Sygn. akt: KIO 2781/12

WYROK
z dnia 28 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2012 r. przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Qumak-Sekom S.A.,** 00-807 Warszawa, Al. Jerozolimskie 94, **Andra Sp. z o.o.,** 02-226 Warszawa, ul. Pryzmat 6/8 w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa,** 00-175 Warszawa, Al. Jana Pawła II nr 70

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Qumak-Sekom S.A., 00-807 Warszawa, Al. Jerozolimskie 94, Andra Sp. z o.o., 02-226 Warszawa, ul. Pryzmat 6/8 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 zamówienie Qumak-Sekom S.A., 00-807 Warszawa, Al. Jerozolimskie 94, Andra Sp. z o.o., 02-226 Warszawa, ul. Pryzmat 6/8 tytułem wpisu od odwołania,

---

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. 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: ……

Sygn. akt: KIO 2781/12

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego przez Zamawiającego – Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa na *zakup 2 sztuk macierzy klasy enterprises wraz z 3 letnią usługą serwisową* (nr postępowania DZP-2611-5/2012), wobec czynności oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Qumak-Sekom S.A. oraz Andra Sp. z o.o. wnieśli w dniu 14 grudnia 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2781/12).
Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 14.12.2012 r.
O wynikach oceny wniosków Odwołujący został poinformowany w dniu 5 grudnia 2012r. faksem.
Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 05.10.2012 r., numer 2012/S 192-315788. Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia przekracza kwoty określonej w rozporządzeniu wykonawczym dla dostaw i usług, stanowiącej o obowiązku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w pełnej procedurze „unijnej".

W odwołaniu postawione zostały zarzuty naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym:
- art. 7 ust. 1 poprzez naruszenie przy ocenie wniosków zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- art. 51 ust. 1 a i art. 8, art. 9 poprzez nieprzekazanie w sposób wystarczająco szczegółowy informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i przyznania

punktacji, a tym samym uniemożliwienie Odwołującemu w sposób skuteczny skorzystania ze środków ochrony prawnej,
z ostrożności, Odwołujący zarzuci naruszenie
- art. 51 ust. 2 ustawy poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na niewystarczającą liczbę punktów do zakwalifikowania się do dalszego etapu postępowania;
- art. 26 ust. 3 i 4 ustawy poprzez ich błędną wykładnię i uznanie, że nie mają one zastosowania w stosunku do Załącznika 3B do oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności oceny wniosków, dokonania ponownej oceny wniosków, dokonania szczegółowego wyjaśnienia

sposobu oceny wniosków wszystkich oferentów ze wskazaniem podstaw faktycznych i prawnych w odniesieniu do przyznanej/nieprzyznanej punktacji, przyznanie punktacji za doświadczenie wskazane w załączniku nr 3B do wniosku Odwołującego i zaproszenie Odwołującego złożenia oferty w postępowaniu.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów Odwołujący wskazał na brak uzasadnienia decyzji o nie przyznaniu punktów za załączone referencje, co spowodowało uklasyfikowanie wniosku Odwołującego na pozycji 10-13 i nie zaproszenie Odwołującego do złożenia oferty w postępowaniu. Zarówno z informacji o wynikach oceny wniosków, jak i udostępnionej Odwołującemu jawnej części dokumentacji nie wynika, dlaczego Zamawiający nie uwzględnił dodatkowych referencji z załącznika 3 b przy ocenie punktowej wniosku Odwołującego. Uniemożliwiało to Odwołującemu skuteczne podważenie oceny punktowej przyznanej zarówno Odwołującemu, jak i innym oferentom.

W wyniku działań Zamawiającego Odwołujący utracił prawo do dalszego ubiegania się o zamówienie i nie zna podstaw swojego wykluczenia z postępowania.

Odwołujący wskazał na okoliczność uzupełnienia dokumentów, co nastąpiło w trybie art. 26 ust. 3 ustawy w dniu 19.11.2012 r., w odniesieniu między innymi do wykazu dostaw, jako załącznika 3a i 3b do wniosku. Odwołujący jedynie domyśla się, iż Zamawiający mógł uznać, że do załącznika 3b, art. 26 ust. 3 i 4 ustawy nie miał zastosowania, przeciwko czemu sprzeciwił się. Po pierwsze Zamawiający w ogłoszeniu nie zastrzegł, iż w zakresie punktowanego doświadczenia, tj. załącznika 3b do wniosku, nie będzie miał zastosowania przepis art. 26 ust. 3 ustawy. Nie ma zatem podstaw do wyłączenia zastosowania przepisu do wykazu referencji z Załącznika nr 3b do wniosku, który to wykaz nie był składany w oderwaniu od wykazu składanego na potwierdzenie spełniania warunków z art. 22 ust. 1 ustawy i nie łączył się jedynie z ustaleniem listy rankingowej. Zgodnie z art. 51 ust. 2 ustawy, zaproszenie do złożenia ofert kierowane jest do wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jak fakt Odwołujący przyznał, iż inny był cel składanych wykazów, jednakże każdy z tych dokumentów odnosił się do warunków udziału w postępowaniu, a w przypadku wykazu z załącznika 3b należało wykazać się zamówieniami odnoszącymi się do warunków udziału, które w najpełniejszy sposób spełniały oczekiwania Zamawiającego i pozwalały uzyskać najwyższą punktację i zaproszenie do składania ofert. Funkcję wykazów rozgraniczał więc opis sposobu dokonania ich oceny.

W związku z powyższym Zamawiający był zobowiązany poddać ocenie referencje Odwołującego z załącznika 3b do wniosku, a w razie wątpliwości, wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy.

Stanowisko Izby

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), tekst jednolity Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm., zwanej dalej

„ustawą”.

Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła którakolwiek z przesłanek do jego odrzucenia wskazana w art. 189 ust. 2 ustawy i skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym ogłoszenia o zamówieniu, zawiadomienia o wynikach oceny wniosków z dnia 05.12.2012 r. oraz korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego, Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Przystępując do rozpoznania merytorycznego zarzutów Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do ustalenia, czy wnosząc odwołanie Wykonawca ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, a także czy poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, stanowiących materialno prawną przesłankę do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy). Uwzględniając wynik oceny wniosków z dnia 05.12.2012 r., w którym Zamawiający wskazał w odniesieniu do Odwołującego, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu, jednak jego wniosek nie uzyskał punktów wystarczających do tego, aby wziąć udział w dalszym etapie postępowania, naruszenie przepisów ustawy przy ocenie wniosku Odwołującego pozbawiałoby tego Wykonawcę prawa do dalszego ubiegania się o zamówienie. Odwołanie wnoszone na wynik oceny wniosków było zatem konieczne dla ochrony interesu Wykonawcy w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Przechodząc do zarzutów podniesionych w odwołaniu, sprowadzały się one do kwestionowania po pierwsze prawidłowości formalnej zawiadomienia o wynikach oceny wniosków, a po drugie do wykazania braku zasadności odmowy przyznania punktów za wykaz dostaw stanowiący załącznik 3b do wniosku.

W zakresie zarzutu o charakterze formalnym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu brak sporządzenia uzasadnienia decyzji o nie przyznaniu punktów za doświadczenie objęte wykazem 3b wraz z przedstawionymi referencjami.
Zamawiający w informacji z dnia 05.12.2012 r., wskazał, iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, otrzymał 0 punktów zgodnie z obiektywnymi kryteriami wyboru ograniczonej liczby wykonawców określonymi przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i zajmuje pozycję 10-13.
Izba uznała, iż informacja przekazana przez Zamawiającego w części dotyczącej otrzymanej oceny spełnienia warunków nie musiała zawierać pełnego uzasadnienia, co nie wynika z treści art. 51 ust. 1a ustawy. Przepis ten nakłada na Zamawiającego obowiązek podania wyniku oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i taki wynik został przez Zamawiającego przedstawiony. Ustawodawca nie wymaga, jak ma to miejsce na przykład przy zawiadomieniu o odrzuceniu oferty (wykluczeniu z postępowania), podania uzasadnienia faktycznego i prawnego (art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy). Na tej podstawie Izba uznała, iż Zamawiający nie naruszył zasad równego traktowania wykonawców, gdyż informacja o wynikach oceny była w takim samym zakresie udzielona każdemu z wykonawców, których wnioski były poddane ocenie punktowej.

Odnosząc się do zasadniczej kwestii stanowiącej podstawę zarzutów formułowanych wobec czynności oceny wniosku Odwołującego w kryterium wyboru ograniczonej liczby wykonawców, Zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu, iż zaprosi do złożenia ofert 5 Wykonawców, którzy spełnią warunki udziału w postępowaniu. Jeżeli liczba Wykonawców, którzy spełnią warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 5, Zamawiający zaprosi do złożenia ofert Wykonawców, którzy uzyskają najwyższą końcową ocenę punktową wniosku obliczoną według ustalonych zasad: ocena punktowa wniosku zostanie dokonana w oparciu o własne: wiedzę i doświadczenie, ponad wymagania minimalne określone w sekcji III.2.1 pkt I ppkt 1.1) (…). Zamawiający w ogłoszeniu wprowadził dwa wykazy zamówień, z których jeden żądany był dla wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia (stanowiący załącznik 3a do formularza wniosku), a drugi obejmujący wykaz zamówień ponad wymagane minimalne, za które było możliwe uzyskanie dodatkowych punktów (stanowiący załącznik 3b do formularza wniosku). Zgodnie z uwagą zawartą w sekcji III.2.1

ogłoszenia, zamówienia wykazane w wykazach zamówień nie mogły się powtarzać. Odwołujący do wniosku nie załączył żadnego z wykazu dostaw, a Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, w piśmie z dnia 13.11.2012 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia wykazu zamówień mającego potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, odwołując się sekcji III.2.1 pkt II ppkt 9 lit. a) ogłoszenia.

Odwołujący w odpowiedzi na to wezwanie przedłożył wypełniony załącznik 3a (dwie dostawy) i załącznik 3b (28 dostaw) wraz z dokumentami mającymi potwierdzać, ich należyte wykonanie.
W postępowaniu złożonych zostało łącznie 15 wniosków Wykonawców, z których tylko dwóch nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Oznaczało to, iż dla wyłonienia pięciu Wykonawców, do których mogło zostać skierowane zaproszenie, Zamawiający zobowiązany był dokonać oceny punktowej wniosków według ustalonych w ogłoszeniu zasad. Do oceny wniosków konieczne było przedstawienie wypełnionego Załącznika 3b – wykazu wykonanych zamówień ponad wymaganie minimalne.

W ocenie składu orzekającego, Zamawiający odmawiając przyznania punktów za wykaz uzupełniony z własnej inicjatywy przez Odwołującego po otwarciu wniosków, nie naruszył przepisów ustawy, jak również ustalonych w postępowaniu zasad oceny końcowej wniosków. Załącznik 3b nie był dokumentem żądanym dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a zatem nie podlegał trybowi uzupełnienia dokumentów na podstawie przepisów art. 26 ust. 3 ustawy. Okoliczność, iż miał on obejmować zamówienia spełniające warunek udziału w postępowaniu, w żaden sposób nie zmienia znaczenia tego dokumentu w postępowaniu. Konsekwencją braku przedłożenia wraz z wnioskiem wypełnionego Załącznika 3b, nie było wykluczenie wykonawcy z postępowania, a jedynie brak możliwości przeprowadzenia oceny punktowej wniosku. W przypadku, gdyby liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu była mniejsza niż 5, brak załącznika 3b, nie uniemożliwiałby skierowanie zaproszenia przez Zamawiającego do tych wykonawców, którzy spełnialiby warunki udziału w postępowaniu. Natomiast w sytuacji, kiedy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu była większa od określonej przez Zamawiającego, wówczas dokument ten miał decydujące znaczenie dla ustalenia grona wykonawców, do których skierowane zostanie zaproszenie. Ponieważ, co zostało wskazane powyżej, Załącznik 3b nie był dokumentem żądanym dla wykazania spełnienie warunku udziału w postępowaniu, jego uzupełnienie po otwarciu wniosków przez Odwołującego, nie mogło wywoływać skutku w postaci dokonania przez Zamawiającego oceny punktowej wniosku.

Mając na uwadze powyższe, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu wniesioną przez Odwołującego w wysokości 15 tyś zł. i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: ……