

Sygn. akt: KIO 1518/17

WYROK
z dnia 16 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 sierpnia 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2017 r. przez wykonawcę **M. 1 A. S., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne W. w imieniu którego działa Zarząd Zieleni m. st. W., ul.(...),**

przy udziale wykonawcy **V. O. N. Sp. j., ul.(...),** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **M. 1 A. S., (...)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną **M. 1 A. S., (...)** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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- Miasto Stołeczne W., w imieniu którego działa Zarząd Zieleni m. st. W. - prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest wykonanie projektu, dostawa i montaż ławek miejskich na terenie Miasta st. W. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 29 kwietnia 2017 r. pod poz. ...

W dniu 14 lipca 2017r. Odwołujący – M. 1A.S. – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność Zamawiającego z dnia 14 lipca 2017r. polegającą na ocenie warunków udziału w postępowaniu i wyboru wykonawców zaproszonych do dialogu. Zaskarżonym czynnościom Odwołujący zarzucił niezasadne wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 60 ust. 3 zdanie ostatnie ustawy w wyniku błędnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dokonanej w sposób sprzeczny z kryterium selekcji wykonawców w ogłoszeniu o zamówieniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru wykonawców zaproszonych do dialogu,
2. ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
3. ponownego dokonania wyboru wykonawców zaproszonych do dialogu.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący wskazał, że czynność Zamawiającego w postaci zaproszenia do dialogu wykonawców wskazanych w informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest wadliwa z uwagi na to, że zgodnie z literalnym brzmieniem sekcji II.2.9 ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający winien był przyznać danemu wykonawcy wyłącznie jeden dodatkowy punkt za przedstawienia dodatkowego projektu. Tymczasem Zamawiający za każdy jeden dodatkowy projekt przyznał dodatkowo po jednym punkcie. W związku z tym wykonawca, który przedłożył jeden dodatkowy projekt otrzymał jeden dodatkowy punkt, natomiast wykonawca, który przedłożył dwa dodatkowe projekty otrzymał dwa dodatkowe punkty. Postanowienie sekcji II.2.9 stanowi wprowadzenie tzw. kryteriów selekcji wymaganych przez ustawodawcę w art. 60d ust. 3 Pzp. W tym kontekście, zdaniem Odwołującego zapis o metodach punktacji jest wieloznaczny, błędnie sformułowany, wprowadzający w błąd. Odwołujący zrozumiał jego treść w ten sposób, zgodnie z jego literalnym brzmieniem, że można przedłożyć wyłącznie jeden dodatkowy projekt i za przedłożenie tego dodatkowego projektu można otrzymać wyłącznie jeden punkt. Dlatego też Odwołujący, mimo tego, że miał możliwość przedłożenia więcej dodatkowych projektów przedłożył tylko jeden, co de facto wpłynęło na jego wykluczenie z postępowania. Odwołujący wskazał także, iż zgodnie z kryteriami selekcji podanymi w ogłoszeniu, w przypadku, gdy w wyniku zastosowania kryterium selekcji pierwszego, dwa bądź większa liczba wykonawców uzyska tę samą ilość punktów o zakwalifikowaniu do dialogu decydować

miała wyższa łączna wartość brutto zrealizowanych zamówień. Oznacza to, że każdy wykonawca, który spełnia warunki udziału w postępowaniu, jednak nie przedłoży jednego dodatkowego projektu, otrzyma 0pkt, natomiast każdy wykonawca, który przedłoży dodatkowy projekt otrzyma dodatkowo jeden punkt. Dopiero w sytuacji przedłożenia przez kilku wykonawców dodatkowego projektu i uzyskania przez każdego z nich po jednym dodatkowym punkcie, mającym decydować o wyborze i dopuszczeniu do dalszego etapu decydować miała wyższa łączna wartość brutto zrealizowanych zamówień.

Zdaniem Odwołującego, ocena wniosków o dopuszczenie do udziału doprowadziła do sytuacji, w której o dopuszczeniu nie decydowały obiektywne kryteria wskazane w tym ogłoszeniu, lecz wyłącznie wielość zrealizowanych projektów dodatkowych, co dyskryminuje wykonawców, którzy zgodnie z brzmieniem ogłoszenia zrealizowali jeden dodatkowy projekt ławki. Z tych względów, Odwołujący stwierdził, że zarzuty odwołania winny zostać uwzględnione a czynności zamawiającego powtórzone.

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

W sekcji II.2.9 ogłoszenia o zamówieniu „Informacje o ograniczeniu liczby zaproszonych kandydatów”, podano:

Przewidywana liczba kandydatów: 5,

Obiektywne kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów:

Zamawiający zaprosi do dialogu konkurencyjnego 5 wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. W przypadku, gdy liczba wykonawców, którzy spełniają warunki w postępowaniu będzie mniejsza lub równa 5, Zamawiający zaprosi do dialogu wszystkich wykonawców spełniających te warunki. W przypadku, gdy liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 5, Zamawiający zaprosi do dialogu wykonawców wyłonionych na podstawie kryteriów selekcji, którzy otrzymali najwyższą liczbę punktów, obliczonych w sposób określony poniżej”

Zamawiający przyzna 1 punkt za zrealizowanie przez wykonawcę jednego dodatkowego projektu ławki spełniającego wymagania określone w pkt III.1.3.W przypadku, gdy w wyniku zastosowania wskazanego wyżej kryterium selekcji dwa bądź większa liczba wykonawców uzyska tę samą ilość punktów o zakwalifikowaniu do dialogu decydować będzie wyższa łączna wartość brutto zrealizowanych zamówień.

Zamawiający informuje, iż w przypadku, gdy wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów, o których mowa w art. 22a ustawy Pzp, Zamawiający nie będzie uwzględniał

potencjału tych podmiotów w ramach kryteriów selekcji (nie będzie przyznawał dodatkowych punktów).

W postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia wnioski o dopuszczenie do udziału złożyło 9 wykonawców, z czego jeden nie spełnił warunków udziału w postępowaniu i jeden wykonawca nie przedstawił żadnych dodatkowych projektów ławek w kryterium selekcji. Odwołujący przedstawił jedno dodatkowe zamówienie projektu ławki i otrzymał w kryterium selekcji jeden punkt, pozostali wykonawcy przedstawili większą liczbę projektów otrzymując odpowiednio większą liczbę punktów adekwatną do ilości przedstawionych realizacji spełniających wymagania zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek, określonych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp skutkujących odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby wypełnione zostały także przesłanki do wniesienia odwołania, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu danej części zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia prowadzone jest w trybie dialogu konkurencyjnego. Zgodnie z art. 60d ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający zaprasza do dialogu konkurencyjnego wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 3. Art. 60d ust. 3 ustawy Pzp przewiduje sposób wyłaniania wykonawców, którzy najlepiej spełniają wymagania Zamawiającego, wskazując, że jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do dialogu wykonawców wyłonionych na podstawie kryteriów selekcji. Wykonawcę niezaproszonego do dialogu ustawodawca nakazuje traktować jako wykonawcę wykluczonego z postępowania.

W analizowanym postępowaniu o zamówienie publiczne Zamawiający określił, że przewidywana liczba kandydatów zaproszonych do dialogu, będzie wynosić 5. W celu wyboru wykonawców, którzy w sposób najlepszy spełniają wymagania, Zamawiający przewidział w tym postępowaniu o zamówienie publiczne kryteria selekcji, wskazując, że zaprosi do dialogu wykonawców wyłonionych na podstawie kryteriów selekcji, którzy

otrzymali najwyższą liczbę punktów. Zamawiający ustalił dwa kryteria selekcji: pierwsze - przewidujące przyznanie 1 punktu za zrealizowanie przez wykonawcę jednego dodatkowego projektu ławki spełniającego wymagania Zamawiającego, drugie - łączna wartość brutto zrealizowanych zamówień. Przy czym drugie kryterium znajdowało zastosowanie w sytuacji, gdy w wyniku zastosowania pierwszego kryterium dwa bądź większa liczba wykonawców uzyskała tę samą liczbę punktów.

Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, że ustalone przez Zamawiającego kryterium selekcji należy interpretować w ten sposób, iż dopuszczało ono przyznanie wyłącznie jednego punktu za przedstawienie dodatkowego projektu ławki, niezależnie od ilości przedstawionych projektów. Przyjęcie takiego stanowiska za prawidłowe byłoby niezgodne z istotą kryteriów selekcji, jakim jest ustalenie rankingu wykonawców i wyłonienie wykonawców w sposób najlepszy spełniających wymagania Zamawiającego w ilości wskazanej w ogłoszeniu o zamówieniu.

Interpretacji takiej przeczy także czytana łącznie treść samego postanowienia zawartego w sekcji II.2.9 ogłoszenia o zamówieniu. Logicznym jest, że skoro Zamawiający postanowił, że przyzna 1 punkt za jeden projekt ławki to za 2 projekty przyzna 2 pkt a ostateczna ilość punktów jest zależna od ilości przedstawionych projektów. Ponadto z treści postanowienia, iż: „Zamawiający zaprosi do dialogu wykonawców wyłonionych na podstawie kryteriów selekcji, którzy otrzymali najwyższą liczbę punktów” wynika wprost, że Zamawiający przewidywał gradację punktacji w zależności od ilości przedstawionych przez danego wykonawcę projektów ławki. Za każdy jeden dodatkowy projekt ławki wykonawca mógł uzyskać dodatkowy jeden punktów, a ilość przyznanych punktów była zależna od ilości przedstawionych projektów. Stanowisko to potwierdza także sformułowanie użyte w opisie kryterium, iż w przypadku, gdy dwa bądź większa liczba wykonawców uzyska tę samą ilość punktów o zakwalifikowaniu do dialogu decydować będzie wyższa łączna wartość brutto zrealizowanych zamówień. Z użytej w tym sformułowaniu liczby mnogiej „łączna wartość brutto zrealizowanych zamówień” wynika, że Zamawiający przewidywał przedstawienie większej niż jedna ilości zamówień a każde z tych zamówień było dodatkowo punktowane.

Przyjęcie interpretacji Odwołującego za słuszną powodowałoby, że w oparciu o pierwsze kryterium selekcji możliwe byłoby wyłonienie jedynie dwóch grup wykonawców - tych, którzy otrzymali 1 punkt (bez względu na ilość przedstawionych projektów) oraz tych, którzy otrzymali 0 pkt (z uwagi na brak przedstawienia dodatkowego projektu), co w efekcie nie doprowadziłoby do wyłonienia wykonawców najlepiej spełniających wymagania w ilości wskazanej w ogłoszeniu.

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

.....