

WYROK

z dnia 3 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 października 2017 r. w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2017 r. przez wykonawcę: **T.A Sp. z o.o., (...)**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Miasta Gdańsk, Urząd Miejski w Gdańsku, ul. Nowe Ogrody 8/12, 80-803 Gdańsk,**

przy udziale wykonawcy **M. M. A & E. Sp. z o.o., (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: T.A Sp. z o.o., (...), i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **T.A Sp. z o.o., (...)** 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

1

jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku.**

.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Miasta Gdańska, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Realizację Makiety Śródmieścia Gdańska wraz z multimedialną salą ekspozycyjną w budynku Kunsztu Wodnego w Gdańsku”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 121-245052 w dniu 28 czerwca 2017 r.

W dniu 8 września 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty – oferty złożonej przez wykonawcę M. M. A. & E. Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu. W dniu 12 września 2017r. Odwołujący został poinformowany o szczegółowej punktacji przyznanej ofertom za poszczególne zakresy, podlegające ocenie Zamawiającego w ramach ustalonych w postępowaniu kryteriów oceny ofert.

Wykonawca T.A. Sp. z o.o. z siedzibą w W. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego z dnia 8 września 2017 r., tj. czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę M. M. A. & E. Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, w wyniku przyznania indywidualnych ocen w ramach kryterium „Projekt aplikacji interaktywnej z układem treści graficznych” dla aplikacji „Oś czasu” (pkt 2.5.3 B1-B2 OPZ), niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w rozdziale 9 pkt 2 ppkt. 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, w zakresie art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wybór najkorzystniejszej oferty z naruszeniem kryteriów oceny ofert określonych w rozdziale 9 pkt 2 ppkt. 3 SIWZ, które miało wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- dokonania czynności ponownej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej,
- dopuszczenie dowodów z dokumentów dołączonych do odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu,
- przyznanie Odwołującemu kosztów poniesionych w związku z postępowaniem odwoławczym, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,

Odwołujący wyjaśnił, że interes prawny Odwołującego wyraża się w tym, że wskutek uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego może zostać uznana za najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert przyjętych w postępowaniu.

3

W dniu 21 sierpnia 2017 r. członkowie Komisji przetargowej ocenili „projekt aplikacji interaktywnej z układem treści graficznych”. (Załącznik nr 1 - Karta indywidualnej oceny w ramach kryterium „projekty aplikacji interaktywnej z układem treści graficznych”). Zarzut naruszenia kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W rozdziale 9 pkt 2 ppkt. 3 SIWZ wskazano, że dla kryterium „projekt aplikacji interaktywnej z układem treści graficznych” „W ocenie uwzględnione zostaną właściwości funkcjonalne i estetyczne prezentowanych rozwiązań dla aplikacji „Oś czasu” (pkt 2.S.3 B1-B2 OPZ), zaprezentowane w projekcie aplikacji interaktywnej z układem treści graficznych, stanowiącym załącznik nr 4 do oferty Wykonawcy. Oceniane będą:

a) właściwości funkcjonalne: ujęcie wizualne stron głównych, podstron i wygaszacza ekranu, przechodzenie pomiędzy nimi; ramy punktacji:

- 10 pkt rozwiązanie czytelne i intuicyjne w obsłudze -
- 5 pkt—rozwiązanie akceptowalne ale nie optymalne
- 0 pkt rozwiązanie nieczytelne i nieintuicyjne -

b) właściwości estetyczne, zgodność projektu graficznego aplikacji z wytycznymi Zamawiającego {m.in. czysta kreślarska estetyka), spójność z estetyką Sali makiety (OPZ, pkt 2.5.1. Założenia ogólne. Warstwa funkcjonalna i graficzna aplikacji); ramy punktacji:

- 10 pkt - rozwiązanie zgodne i spójne ; o wysokich walorach estetycznych
- 5 pkt - rozwiązanie zgodne częściowo, o zadowalającej estetyce
- 0 pkt - rozwiązanie niespójne i niezgodne z wytycznymi Zamawiającego

Przyznane w tym kryterium punkty (K3) zostaną obliczone w ten sposób ; że zostanie obliczona średnia arytmetyczna z wszystkich ocen punktowych przyznanych przez każdego członka Komisji przetargowej (od 0 do 10 punktów) i pomnożona przez 2. Maksymalnie można uzyskać 20 punktów w tej kategorii."

W świetle powyższego, przyznane w przedmiotowym kryterium wartości punktowe mogą wynosić odpowiednio 10 pkt, 5 pkt i 0 pkt.

W ocenie Odwołującego, przy tak określonym sposobie punktacji nie jest możliwe przyznanie punktów np. 2, 3, 7, 9, tymczasem członkowie Komisji przetargowej oceniający projekt aplikacji interaktywnej z układem graficznym przyznali następujące wartości punktów:

1. B.S. (karta oceny ofert nr 1) - 2 pkt, (karta oceny ofert nr 2) - 9 pkt;
2. J. Z. (karta oceny ofert nr 1) - 3 pkt, (karta oceny ofert nr 2) -9 pkt;
3. J. H. (karta oceny ofert nr 1) - 5 pkt, (karta oceny ofert nr 2) - 9 pkt;
4. A. G. (karta oceny ofert nr 1) - 6 pkt, (karta oceny ofert nr 2) - 9 pkt;
5. J. S. (karta oceny ofert nr 1)- 5 pkt, (karta oceny ofert nr 2) - 7 pkt.

4

Przyjęty przez Zamawiającego sposób przyznawania punktów w kryterium „projekt aplikacji interaktywnej z układem treści graficznych” jest sprzeczny z zapisami SIWZ.

Członkowie Komisji przetargowej nie mogli przyznać punktów innych niż 10 pkt, 5 pkt i 0 pkt.

Zastosowanie odmiennych kryteriów oceny od przewidzianych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp.

W konsekwencji nieprawidłowego działania Zamawiającego została wybrana jako najkorzystniejsza oferta, która według ustalonych kryteriów oceny ofert nie jest najkorzystniejsza.

Jednocześnie, jak wynika z protokołu oceny ofert dokonanej przez Pana Jarosława Zulewskiego, karta oceny ofert - (karta oceny ofert nr 2 - str. 14 załącznika nr 1 do protokołu) - „dla kryterium właściwości funkcjonalne: ujęcie wizualne stron głównych, podstron i wygaszacza ekranu, przechodzenie pomiędzy nimi” ofercie M. przyznano 9 pkt, pomimo, że rozwiązanie posiada drobne nieprawidłowości, a tym samym nie mogło otrzymać tak wysokiej oceny.

Również p. Jacek Herman w karcie oceny ofert M. (karta oceny ofert nr 2 - str. 16 załącznika nr 1 do protokołu) - „dla kryterium właściwości funkcjonalne: ujęcie wizualne stron głównych, podstron i wygaszacza ekranu; przechodzenie pomiędzy nimi” przyznał 9 pkt, pomimo, że z uzasadnienia wynika, że „rozwiązanie czytelne i intuicyjne w obsłudze z drobnymi mankamentami w spójności interfejsu użytkownika”. Stwierdzenie jakichkolwiek niespójności powinno skutkować oceną nie wyższą niż 5 punktów. Podobnie postąpiła p. A. G. (karta oceny ofert nr 2 - str. 18 załącznika nr 1 do protokołu), która wskazała na minimalne uchybienia w nawigacji ocenianej aplikacji, a mimo to przyznała 9 pkt.

Przyznanie najwyższej oceny jest możliwe w sytuacji, gdy dane kryterium spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego. W przypadku występowania jakichkolwiek odstępstw od szczegółowo opisanych wymagań, bez względu na to, czy są to drobne czy poważniejsze uchybienia, wartość punktowa powinna być odpowiednio mniejsza, tj. 5 pkt. bądź 0 pkt. Stosowanie przez Komisję przetargową skali punktowej w oderwaniu od zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest naruszeniem ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania. Czynność sprzeczna z zapisami siwz musi zostać powtórzona, bowiem może budzić wątpliwości co do jej rzetelności i bezstronności Zamawiającego.

Wykonawca M. M. A. & E. Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający, pismem z dnia 29 września 2017 r., złożył odpowiedź na odwołanie.

5

Wniósł o oddalenie odwołania. Wyjaśnił, że z treści zapisów SIWZ jasno wynika, że podane wartości stanowią ramy punktacji, czy przedział od 0 do 10 pkt, w którym wartości 0, 5 i 10 pkt stanowią progi, określające jakość zastosowanego rozwiązania. Taki sposób interpretacji nie wyklucza możliwości przyznawania wartości pośrednich. Dodatkowo, Zamawiający wyraźnie zaznaczył, że „przyznane w tym kryterium punkty zostaną obliczone w ten sposób, że zostanie obliczona średnia arytmetyczna ze wszystkich ocen punktowych przyznanych przez każdego członka komisji (od 0 do 10 punktów) i pomnożona przez 2.” Powyższe zapisy SIWZ nie budziły wątpliwości wykonawców, gdyż żadne z pytań do SIWZ nie dotyczyło interpretacji kryteriów oceny ofert. Stanowisko Odwołującego w powyższym zakresie całkowicie wypacza sposób oceny przyjęty przez Zamawiającego. Przyjęcie skali od 0 do 10 pkt z wartościami pośrednimi miało na celu umożliwienie dokonania precyzyjnej oceny projektu aplikacji, oddającej różnice pomiędzy projektami. Ponadto, przyjęcie interpretacji Odwołującego prowadziłoby do przyznania de facto tej samej liczby punktów obu wykonawcom, co powoduje, że kryterium przestałoby mieć znaczenie dla oceny ofert.

W zakresie punktacji przyznanej przez poszczególnych członków komisji, Zamawiający wskazał, że stanowisko Odwołującego opiera się na domniemaniu, że zauważone przez członków komisji „drobne nieprawidłowości” dyskwalifikują wysoką ocenę projektu aplikacji. Oznaczają one jednak jedynie mało znaczące, błahe niedociągnięcia, nie rzutujące na funkcjonowanie aplikacji ani nie powodujące odstępstw od postawionych w SIWZ wymagań.

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.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do

wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący został sklasyfikowany przez Zamawiającego na drugiej pozycji. Uwzględnienie zarzutów odwołania prowadziłoby do powtórzenia czynności oceny ofert, a jednocześnie nie można wykluczyć sytuacji, że ponowna ocena ofert w ramach ustalonych kryteriów oceny i z uwzględnieniem ewentualnych zmian w sposobie przyznawania punktacji w ramach kryterium „projekt aplikacji interaktywnej z układem treści graficznych” mogłaby doprowadzić do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

6

Wykonawca M. M. A. & E. Sp. z o.o. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone dwie oferty, w tym oferta Odwołującego i Przystępującego. Żadna z ofert nie została odrzucona i żaden z wykonawców nie został wykluczony z postępowania.

W rozdziale 9 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający określił kryteria oceny ofert: K1 – cena – 40%, K2 – Projekty wykonawcze dla wskazanych elementów aranżacji Sali makiety – 20%, K3 – Projekt aplikacji interaktywnej z układem treści graficznych – 20%, K4 – Okres gwarancji na trwałość fizyczną makiety – 2%, K5 – Czas usunięcia usterki obiektu makiety na żądanie Zamawiającego (poza serwisowaniem objętym warunkami gwarancji) – 6%, K6 – Doświadczenie osób w zespole Wykonawcy – 12%.

W rozdziale 9 pkt 2 ppkt. 3 SIWZ określone zostało kryterium K3 „projekt aplikacji interaktywnej z układem treści graficznych”, w ramach którego ocenie podlegały właściwości funkcjonalne i estetyczne prezentowanych rozwiązań dla aplikacji „Oś czasu” zaprezentowane w projekcie aplikacji interaktywnej z układem treści graficznych (załącznik nr 4 do oferty). W ramach powyższego kryterium Zamawiający określił dwa podkryteria:

- „właściwości funkcjonalne: ujęcie wizualne stron głównych, podstron i wygaszacza ekranu, przechodzenie pomiędzy nimi” oraz
- „właściwości estetyczne, zgodność projektu graficznego aplikacji z wytycznymi Zamawiającego (m.in. czysta kreślarska estetyka), spójność z estetyką Sali makiety (OPZ, pkt 2.5.1. Założenia ogólne. Warstwa funkcjonalna i graficzna aplikacji)”

Zamawiający określił „ramy punktacji”, wskazując trzy progi oceny punktowanej: 0, 5 i 10 pkt. Dopelnieniem tej ramowej punktacji jest postanowienie, że „Przyznane w tym kryterium punkty (K3) zostaną obliczone w ten sposób ; że zostanie obliczona średnia arytmetyczna z wszystkich ocen punktowych przyznanych przez każdego członka Komisji przetargowej (od 0 do 10 punktów) i pomnożona przez 2. Maksymalnie można uzyskać 20 punktów w tej kategorii.”

Określony, jak wyżej w SIWZ, sposób punktacji w ramach kryterium K3 umożliwiał Zamawiającemu dokonanie oceny projektów aplikacji, poprzez przyznanie punktów o wartościach pośrednich - w przedziałach od 0 do 5 pkt oraz od 5 do 10 pkt. Zgodnie z ustalonym sposobem punktacji członkowie komisji przetargowej, oceniający projekt aplikacji interaktywnej z układem graficznym, w sposób uprawniony przyznali obu projektom (Przystępującego i Odwołującego) punktację od 0 do 10 pkt, z uwzględnieniem „ram

7

punktacji”, określonych przez Zamawiającego:

- 10 pkt rozwiązanie czytelne i intuicyjne w obsłudze -
- 5 pkt - rozwiązanie akceptowalne ale nie optymalne
- 0 pkt rozwiązanie nieczytelne i nieintuicyjne -
- w zakresie podkryterium a)

oraz

- 10 pkt - rozwiązanie zgodne i spójne ; o wysokich walorach estetycznych
- 5 pkt - rozwiązanie zgodne częściowo, o zadowalającej estetyce
- 0 pkt - rozwiązanie niespójne i niezgodne z wytycznymi Zamawiającego
- w zakresie podkryterium b).

Taki sposób oceny i przyznawania punktów dla kryterium „projekt aplikacji interaktywnej z układem treści graficznych” jest zgodny z treścią postanowień SIWZ

w zakresie opisu sposobu oceny ofert, zarówno z brzmieniem literalnym jak i celem, któremu miało służyć zastosowanie tego kryterium. Zastosowanie skali oceny od 0 do 10 pkt z wartościami pośrednimi miało na celu umożliwienie dokonania precyzyjnej oceny projektu aplikacji, oddającej nawet nieznaczne różnice pomiędzy projektami. Oceniane prace mają walory artystyczne, zatem sposób przyznawania punktów miał służyć uwypukleniu różnic projektowych oraz wyłonieniu pracy najwyższej ocenionej z dokładnością do jednego punktu. Służyć też miało zobiektywizowaniu oceny, poprzez uśrednienie ocen indywidualnych przyznanych przez poszczególnych członków komisji przetargowej.

Stanowisko Odwołującego w zakresie interpretacji powyższych postanowień SIWZ istotnie wypacza cel dokonywanej oceny projektów aplikacji multimedialnej, przyjęty przez Zamawiającego. Przyznanie dokładnie 0, 5 lub 10 punktów każdemu z wykonawców uniemożliwiałoby dokładną ocenę prac pod kątem estetyki wykonania, spójności, czytelności lub intuicyjności, nie pozwalaloby na gradację różnic występujących w obu pracach. Przyjęcie interpretacji przedstawionej przez Odwołującego mogłoby prowadzić do przyznania de facto tej samej liczby punktów obu wykonawcom, co powoduje, że kryterium przestałoby mieć znaczenie dla oceny ofert i wyboru oferty spełniającej kryterium w najwyższym stopniu.

W odniesieniu do indywidualnej oceny oferty M. M. A. & E. Sp. z o.o. dokonanej przez p. J. Z. - karta oceny oferty M. (karta oceny ofert nr 2 - str. 14 załącznika nr 1 do protokołu), p. J. H. (karta oceny ofert nr 2 - str. 16 załącznika nr 1 do protokołu) oraz p. A. G. (karta oceny ofert nr 2 - str. 18 załącznika nr 1 do protokołu) - dla „kryterium właściwości funkcjonalne: ujęcie wizualne stron głównych, podstron i wygaszacza ekranu, przechodzenie pomiędzy nimi” Izba wskazuje, że przyznanie po 9 pkt, a zatem wartości niższej niż maksymalna (10 pkt) dowodzi uwzględnienia w ocenie stwierdzonych przez członków komisji drobnych nieprawidłowości, mankamentów w spójności interfejsu użytkownika, minimalnych uchybień w nawigacji ocenianej aplikacji. W świetle omówionych powyżej postanowień SIWZ

8

w zakresie kryterium oceny ofert K3 określonego w pkt 9.2 ppkt 3 SIWZ, nie było podstaw do przyznania zamiast 9 pkt - punktacji w wysokości 5 pkt, z uwagi na możliwość stopniowania oceny i w związku z tym możliwość przyznania punktów odpowiednio w przedziale od 5 do 10 pkt.

Należy podkreślić, że najwyższa ocena nie została w powyższym zakresie przyznana. W świetle omówionego powyżej kryterium, nie ma uzasadnienia twierdzenie, że „w przypadku występowania jakichkolwiek odstępstw od szczegółowo opisanych wymagań, bez względu na to, czy są to drobne czy poważniejsze uchybienia, wartość punktowa powinna być odpowiednio mniejsza, tj. 5 pkt. bądź 0 pkt”. Wszelkie odstępstwa od wymagań Zamawiającego musiały być oceniane proporcjonalnie do ich znaczenia w odniesieniu do rozwiązania, które jest „czytelne i intuicyjne w obsłudze” (podkryterium zawarte pod lit. a) oraz do rozwiązania, które jest „zgodne i spójne; o wysokich walorach estetycznych” (dla podkryterium zawartego pod lit. b), a zatem z uwzględnieniem ramowo określonych cech podlegających ocenie.

Izba nie stwierdziła zatem stosowania przez Komisję przetargową skali punktowej w oderwaniu od zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przy ocenie oferty złożonej przez wykonawcę M. Nie stwierdzono tym samym naruszenia przepisów art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez ocenę oferty tego wykonawcy oraz w konsekwencji wybór tej oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu z naruszeniem kryteriów oceny ofert określonych w rozdziale 9 pkt 2 ppkt. 3 SIWZ, dotyczących oceny „projektu aplikacji interaktywnej z układem treści graficznych”.

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

9

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.).

.....