

WYROK
z dnia 24 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę: **Agnieszkę Celej prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Creative Solutions Agnieszka Celej, ul. Wrzosowa 21, 96-321 Wycinki Osowskie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Ośrodek Rozwoju Polskiej Edukacji za Granicą, ul. Rolna 175, 02-729 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy: **online-skills sp. z o.o., ul. Prusa 13/4, 60-819 Poznań** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1724/11 po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawców:

1. **My Network Polska sp. z o.o., Pl. Szczepański 8, 31-128 Kraków**
2. **Instytut Edukacji Interaktywnej estakada.pl sp. z o.o., ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa**

zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1724/11 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Agnieszkę Celej prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Creative Solutions Agnieszka Celej ul. Wrzosowa 21, 96-321 Wycinki Osowskie, i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Agnieszkę Celej prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Creative Solutions Agnieszka Celej, ul. Wrzosowa 21, 96-321 Wycinki Osowskie**, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Agnieszki Celej prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Creative Solutions Agnieszka Celej, ul. Wrzosowa 21, 96-321 Wycinki Osowskie** na rzecz **Ośrodka Rozwoju Polskiej Edukacji za Granicą, ul. Rolna 175, 02-729 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Ośrodek Rozwoju Polskiej Edukacji za Granicą z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego w przedmiocie: „zakup aplikacji portalu do szkoleń na odległość - platformy e-learningowej wraz z zintegrowaną platformą komunikacji synchronicznej i systemem wsparcia administracji ORPEG”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 4 czerwca 2011 r. pod nr 2011./S 107-175847.

Dnia 5 sierpnia 2011 r. zamawiający przekazał wykonawcom w trybie art. 60 d ust 2 Pzp informację o wynikach ocen spełnienia warunków udziału w postępowaniu, otrzymanych ocenach spełnienia tych warunków i liście rankingowej. Zamawiający poinformował, iż zaprasza do dialogu wszystkich piętnastu wykonawców, ponieważ kilku ma taką samą liczbę punktów: na pierwszym miejscu znajduje się siedmiu z nich, na drugim miejscu - dwóch, a na piątym - trzech wykonawców.

Wykonawca Agnieszka Celej prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Creative Solutions Agnieszka Celej z siedzibą w Wycinkach Osowskich wniosła odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na zaproszeniu do dialogu konkurencyjnego wykonawców: Combidata Poland sp. z o.o., ProFirma sp. z o.o., Instytut Edukacji Interaktywnej estakada.pl sp. z o.o., Young Digital Planet S.A., Gromar sp. z o.o., Konsorcjum: Vulcan sp. z o.o. 2Business IT Solution sp. z o.o., My Network Polska sp. z o.o., Espeo Software sp. z o.o. w Poznaniu oraz wobec zaniechania potraktowania ww. wykonawców jako wykluczonych z postępowania.

Odwołująca zarzuciła naruszenie przez zamawiającego następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

- art. 60d ust 3 i 2 Pzp, poprzez zaproszenie do dialogu wykonawców w liczbie większej niż wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu,
- art. 60 d ust 3 i 2 Pzp, poprzez dopuszczenie do dialogu wykonawców, którzy nie otrzymali najwyższych ocen spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- art. 7 ust 1 Pzp wskutek preferowania wykonawców, którzy otrzymali przy ocenie spełnienia warunków niską punktację, dopuszczenie ich do dalszego etapu postępowania wbrew ustalonym w ogłoszeniu warunkom i wbrew art. 60d ust 3 Pzp.

Odwołująca wniosła o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności zaproszenia do dialogu konkurencyjnego wykonawców Combidata Poland sp. z o.o., ProFirma sp. z o.o., Instytut Edukacji Interaktywnej estakada.pl sp. z o.o., Young Digital Planet S.A., Gromar sp. z o.o., Konsorcjum: Vulcan sp. z o.o. 2Business IT Solution sp. z o.o., My Network Polska sp. z o.o., Espeo Software sp. z o.o., unieważnienie czynności dialogu z wykonawcami Combidata Poland sp. z o.o., ProFirma sp. z o.o., Instytut Edukacji Interaktywnej estakada.pl sp. z o.o., Young Digital Planet S.A., Gromar sp. z o.o., Konsorcjum: Vulcan sp. z o.o. 2Business IT Solution sp. z o.o., My Network Polska sp. z o.o., Espeo Software sp. z o.o.

W ogłoszeniu z dnia 4 czerwca 2011 r. zamawiający wskazał w sekcji IV (procedura) pkt 1.2. na przewidywaną liczbę wykonawców zaproszonych do dialogu - 7. Zamawiający wskazał, że zaprosi do dialogu konkurencyjnego 7 wykonawców lub (w przypadku identycznej oceny części lub wszystkich wniosków) taką większą liczbę wykonawców, która zapewni, że do dialogu konkurencyjnego zaproszeni zostaną wszyscy wykonawcy, którzy otrzymają taką samą liczbę punktów, jak wykonawca, który na podstawie liczby otrzymanych punktów zajmie miejsce siódme.

Zdaniem odwołującego, chodzi tu o sytuację, gdy w wyniku uzyskanej przez wykonawców punktacji przynajmniej dwóch z nich sklasyfikowanych na ostatnim miejscu osiąga taką samą liczbę punktów. Zapis ten pozwala na uniknięcie wątpliwości, którego z nich, obu czy też żadnego powinien zamawiający dopuścić do dalszej części postępowania. Wskazał, że dokładnie w takim stanie faktycznym zapadło orzeczenie Zespołu Arbitrów przy UZP, na które powołuje się zamawiający w piśmie z dnia 5 sierpnia 2011 r. Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 60 d ust 2 i 3 Pzp niektórzy wykonawcy pomimo spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie mogą zostać zaproszeni do dialogu. Dotyczy to również tych wykonawców, którzy w praktyce osiągnęli minimalną liczbę punktów przy ocenie spełnienia warunków uczestnictwa w postępowaniu.

Postanowienia art. 60 d ust 3 Pzp wprost wskazują, iż do dalszego etapu postępowania - dialogu - dopuszcza się wykonawców, którzy przy ocenie spełnienia warunków osiągnęli najwyższą liczbę punktów. Tym samym czynność polegająca do dopuszczeniu do postępowania większej liczby wykonawców niż wskazana w ogłoszeniu, którzy osiągnęli bardzo niską lub minimalną punktację za spełnienie warunków udziału w postępowaniu pozostaje w sprzeczności z art. 60d ust 3. W przedmiotowym postępowaniu 7 wykonawców osiągnęło jednakową liczbę punktów 660 (najwyższa ocena za spełnienie warunków udziału w postępowaniu). Pozostali wykonawcy w znacznym stopniu odbiegają od wskazanego pułapu.

Odwołujący podniósł, iż powyższe działania zamawiającego naruszają zasadę przewidzianą w art. 7 ust 1 Pzp,

W dniu 22 sierpnia 2011 r. do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie odwołującego wykonawca online skills sp. z o.o.

Do postępowania odwoławczego w dniu 19 sierpnia 2011 r. zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca Instytut Edukacji Interaktywnej estakada.pl sp. z o.o. Po stronie zamawiającego w dniu 22 sierpnia 2011 r. zgłosili przystąpienia także wykonawcy: My Network Polska sp. z o.o. oraz Espeo Software sp. z o.o., przy czym ten wykonawca zgłosił przystąpienie nadając je faksem.

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

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Wykonawca ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, spełnia warunki udziału w postępowaniu i został zaproszony do dialogu przez zamawiającego, a zatem posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Ponadto, w przypadku potwierdzenia się, że niektórzy wykonawcy zostali dopuszczeni do dialogu z naruszeniem przepisów ustawy, niewątpliwa jest możliwość poniesienia przez odwołującego szkody, gdyby jeden z tych wykonawców uzyskał przedmiotowe zamówienie. Nie można wykluczyć bowiem sytuacji, gdy odwołujący utraciłby możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą w konkurencji z wykonawcą, który zgodnie z przepisami ustawy Pzp, nie powinien w ogóle brać udziału w postępowaniu.

Izba uznała za skuteczne przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawców My Network Polska sp. z o.o., Instytut Edukacji Interaktywnej estakada.pl sp. z o.o., zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz wykonawcy online-skills sp. z o.o. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Wykonawca Espeo Software sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w formie faksowej, a zatem nie dochował wymaganej formy pisemnej, zgodnie z art. 185 ust. 2 Pzp. Przystąpienie tego wykonawcy Izba uznała za nieskuteczne.

Stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 60d ust 2 i 3 Pzp, poprzez zaproszenie do dialogu wykonawców w liczbie większej niż wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu oraz poprzez dopuszczenie do dialogu wykonawców, którzy nie otrzymali najwyższych ocen spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W przedmiotowym postępowaniu wnioski o dopuszczenie do dialogu złożyło 15 wykonawców. Zamawiający dokonał oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, przyznał wykonawcom oceny, zgodnie z przyjętym w ogłoszeniu kryterium. Poszczególni wykonawcy otrzymali następującą liczbę punktów: na pierwszym miejscu – 7 wykonawców uzyskało po 660 pkt., na drugim miejscu – dwóch wykonawców uzyskało po 130 pkt., na trzecim miejscu – wykonawca uzyskał 110 pkt., na czwartym miejscu – wykonawca uzyskał 60

pkt., na piątym miejscu – trzech wykonawców po 30 pkt., na szóstym miejscu – jeden wykonawca uzyskał 10 pkt. Zamawiający zaprosił do dialogu wszystkich piętnastu wykonawców. Powyższe okoliczności nie były sporne pomiędzy stronami.

Istotą sporu była kwestia czy dokonany przez zamawiającego sposób kwalifikacji wykonawców jest zgodny z przepisami art. 60d ust 2 i 3 Pzp oraz z zawartym w ogłoszeniu postanowieniem w sekcji IV pkt 1.2.

Zgodnie z art. 60 d ust 2 i 3 Pzp, zamawiający zaprasza do dialogu konkurencyjnego wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 3, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, nie mniejszej niż 5. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do dialogu wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Wykonawcę niezaproszonego do dialogu traktuje się jak wykluczonego z postępowania.

Przepis art. 60d ust. 2 wskazuje minimalne liczby wykonawców, których zamawiający zaprasza do dialogu, w zależności od wartości zamówienia. Właściwą liczbę określa zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu. W ramach tej kompetencji zamawiający może ustalić dodatkowe kryteria, które umożliwią kwalifikację wykonawców wówczas, gdy uzyskana przez kilku wykonawców punktacja jest identyczna. Zgodnie z powyższym, pomimo spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie wszyscy wykonawcy mogą zostać zaproszeni do dialogu. Zaproszeni mogą być tylko ci wykonawcy, którzy stosownie do kryteriów kwalifikacji, określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, uzyskają najwyższe oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, co uzasadnia zakwalifikowanie ich do dialogu. Chodzi tu o „najwyższe oceny” rozumiane w myśl zasad kwalifikacji ustalonych przez zamawiającego w ogłoszeniu.

W ogłoszeniu o przedmiotowym zamówieniu, w sekcji IV (procedura) pkt 1.2. zamawiający wskazał, iż „zaprosi do dialogu konkurencyjnego 7 wykonawców lub (w przypadku identycznej oceny części lub wszystkich wniosków) taką większą liczbę wykonawców, która zapewni, że do dialogu konkurencyjnego zaproszeni zostaną wszyscy wykonawcy, którzy otrzymają taką samą liczbę punktów, jak wykonawca, który na podstawie liczby otrzymanych punktów zajmie miejsce siódme”.

Biorąc pod uwagę treść powyższego postanowienia, nie budzi żadnych wątpliwości fakt, że zamawiający w przypadku otrzymania 15 wniosków musiał ustalić „miejsca”, które zajmują wykonawcy, stosownie do ilości uzyskanych przez nich punktów w ramach dokonanej przez zamawiającego oceny. Nie można uznać, że siedmiu wykonawców, którzy uzyskali tę samą liczbę punktów, zajmuje siedem pierwszych miejsc, ponieważ nie ma możliwości przyporządkowania im kolejnych miejsc – w porządku od 1 do 7. W świetle ww. zapisu ogłoszenia, ustalenie rankingu wykonawców jest niezbędne (zamawiający musi sprawdzić, czy na siódmym miejscu klasyfikuje się jeden wykonawca, czy też kilku z taką samą liczbą punktów). Stosownie do przyznanej

punktacji zamawiający dokonał przyporządkowania wykonawców do kolejnych miejsc od 1 do 6, przyjmując, że odpowiednio 7 wykonawców zajęło pierwsze miejsce, dwóch – drugie i trzech – piąte. Podkreślić należy, że tak przyjęta przez zamawiającego zasada kwalifikacji wykonawców jest obiektywna – niezależnie od ilości złożonych wniosków, od ilości punktów uzyskanych przez wykonawców, ani od tego ilu wykonawców i na którym miejscu uzyska taką samą liczbę punktów.

Nie sposób zgodzić się w tym miejscu z odwołującym, że wobec złożenia 7 wniosków z punktacją 660 pkt wyczerpany został limit siedmiu wykonawców, którzy mieli zostać zaproszeni do dialogu, ponieważ uzyskali oni najwyższą ocenę w porównaniu z wykonawcami, którzy w praktyce osiągnęli minimalną liczbę punktów.

Pojęcie „najwyższe oceny”, użyte w art. 60 d ust 3 Pzp oznacza oceny uzyskane przez wykonawców, którzy uzyskali taką liczbę punktów, która pozwala na zakwalifikowanie ich do dialogu - zgodnie z zasadami kwalifikacji przyjętymi przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu. Nie sposób przyjąć, że zamawiający powinien zakwalifikować wykonawców, którzy są na pierwszym miejscu w rankingu, gdyż wyczerpują liczbę siedmiu wykonawców, określoną w ogłoszeniu. Zauważyć należy, że zamawiający określił tę liczbę jako „przewidywaną”, co oznacza, że dopuścił zarówno mniejszą jak i większą liczbę wykonawców.

Na marginesie tylko stwierdzić należy, że sposób kwalifikacji wykonawców prezentowany przez odwołującego nie jest obiektywny – przy innym układzie liczby wykonawców i innej punktacji np. gdyby na piątym miejscu znalazło się trzech wykonawców z taką samą liczbą punktów, zasady prezentowane przez odwołującego nie miałyby w ogóle możliwości zastosowania. Odwołujący, w ocenie Izby, zaprezentował podejście subiektywne, co do sposobu kwalifikacji wykonawców, patrząc wyłącznie przez pryzmat danej w postępowaniu konfiguracji wykonawców i uzyskanej przez nich oceny.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że liczba 15 wykonawców, dopuszczonych przez zamawiającego do dialogu w przedmiotowym postępowaniu nie stanowi liczby większej niż wskazana w ogłoszeniu, gdyż jest to liczba ustalona zgodnie z obiektywną zasadą wynikającą z regulacji ustalonej przez zamawiającego w ogłoszeniu. Powyższy sposób kwalifikacji nie stanowi tym samym naruszenia art. 7 ust 1 Pzp.

W oparciu o stan rzeczy ustalony w toku postępowania Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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).

Przewodniczący: