

Sygn. akt: KIO 208/17

WYROK
z dnia 17 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Izabela Kuciak
Emil Kuriata

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Konsorcjum firm: Cube.ITG S.A. ARDESCO Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy: **Expo Mazury S.A., ul. Grunwaldzka 55, 14-100 Ostróda** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum firm: Cube.ITG S.A. ARDESCO Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa, i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Konsorcjum firm: Cube.ITG S.A. ARDESCO Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 136, 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 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**.

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zaprojektowanie, zabudowę, utrzymanie techniczne i demontaż ekspozycji Polski na Międzynarodowej Wystawie EXPO Astana 2017”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 363996 w dniu 9 grudnia 2016 r.

W dniu 24 stycznia 2017 r., Zamawiający przesłał wykonawcom w drodze elektronicznej informację o wyniku postępowania. Zamawiający jako najkorzystniejszą wybrał ofertę Expo Mazury S.A. z siedzibą w Ostródzie.

Konsorcjum firm: Cube.ITG S.A. ARDESCO Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która zdaniem Odwołującego nie powinna zostać oceniona najwyżej spośród złożonych ofert w świetle wskazanych w treści SIWZ kryteriów oceny ofert, a nadto, oferta ta podlega odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp oraz:

- 1) art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Expo Mazury pomimo, że oferta ta powinna uzyskać niższą liczbę punktów, co powinno powodować, iż oferta tego wykonawcy nie powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Expo Mazury z uwagi na to, iż nie jest możliwe wykonanie przez Expo Mazury zamówienia na warunkach określonych w ofercie, tj. bez udziału podwykonawców,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Expo Mazury z uwagi na to, iż:
 - a) nie odpowiada ona treści SIWZ w zakresie sposobu przygotowania próbki B, lub
 - b) prawidłowo dokonana ocena próbek prowadzi do wniosku, iż liczba punktów przyznanych Expo Mazury powinna być mniejsza niż 24.
- 4) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Expo Mazury do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, względnie
- 5) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w sytuacji, gdyby okazało się, że wykonawca był już wzywany do uzupełnienia ww. dokumentów w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

- 2) odrzucenie oferty Expo Mazury z uwagi na to, iż jest niezgodna z ustawą, a nadto nie odpowiada treści SIWZ,
- 3) powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem zmiany punktacji w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wskazał, iż zarzuty podniesione w odwołaniu mają podstawę w przepisie art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp i to zarówno w zakresie zakwestionowania nieprawidłowej oceny przyznanej wybranemu wykonawcy, jak i w zakresie zarzutów kwestionujących prawidłowość dokumentów potwierdzających spełnienie przez Expo Mazury warunków udziału w postępowaniu, jak i tych skutkujących odrzuceniem jego oferty. Odwołujący wskazał, iż brak jest podstaw do odrzucenia odwołania w części wykraczającej poza zakwestionowanie samej czynności oceny oferty (przyznania przez Zamawiającego określonej liczby punktów).

Zarzut dotyczący art. 91 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

W ramach kryterium: „Jakość kluczowych materiałów” zarówno oferta Odwołującego, jak i oferta Expo Mazury S.A. uzyskały identyczną ocenę - 33 z 40 możliwych do zdobycia punktów w ramach pięciu ocenianych próbek. W oparciu o przeprowadzoną analizę udostępnionych do wglądu próbek dostarczonych przez Expo Mazury, jak i indywidualnych kart oceny tych próbek Odwołujący stwierdził, iż ocena dokonana przez Zamawiającego została przeprowadzona nieprawidłowo, tj. z pominięciem treści SIWZ, w tym odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego, a nadto dla części ocenianych kryteriów przyznane oceny w sposób oczywisty abstrahują od rzeczywistego stanu próbki dostarczonej przez Expo Mazury S.A.

Odwołujący wskazał, że jak wynika z treści Rozdziału XII pkt 2 ppkt 5) lit. b) SIWZ, jedną z próbek miał stanowić: *„fragment konstrukcji pnia drzewa ze strefy TECHNOLOGII dwustronnie fornirowany - wewnątrz: połączenie forniru złota brzoza z powłoką złotej farby, zewnątrz: fornir złota brzoza połączony ze sklejką (naklejone na płycie MDF o wymiarach 50x50 cm fornir drewniany łączony ze sklejką giętką (wewnątrz drzewa) Wymiary: 50x50 cm”.*

W odpowiedzi na pytanie nr 7 ppkt 4 o treści: *„Czy próbka nr 2 to jedna płyta MDF o wymiarach 50 x 50 cm, czy dwie - jedna MDF, a druga ze sklejki giętej?”* Zamawiający odpowiedział, iż: *„Zamawiający oczekuje jednej próbki o wymiarach 50x50 o dwóch łączonych powierzchniach po jednej (zewnątrznej) i po drugiej (wewnętrznej) stronie próbki. Połączenia te podlegają ocenie zgodnie z tabelą oceny próbek. Szczegółowy opis instalacji, której element stanowi próbka nr 2, znajduje się na stronie nr 21 PFU - załącznika nr 7 do SIWZ. (...)”.* Z powołanego Załącznika nr 7 w odniesieniu do opisu instalacji, której dotyczy próbka, wynika, że: *„Kulminacją zwiedzania strefy TECHNOLOGII jest przestrzeń „wewnątrz drzewa. Drzewo o średnicy przy podstawie ok. 3 m i wysokości ok. 6,5 m. Konstrukcja*

drzewa wykonana jest na stalowej konstrukcji, wykończona wewnętrzna warstwa forniru drewnianego łączonego ze sklejką giętą, na podobieństwo zgeometryzowanych gałęzi. We wnętrzu drzewa znajduje się wykończenie łączone-fornir złota brzoza i wykładzina malowana złotą farbą, od wysokości ok. 1,20 metra do zwieńczenia drzewa wbudowana w ścianki drzewa instalacja świetlna ledowa, interaktywna, z 5 punktami dotykowymi, uruchamiającymi poszczególne kompozycje świecących ledów. Kształt instalacji zgeometryzowany, skomponowany na wzór struktury łączonych sześcioboków geometrycznych (struktura plastra miodu)”.

Taki opis oznaczał, że próbka nr 2 musiała stanowić jedną całość, a jej kształt powinien być zgeometryzowany - powinien wskazywać strukturę gałęzi. Odpowiedzią na pytanie 45 z dnia 03.01.2017 r. Zamawiający dodatkowo potwierdził taki wygląd próbki. W konsekwencji próbki wszystkich wykonawców - poza próbką Expo Mazury - stanowią jedną próbkę oraz zawierają geometryczne wyobrażenie gałęzi.

Tymczasem, próbka B Expo Mazury wbrew postanowieniom SIWZ i wyraźnym dyspozycjom Zamawiającego składa się z dwóch zupełnie odrębnych części (próbka B1 oraz B2) i dodatkowo nie zawiera ani jednego elementu mogącego stanowić wyobrażenie zgeometryzowanych gałęzi. Stanowi to ewidentną sprzeczność z treścią SIWZ. W tej sytuacji Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty Expo Mazury jako nieodpowiadającej treści SIWZ.

Nawet gdyby uznać, iż nieprawidłowości związane z przygotowaniem próbki nr 2 nie miały skutkować odrzuceniem oferty, a wyłącznie nieprzyznaniem punktów w tym podkryterium, to zważywszy że w ramach tego podkryterium można było uzyskać 8 pkt, obniżenie punktacji o te 8 pkt skutkowałoby zmianą wyniku postępowania.

Jednocześnie w sposób nieuprawniony Zamawiający przyznał ww. wykonawcy punkty w ramach następujących podkryteriów:

a) Próbka nr 1 - Proponowany fragment zabudowy o wymiarach 50x50 cm z widocznym łączeniem materiałów: kompozyt typu korian (kolor biały, gama jednolita) z fornirem drewnianym złota brzoza naklejone na płytę MDF, z wyciętym otworem na monitor 12 cali w części fornirowanej - max 8 pkt.

Wykonawca Expo Mazury otrzymał w tym kryterium 6 pkt, a powinien otrzymać 5 pkt, ponieważ w podkryterium „Stan estetyczny kompozytu typu korian (kolor biały)” oferta Expo Mazury otrzymała 2 pkt, a powinien zostać przyznany co najwyżej 1 pkt, gdyż na próbce wyraźnie widoczne jest zabrudzenie (dowód - Zdjęcie 1), przy czym zabrudzenie to nie mogło powstać później (po tym jak komisja oceniała próbkę), ponieważ jest spowodowane niestarannym nałożeniem farby na fornir, a nie np. złym sposobem przechowywania czy udostępniania przez zamawiającego.

b) Próbka nr 4 - Sztuczna sadzonka drzewka (grab), miniatura składająca się z korzenia (lub warstwy ziemi), pnia, gałęzi, liści. Wysokość 30- 40 cm. - max 9 pkt.

Wykonawca Expo Mazury otrzymał w tym kryterium 8 pkt, a powinien uzyskać 3 pkt, gdyż w podkryterium „Estetyka wykonania połączeń” wykonawca otrzymał 2 pkt, a powinien otrzymać 1 pkt, ponieważ na jego sadzonce widoczne są ślady kleju i połączenia (zdjęcia 2, 3 i 4). Przyjęte zasady oceny wyraźnie określają, że nawet za znikome ślady ilości kleju i połączenia powinien być przyznany tylko 1 pkt.

Pozostałe punkty w odniesieniu do tej próbki powinny zostać odjęte w podkryterium „Ilość detali upodabniających sztuczną sadzonkę do żywej rośliny”. Wykonawca Expo Mazury otrzymał 4 pkt w tym podkryterium, najprawdopodobniej z uwagi na to, iż nie został przyznany przez Zamawiającego punkt w zakresie: „właściwie dobrane proporcje ilości detali”.

W ocenie Odwołującego, wykonawca powinien też nie uzyskać punktów w zakresie podkryterium za „podwójnie liście piłkowane z ogonkiem” (por. Zdjęcie 5 oraz Tabela 1 i Grafika 1), gdyż kształt brzegu blaszek liści zaprezentowanych w próbce Expo Mazury to liście całobrzegie oraz liście ząbkowane lub piłkowane, których kształty brzegu blaszki w żadnym wypadku nie noszą cech liści podwójnie piłkowanych.

Zamawiający wyraźnie wskazał, iż w przypadku braku co najmniej dwóch detali upodabniających sztuczną sadzonkę do żywej rośliny przyznane zostanie 0 pkt. Jeśli więc przyjąć, iż spośród 5 ocenianych detali ofercie Expo Mazury nie powinny zostać przyznane punkty w zakresie co najmniej dwóch podkryteriów, to za całość tego podkryterium powinno zostać przyznane 0 pkt.

Mając powyższe na uwadze, poziom obniżenia punktacji przyznanej Expo Mazury winien sięgnąć nie 7 pkt, ale co najmniej 22 pkt, co oznacza, iż oferta ta powinna uzyskać mniej niż 24 pkt w kryterium „Jakość kluczowych materiałów”, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty jako niezgodnej SIWZ w świetle treści Rozdziału XV pkt 5 SIWZ, zgodnie z którym przyznanie wykonawcy poniżej 24 pkt w kryterium jakościowym powoduje odrzucenie oferty jako niezgodnej z wymogami SIWZ.

Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W treści formularza oferty Expo Mazury część III - pkt 6 wykonawca oświadczył, że przedmiot zamówienia wykona samodzielnie, tj. bez udziału podwykonawców. Oświadczenie to zostało dodatkowo złożone w załączniku nr 2 do SIWZ (Część I pkt D Oświadczenia). W świetle powyższego, obowiązkiem Expo Mazury będzie wykonanie przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie samodzielnie.

W ocenie Odwołującego jest to niemożliwe. Jak wynika z dołączonego do oferty Expo Mazury odpisu z KRS, przedmiotem działalności tej spółki jest działalność określona w PKD

pod poz. 82.30.Z - Działalność związana z organizacją targów, wystaw i kongresów. Spółka ta nie jest firmą budowlaną, a zasadniczo nie ma możliwości wykonania robót budowlanych przewidzianych w treści dokumentacji postępowania, gdyż spółka ta nie prowadzi aktualnie w Kazachstanie licencjonowanej działalności w zakresie prowadzenia prac budowlanych. Co więcej, w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi też obowiązek świadczenia innych usług, których Expo Mazury nie świadczy, m.in. usługi ochroniarskie. Nie jest możliwe, aby w terminie, w którym konieczne jest wykonanie zamówienia możliwe było uzyskanie wszelkich niezbędnych licencji i zezwoleń, i chociażby w zakresie ww. usług konieczne będzie zatrudnienie przez Expo Mazury podwykonawców.

W tym stanie rzeczy oferta wykonawcy, który złożył oświadczenia w sprawie podwykonawstwa o treści takiej, która nie jest z jednej strony możliwa do dotrzymania z uwagi na uwarunkowania formalno-prawne, a z drugiej strony nie jest możliwa zmiana na etapie postępowania, podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 względnie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp

W treści oferty Expo Mazury S.A. na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu sformułowanego w pkt VI.2.1 lit b) SIWZ przedstawił usługę zrealizowaną na rzecz Polskiej Grupy Zbrojeniowej S.A. w zakresie projektu, budowy, organizacji wraz z obsługą stoiska na Międzynarodowym Salonie Przemysłu Obronnego w Kielcach.

Jak wynika z przekazanego Zamawiającemu Protokołu końcowego wykonania umowy z dnia 10.11.2016 r., roboty budowlane albo nie były w ogóle przedmiotem zrealizowanej usługi, albo stanowiły znikomą część wartości zamówienia i z całą pewnością nie była to wymagana przez Zamawiającego wartość 5 mln zł brutto, skoro wartość całej umowy nie przekracza kwoty 6 mln zł.

W tym stanie rzeczy, wykonawca Expo Mazury nie wykazał się doświadczeniem w realizacji robót budowlanych w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

Ponadto, Protokół końcowy wykonania umowy z dnia 10.11.2016 r. wskazuje, że ww. usługa została wykonana nienależycie: „Wykonawca wykonał przedmiot umowy z zastrzeżeniami wynikającymi z (...). Wykonawca oświadcza, iż uznaje zgłoszone przez PGZ S.A. roszczenia dotyczące obniżenia przysługującego wynagrodzenia o kwotę 136.500,00 zł, w konsekwencji czego zobowiązuje się dokonać korekty faktury nr FN2016/09/004 z dnia 11 września 2016 roku o powyższą kwotę”.

Obowiązkiem Zamawiającego jest w takiej sytuacji wezwanie do uzupełnienia, względnie - jeśli procedura z przepisu art. 26 ust. 3 Pzp była już wyczerpana - wykonawca winien zostać wykluczony z postępowania.

Wykonawca Expo Mazury S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wskazał, że zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp, odwołanie nie przysługuje w zakresie dotyczącym zarzutów niezgodności oferty z ustawą, niezgodności treści oferty z treścią SIWZ oraz zaniechania wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów, które powinny podlegać odrzuceniu. Przystępujący wskazał, że Odwołujący kwestionuje zasadność przyznania Przystępującemu łącznie 3 pkt w ramach oceny próbki nr 1 oraz próbki nr 4. Różnica punktowa pomiędzy ofertą Odwołującego i Przystępującego wynosi 2,61 pkt. W zakresie oceny próbki nr 4 Przystępujący wyjaśnił, że nie otrzymał jednego punktu za niewłaściwie dobrane proporcje ilości detali. Nawet jeśli uznać, że próbka nie zawierała podwójnie liści piłkowanych z ogonkiem, to punktację należy pomniejszyć o jeden punkt, co skutkowałoby przyznaniem 3 pkt, a nie 0 pkt., jak sugeruje Odwołujący. Przystępujący wyjaśnił także, że próbki nr 1 i nr 4 zostały dostarczone Zamawiającemu kompletne, estetyczne, niezabrudzone i niezanieczyszczone, co potwierdza ocena dokonana przez komisję przetargową. Ponadto, próbka nr 4 zawiera liście podwójnie piłkowane z ogonkiem tak, aby odwzorowywała ona naturalny liść grabu.

Przystępujący podniósł, że Odwołujący nie wykazał, że oferta Przystępującego jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp. Wyjaśnił, że posiada potencjał do samodzielnej realizacji przedmiotu zamówienia. Zgodnie z KRS, zakres działalności wykonawcy obejmuje zadania związane z projektowaniem i wykonywaniem robót budowlanych. W ramach Grupy Kapitałowej Mirbud S.A. funkcjonuje spółka zależna na terenie Republiki Kazachstanu – Mirbud-Kazachstan Sp. z o.o. – której przedmiotem działalności jest budownictwo przemysłowe i roboty inżynieryjno-drogowe.

W zakresie zarzutu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ Przystępujący wskazał, że w treści SIWZ nie określono, z którego fragmentu instalacji ma pochodzić próbka. Zdaniem Przystępującego, miała ona obrazować przede wszystkim jakość połączeń pomiędzy materiałami i kolorami, ponieważ w tym zakresie podlegała ocenie. Opis próbki nie sugeruje kształtu, czy ma być ona płaska, czy też przestrzenna. Cytowany przez Odwołującego fragment SIWZ pochodzi natomiast z opisu gotowej instalacji. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, próbka została wykonana ze sklejki giętkiej (właściwość materiału). Ponadto, zdaniem Przystępującego, Zamawiający wymagał próbki w celu oceny połączenia forniru złota brzoza z powłoką złotej farby oraz forniru złota połączonego ze sklejką, na płycie MDF o wymiarach 50x50cm, co potwierdza odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 45 ppkt 5 z dnia 3 stycznia 2017 r.

Co do zarzutu w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu Przystępujący wyjaśnił, że przedstawiona Zamawiającemu robota dotycząca wykonania wystawy dla Polskiej Grupy Zbrojeniowej spełnia wymagania SIWZ. Jej rozliczenie nastąpiło w formie kosztorysowej, na skutek czego wynagrodzenie zostało pomniejszone w związku

z rezygnacją przez Zamawiającego z niektórych usług wchodzących w zakres tej umowy.

Zamawiający pismem z dnia 15 lutego 2017 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o odrzucenie odwołania w całości lub w części dotyczącej zaniechania odrzucenia oferty Expo Mazury S.A. jako niezgodnej z ustawą i SIWZ, zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów oraz zaniechania wykluczenia ww. wykonawcy, stosownie do art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp oraz oddalenie odwołania w pozostałym zakresie. Zamawiający podniósł, że Odwołujący złożył ofertę z ceną przekraczającą środki, jakie Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a zatem nie jest w stanie wykazać interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i możliwości poniesienia szkody.

Zamawiający podniósł, że dokonał oceny ofert zgodnie z kryteriami określonymi w SIWZ – tj. cena z wagą 60% i jakość kluczowych materiałów z wagą 40% (Rozdz. XV SIWZ). Wykonawcy byli zobowiązani do złożenia 5 próbek, ocenianych według precyzyjnie określonych wymogów i podkryteriów wraz z możliwą do uzyskania punktacją, określając odpowiednio przedziały punktowe. Wyjaśnił, że w świetle zapisów SIWZ odrzucenie oferty ze względu na wykonanie próbki nr 2 w dwóch elementach było niedopuszczalne. Postanowienia załącznika nr 7 do SIWZ nie miały zastosowania do sposobu przygotowania próbek, gdyż dotyczą one etapu realizacji zamówienia. Uzupełnienie próbki o elementy zgeometryzowanych gałęzi stanowiło samodzielną decyzję wykonawcy i nie podlegało ocenie zgodnie z kryteriami oceny ofert. Podobnie, opis próbki nr 2 nie zawiera wymagania co do zastosowania w próbce innej powierzchni niż płaska. Określenie „sklejka giętka” dotyczy rodzaju materiału, a nie kształtu próbki.

W odniesieniu do próbki nr 1 Zamawiający wyjaśnił, że w trakcie oceny próbek w dniu 10 stycznia 2017 r. powierzchnia kompozytu próbki nr 1 nie była zanieczyszczona, co potwierdza dokumentacja fotograficzna.

W zakresie próbki nr 4 Zamawiający wyjaśnił, że próbka nie zawiera widocznych połączeń i śladowych ilości kleju uzasadniających obniżenie punktacji w kryterium „Estetyka wykonanych połączeń”. W kryterium „Ilość detali upodabniających sztuczną sadzonkę do żywej rośliny” Zamawiający podtrzymał stanowisko, że próbka zawiera podwójnie liście piłkowane z ogonkiem. Zamawiający wyjaśnił, że w ramach tego kryterium za ilość detali można było uzyskać maksymalnie 4 pkt i 1 pkt za „właściwie dobrane proporcje ilości detali”. Zatem, brak co najmniej dwóch detali (z czterech) skutkuje przyznaniem 0 pkt. Odwołujący tymczasem wbrew zapisom SIWZ wywodzi ten sam skutek w przypadku braku jednego detalu (podwójnie piłkowanych liści z ogonkiem) oraz niewłaściwie dobranych proporcji ilości detali, za co Zamawiający odjął Przystępującemu jeden punkt.

Zamawiający wyjaśnił, że nie zastrzegł w SIWZ obowiązku osobistego wykonania kluczowej części zamówienia lub odnośnie udziału podwykonawców. Wykonawca Expo

Mazury S.A. oświadczył w załączniku nr 2, że nie zamierza korzystać z podwykonawców przy realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie miał podstaw, aby kwestionować to oświadczenie złożone na tym etapie postępowania. W świetle obowiązujących przepisów i zapisów SIWZ zachodzi możliwość zmiany przez wykonawcę deklaracji w tym zakresie na etapie realizacji umowy, jako nieistotna zmiana umowy w rozumieniu art. 144 Pzp.

Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. VI ust. 2 pkt 1 lit.b SIWZ wykonawca Expo Mazury S.A. wykazał roboty budowlane zrealizowane na rzecz Polskiej Grupy Zbrojeniowej S.A. – projekt i budowa stoiska na Międzynarodowy Salon Przemysłu Zbrojeniowego w Kielcach oraz targi Pro Defence w Ostródzie. W związku z wyjaśnieniami złożonymi przez wykonawcę na wezwanie Zamawiającego z dnia 16 stycznia 2017 r., zadanie wskazane w pozycji pierwszej wykazu zostało uznane za potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca przedstawił Protokół końcowy wykonania umowy z dnia 12 sierpnia 2016 r. o projekt, budowę, organizację wraz z obsługą stoiska na Międzynarodowym Salonie Przemysłu Obronnego w Kielcach wraz z kopią tej umowy i notatką z dnia 7 listopada 2016 r. podpisaną przez strony umowy, z której wynika, że kwota, o którą zostało pomniejszone wynagrodzenie wykonawcy to suma wartości elementów zabudowy stoiska, które nie były modułami wielokrotnego wykorzystania. Z treści tego dokumentu nie wynikało, aby zamówienie zostało wykonane nienależycie. Nie zaistniały zatem podstawy do wykluczenia wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie zostało rozpoznane w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016 poz.1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący uzyskał drugą pozycję w rankingu ofert, a zatem wobec zmiany punktacji na niekorzyść wybranego wykonawcy to oferta Odwołującego podlegałaby uznaniu za najkorzystniejszą.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Expo Mazury S.A. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów wynikających z przepisów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Izba ustaliła, że przedmiotowe postępowanie prowadzone przez Zamawiającego ma wartość poniżej tzw. progów unijnych.

Wniesione w tym postępowaniu odwołanie w znacznej części dotyczy zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, pomimo że zdaniem Odwołującego, o powinna ona zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 Pzp, a wykonawca Expo Mazury S.A. powinien zostać wykluczony z postępowania z powodów sprecyzowanych w odwołaniu. Rozpoznawane odwołanie zostało wniesione m.in. wobec:

- zaniechania odrzucenia oferty Expo Mazury S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 Pzp, z uwagi na to, iż nie jest możliwe wykonanie przez Expo Mazury zamówienia na warunkach określonych w ofercie, tj. bez udziału podwykonawców, a jednocześnie po upływie terminu składania ofert zmiana w zakresie deklaracji co do korzystania z podwykonawców nie jest możliwa,

- zaniechania odrzucenia oferty Expo Mazury S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na to, iż oferta nie odpowiada treści SIWZ w zakresie sposobu przygotowania próbki B, lub prawidłowo dokonana ocena próbek prowadzi do wniosku, iż liczba punktów przyznanych Expo Mazury powinna być mniejsza niż 24,

- zaniechania wezwania Expo Mazury S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wymaganego doświadczenia na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp,

- zaniechania wykluczenia wykonawcy Expo Mazury S.A. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w sytuacji, gdyby okazało się, że wykonawca był już wzywany do uzupełnienia ww. dokumentów.

W powyższym zakresie Izba stwierdziła, że Odwołującemu nie przysługuje odwołanie stosownie do art. 180 ust 2 Pzp, a zatem zarzuty podniesione w tej części nie podlegają merytorycznemu rozpoznaniu.

O skuteczności wniesienia odwołania we wskazanym powyżej zakresie decyduje ocena dopuszczalności wniesienia odwołania wobec zaniechania przez Zamawiającego dokonania czynności odrzucenia oferty innego wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o wartości nieprzekraczającej tzw. progów unijnych, tj. kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Z powodu braku wskazania tego typu czynności (zaniechania)

w zamkniętym katalogu zawartym w art. 180 ust. 2 Pzp, wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 189 ust. 2 Pzp, ustawodawca nie przewidział ochrony prawnej w formie odwołania wobec tego rodzaju zaniechania dokonania czynności przez zamawiającego.

Izba, za stanowiskiem wyrażonym w uzasadnieniu postanowienia w sprawie o sygnaturze akt KIO 2411/16, podnosi, że „Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 pzp Izba odrzuca odwołanie jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 pzp. Z kolei w powołanym art. 180 ust. 2 pzp – w brzmieniu nadanym ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r. – wskazano, że w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) określenia warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego; 5) opisu przedmiotu zamówienia; 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Analiza znowelizowanego art. 180 ust. 2 pkt 6 pzp prowadzi zdaniem Izby do wniosku, że zakres zastosowania tego przepisu nie obejmuje zaniechania czynności odrzucenia oferty, a jedynie niedokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Stąd art. 180 ust. 2 pkt 6 pzp dopuszcza zakwestionowanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest najkorzystniejsza w świetle określonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert (nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 pzp).”

Do takiego wniosku prowadzi również analiza art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp na tle innych przepisów określających możliwość wnoszenia odwołań w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych oraz wykładnia tych przepisów z uwzględnieniem domniemania racjonalności ustawodawcy. Ustawodawca zdecydował się wprowadzić nową przesłankę, zgodnie z którą, w postępowaniach tzw. podprogowych odwołanie ma przysługiwać także wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie jednak nie zostały wykreślone ani zmienione przesłanki z pkt 3 i 4, zgodnie z którymi odwołanie przysługuje wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego i czynności wykluczenia odwołującego z postępowania. Stąd pod pojęciem „czynność wyboru oferty najkorzystniejszej” nie może się kryć ani czynność odrzucenia oferty odwołującego, ani czynność wykluczenia odwołującego z postępowania, gdyż wówczas objęcie tych samych czynności dyspozycją pkt 3 i 4 tegoż artykułu ustawy Pzp byłyby zbędne. Nie sposób twierdzić, że racjonalny ustawodawca, działający zgodnie z zasadami prawidłowej legislacji, chcąc dopuścić możliwość wnoszenia

odwołań zarówno wobec odrzucenia własnej oferty, jak i wobec zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy, pierwszą z tych możliwości przewidział w odrębnej podstawie prawnej, wprost tę czynność wskazując (pkt 4), a drugą z niewiadomych powodów ukrył w przesłance dotyczącej wyboru oferty najkorzystniejszej (pkt 6).

Nie należy zatem domniemywać, że „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” obejmuje zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania innych wykonawców lub odrzucenia ich ofert. Nie jest to konieczne dla właściwej interpretacji przesłanki z pkt 6, która ma określony zakres zastosowania, służy mianowicie zakwestionowaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która faktycznie nie jest najkorzystniejsza, gdyż nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała albo nie jest ofertą z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt, czyli nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu definicji z art. 2 pkt 5 Pzp.

Ponadto, przepis art. 180 ust. 2 Pzp ma charakter wyjątku od zasady. W przeciwieństwie do postępowań powyżej progów, w przypadku postępowań tzw. podprogowych zasadą jest to, że odwołanie nie przysługuje. O intencjach ustawodawcy świadczy nieprzypadkowo użyte w art. 180 ust. 2 Pzp słowo „wyłącznie”. Ustawodawca w wyniku nowelizacji zdecydował jedynie o nieznacznym poszerzeniu katalogu przesłanek umożliwiających wniesienie odwołania w postępowaniach tzw. podprogowych. Skoro zatem katalog czynności, wobec których odwołanie przysługuje ma charakter wyjątku od zasady, to nie może on być interpretowany rozszerzająco.

Definicja czynności „wyboru najkorzystniejszej oferty” wynika pośrednio z art. 91 ust. 1 Pzp, który stanowi, że Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Wybór oferty najkorzystniejszej należy więc rozumieć jako czynność Zamawiającego polegającą na ocenie ofert przy zastosowaniu określonych w SIWZ kryteriów i ustalenie, która ze złożonych ofert jest najkorzystniejsza według tych kryteriów. Zdaniem Izby, tylko tak rozumiany wybór oferty najkorzystniejszej może być przedmiotem odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego wartość jest mniejsza niż tzw. progi unijne.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Expo Mazury S.A. pomimo, że oferta ta powinna uzyskać niższą liczbę punktów, co powinno powodować, iż oferta tego wykonawcy nie powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą.

W rozdz. XV SIWZ Zamawiający opisał kryteria oceny ofert oraz ich znaczenie, jako: cena - z wagą 60 pkt oraz jakość kluczowych materiałów - z wagą 40 pkt.

W rozdz. XII ust. 2 pkt 5 SIWZ zostało określone wymaganie dotyczące złożenia przez wykonawców wraz z ofertą pięciu próbek kluczowych materiałów.

W kryterium „jakość kluczowych materiałów” ocenie podlegały próbki, dla których Zamawiający określił szczegółowe jakościowe kryteria oceny wraz ze skalą punktów.

Łącznie, próbka nr 1 mogła uzyskać maksymalnie 8 pkt, próbka nr 2 – maksymalnie 8 pkt, próbka nr 3 – maksymalnie 8 pkt, próbka nr 4 – maksymalnie 9 pkt i próbka nr 5 – maksymalnie 7 pkt.

W rozdz. XV pkt 4 SIWZ Zamawiający wskazał, że „W trakcie oceny ofert, ocenie nie będzie podlegała trwałość połączeń elementów oferowanych przez Wykonawców materiałów/rozwiązań. Niemniej Zamawiający zastrzega, iż na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, Wykonawca zobowiązany jest wykonać trwałe połączenia elementów, które nie będą stwarzały zagrożenia zdrowia i życia ludzi.”

W pkt 5 Zamawiający postanowił, że „Oferta, która uzyska mniej niż 24 punkty w ramach kryterium jakościowego, zostanie uznana za ofertę niezgodną z wymaganiami SIWZ i będzie podlegać odrzuceniu”.

Próbka nr 1 - obejmowała „Proponowany fragment zabudowy o wymiarach 50x50 cm z widocznym łączeniem materiałów: kompozyt typu korian (kolor biały, gama jednolita) z fornirem drewnianym złota brzoza naklejane na płytę MDF, z wyciętym otworem na monitor 12 cali w części fornirowanej” i była oceniana w kryterium: stan estetyczny kompozytu typu korian (biały), stan estetyczny forniru drewnianego złota brzoza oraz estetyka połączeń i wycięć.

Próbka nr 2 - obejmowała „Fragment konstrukcji pnia drzewa ze strefy TECHNOLOGII dwustronnie fornirowany – wewnątrz: połączenie forniru złota brzoza z powłoką złotej farby, zewnątrz fornir złota brzoza połączony ze sklejką naklejone na płycie MDF o wymiarach 50x50 cm fornir drewniany łączony ze sklejką giętką (wewnątrz drzewa) Wymiary 50x50 cm.” i była oceniana w kryterium: stan estetyczny forniru drewnianego złota brzoza, sposób nałożenia złotej farby, trwałość nałożenia farby, estetyka połączeń.

Próbka nr 4 - obejmowała „Sztuczną sadzonkę drzewka (grab), miniatura składająca się z korzenia (lub warstwy ziemi), pnia, gałęzi, liści. Wysokość 30-40 cm.” i była oceniana w kryterium: Ilość detali upodabniających sztuczną sadzonkę do żywej rośliny, estetyka wykonania połączeń, estetyka użytych materiałów.

Szczegółowe kryteria wskazane powyżej były jeszcze dodatkowo rozpisane na sprecyzowane dodatkowe podkryteria wraz ze skalą przyznawanych punktów za każde podkryterium.

Jak wynika z informacji o wyniku postępowania wraz z informacjami dot. szczegółowej oceny ofert w ramach kryterium: „Jakość kluczowych materiałów” zarówno

oferta Odwołującego, jak i oferta Expo Mazury S.A. uzyskały identyczną ocenę - 33 pkt (na 40 możliwych do zdobycia punktów) w ramach pięciu ocenianych próbek. Różnica w uzyskanej punktacji przez obu wykonawców wynikała z oceny ich ofert w zakresie zaferowanej ceny i wynosiła 2,61 pkt.

Zarzut dotyczący próbki nr 2 złożonej przez Expo Mazury S.A. został podniesiony w kontekście niezgodności treści oferty z wymaganiami SIWZ co do kształtu, postaci oraz struktury (geometryczne wyobrażenie gałęzi), co zdaniem Odwołującego stanowi ewidentną sprzeczność oferty z treścią SIWZ, a zatem Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Expo Mazury S.A. jako nieodpowiadającej treści SIWZ. Jest to zatem zarzut podniesiony wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności, na które nie przysługuje w tym postępowaniu odwołanie stosownie do art. 180 ust. 2 Pzp. Zauważyć przy tym należy, że w świetle postanowień zawartych w SIWZ, w szczególności w zakresie kryteriów oceny próbek, w tym próbki nr 2 - nie ma możliwości obniżenia oceny próbki (punktacji) z innych powodów niż opisane w SIWZ w ramach szczegółowych kryteriów oceny tej próbki. Zarzut w tym zakresie jest nieuzasadniony, gdyż nie znajduje oparcia w treści SIWZ.

Odnosząc się stricte do zarzutów nieprawidłowej oceny oferty wykonawcy Expo Mazury S.A. przez Zamawiającego Izba stwierdziła, że Zamawiający dokonał oceny próbek zakwestionowanych w odwołaniu zgodnie z zasadami określonymi w SIWZ.

Próbka nr 1 - Proponowany fragment zabudowy o wymiarach 50x50 cm z widocznym łączeniem materiałów: kompozyt typu korian (kolor biały, gama jednolita) z fornirem drewnianym złota brzoza naklejone na płytę MDF, z wyciętym otworem na monitor 12 cali w części fornirowanej - max 8 pkt.

Wykonawca Expo Mazury S.A. otrzymał w tym kryterium 6 pkt. W toku oględzin próbki dokonanych na rozprawie Izba nie stwierdziła na kompozycie zabrudzenia, które jest widoczne na zdjęciu przedstawionym w odwołaniu. Nie jest wiadome, w jaki sposób ciemna kropka pojawiła się na zdjęciu tego kompozytu. Jednak istotne jest w tej sprawie, że sama próbka takiego zabrudzenia nie posiada. W tym zakresie próbka nr 1 w podkryterium „Stan estetyczny kompozytu typu korian (kolor biały)” otrzymała prawidłowo przyznane punkty, gdyż brak jest podstaw do obniżenia należnej punktacji. Izba stwierdziła, że próbka nie posiada zanieczyszczenia, o którym mowa w odwołaniu, które zostało wskazane przez Odwołującego na podstawie zdjęcia.

Próbka nr 4 - Sztuczna sadzonka drzewka (grab), miniatura składająca się z korzenia (lub warstwy ziemi), pnia, gałęzi, liści. Wysokość 30- 40 cm. - max 9 pkt.

Wykonawca Expo Mazury S.A. otrzymał w tym kryterium 8 pkt. Zdaniem Odwołującego, punktacja powinna być obniżona do 3 pkt.

W podkryterium „Estetyka wykonania połączeń” za znikome/śladowe ilości kleju, połączenia przysługiwał 1 pkt. W toku oględzin próbki na rozprawie stwierdzono jedno miejsce ze śladową ilością kleju. Oględziny próbki wykazały też, że połączenia nie są widoczne - wbrew twierdzeniom Odwołującego zawartym w odwołaniu. W ocenie Izby, stwierdzenie w jednym miejscu na próbce śladowej ilości kleju nie uzasadnia obniżenia punktacji, gdyż zgodnie z postanowieniami SIWZ śladowe ilości kleju musiałyby wystąpić w liczbie mnogiej, aby mogły skutkować obniżeniem punktacji. Niemniej jednak, nawet przyjmując, że należałoby odjąć jeden punkt w ramach tego kryterium, to nie zmieniłoby to wyniku postępowania.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że w podkryterium „Ilość detali upodabniających sztuczną sadzonkę do żywej rośliny” zamiast - 4 pkt. Zamawiający powinien przyznać wykonawcy Expo Mazury S.A. - 0 pkt.

W ramach tego kryterium ocenie podlegały cztery detale, tj. liście skrętoległe, pojedyncze -1 pkt, podwójnie liście piłkowane z ogonkiem -1 pkt, kora na gałęziach jednorocznych oliwkowo-brunatna lub brunatno-czerwona -1 pkt., owocostany tj. orzeszek/ki w trójkłapowej okrywie służącej jako organ lotny -1 pkt. Ocenie podlegało też „właściwie dobrane proporcje ilości detali - 1 pkt.”. Dodatkowo Zamawiający zastrzegł, że w przypadku braku co najmniej dwóch detali upodabniających sztuczną sadzonkę do żywej rośliny Zamawiający miał obowiązek przyznać wykonawcy - 0 pkt.

W przypadku próbki nr 4 dostarczonej przez Expo Mazury S.A. opisana powyżej sytuacja braku dwóch detali nie wystąpiła. Zamawiający obniżył maksymalną punktację tej próbki o 1 pkt - w zakresie kryterium: „właściwie dobrane proporcje ilości detali”. Co do braku detalu „podwójnie liście piłkowane z ogonkiem”, to w toku oględzin na rozprawie stwierdzono piłkowanie obrzeża liści, w tym miejsca podwójnie piłkowane, co przeczy stwierdzeniu o braku tego rodzaju liści w próbce sadzonki. Odwołujący nie wykazał na czym polegają braki w tym zakresie w stosunku do prawidłowego kształtu liści grabu, wskazując jedynie, że liście na próbce przypominają raczej liście mięty lub bazylii.

W świetle opisanych kryteriów Izba nie stwierdziła zatem, a Odwołujący nie wykazał, zasadności obniżenia punktacji w przypadku próbek złożonych przez Expo Mazury S.A. co najmniej o 7 pkt lub nawet o 22 pkt., co Odwołujący podnosił w odwołaniu.

Reasumując powyższe w ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 Pzp oraz przepisu art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Expo Mazury S.A. z tego powodu, że oferta ta powinna uzyskać niższą liczbę punktów w ramach ustalonych przez Zamawiającego w SIWZ kryteriów oceny ofert.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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.).

.....

.....

.....