

Sygn. akt: KIO 1825/14

WYROK
z dnia 22 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska – Romek

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 5 września 2014 r. przez **Qumak S.A. Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowy Bank Polski, Departament Zamówień Publicznych ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TRIAS S. A., Zakład Budowy i Dekoracji S. G. ul. Równinna 11/13, 87-100 Toruń** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża **Qumak S.A. Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa** i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Qumak S.A. Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Narodowy Bank Polski prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na wykonanie ekspozycji Centrum Pieniądza NBP im. Sławomira S. Skrzypka. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz.

W dniu 5 września 2014 roku odwołujący – Qumak S.A. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Trias S.A. oraz Zakład Budowy i Dekoracji S. G. (dalej konsorcjum)
2. zaniechaniu wykluczenia konsorcjum z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą w związku ze złożeniem niepełnej, a przez to nieprawdziwej informacji przez członka konsorcjum Trias S.A. o składzie grupy kapitałowej, co stanowi celowe zatajenie informacji o grupie kapitałowej, a w konsekwencji powoduje złożenia nieprawdziwych informacji przez konsorcjum,
3. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum jako oferty niezgodnej z treścią siwz w zakresie wymogów dotyczących próbki fragmentu sztukaterii oraz dokumentacji warsztatowej drzwi skarbcowych,
4. ocenie oferty Qumak S.A. w sposób nieprawidłowy i niezgodny z kryteriami oceny ofert przez co oferta Qumak S.A. uzyskała w postępowaniu zaniżoną ilość punktów,
5. ocenie ofert wykonawców w sposób powodujący nierówne traktowanie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, w szczególności poprzez nieobiektywne zawyżenia oceny oferty konsorcjum.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust 1 Ustawy Pzp przez niezgodne z Ustawą Pzp dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24b ust. 1-3, art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 i w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania i uznania oferty konsorcjum za odrzuconą w związku ze złożeniem niepełnej, a przez to nieprawdziwej informacji przez członka konsorcjum Trias S.A. o składzie grupy kapitałowej, co stanowi celowe zatajenie informacji o grupie kapitałowej, a w konsekwencji powoduje złożenie nieprawdziwych informacji przez konsorcjum,
3. art. 26 ust. 3 i 4 Ustawy Pzp poprzez niewezwanie konsorcjum do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w zakresie listy podmiotów należących do tej samej

grupy kapitałowej,

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum, która nie spełnia wymogów SIWZ w zakresie dokumentacji warsztatowej drzwi do skarbcza,
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 Ustawy Pzp i w zw. z § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum, w której złożona próbka fragmentu sztukaterii nie spełnia wymogów SIWZ opisanych w uzasadnieniu odwołania,
6. art. 91 ust 1 i 2 Ustawy Pzp przez błędną ocenę oferty Qumak S.A. w sposób sprzeczny z przyjętymi kryteriami oceny ofert, a w konsekwencji zaniżenie punktacji przyznanej Qumak S.A. w postępowaniu oraz nieuzasadnione zawyżenie punktacji przyznanej ofercie konsorcjum.
7. art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp w zakresie, w jakim Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty konsorcjum z powodu opisanych powyżej zarzutów, a jednocześnie błędnie ocenił ofertę Qumak S.A. i zaniżył przyznaną jej liczbę punktów, zawyżając punktację przyznaną ofercie Konsorcjum, co stanowi naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie oferty wykonawców ubiegających się o zamówienie w postępowaniu.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie na podstawie art. 192 § 2 Ustawy Pzp odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. dokonania ponownej oceny ofert i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz:
 - wykluczenia konsorcjum z postępowania oraz uznania oferty konsorcjum za odrzuconą w związku ze złożeniem niepełnej, a przez to nieprawdziwej informacji przez członka konsorcjum Trias S.A. o składzie grupy kapitałowej,
 - odrzucenia oferty Konsorcjum jako oferty nie odpowiadającej treści SIWZ,
 - ponowną ocenę ofert wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, w szczególności ponowną ocenę oferty Qumak S.A. według kryterium ceny oraz jakości merytorycznej tej oferty.

Odwołujący wniósł również o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów niniejszego postępowania.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest kompleksowe wykonanie ekspozycji Centrum Pieniądza NBP im. Sławomira S. Skrzypka. Zamawiający ustalił, że przy wyborze oferty najkorzystniejszej będzie się kierował następującymi kryteriami oceny ofert:

1. cena oferty – waga kryterium 40%,
2. jakość merytoryczna – maksymalna liczba punktów do uzyskania w ramach kryterium – 60 pkt.

Sposób przyznawania punktów w ramach poszczególnych podkryteriów został określony w Załączniku nr 7 do siwz. Zamawiający ustalił następujące podkryteria w ramach kryterium jakość merytoryczna:

- a. Dokumentacja warsztatowa drzwi skarbcowych wraz z komputerowym modelem 3D i fotorealistyczną wizualizacją graficzną odwzorowującą rzeczywisty wygląd projektowanych drzwi skarbcowych i ich kolorystykę – oferta w tym podkryterium może uzyskać do 20 punktów.
- b. Element sztukaterii: fragment fasady w Ulicy Bankowej – oferta w tym podkryterium może uzyskać do 15 punktów.
- c. Przykładowa aplikacja edukacyjna oraz narzędzie do obsługi i zarządzania, przedstawiona w formie prezentacji multimedialnej – oferta może uzyskać do 25 punktów.

W rozdziale XIV pkt 3 zamawiający podał, że w przypadku gdy złożone przez wykonawcę w ofercie opracowania, nie będą spełniały wymagań, o których mowa w załączniku nr 7 do siwz, oferta w danym podkryterium otrzyma 0 pkt.

W załączniku nr 7 do siwz „Zakres i opis kryterium oceny „jakość merytoryczna”” zamawiający opisał szczegółowo wymagania w poszczególnych podkryteriach, wskazując, że w ramach podkryterium dokumentacja warsztatowa drzwi do skarbcza, będzie oceniał w następujących aspektach:

1. zastosowanie materiałów adekwatnych do funkcji i ich trwałości 0-8 pkt
2. atrakcyjność wizualna drzwi skarbcowych – 0-8 pkt,
3. szczegółowość dokumentacji warsztatowej 0-4 pkt

W ramach podkryterium element sztukaterii: fragment fasady w Ulicy Bankowej zamawiający wskazał na następujące aspekty:

1. wykończenie powierzchni ściany i wykończenia metalowych dekoracji 0-6 pkt
2. połączenia ściany z dekoracjami metalowymi oraz mocowania dekoracji do ściany 0-6pkt,

3. połączenie ściany z posadzką 0-3 pkt.

W ramach podkryterium przykładowa aplikacja edukacyjna oraz narzędzia do obsługi i zarządzania zamawiający wskazał na dwa aspekty: 1. Prezentacja multimedialna aplikacji edukacyjnej, 2. Prezentacja narzędzi do obsługi i zarządzania aplikacją opisaną w pkt 1, 3. Demonstracja możliwości aplikacji i narzędzi do obsługi i zarządzania aplikacją opisaną w pkt 1 w siedzibie zamawiającego.

Zamawiający ustalił, że w ramach każdego z aspektów oceny ofert, na podstawie zawartości merytorycznej ofert, wskaże tę, która w najwyższym stopniu spełnia wymagania siwz. ofercie tej zamawiający przyporządkuje pozycję na skali od 1 do 5 (1 najniższa 5 najwyższa). Następnie zamawiający uszereguje pozostałe oferty na podstawie zawartości merytorycznej w odniesieniu do oferty, która w najwyższym stopniu spełnia wymagania przyporządkowując im odpowiednie pozycje skali. W każdym z aspektów zamawiający podzieli maksymalną możliwą do uzyskania liczbę punktów przez 5. Wynik działania będzie stanowił „wartość punktową”, którą zamawiający posłuży się przy przyznawaniu punktów w danym aspekcie, zamawiający przyzna punkty do setnych części punktu. Punkty oferty w danym aspekcie zostaną ustalone przez pomnożenie wartości punktowej przez przyporządkowaną pozycję na skali. Zamawiający dopuścił sytuację, w której dwie lub więcej ofert w danym aspekcie otrzyma taką samą liczbę punktów. Po dokonaniu oceny ofert we wszystkich aspektach danego podkryterium zamawiający zsumuje punkty przyznane poszczególnym ofertom i na tej podstawie ustali liczbę punktów przyznanych ofertom w ramach podkryterium.

W postępowaniu wpłynęły oferty czterech wykonawców, oferta Deco - Bau została odrzucona i nie podlegała ocenie. Pozostałe oceniane oferty uzyskały następującą punktację:

1. oferta konsorcjum Trias S.A – cena 40, jakość merytoryczna – 47, 20, łącznie 87,20
2. oferta Qumak S.A. – cena 33,65, jakość merytoryczna – 37,00, łącznie 70,65.
3. oferta AMP – cena 27,36m jakość merytoryczna – 32,80, łącznie 60,1

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania a odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp we wniesieniu odwołania. Ponadto na skutek działań i zaniechań zamawiającego może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Zarzuty odwołującego oparte na domniemaniu co do niezgodności oferty konsorcjum Trias z wymaganiami określonymi przez zamawiającego nie potwierdziły się.

Po pierwsze - nie zasługuje na uznanie zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Trias jako nieodpowiadającej treści siwz w zakresie dokumentacji warsztatowej drzwi do skarbcza. Z uwagi na objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa części dokumentacji konsorcjum Trias w zakresie dokumentacji warsztatowej drzwi do skarbcza, zarzut ten odwołujący oparł jedynie na przypuszczeniach. Na podstawie okazanej przed Izbą, w toku części rozprawy bez udziału odwołującego, dokumentacji warsztatowej drzwi do skarbcza, przygotowanej przez konsorcjum Trias, Izba stwierdziła, że przypuszczenia odwołującego co do niezgodności tej dokumentacji z wymaganiami, są niezasadne. Z przedstawionych zdjęć wizualizacji drzwi do skarbcza wynika, że konsorcjum Trias zaproponowało drzwi skarbcowe na stałe otwarte, co jest zgodne z oczekiwaniami zamawiającego.

Po drugie – przeprowadzone postępowanie dowodowe w części rozprawy bez udziału odwołującego dowiodło, że konsorcjum Trias zaproponowało zastosowanie rampy przenośnej od strony zewnętrznej drzwi do skarbcza, co powoduje, że przypuszczenia odwołującego, iż dokumentacja nie przedstawia posadowienia rampy dla osób niepełnosprawnych są bezpodstawne. Dowód w postaci wydruku zdjęcia z przygotowanej przez konsorcjum Trias wizualizacji został załączony do akt sprawy przez zamawiającego i jest on objęty tajemnicą przedsiębiorstwa. Zgodzić się należy także z zamawiającym, że ewentualna różnica poziomów między wewnętrzną stroną drzwi a posadzką nie była przedmiotem zainteresowania zamawiającego w toku oceny ofert, jest to element irrelevantny z punktu widzenia oceny ofert, który nie musiał być widoczny na przygotowanej wizualizacji. Ponadto, jak sam odwołujący wskazuje istnienie różnicy poziomów między wewnętrzną stroną drzwi a posadzką jest wynikiem błędów zawartych w dokumentacji i projektach wykonawczych przygotowanych przez projektanta i przekazanych wykonawcom i może być z powodzeniem usunięty w toku realizacji prac. Z punktu widzenia oceny ofert znaczenie miały: zastosowanie materiałów adekwatnych do funkcji i trwałości, atrakcyjność wizualna, szczegółowość dokumentacji warsztatowej. W oparciu o powyższe aspekty zamawiający oceniał wyłącznie walory estetyczne drzwi skarbcowych, a kwestia ewentualnej różnicy poziomów po stronie wewnętrznej drzwi była dla tej oceny bez znaczenia. Podkreślić także należy, że zgodnie z postanowieniami rozdziału XIV ust. 7 siwz oraz § 3 ust. 1 pkt 9 projektu umowy zamawiający przewidział możliwość wprowadzania modyfikacji i ulepszeń dla rozwiązań zaproponowanych w projekcie KIPP Projekt oraz dla elementów oferty podlegających ocenie. Z treści tego postanowienia wynika, że wizualizacja zaproponowana przez wykonawcę nie musiała być dokładnym odzwierciedleniem rozwiązania docelowego.

Nie zasługuje także na uznanie zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Trias z uwagi na zastosowania płyty MDF przy wykonaniu elementu sztukaterii – fragmentu fasady w Ulicy Bankowej. Izba ustaliła, że w odpowiedzi na pytanie nr 63 z dnia 4 lipca 2014 (strona 50), zamawiający dopuścił aby w modelu do prezentacji ścianę GK zastąpić płytą MDF. Z kolei w odpowiedzi na pytanie nr 10 z dnia 15 lipca (strona 10): „W treści załącznika zamawiający określa: „Należy wykonać fragment scenografii wskazany na rysunku autorstwa KIPP Projekt, stanowiącym Załącznik nr 7b z uwzględnieniem wytycznych wynikających z Dokumentacji, stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ w szczególności zgodnie z wykazem rysunków stanowiącym Załącznik nr 7C” a w kryteriach obecny występuje podpunkt „połączenia ściany z posadzką” (ze skalą punktacji 0-3). Czy w związku z powyższym w ramach dostarczenia fragmentu sztukaterii objętej wskazanymi projektami należy również dostarczyć fragment projektowanej posadzki wraz z jej pokryciem oraz fragment ściany z podwójnej płyty GK”, zamawiający udzielił odpowiedzi twierdzącej.

Zdaniem Izby zamawiający w udzielonych odpowiedziach na pytania nr 63 z dnia 4.07.2014 oraz z dnia 15.07.2014 roku dopuścił wykorzystanie dla celów prezentacji próbki zarówno płyty kartonowo – gipsowej jak i MD. Udzielone odpowiedzi na pytania nie są ze sobą sprzeczne, pytanie nr 63 odnosiło się wprost do możliwości przedstawienia próbki na płycie MDF, zaś pytanie nr 10 dotyczyło połączenia fragmentu ściany ze sztukaterią i posadzką, która była elementem ocenianym. Zatem pytanie z dnia 15 lipca dotyczyło tego czy należy dostarczyć dwa elementy: fragment ściany oraz fragment posadzki, których wzajemne położenie ma być oceniane, a nie tego czy ściana ma być wykonana z GK czy MDF. Odpowiedź z dnia 15.07.2014 roku nie zmienia możliwości zastosowania do prezentacji próbki płyty MDF.

Odnosnie metalowych elementów ościeża, zgodzić się należy ze stanowiskiem zamawiającego, że element ten nie był wymagany do prezentacji w próbce sztukaterii. Z punktu widzenia oceny próbki sztukaterii w aspektach podanych przez zamawiającego: wykończenie powierzchni ścian i wykończenie metalowych dekoracji, połączenie ściany z dekoracjami metalowymi oraz mocowania dekoracji do ściany i połączenia ściany z posadzką, elementy ościeża nie były istotne i oceniane.

Nie potwierdził się także zarzut odwołującego dotyczący nieprawidłowej oceny ofert w kryterium jakościowym i zaniżenia przyznanej punktacji w odniesieniu do oferty odwołującego oraz zawyżenia punktacji w odniesieniu do oferty konsorcjum.

Na wstępie należy zaznaczyć, że z kryterium jakościowym immanentnie związany jest pewien margines subiektywizmu i dowolności po stronie oceniających oferty. Istotne jest to,

aby element swobodnej oceny członków komisji mieścił się w przyjętych wcześniej ramach opisu tego kryterium oceny ofert. W rozpatrywanym postępowaniu, komisja przetargowa oceniając oferty opierała się na sporządzonych w tym celu opiniach biegłych specjalistów i zgodnie z zasadami przyjętymi w siwz dokonała szeregowania ofert, przypisując im odpowiednie pozycje od 1-5, które następnie zostały przeliczone na punkty w każdym z podkryteriów. Stwierdzić należy, że zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o ustalone przez siebie kryteria oceny ofert, a zatem nie doszło do naruszenia podniesionego w odwołaniu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga fakt, że odwołujący kwestionował przyznanie punktacji wyłącznie w dwóch podkryteriach jakościowych tj. dotyczącym elementów sztukaterii oraz dokumentacji warsztatowej drzwi do skarbcza. Przewaga punktowa oferty konsorcjum Trias w kryterium cena oraz niekwestionowanym przez odwołującego podkryterium dotyczącym aplikacji edukacyjnej i prezentacji multimedialnej, powoduje, że nawet gdyby hipotetycznie przyznać ofercie odwołującego maksymalną ilość punktów w podkryteriach dotyczących dokumentacji drzwi do skarbcza oraz elementów sztukaterii, oferta ta nadal nie byłaby ofertą najkorzystniejszą. Okoliczność ta powoduje, że zarzuty odwołującego odnoszące się do oceny ofert i przyznanej punktacji jedynie w dwóch podkryteriach, pozostają bez wpływu na wynik postępowania co w efekcie stanowi samodzielną przesłankę do oddalenia odwołania. Niezależnie od tego podnieść należy, że przyznana ofertom punktacja w poszczególnych podkryteriach stanowi odzwierciedlenie wskazanych w opiniach biegłych wad i zalet zaproponowanych rozwiązań. Nie można zatem podzielić argumentacji odwołującego, że ocena ofert i przyznana punktacja zostały dokonane w sposób dowolny, nie gwarantujący zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania.

Z uwagi na wycofanie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Trias jako nieodpowiadającej treści siwz w zakresie wykonania fragmentu sztukaterii bez zachowania wymagań co do wymiarów dla profilu aluminiowego oraz zarzutu zaniechania wykluczenia konsorcjum z uwagi na złożenie niepełnej, a przez to nieprawdziwej informacji członka konsorcjum o składzie grupy kapitałowej, Izba pozostawiła te zarzuty bez rozpoznania.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust.1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: