Sygn. akt: KIO 187/17

WYROK
z dnia 14 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2017 r. przez wykonawcę **MORIS Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Chorzowie** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **MORIS Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Chorzowie** 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. Sp. k. z siedzibą w Chorzowie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **MORIS Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Chorzowie** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postepowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. 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: ……

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzieleniu zamówienia, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę szyn o profilu 60E1 ze stali R260 dla zadania pn. wykonanie robót wyprzedzających na odcinku Słonice-Szczecin Dąbie od km 128,680 do km 195,170 w ramach projektu „Prace na Unii Kolejowej E 59 Poznań Główny-Szczecin Dąbie" (nr referencyjny: IREZA5I-216-05/16 oraz 9090/IREZA5/27931/10548/16/P) przez PKP PLK z siedzibą w Warszawie (dalej „zamawiający") wykonawca MORIS Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Chorzowie (dalej „odwołujący") złożył odwołanie wobec zmiany treści specyfikami istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ") dokonanej w dniu 17 stycznia 2017 r. i w konsekwencji zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu (sprostowanie ogłoszenia przekazane przez zamawiającego do publikacji dniu 17 stycznia 2017 r.), polegającej na dokonaniu zmiany przedmiotu zamówienia, którym pierwotnie była dostawa szyn zgrzewanych o długości nie mniejszej niż 210 m i nie większej niż 360 m na dostawę o długościach szyn 120 m odwalcowanych lub w odcinkach szyn zgrzanych do długości nie mniejszej niż 210 m i nie większej niż 360 m, przy jednoczesnym zaniechaniu zmiany kryteriów oceny oferty, tj. pozostawieniu ceny jak jedynego kryterium oceny ofert.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy specyfika dostaw szyn o określonej długości, tj. szyn o 120 m lub 210 m do 360 m

wymaga oprócz kryterium ceny zastosowania innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakości, funkcjonalności, parametrów technicznych, innowacyjności, serwisu, kosztów eksploatacji (zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu (pkt III. 1.4) oraz SIWZ (pkt 19.10 oraz 19.11) jedynym kryterium wyboru ofert jest cena),

2. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 5 Kodeksu Cywilnego (dalej „KC"), poprzez ich niezastosowanie, to jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a w konsekwencji uznanie, że kryterium wyboru oferty w postaci 100% ceny może zostać zastosowane jako jedyne kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty także w sytuacji, gdy zamawiający dopuszcza w postępowaniu dostawę szyn o długościach 120 m lub szyny 210 m do 360 m będących pod względem swoich właściwości innymi produktami – dokonując opisu przedmiotu zamówienia zamawiający zrównał właściwości szyn o długościach 120 m oraz szyn 210 m do 360 m podczas, gdy proces produkcji, ceny tych szyn oraz następnie koszty zabudowy szyn w torowiskach różnią się w zależności od długości szyn.

Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu w sposób zapewniający zgodność opisu przedmiotu zamówienia z 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 19 SIWZ (Tom I) - *Tryb ¡sposób oceny ofert* oraz treści ogłoszenia o zamówieniu, 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% oraz kryterium długości odcinka szyny, jakości, funkcjonalności, parametrów technicznych, innowacyjności, serwisu, kosztów eksploatacji, jakie zapewnia z przyczyn szczegółowo opisanych w uzasadnieniu szyna 210 m - 360 m, wynoszącym 15 pkt (ewentualnie innej konfiguracji punktowej zapewniającej uczciwą konkurencję, także ewentualnie przy uwzględnieniu innych kryteriów zapewniających uczciwą konkurencję, w tym długości walcówki),

• nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówienie, poprzez zmianę opisu kryteriów oceny ofert na jasne, precyzyjne i weryfikowalne,

ewentualnie:

• unieważnienie czynności zamawiającego, polegającej na zmianie SIWZ (pismem z dnia 17 stycznia 2017 r.) oraz zmianie (sprostowania) treści ogłoszenia o zamówieniu w zakresie, w którym zamawiający dopuścił dostawę w ramach zamówienia publicznego szyn odwalcowanych w długościach 120 m.

Odwołujący wniósł także o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedłożony na rozprawie.

Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie w postępowaniu dowodu z akt postępowania przetargowego prowadzonego przez zamawiającego, w tym SIWZ oraz innych dokumentów wskazanych w treści odwołania, a nadto o dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność ustalenia, czy koszty zabudowy szyn na torowisku są analogiczne w przypadku szyn o długości 120 m oraz szyn o długości 210 m - 360 m oraz wskazania, czy szyny oferowane przez odwołującego (tj. szyny dłuższe) są lepsze jakościowo i funkcjonalnie od szyn krótszych (120 m).

Odwołujący podał, że zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia

publicznego na dostawę szyn profilu 60E1 ze stali R260 dla zadania pn. wykonanie robót

wyprzedzających na odcinku Słonice-Szczecin Dąbie od km 128,680 do km 195,170 w ramach projektu „Prace na Unii Kolejowej E 59 Poznań Główny - Szczecin Dąbie".
Dowody:

- *SIWZ – w aktach zamawiającego*
- *ogłoszenie o zamówieniu z dnia 24 grudnia 2016 r., Dz.U./S S249 24/12/2016 459004-2016-PL – w aktach.*

Podał, że zgodnie z pierwotnym brzmieniem SIWZ oraz treścią ogłoszenia o zamówieniu (pkt II.2.4) ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 2.1. oraz § 1 ust. 1 lit A SIWZ (Tom III), przedmiotem zamówienia jest dostawa (transportem kolejowym) oraz rozładunek (w celu zabudowy kombajnem torowym w rozumieniu Id114) nowych długich szyn w ilości 200.000 mb (dwieście tysięcy metrów bieżących szyny) o parametrach:

- profilu szynowego: profil 60E1, klasa tolerancji wykonania X, klasa prostości A, szyny zgrzewane o długości nie mniejszej niż 210 m i nie większej niż 360 m,
- zgrzein z przeznaczeniem do zabudowy w torach bezstykowych klasy 1 o obciążeniu klasy D3 w rozumieniu Standardów technicznych sieci PKP Polskie Unie Kolejowe S.A, na linii nr 351 w ramach robót budowlanych stanowiących zadanie odrębne kontraktu pn.: „Prace na linii kolejowej E 59 na odcinku Poznań Główny - Szczecin Dąbie" mające na celu zapewnienie odpowiednich parametrów techniczno-eksploatacyjnych linii kolejowej".

Wskazał, że SIWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu zakładały jedynie jedno kryterium oceny ofert, tj. cenę.

Dowody:

- *SIWZ – w aktach zamawiającego*
- *ogłoszenie o zamówieniu z dnia 24 grudnia 2016 r., DZ.U./S S249 24/12/2016459004-2016-PL – w aktach zamawiającego*

Odwołujący podał także, że pismem z dnia 17 stycznia 2017 r. zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ w zakresie przedmiotu zamówienia, co pociągnęło także za sobą zmianę ogłoszenia o zamówieniu, poprzez nadanie pkt. 2.1 SIWZ (Tom I) następującego brzmienia: Przedmiotem Zamówienia jest dostawa (transportem kolejowym) oraz rozładunek (w celu zabudowy kombajnem torowym w rozumieniuid114) nowych długich szyn w ilości 200.000 mb (dwieście tysięcy metrów bieżących szyny) o parametrach:

a) profilu szynowego – określonego podstawowo w Warunkach Wykonania i Odbioru szyn kolejowych – Wymagania i badania ILK3d-518/3/07 z późn. zm. (Id 106), stanowiących

---

Załącznik nr 1 do IDW, jak następuje: profil 60E1, klasa tolerancji wykonania X, klasa prostości A w długościach szyn 120 m odwalcowanych lub w odcinkach szyn zgrzanych do długości nie mniejszej niż 210 m i nie większej niż 360 m;

b) zgrzein – określonych podstawowo w Warunkach Technicznych Wykonania i Odbioru zgrzein w szynach kolejowych łączonych zgrzewarkami stacjonarnymi Wymagania i Badania id-112, stanowiących Załącznik nr 2 do IDW, z przeznaczeniem do zabudowy w torach bezstykowych klasy 1 o obciążeniu klasy D3 w rozumieniu Standardów technicznych sieci PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. na linii nr 351 w ramach robót budowlanych stanowiących zadanie odrębne kontraktu pn.: *„Prace na Unii kolejowej E 59 na odcinku Poznań Główny - Szczecin Dąbie" mające na celu zapewnienie odpowiednich parametrów techniczno-eksploatacyjnych Unii kolejowej”.*

Uzupełnił, że analogicznie zmiany nastąpiły w tomie III SIWZ, tj. § 1 ust. 1 lit A. oraz, że jednocześnie zamawiający sprostował ogłoszenie o zamówieniu.

Dowody:

- *zmiana nr 1 treści SIWZ z dnia 17 stycznia 2017 r. – w aktach zamawiającego,*
- *ogłoszenie o sprostowaniu zamówienia z dnia z dnia 20 stycznia 2017 r., DzU./S S14 20/01/201722133-2017-Pl – w aktach zamawiającego.*

W ocenie odwołującego powyższe zmiany doprowadziły do sytuacji, w której zamawiający dopuścił do postępowania szyny o długości 120 m bez jednoczesnej zmiany kryterium oceny ofert, co narusza art. 91 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7

PZP w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC.

Stwierdził, że zmiany SIWZ i ogłoszenia nastąpiły z pominięciem zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców statuowanych przez art 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Podniósł, że szyny o długości 210 mb-360 mb są szynami droższymi w procesie produkcji, co oznacza, że podmiot je dostarczający automatycznie znajduje się na gorszej pozycji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (musi zaoferować wyższą cenę), a w konsekwencji, że postanowienia SIWZ w zasadzie eliminują podmioty, które mogą zaoferować dostawę tylko szyn o długości 210 mb-360 mb bądź też w części szyny o długości 120 mb i w części o długości 210 mb.

Stanął na stanowisku, że zamawiający winien wobec tego przy kryterium wyboru oferty, oprócz ceny, uwzględnić długość odcinka szyny jako dodatkowe kryterium, ewentualnie także długość walcówki, ponieważ w przeciwnym wypadku dochodzi do zaburzenia uczciwej konkurencji, co wynika z zastosowanego przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia.

Wyjaśnił, że dłuższe szyny mimo, że ich zakup jest droższy są *de facto* tańsze z uwagi

na to, że nie muszą być zgrzewane w tylu miejscach jak szyny krótkie przy ich montowaniu na torowisku, co w efekcie wpływa w sposób istotny na koszt całej inwestycji.

Zdaniem odwołującego sposób określenia kryteriów zamówienia powoduje wyeliminowanie z konkurencji dostawców szyn dłuższych niż 120 metrów, co z kolei przedłoży się na zwiększenie kosztów zamawiającego w ujęciu całości inwestycji, na potwierdzenie czego przedłożył ofertę nr 004/KN/01/2017 z dnia 26 stycznia 2017 r., z której wynikają przykładowe koszty zgrzewania szyn.

Stwierdził, że w oparciu o ceny wynikające z tej oferty koszty dotyczące wykonania zgrzein w celu zabudowy 200 000 metrów, tj. 12 042 ton szyn w torach na odcinku Słonice-Szczecin-Dąbie na szlaku E59 kształtują się następująco:

Długość odcinka szyny w metrach	120	210	300	360
Ilość zgrzein potrzebnych do wykonania w torze w celu zabudowy szyn	1667	953	667	556
Koszt wykonania zgrzeiny w torze Pln / szt.	1.200,00	1.200,00	1.200,00	1.200,00
Wartość za wykonanie zgrzein w torze w Pln	2.000.400,00	1.143.600,00	800.400,00	667.200,00

Podsumował, że różnica w kosztach wykonania zgrzein w celu zabudowy szyn w odcinkach 120 m lub 360 m wynosi na korzyść szyny 360 m kwotę 1.333.200,00 zł.

Podniósł, że zamawiający nie bierze pod uwagę procesu technologicznego w zakresie zgrzewania ww. szyn, zrównując ceny szyn w odcinkach o długości 120 mb oraz 210 mb-360 mb, co uniemożliwia jednoznaczne określenie poziomu kosztów z tym związanych.

Podkreślił, że dyskryminacja wykonawców następuje również w sytuacji, gdy wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia określone w SIWZ są tak rygorystyczne i nie uzasadnione potrzebami zamawiającego przez co ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Stanął na stanowisku, że sposób opisu przedmiotu zamówienia (parametry szyn) utrudnia uczciwą konkurencję, poprzez automatyczną eliminację niektórych wykonawców oraz faworyzowanie tych, którzy dostarczają szyny o długości 120 mb.

W ocenie odwołującego prawidłowa konstrukcja wagi kryteriów wyboru ofert powinna obejmować także inne, poza ceną i okresem gwarancji, kryteria wyboru oferty jako

prowadzących do optymalnego z punktu widzenia zamawiającego wyboru oferty.

Dodał, że ograniczenie kryteriów wagi procentowej jedynie do ceny w sytuacji dopuszczenia różnych rodzajów szyn, przy braku wprowadzenia dodatkowych kryteriów (innowacyjność, jakość, parametry techniczne, funkcjonalność, koszty eksploatacji) i jednoczesnym zrównaniu wagi kryteriów cenowych dla szyn o różnej długości (120 i 210-360 m) prowadzi do sytuacji, w której zamawiający może doprowadzić do wyboru oferty nie tylko z naruszeniem zasad określonych w ustawie Pzp, ale także i przede wszystkim do braku wyboru oferty optymalnej ekonomicznie (a nie tylko najkorzystniejszej cenowo) dla zamawiającego.

Według odwołującego nie może ulęgać wątpliwości, iż brak uwzględnienia w ramach konstruowania wyboru ofert kosztów następczych (tj. kosztów zabudowy) prowadzi do takiej właśnie sytuacji.

Stwierdził, że w niniejszym postępowaniu zamawiający zrównał ceny szyny w odcinkach odwalcowanych o długości 120 m oraz 210-360 m, co uniemożliwia jednoznaczne określenie poziomu kosztów, co może powodować nierówne traktowanie oferentów.

Oświadczył, że niezrozumiałe jest dla niego postępowania zamawiającego polegające na zrównaniu ceny szyn odwalcowanych o długości 120 m oraz szyn 210-360 m w kontekście ponoszenia kosztów zabudowanych infrastruktury kolejowej na miejscu na torowisku, ponieważ oczywiste jest, gdyż wynika z ilości zgrzein (większej dla szyn 120 m niż 210-360 m) dokonywanych przy montażu szyn na miejscu na torowisku, że w przypadku zabudowania szyny 120 m te dodatkowe koszty będą znacznie większe niż w przypadku tych samych czynności w stosunku do szyn zgrzanych w odcinkach 210-360 m.

Dowód: opinia biegłego na okoliczność ustalenia, czy koszty położenia szyn na torowisku są analogiczne w przypadku szyn o długości 120 m oraz szyn o długości 210 m - 360 m m oraz wskazania czy szyny oferowane przez MORIS (tj, szyny dłuższe) są lepsze jakościowo i funkcjonalnie od szyn krótszych (120 m).

Podsumował, że zamawiający nie tylko narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ale też naraża się na dodatkowe koszty, których przy precyzyjnym określeniu przedmiotu przetargu i właściwym stosowaniu kryteriów oceny ofert

łatwo można było uniknąć.

Podkreślił, że jeżeli zamawiający dopuszcza (poprzez zmianę SIWZ) także szyny o długości 120 m to powinien jednocześnie dokonać zmiany kryterium wyboru oferty.

Zauważył, jeżeli dostawca lepszych jakościowo (dłuższych) szyn chciałby wygrać postępowanie to musiałby konkurować z ofertami gorszymi jakościowo ceną, co prowadziłoby go tego, że jego oferta podlegałaby odrzuceniu, bo byłaby ofertą z rażąco niską lub dumpingową ceną (na granicy czynu nieuczciwej konkurencji) – taki wykonawca musiałby cenę zaniżyć, chcąc konkurować z szynami pozbawionymi dodatkowych kosztów w postaci zgrzewania; w takim zaś przypadku SIWZ w części dopuszczającej szyny różnej długości stanowi swego rodzaju czynność pozorną zmierzającą wprost do wyboru szyn tańszych (krótszych).

Odwołujący stanął na stanowisku, że jego propozycja zmian SIWZ zapobiega naruszeniom zasad i norm zawartych w ustawie Pzp oraz minimalizuje koszty związane z wysokością środków, jakie zamawiający poniesie przy czynnościach dokonywanych przy montażu na miejscu na torowisku.

Stwierdził, że konieczna jest zmiana SIWZ w celu zastąpienia pozorności konkurencji faktyczną konkurencją.

Z ostrożności odwołujący wniósł o unieważnienie czynności zmiany SIWZ oraz zmiany (sprostowania) ogłoszenia o zamówieniu.

Na marginesie zauważył, że w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający przyjął praktykę stosowania przy kryterium wyboru oferty, oprócz kryterium ceny, także kryterium długości odcinka szyny oraz długości walcówki, co obrazuje np. SIWZ (str. 18-19) sporządzona dla przetargu nieograniczonego na dostawę szyn o profitu 60E1 ze stali R260 dla zadania pn. „Prace na linii kolejowej nr .30 Łuków-Lublin Północny na

odcinku Łuków - Parczew" w ramach projektu „Prace na linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa-Dorohusk na odcinku Warszawa-Otwock-Dęblin-Lublin" prowadzonego przez PKP Polskie Unie Kolejowe S.A.
Dowód:
SIWZ (str. 18-19) sporządzona dla przetargu nieograniczonego na dostawę szyn o profilu 60E1 ze stali 8260 dla zadania pn. „Prace na Unii kolejowej nr 30 Łuków- Lublin Północny na odcinku Łuków – Parczew" w ramach projektu „Prace na Unii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa-Dorohusk na odcinku Warszawa-Otwock-Dęblin-Lublin" prowadzonego przez PKP Polskie Unie Kolejowe S.A. (nr referencyjny: ICZ1A-231-08/2016 na okoliczność wskazania, iż Zamawiający w innym postępowaniu przyjął praktykę stosowania dodatkowych, oprócz ceny, kryteriów oceny oferty w tym długości odcinka szyny i długości walcówki).

KIO 187/17 9

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 2 lutego 2017 r., *Zmiany nr 4 treści SIWZ* – pismo z dnia 9 lutego 2017 r. oraz wyjaśnień zamawiającego treści SIWZ z dnia 10 lutego 2017 r., złożonych przez zamawiającego na rozprawie, a także stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zarzuty:

1. naruszenia art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy specyfika dostaw szyn o określonej długości, tj. szyn o 120 m lub 210 m do 360 m wymaga, oprócz kryterium ceny, zastosowania innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakości, funkcjonalności, parametrów technicznych, innowacyjności, serwisu, kosztów eksploatacji,
2. naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 5 Kodeksu Cywilnego, poprzez ich niezastosowanie, to jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a w konsekwencji uznanie, że kryterium wyboru oferty w postaci 100% ceny może zostać zastosowane jako jedyne kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty także w sytuacji, gdy zamawiający dopuszcza w postępowaniu dostawę szyn o długościach 120 m lub szyny 210 m do 360 m będących pod względem swoich właściwości innymi produktami – dokonując opisu przedmiotu zamówienia zamawiający zrównał właściwości szyn o długościach 120 m oraz szyn 210 m do 360 m podczas, gdy proces produkcji, ceny tych szyn oraz następnie koszty zabudowy szyn w torowiskach różnią się w zależności od długości szyn

nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W SIWZ w pkt. 2.1 *Opis przedmiotu zamówienia* ppkt 2.1. zamawiający podał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa (transportem kolejowym) oraz rozładunek (w celu zabudowy kombajnem torowym w rozumieniu ld114) nowych długich szyn zgrzewanych w ilości 200 000 mb o długości nie mniejszej niż 210 m i nie większej niż 360 m.

Zgodnie z pkt. 3.1.2.4.: długość szyn przed zgrzaniem w dłużkę powinna być jednakowa i nie mniejsza niż 60 m.

Zamawiający zażądał podania ceny za 1 metr bieżący szyn zgrzanych wraz z dostawą do miejsca przeznaczenia oraz całkowitej wartości dostawy (pkt 13.2. SIWZ).

KIO 187/17 10

W SIWZ w pkt. 19 *Tryb i sposób oceny ofert* ppkt 10 zamawiający podał, że jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej będzie cena.

Pismem z dnia 17 stycznia 2017 r. zamawiający dokonał zmiany nr 1 treści SIWZ, podając, że przedmiotem zamówienia jest dostawa (transportem kolejowym) oraz rozładunek (w celu zabudowy kombajnem torowym w rozumieniu ld114 nowych długich szyn

w ilości 200 000 mb w długości szyn 120 m odwalcowanych lub w odcinkach szyn zgrzewanych do długości nie mniejszej niż 210 m i nie większej niż 360 m., dokonując takich samych zmian w innych punktach SIWZ oraz dokonując sprostowania ogłoszenia o zamówieniu.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Z opisanych przez zamawiającego oczekiwań co do długości szyn wynika, że na dzień złożenia odwołania możliwe było dostarczenie szyn:

- odwalcowanych o długości 120 m,
- zgrzanych z odcinków o jednakowej długości, tj. 60 m do długości w przedziale 210-360 m, przy czym zauważyć należy, że zgrzanie z jednakowych odcinków 60 m do długości 210 nie jest w ogóle możliwe (3x60=180) wobec czego należy przyjąć, że najkrótszą zgrzewaną z 60 m odcinków szyną spełniającą wymagania zamawiającego była szyna o długości 240 m (4x60=240); szyna 180 m była, wedle wymagań, za krótka.

Uwzględniając fakt, że zaoferowanie szyny zgrzewanej o długości 210 m nie było możliwe oraz fakt, że zamawiający dopuścił szyny zgrzane do długości mieszczącej się w przedziale 210-360 m, a nadto że długość szyny nie stanowiła kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej racjonalnym jest przyjęcie, że wykonawcy oferować będą szyny zgrzewane o długości 240 m.

Zaoferowanie szyn zgrzewanych dłuższych było jedynie pożądane, nie zaś wymagane.

Potwierdził to zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytanie nr 6 (pismo zamawiającego z dnia 17 stycznia 2017 r. – „Powyższe *stanowi zalecenie Zamawiającego dla dostawy szyn, by z uwagi na wpływ ilości spoin w szynie na prawdopodobieństwo pęknięcia szyny, dostarczane były dłużki o możliwie małej ilości zgrzein prefabrykowanych a zatem o maksymalnej długości. Powyższe nie stanowi kryterium oceny ofert".*

Odwołujący gołosłownie twierdził, że szyny zgrzewane (o długości 210-360 m) są

szynami droższymi w procesie produkcji od szyn odwalcowanych o długości 120 m.

Nie podał żadnych wartości, żadnych wyliczeń, nie złożył żadnych dowodów.

W konsekwencji nie można przyjąć trafności będącego konsekwencją tego twierdzenia wniosku, że postanowienia SIWZ „w *zasadzie eliminują podmioty, które mogą zaoferować dostawę tylko szyn o długości 210 mb – 350 mb bądź też w części szyn o długości 120 mb i w części o długości 210 mb",* ani też wniosku o konieczności ustanowienie innych kryteriów oceny ofert niż cena.

Dodać przy tym należy, że twierdzenie zamawiającego co do kosztów produkcji szyn odwalcowanych 120 m i zgrzewanych dłuższych było przeciwne.

Odwołujący wyliczył różnice w kosztach wykonania zgrzein w celu zabudowy 200 000 m torów, w zależności od długości odcinka szyny (120 m, 210 m, 300 m, 360 m), na podstawie kosztów zgrzein z oferty podmiotu zewnętrznego – różnice te wynoszą od 856 800,00 zł do 1 333 200,00 zł.

Zamawiający nie kwestionował, że koszty wykonania zgrzein w celu zabudowy 200 000 m torów są wyższe w przypadku szyn 120 m – jest to prosta konsekwencja ilości zgrzein koniecznych do wykonania w celu zabudowy, których w przypadku szyn 120 m (krótszych) musi być więcej niż w przypadku szyn dłuższych.

W ocenie składu orzekającego Izby kluczowym niezbędnym było poznanie kosztów produkcji 200 000 m szyn odwalcowanych o długości 120 m i kosztów produkcji 200 000 m szyn zgrzanych z odcinków 60 m do długości co najmniej 240 m w tym celu, aby następnie móc porównać całkowite koszty zabudowy tychże szyn, w tym koszty wykonania zgrzein, a w dalszej kolejności, aby móc ocenić ewentualne różnice z perspektywy ustanowienia ceny jako jedynego kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący, jak już wskazano, żadnych wartości nawet nie podał.

Innymi słowy, fakt, że koszty wykonania zgrzein szyn odwalcowanych o długości 120 m w celu zabudowy 200 000 m torów są wyższe od kosztów wykonania zgrzein szyn dłuższych nie przesądza automatycznie, że całkowity koszt zabudowy 200 000 m torów tych szyn, uwzględniający koszty ich dostawy i rozładunku będzie wyższy.

Zauważenia wymaga nadto, że proponowane przez odwołującego znaczenie kryteriów oceny ofert (innych niż cena) na poziomie „tylko" 15 pkt (str. 3 odwołania) dodatkowo uzasadnia niezbędność ustalenia rzeczywistych różnic kosztów zabudowy szyn krótszych i dłuższych zamawianych przez zamawiającego, a różniących się technologią produkcji tych szyn.

W ocenie składu orzekającego Izby fakt, że zamawiający w innym postępowaniu na dostawę szyn o różnych długościach i technologii produkcji zastosował, poza ceną, inne jeszcze kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej, sam w sobie w żaden sposób nie wskazuje na naruszenie przez zamawiającego w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jakiegokolwiek przepisu ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby zauważa nadto, że wniesienie jedynie *„z daleko posuniętej ostrożności"* żądania o unieważnienie czynności zmiany treści SIWZ z dnia 17 stycznia 2017 r. jest o tyle zaskakujące, że to właśnie to żądanie dawałoby odwołującemu gwarancję, iż nie musiałby konkurować z dostawcą szyn odwalcowanych o długości 120 m, co do których twierdził na rozprawie, że są nieporównywalne do szyn zgrzewanych dłuższych.

Odnosząc się do wniosku odwołującego o dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność ustalenia, czy koszty zabudowy szyn na torowisku są analogiczne w przypadku szyn o długości 120 m oraz szyn o długości 210 m – 360 m, skład orzekający Izby wskazuje, że nie była to okoliczność sporna (jak wskazano wyżej przyznał to zamawiający), stąd zbędność dopuszczenia i przeprowadzenia tego dowodu.

Odnosząc się do wniosku odwołującego o dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność, czy szyny oferowane przez odwołującego są lepsze jakościowo i funkcjonalnie od szyn krótszych (120 m) skład orzekający Izby wskazuje, że wniosek ten nie został wystarczająco sprecyzowany – nie wiadomo bowiem, jakie konkretnie właściwości czy cechy miałyby podlegać opinii biegłego. Zauważenia nadto wymaga nieadekwatność tego wniosku do żądania, aby kryterium oceny ofert była długość odcinka szyny, czy długość walcówki (str. 6 odwołania).

Niezależnie od powyższego skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że uwzględnienie odwołanie nie było możliwe z tego względu, iż postanowienia SIWZ wobec których złożono odwołanie nie stanowią już podstawy złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu, wobec czego zastosowanie znajduje przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym „Izba *uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia."*

Pismem z dnia 9 lutego 2017 r. zamawiający dokonał bowiem zmiany nr 4 treści SIWZ, podając, że przedmiotem zamówienia jest dostawa (transportem kolejowym) oraz rozładunek (w celu zabudowy kombajnem torowym w rozumieniu ld114) nowych długich szyn

w ilości 200 000 mb w długości szyn 120 m odwalcowanych lub zgrzanych z odcinków 30 m lub 60 m w odcinki o długości co najmniej 180 m (dokonując takich samych zmian w innych punktach SIWZ), co oznacza, że skrócona została minimalna długość odcinka szyn zgrzewanych o 30 m (z 210 m do 180 m).

W ocenie składu orzekającego Izby ma to znaczenie dla porównania kosztów zabudowy szyn odwalcowanych 120 m z kosztami zabudowy szyn zgrzewanych (po modyfikacji „jedynie") do długości 180 m w kontekście konieczności ustanowienia innych jeszcze niż cena kryteriów oceny ofert, ponieważ szyna o długości 180 m to dwa zgrzewy (trzy

odcinki 60 m), natomiast szyna o długości 240 m (jak w pierwotnej i zmodyfikowanej 17 stycznia 2017 r. SIWZ) to trzy zgrzewy (cztery odcinki 60 m) – koszty produkcji szyn zgrzewanych zmniejszą się dla szyny 180 m (ilość zgrzein), mniejsza także będzie różnica co do ilości użytego materiału w przypadku szyn 120 m i 180 m.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że odwołujący nie uprawdopodobnił naruszenia przez zamawiającego uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia, tj. nie uprawdopodobnił, że specyfika szyn odwalcowanych 120 m i szyn 210 m – 360 m ze względu na technologię ich procesu produkcji, a co za tym idzie cenę wymaga ustanowienia, poza ceną, innych jeszcze kryteriów oceny ofert.

Dostrzeżenia przy tym wymaga, że obowiązkiem odwołującego było wykazać prawdziwość twierdzenia, iż szyny 210 m – 360 m są droższymi w procesie produkcji niż szyny odwalcowane w jednym odcinku o długości 120 m, po to – jak wskazano powyżej – aby możliwym było porównanie całkowitych kosztów zabudowy szyn w ilości 200 000 mb.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a) oraz pkt 2 lit. b) 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.).

Przewodniczący: ……..