

WYROK
z dnia 7 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **O. A. & P. I. L. [pełnomocnik]**, [2] **I. R. Ś. im. S. S.**, (...) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej, ul. (...)**

przy udziale wykonawcy **M. S.A. z siedzibą w T., ul. (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] O. A. & P. I. L. [pełnomocnik], [2] I. R.Ś. im. S. S., (...)** i:
zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] O. A. & P. I. L. [pełnomocnik], [2] I. R. Ś. im. S. S., (...)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 i 1920**) 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 Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej, ul. (...) wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Wdrożenie metody szacowania przepływów środowiskowych w Polsce«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22.03.2017 r. pod nrem ...

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 i 1920) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający poinformował 09.06.2017 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy M. S.A. z siedzibą w T., ul. (...)

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia O. A. & P. I. Limited z siedzibą w L. działająca w formie oddziału zagranicznego przedsiębiorcy pod firmą O. A. & P. I. L. sp. z o.o. Oddział w P. [pełnomocnik] i [2] I. R. Ś. im. S. S. w O., zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 19.06.2017 r. do Prezesa KIO odwołanie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp przez:
 - a) zaniechanie uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą,
 - b) przyznanie ofercie złożonej przez odwołującego zbyt małej liczby punktów w ramach kryterium *Opis sposobu realizacji zamówienia* oraz
 - c) dokonanie wadliwej oceny oferty odwołującego i zaniechanie wyboru oferty odwołującego, pomimo że zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) ofercie odwołującego powinna zostać przyznana maksymalna liczba (15) punktów w ww. kryterium;
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez:
 - a) naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wymienionych w pkt 1 przepisów ustawy),
 - b) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób sprzeczny z ustawą i SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
- 3) przyznania ofercie odwołującego maksymalnej ilości punktów (15) w kryterium *Opis sposobu realizacji zamówienia*;
- 7) dokonania wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wycofał na posiedzeniu z udziałem stron zarzuty pkt 1 lit. d, pkt 2, 3 i 5 podtrzymując zarzuty postawione w pkt 1 lit. a-c i pkt 4 oraz odwołujący wycofał żądania sformułowane w pkt 4-6 podtrzymując żądania sformułowane w pkt 1-3 i 7.

Argumentacja odwołującego

Przyznanie ofercie odwołującego zbyt małej liczby punktów w ramach kryterium *Opis sposobu realizacji zamówienia*

W rozdz. XIII pkt 1 SIWZ zamawiający wskazał, że jednym z kryteriów oceny ofert będzie: *Opis sposobu realizacji zamówienia*. W ramach tego kryterium wykonawcy mogli otrzymać maksymalnie 15 punktów, tj. 15% maksymalnej oceny punktowej.

Kryterium *Opis sposobu realizacji zamówienia* zamawiający podzielił na trzy podkryteria (por. pkt 13.5 SIWZ) – każde po 5 punktów. W ramach podkryteriów, zamawiający miał oceniać:

- a) *Podkryterium 1*: „Podejście do opracowania szczegółowego harmonogramu realizacji projektu, uwzględniającego konieczność wykonywania poszczególnych zadań w tym samym czasie wraz z opisem potencjalnych ryzyk i zagrożeń dla właściwej realizacji poszczególnych zadań w każdym etapie zamówienia oraz propozycją sposobów zapobiegania i przeciwdziałania w postaci rejestru ryzyk i zagrożeń z oszacowaniem potencjalnego prawdopodobieństwa ich wystąpienia. Oceniana będzie szczegółowość wskazanych problemów oraz propozycje ich rozwiązania. Za to podkryterium można dostać maksymalnie 5 punktów”;
- b) *Podkryterium 2*: „Organizacja realizacji zamówienia. Oceniane będą: organizacja kontroli jakości realizacji zamówienia, prezentowania postępów wykonywanych Produktów (tj.: przedstawienie organizacji kontroli jakości realizacji zamówienia zapewniającej, że przygotowane Produkty będą zgodne ze stanem faktycznym i przepisami prawa; prezentowanie postępów realizacji zamówienia; zapewnienie w sytuacjach kryzysowych (np. choroba członka zespołu) ciągłości pracy zespołu i świadczenia usług dla zamawiającego) oraz sposób komunikacji z zamawiającym (tj. zaproponowane kanały komunikacji z zamawiającym; zaproponowane rozwiązania, których celem jest zapewnienie okresowej i skutecznej wymiany informacji w zakresie

monitorowania postępu realizacji umowy i poszczególnych zleceń). Oceniany będzie także przedstawiony przez Wykonawcę sposób realizacji zamówienia, współpracy z zamawiającym oraz sposób zapewnienia jakości zamówienia. Za to podkryterium można dostać maksymalnie 5 punktów”;

- c) *Podkryterium 3:* „Struktura organizacyjna zespołu (tj. zaproponowana struktura organizacyjna zespołu, przypisane role i zakres odpowiedzialności poszczególnych członków zespołu; podział ról i zakres odpowiedzialności członków zespołu pod względem zakresu przedmiotu zamówienia; role członków zespołu w zestawieniu z deklarowanymi kompetencjami merytorycznymi; proponowany sposób przekazywania informacji między członkami zespołu zapewniający terminową realizację zleceń). Za to podkryterium można dostać maksymalnie 5 punktów”.

Zamawiający określił również w jaki sposób będzie punktował oferty wykonawców, w zależności od wypełnienia poszczególnych elementów podkryterium. Zamawiający wskazał, że będzie przyznawał w ramach poszczególnych podkryteriów następujące liczby punktów:

- a) 0 punktów – „Wykonawca w sposób niewystarczający, skrótowo, bez dogłębnej analizy i wskazania konkretnych przykładów, w sposób niejasny opisał lub przygotował element podkryterium. Nie zostały spełnione wszystkie wymagania wynikające z dokumentacji przetargowej”;
- b) 2,5 punktów – „Wykonawca w sposób zadowalający, jasny, rzetelny opisał lub przygotował element podkryterium. Zostały spełnione wszystkie wymagania wynikające z dokumentacji przetargowej. Opis zawiera konkretne przykłady sposobu realizacji zamówienia, ale bez wskazania sposobu ich dostosowania do specyfiki zamawiającego”;
- c) 5 punktów – „Wykonawca w sposób wyczerpujący, szczegółowo, przejrzysto, spójnie, zrozumiale, wykazując dogłębną analizę i znajomość zagadnień opisał lub przygotował element podkryterium. Zostały spełnione wszystkie wymagania z dokumentacji przetargowej, a dodatkowo element podkryterium zawiera wartości dodane, innowacyjne, nieujęte w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, które mają istotny wpływ na jakość i realizację przedmiotu zamówienia. Opis zawiera konkretne przykłady sposobu realizacji zamówienia ze wskazaniem sposobu ich dostosowania do specyfiki zamawiającego”.

Zamawiający przyznał odwołującemu w każdym spośród trzech podkryteriów w ramach kryterium *Opis sposobu realizacji zamówienia* 2,5 punktu. Zamawiający uznał więc, że odwołujący opisał elementy podkryteriów w sposób zadowalający. Jednocześnie przyznając 2,5 punktów ofercie odwołującego, zamawiający uznał faktycznie, że oferta odwołującego w poszczególnych podkryteriach nie zawiera „wartości dodanej”, nie jest innowacyjna w sposób

mający wpływ na realizację przedmiotu zamówienia oraz nie zawiera konkretnych przykładów sposobów realizacji zamówienia dostosowanych do specyfiki zamawiającego.

Błędna ocena dokonana przez zamawiającego

W zakres oferty odwołującego wchodziły informacje, które pozwalały przyznać ofercie odwołującego po 5 punktów w każdym z podkryteriów ogólnego kryterium *Opis sposobu realizacji zamówienia*. Są to informacje nie tylko spełniające wymagania dokumentacji przetargowej w sposób podstawowy, lecz także rozwiązania innowacyjne oraz dostosowane do specyficznych potrzeb zamawiającego wynikających z realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający powinien w ramach każdego z podkryteriów kryterium *Opis sposobu realizacji zamówienia* przyznać ofercie odwołującego maksymalną liczbę 5 punktów, gdyż oferta odwołującego spełniała wymogi niezbędne dla przyznania takiej liczby punktów określonej w pkt 13.5 SIWZ.

Postanowienia SIWZ

Postanowienia SIWZ dotyczące oceny ofert zakładały porównywanie ofert do wzorca zawartego w SIWZ – oferty w ww. podkryteriach nie były porównywane pomiędzy sobą. Jednocześnie sam fakt przyznania tak dużej liczby punktów ofercie złożonej przez wykonawcę M. pozwala na stwierdzenie na granicy pewności, że liczba punktów przyznana tej ofercie jest zbyt duża.

Wg kryterium *Koncepcja realizacji zamówienia* odwołujący ma prawo przypuszczać, że oferta odwołującego jest opracowana w sposób bardziej szczegółowy, przejrzysty i wyczerpujący. Zamawiający określił w jaki sposób będzie punktował oferty wykonawców, w zależności od wypełnienia poszczególnych elementów kryterium. Zamawiający wskazał, że będzie przyznawał w ramach tego kryterium następujące liczby punktów:

- a) 0 punktów – „Wykonawca w sposób niewystarczający, skrótowo, bez dogłębnej analizy i wskazania konkretnych przykładów, w sposób niejasny opisał lub przygotował element podkryterium. Nie zostały spełnione wszystkie wymagania wynikające z dokumentacji przetargowej”;
- b) 6 punktów – „Wykonawca w sposób zadowalający, jasny, rzetelny opisał lub przygotował element podkryterium. Zostały spełnione wszystkie wymagania wynikające z dokumentacji przetargowej. Opis zawiera konkretne przykłady sposobu realizacji zamówienia, ale bez wskazania sposobu ich dostosowania do specyfiki zamawiającego”;

c) 12 punktów – „Wykonawca w sposób wyczerpujący, szczegółowo, przejrzysto, spójnie, zrozumiale, wykazując dogłębną analizę i znajomość zagadnień opisał lub przygotował element podkryterium. Zostały spełnione wszystkie wymagania z dokumentacji przetargowej, a dodatkowo element podkryterium zawiera wartości dodane, innowacyjne, nieujęte w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, które mają istotny wpływ na jakość i realizację przedmiotu zamówienia. Opis zawiera konkretne przykłady sposobu realizacji zamówienia ze wskazaniem sposobu ich dostosowania do specyfiki zamawiającego”.

Odwołujący stwierdza, że oferta wykonawcy M. została oceniona w sposób odmienny niż to wynika z SIWZ co doprowadziło do zawyżenia liczby punktów. W tych samych okolicznościach liczba punktów przyznanych odwołującemu została zaniżona. Odwołujący jest przekonany, że rzetelnie dokonana ocena ofert wykazałaby konieczność przyznania wykonawcy M. niższej liczby punktów niż to zostało faktycznie dokonane.

Zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ

Z informacji o wynikach postępowania przesłanej odwołującemu 13.06.2017 r. wynika, że oferta odwołującego uzyskała 85,46 punktów i została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Przed ofertą odwołującego zostały sklasyfikowane oferta wykonawcy MGGP, która uzyskała 86,50 punktów. Gdyby zamawiający przyznał ofercie odwołującego prawidłową liczbę 15 punktów w ramach kryterium *Opis sposobu realizacji zamówienia*, oferta odwołującego uzyskałaby 92,96 punktów oraz zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Choć odwołujący w całości podtrzymuje twierdzenie, że w ramach wszystkich trzech podkryteriów w kryterium *Opis sposobu realizacji zamówienia* powinien dostać maksymalną liczbę 5 punktów, to nawet jeżeli zamawiający uznałby, że tylko w jednym z podkryteriów oferta odwołującego zasłużyła na taką ocenę to i tak oferta odwołującego uzyskałaby większą liczbę punktów niż oferta wykonawcy M. oraz zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Ponadto, gdyby zamawiający przyznał w jednym z kryteriów oceny ofert mniejszą liczbę punktów wykonawcy M., oferta odwołującego również powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Nieprawidłowa ocena ofert dokonana przez zamawiającego pozbawiła więc odwołującego szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 19.06.2017 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 20.06.2017 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

23.06.2017 r. wykonawca M. S.A. z siedzibą w T., ul. (...) złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowód nr O1 złożony przez odwołującego z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa na wykazanie możliwości przyznania większej liczby punktów przez zamawiającego ofercie złożonej przez odwołującego.

Izba nie wzięła pod uwagę dowodów złożonych przez strony:

Ponadto nie miał znaczenia dowód nr 2, gdyż dotyczył innego postępowania.

Odwołujący wycofał na posiedzeniu z udziałem stron zarzuty pkt 1 lit. d, pkt 2, 3 i 5 podtrzymując zarzuty postawione w pkt 1 lit. a-c i pkt 4 oraz odwołujący wycofał żądania sformułowane w pkt 4-6 podtrzymując żądania sformułowane w pkt 1-3 i 7.

W ocenie Izby, zarzut postawiony przez odwołującego jako pierwszy naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp – przez (a) zaniechanie uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą, (b) przyznanie ofercie złożonej przez odwołującego zbyt małej liczby punktów w ramach kryterium *Opis sposobu realizacji zamówienia* oraz (c) dokonanie wadliwej oceny oferty odwołującego i zaniechanie wyboru oferty odwołującego, pomimo że zgodnie z postanowieniami SIWZ ofercie odwołującego powinna zostać przyznana maksymalna liczba (15) punktów w ww. kryterium – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający do przyznania większej [maksymalnej] liczby punktów w podkryterium wskazanym w rozdz. 13 ust. 13.4 i 13.5 SIWZ podczas oceny stopnia wypełnienia przez wykonawcę poszczególnych elementów podkryteriów wymagał aby cyt. „Wykonawca w sposób wyczerpujący, szczegółowo, przejrzysto, spójnie, zrozumiale, wykazując dogłębną analizę i znajomość zagadnień opisał lub przygotował element podkryterium. Zostały spełnione wszystkie wymagania z dokumentacji przetargowej, a dodatkowo element podkryterium zawiera wartości dodane, innowacyjne, nieujęte w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, które mają istotny wpływ na jakość i realizację przedmiotu zamówienia. Opis zawiera konkretne przykłady sposobu realizacji zamówienia ze wskazaniem sposobu ich dostosowania do specyfiki zamawiającego”. Z treści zdania drugiego i trzeciego wynika, że dla zamawiającego było istotne aby te kryteria były brane pod uwagę jako koniunkcja czyli aby występowały jednocześnie i razem. A więc dla uzyskania maksymalnej liczby punktów ofertowy opis spełniania danego podkryterium musi zawierać jednocześnie, jako koniunkcja [z funktorem »i«], następujące elementy:

- 1) zawiera wartości dodane, innowacyjne, nieujęte w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia;
- 2) wartości te mają istotny wpływ na jakość i realizację przedmiotu zamówienia;
- 3) opis musi zawierać konkretne przykłady sposobu realizacji zamówienia ze wskazaniem sposobu ich dostosowania do specyfiki zamawiającego.

Izba stwierdza, że nie ma podstaw, aby te wymagania rozumieć wybiórczo, jako alternatywę nierozłączną [z funktorem »lub«] lub alternatywę rozłączną [z funktorem »albo«]. Dlatego wykonawca musiał uzasadnić wypełnienie wszystkich powyższych okoliczności aby móc otrzymać maksymalną liczbę punktów w danym podkryterium.

Ponadto sama innowacyjność nie może polegać na zaoferowaniu nowego rozwiązania, ale musi zawierać wartość dodaną – użyteczną i mającą znaczenie dla zamawiającego.

Przykładowo podane przez zamawiającego na rozprawie do protokołu »złote klamki w samochodzie« można poczytać za nowość, ale nie będą dla zamawiającego innowacją, gdyż nie będą stanowić dla zamawiającego wartości dodanej, a wprost przeciwnie – będą stanowić dla zamawiającego kłopot związany z koniecznością wzmożonego pilnowania obiektu.

Odwołujący nigdzie w ofercie w opisach spełnienia podkryteriów nie wykazał zawarcia wszystkich ocenianych elementów i dlatego zamawiający nie mógł przyznać odwołującemu w żadnym z podkryteriów maksymalnej liczby punktów. W związku z tym Izba nie może uwzględnić zarzutu odwołującego.

Odwołujący zarzucał ponadto, że zamawiający przyznając średnią liczbę punktów za spełnienie danego podkryterium nie wpisywał żadnego uzasadnienia. Natomiast zamawiający wytłumaczył ten fakt, że nie wpisywał uzasadnienia w przypadku przyznania średniej liczby punktów, a czynił tak tylko w przypadkach przyznania maksymalnej liczby punktów bądź nie przyznaniu punktów w ogóle. W rozdz. 13. ust. 13.5 SIWZ zamawiający zastrzegł możliwość przydzielania maksymalnej liczby (5 pkt), średniej liczby punktów (2,5) i możliwość nieprzyznania żadnych punktów (0 pkt). W rozpoznawanej sprawie nie zaistniał przypadek zaniechania przyznania żadnych punktów (0 pkt), a w przypadku przyznania maksymalnej liczby punktów (5 pkt) zawsze obok widniało uzasadnienie pisemne, natomiast w przypadkach przyznania średniej liczby punktów zamawiający odstąpił od wypisywania uzasadnienia. Izba stwierdza, że takie zachowanie zamawiającego jest spotykane wśród podmiotów będącymi zamawiającymi i stanowisko takie nie spotyka się z naganami czy krytyką. Ponadto ani odwołujący nie wykazał, ani Izba nie może stwierdzić aby takie postępowanie zamawiającego miało wpływ na wynik postępowania. W związku z tym Izba nie może uwzględnić zarzutu odwołującego.

W ocenie Izby, zarzut utrzymany przez odwołującego jako drugi naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp – przez (a) naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wymienionych w zarzucie pierwszym art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp), (b) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób sprzeczny z ustawą i SIWZ – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że odwołujący nie wskazał naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp (o czym powyżej) i w związku z tym dokonał przyznał zgodne z postanowieniami SIWZ liczby punktów poszczególnym ofertom. Z tego względu zamawiający dokonał właściwej oceny ofert i wybrał ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Dlatego zdaniem Izby zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców nie może zostać uwzględniony.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: