010 r. dokonał zmiany pkt 10 siwz, w ten sposób, że ilość punktów uzyskana w kryterium „warunki finansowania" została uniezależniona od ceny oferty. Kryteria oceny ofert oraz nadane im wagi nie zostały zmienione.
Izba dokonała ustaleń na podstawie przywołanych dokumentów oraz po wysłuchaniu stanowisk pełnomocników.

Izba zważyła, co następuje:

W związku z datą wszczęcia postępowania Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny sprzed wejścia w życie ustaw z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591) i z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), zgodnie, odpowiednio, z art. 3 ust. 1 oraz z art. 4 przywołanych ustaw nowelizujących.

Odwołanie podlega odrzuceniu, mimo że Izba nie podzieliła wszystkich wskazywanych przez zamawiającego podstaw takiego rozstrzygnięcia.

W orzecznictwie ukształtował się pogląd, że żądanie unieważnienia postępowania pozostaje w sprzeczności z interesem prawnym wykonawcy zgłaszającego takie żądanie. Interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 p.z.p. polegać może bowiem wyłącznie na uzyskaniu zamówienia w danym postępowaniu, a nie na możliwości uczestnictwa w kolejnym postępowaniu ewentualnie wszczętym w wyniku wcześniejszego unieważnienia. Stanowisko takie znajduje odzwierciedlenie również w orzecznictwie sądów okręgowych – przykładowo: wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z 23 czerwca 2006 r. sygn. akt II Ca 342/06

(niepubl.), wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 21 stycznia 2006 r. sygn. akt II Ca 2402/06 (niepubl.). Jednocześnie wskazuje się tak w doktrynie, jak i orzecznictwie na potrzebę szerokiego rozumienia pojęcia „interes prawny". W myśl tego poglądu w interesie prawnym wykonawcy leży domaganie się legalizmu prowadzonej procedury – jej zgodności z przepisami prawa – co ma znaczenia dla ważności umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazać jednak trzeba, że, zgodnie z przeważającym poglądem doktryny i orzecznictwa, ewentualny brak interesu prawnego stanowi przesłankę o charakterze materialno prawnym, nie zaś formalno prawnym. Jej zaistnienie stwierdzane jest na etapie rozprawy i stanowi podstawę oddalenia odwołania bez konieczności merytorycznego rozpoznawania podniesionych zarzutów. Ewentualny brak interesu prawnego odwołującego, czego Izba nie badała, nie stanowi zatem o konieczności odrzucenia odwołania na podstawie art. 197 ust. 4 pkt 3 p.z.p.
Podobnie przeciwko skierowaniu odwołania na rozprawę nie przemawia żądanie unieważnienia postępowania. Zgodnie z art. 191 ust. 3 p.z.p. Izba nie jest związana żądaniami, lecz zarzutami protestu. Potwierdzenia zarzutów odwołania nie oznacza konieczności nakazania zamawiającemu dokonania czynności żądanej w treści środków ochrony prawnej. Możliwość uczynienia zadość zgłoszonemu żądaniu jest elementem merytorycznej oceny zarzutów odwołania, dokonywanej po przeprowadzeniu rozprawy. Okoliczności faktyczne związane z aktualnym stanem postępowania, podnoszone przez zamawiającego, nie referują się do przesłanek wskazanych w art. 187 ust. 4 p.z.p.. Badanie formalne odwołania następuje wg stanu na dzień jego wniesienia.

W okolicznościach sprawy zaistniała jednak przesłanka odrzucenia odwołania wskazana w art. 187 ust. 4 pkt 4) p.z.p.
Izba zważyła przede wszystkim, że znaczenie nadane przez zamawiającego poszczególnym kryteriom oceny ofert, w tym kryterium „cena" oraz „warunki finansowania" zostało ustalone w treści siwz przekazanej 28 maja 2010 r. i nie podlegało zmianom w toku postępowania. 24 sierpnia 2010 r. zamawiający przesądził o ograniczeniu okresu możliwości wydłużenia terminu spłaty, co miało wpływ na ocene oferty w kryterium „warunki finansowania".
Odwołujący się wniósł w związku z dokonaną zmianą siwz protest, wskazując m.in. na błędne relacje ceny oferty do kryterium „warunki finansowania", którego nie kontynuował przez wniesienie odwołania.
Zamawiający, mimo, że nie podzielił zarzutu protestu, dokonał pismem z 9 września 2010 r zmiany opisu sposobu oceny ofert w części algorytmu obliczania punktów w kryterium „warunki finansowania".
Dokonana zmiana siwz stanowi jedyną nową okoliczność faktyczną. Ocenić zatem należy, czy odwołujący się zakwestionował zmianę treści siwz.

Na postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej.
Odwołujący się zarówno w treści środków ochrony prawnej, jak i na posiedzeniu, nie podnosił, że przewidziany przez zamawiającego opis sposobu oceny ofert w kryterium „warunki finansowania" jest z jakichkolwiek powodów wadliwy. Wprawdzie w treści protestu znajduje się stwierdzenie, że **„problem** tkwi(...) w formułach jakie są używane do oceny (...) kryterium warunki finansowania", odwołujący oświadczył też na posiedzeniu, że kwestionuje sposób oceny ofert w kryterium „warunki finansowania", jednak twierdzenia te pozostały całkowicie gołosłowne. Odwołujący się nie podniósł żadnego argumentu skłaniającego do przyjęcia, że zmiana sposobu oceny ofert w kryterium „warunki finansowania" dokonana pismem z 9 września 2010 r. jest dotknięta wadą.
Sposób oceny ofert w kryterium „cena" pozostał niezmienny w toku całego postępowania, stałe pozostają również wagi poszczególnych kryteriów. Izba ocenia, że relacje między kryteriami „cena" oraz „warunki finansowania" zostały ukształtowane definitywnie 24 sierpnia 2010 r. - w momencie ustalenia przez zamawiającego, że maksymalny okres wydłużenia spłaty wynosi 20 miesięcy. Izba zważyła w konsekwencji, że kwestionowanie ustalonych relacji między kryteriami „cena" oraz „warunki finansowania" mogło nastąpić w terminie liczonym od przywołanej daty.
Obecnie przedmiotem merytorycznego rozpoznania może być jedynie ocena prawidłowości dokonanej zmiany siwz w części sposobu oceny oferty w kryterium „warunki finansowania".
Uznać zatem trzeba, że, wobec braku rzeczywistej próby wzruszenia zmiany siwz dokonanej pismem z 9 września 2010 r., rozpoznawanie zarzutów odwołania jest niedopuszczalne.
Sam fakt dokonania zmiany siwz nie otwiera bowiem możliwości podnoszenia zarzutów wobec postanowień siwz ustalonych wcześniej.
Izba uznała, że odwołujący się nie podniósł zarzutów wobec postanowień siwz ukształtowanych zmianą siwz z 9 września 2010 r., a kwestionowanie relacji między kryterium „ceny" a kryterium „warunki finansowania" ustalonych ostatecznie pismem z 24 sierpnia 2010 r. jest działaniem spóźnionym.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4) p.z.p. orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 191 ust. 1 zd. 2 p.z.p.
O kosztach postępowania Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 p.z.p., uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika oraz zwrot kosztów noclegu, stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 ze zm.) z ograniczeniem wysokości wynagrodzenia do kwoty ustawowej.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu.**

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……

……

……..