

Sygn. akt: KIO 2042/16

POSTANOWIENIE
z dnia 9 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Mariusz Gontarczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu w Warszawie w dniu 9 listopada 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2016r. przez wykonawcę: **3pro Sp. z o.o., ul. Solipska 8b, 02-482 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150, 02-642 Warszawa,**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę **3pro Sp. z o.o., ul. Solipska 8b, 02-482 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Komenda Główna Policji w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego p.n.: „Modernizacja kontroli dostępu w obiektach KGP przy ul. Wiśniowej 58, Taborowa 33B, Taborowa 33C i Puławskiej 148/150 w Warszawie oraz aktualizacją oprogramowania SKD I/NET Seven.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 września 2016 r. pod poz. 309921-2016. Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”.

Odwołujący: 3pro Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, zarzucając Zamawiającemu obrazę następujących przepisów prawa: art. 2 pkt. 5 lit. a; art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, co było konsekwencją bezzasadnego przyznania wykonawcy - Konsmetal Alians sp. z o.o. 20 punktów tytułem kryterium K3 - „Termin końcowy realizacji umowy” za skrócenie końcowego terminu realizacji umowy o 15 lub więcej dni roboczych, w sytuacji gdy oferta wykonawcy Konsmetal Alians sp. z o.o. jako termin realizacji zamówienia wskazuje 24 listopada 2016 r. a zatem skraca termin końcowy, tj. 9 grudnia 2016 r. o 11 dni roboczych - a zatem w świetle zapisów SIWZ wykonawca ten tytułem kryterium K3 winien otrzymać 10 punktów. W takiej zaś sytuacji najwyższą ilość punktów w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego otrzymałby Odwołujący.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający w dniu 24 października 2016 r. poinformował Odwołującego o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty złożona przez Konsmetal Alians sp. z o.o. z uwagi na uzyskanie najwyższej liczby punktów (87,63 pkt.). Oferta odwołującego, będąca drugą w kolejności nie została wybrana z uwagi na uzyskanie 80,00 pkt.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Gdyby Zamawiający przyznał wykonawcy Konsmetal Alians sp. z o.o. 10 pkt. tytułem kryterium K3 - termin realizacji, spowodowałoby to wybór oferty odwołującego jako zawierającej najwyższą liczbę punktów (80,00 pkt.). W takim bowiem przypadku wykonawca Konsmetal Alians sp. z o.o. otrzymałby jedynie 77,63 pkt.

Zarzut naruszenia art. 2 pkt. 5 lit. a; art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp.

W ocenie Odwołującego, zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów Pzp w zakresie obowiązku wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów określonych w SIWZ.

W przedmiotowym przetargu zamawiający ustanowił trzy kryteria oceny ofert tj.:

K1 - cena oferty brutto, przyznając temu kryterium wagę 60%. Kryterium K1 było obliczane według następującego wzoru:

$K1 = \text{cena ofertowa minimalna} : \text{cena ofertowa badana} \times 60$

Wykonawca Konsmetal Alians sp. z o.o. oferując cenę 477.743,60 zł. uzyskał w zakresie tego kryterium 57,63 pkt., zaś odwołujący z ceną 458.922,21 zł 60 pkt.

K2 - Gwarancja na wykonane roboty oraz użyte materiały i urządzenia (maksymalnie 20 pkt do uzyskania). Punkty w zakresie tego kryterium były przyznawane w następujący sposób:

0 pkt. - Wykonawca zadeklarował okres gwarancji: od 36 miesięcy do 41 miesięcy 5 pkt -

Wykonawca zadeklarował okres gwarancji: od 42 miesięcy do 47 miesięcy 10 pkt -

Wykonawca zadeklarował okres gwarancji: od 48 miesięcy do 53 miesięcy 15 pkt -

Wykonawca zadeklarował okres gwarancji: od 54 miesięcy do 59 miesięcy 20 pkt -

Wykonawca zadeklarował okres gwarancji: 60 i więcej miesięcy.

Wykonawca Konsmetal Alians sp. z o.o. deklarując okres gwarancji na 48 miesięcy uzyskał w zakresie kryterium K2 10 pkt, zaś odwołujący deklarując gwarancję na 60 miesięcy - 60 pkt.

K3 - Termin końcowy realizacji umowy przyznając temu kryterium wagę 20% (maksymalnie 20 punktów). W zakresie tego kryterium czynnikiem zwiększającym ilość punktów była ilość dni roboczych skracających termin realizacji umowy. Stanowi o tym wprost treść SIWZ w pkt XIV ad 3 (str. 20 SIWZ):

„Zamawiający przyzna 10 punktów za skrócenie końcowego terminu realizacji o 10 lub więcej dni. Zamawiający przyzna 20 punktów za skrócenie końcowego terminu realizacji o 15 lub więcej dni. Wykonawca w ramach kryterium może otrzymać maksymalnie 20 punktów, to znaczy skrócenie terminu realizacji o więcej niż 15 dni roboczych nie spowoduje przyznania większej liczby punktów”.

W treści oferty (pkt. 5 formularza ofertowego) wykonawcy byli zobowiązani do wskazania daty końcowej realizacji umowy - nie późniejszej niż 9 grudnia 2016 r., na podstawie której Zamawiający obliczał ilość dni roboczych w okresie pomiędzy wskazaną przez wykonawcę datą a datą 9 grudnia 2016 r. na potrzeby przyznawania punktów według kryterium K3. Dni robocze zostały zdefiniowane w § 2 ust. 3 projektu umowy stanowiącego załącznik do SIWZ (oraz jego integralną część): „Wykonawca zobowiązany jest do prowadzenia robót w dni robocze, tj. od poniedziałku do piątku w godz. od 7:00 - 22:00.”

Odwołujący jako datę końcową wskazał 9 grudnia 2016 r., co oznacza, że nie skrócił końcowego terminu realizacji umowy, a zatem nie otrzymał żadnych punktów z tytułu kryterium K3.

Wykonawca Konsmetal Alians sp. z o.o. jako datę końcową wskazał dzień 24 listopada 2016 r.

W okresie pomiędzy datą 24 listopada 2016 r. a 9 grudnia 2016 r. występuje 11 dni roboczych (tj. dni od poniedziałku do piątku), co uwidacznia powyższy wyciąg z kalendarza na miesiące listopad i grudzień 2016 r., na którym dni robocze w wyżej wymienionym okresie zostały oznaczone podkreśleniami.

Wykonawca Konsmetal Alians sp. z o.o. wskazując jako datę zakończenia realizacji umowy dzień 24 listopada 2016 r. skrócił końcowy termin realizacji o 11 dni roboczych tj- 25, 28, 29 i 30 listopada oraz 1, 2,5, 6, 7, 8 i 9 grudnia 2016 r. za co zgodnie z zapisami SIWZ przysługiwało 10 punktów. Zamawiający zaś w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty przyznał wykonawcy Konsmetal Alians sp. z o.o. w zakresie kryterium K3 20 punktów, które przysługiwały wyłącznie w przypadku zadeklarowania skrócenia terminu realizacji umowy o 15 lub więcej dni roboczych. Być może Zamawiający w zakresie obliczeń kryterium K3 jako podstawę przyjął zamiast dni roboczych dni kalendarzowe, w istocie bowiem pomiędzy dniem 24 listopada a 9 grudnia 2016 r. występuje 15 dni kalendarzowych. Nie może jednak schodzić z pola widzenia, że punktacja K3 została uzależniona od skrócenia okresu faktycznego wykonywania przedmiotu umowy tj. zmniejszenia ilości dni, w których zamawiający będzie realizował roboty. Powyższe potwierdza przede wszystkim treść projektu umowy stanowiącego integralną część SIWZ. Jak bowiem stanowi § 2 ust. 2 tegoż projektu: „Wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot umowy, o którym mowa w § 1, w terminie 70 dni roboczych od dnia podpisania umowy.”

Jeżeli zatem na podstawie przedmiotowej umowy wykonawca jest zobowiązany do zrealizowania przedmiotu umowy „w terminie 70 dni roboczych” tj. w oznaczonym okresie czasu, to niewątpliwie przez „skrócenie terminu realizacji o 10/15 dni” należy rozumieć skrócenie okresu 70 dni roboczych o okres 10/15 lub innej ilości dni roboczych.

Podkreślenia wymaga również, że treść SIWZ odróżnia dni kalendarzowe od dni roboczych. O dniach roboczych mowa jest oprócz § 2 również w § 4 ust. 1, § 5 ust. 2 i § 11 ust. 4 zd. pierwsze projektu umowy załączonej do SIWZ. Podkreślenia wymaga, że w tejże umowie dni robocze zawsze odnoszą się do zagadnień związanych z realizacją przedmiotu zamówienia przez wykonawcę (udostępnienie frontu robót w celu realizacji przedmiotu zamówienia w terminie 3 dni roboczych; złożenie harmonogramu robót w terminie 5 dni roboczych; zgłoszenie robót do odbioru w ciągu 3 dni roboczych od zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia). Przedmiotowa umowa w każdym przypadku gdy odnosi się do terminu realizacji zamówienia ustanawia jako termin/okres, w którym wykonawca jest

zobowiązany do określonego zachowania dni robocze. Natomiast dni kalendarzowe zostały określone w § 11 ust. 4 zdanie drugie przedmiotowej umowy - w zakresie terminu na zorganizowanie przez zamawiającego odbioru końcowego - a zatem czynności technicznej już po wykonaniu przedmiotu zamówienia. Jeżeli zatem przedmiotowa umowa w tak wielu zapisach różnicuje dni robocze od dni kalendarzowych, przypisując każdorazowo dni robocze do terminu realizacji zamówienia, to wskazanie w pkt XIV ad 3 SIWZ (str. 20), że skrócenie terminu realizacji o więcej niż 15 dni roboczych nie będzie powodowało przyznania większej aniżeli 20 ilości punktów oznacza, że punkty przyznawane są za skracanie terminu realizacji zamówienia o dni robocze, nie zaś dni kalendarzowe.

Okoliczność, że każdorazowo w SIWZ termin realizacji zamówienia jest określany w dniach roboczych potwierdzają również uregulowania w zakresie kar umownych i umownego prawa odstąpienia. W § 16 ust. 2 lit. b ustanowiono karę umowną za opóźnienie w zakresie wykonania przedmiotu umowy z terminem określonym w § 2 ust. 2 (70 dni roboczych). Z kolei § 19 ust. 1 pkt. 4 uprawnia zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku przekroczenia terminu wykonania robót określonego w umowie tj. przekroczenia oznaczonej w § 2 ust. 2 ilości dni roboczych.

W ocenie Odwołującego nie budzi wątpliwości, że zapisy SIWZ premiowały wykonawców za skracanie terminu wykonania przedmiotu zamówienia jedynie o dni robocze. Jednakowoż, nawet gdyby przyjąć, że wskazane zapisy SIWZ nie są jednoznaczne w tym zakresie, to do wniosku, że w istocie chodziło o dni robocze prowadzi wykładnia celowościowa tychże zapisów.

Odwołujący podkreślił, że skrócenie pewnego okresu dni roboczych o okres dni kalendarzowych byłoby całkowicie nielogiczne i nieracjonalne z punktu widzenia motywowania wykonawców do oferowania krótszych terminów realizacji. Nie ulega wątpliwości, że kryterium K3 służyło motywowaniu wykonawców w zakresie ustalania krótszego okresu wykonywania przedmiotu zamówienia.

Co więcej, premiowanie wykonawców (przyznawanie punktów) za wliczanie okresów, w których nie wykonywali przedmiotu zamówienia do czasu skracającego realizację umowy stałoby w sprzeczności z przepisami Pzp. Zgodnie bowiem z definicją najkorzystniejszej oferty zawartą w art. 2 pkt. 5 lit. a Pzp, należy przez to rozumieć ofertę która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Z kolei art. 91 ust. 1 Pzp stanowi, że: „Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia (...).” Kryterium musi zatem w każdym wypadku mieć odniesienie do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego SIWZ przez „termin końcowy” rozumie pewien czasokres nie zaś określoną datę kalendarzową. z samej treści § 2 ust. 2 projektu umowy o zamówienie wynika, że zamawiający odnosi wyrażenie „termin” do okresu czasu „zobowiązuje się wyko-

nać przedmiot umowy (...) w terminie 70 dni roboczych (...)” Po wtóre, istotne znaczenie ma również w tym zakresie sformułowanie: „XXpunktów za skrócenie końcowego terminu realizacji.” - pkt XIV ad 3 (str. 20 SIWZ). Nie może bowiem schodzić z pola widzenia, że czasownik „skrócić” odnosi się zawsze do pewnego odcinka materii lub czasu. W treści przywoływanych zapisów nie ma zatem mowy o punktowaniu „zmiany daty zakończenia realizacji zamówienia na wcześniejszy”, a jest wprost mowa o punktach za skracani okresu dni roboczych.

Mając powyższe na uwadze, przyznanie wykonawcy Konsmetal Alians sp. z o.o. 20 punktów w zakresie kryterium K3 było całkowicie nieuzasadnione. Takie działanie Zamawiającego spowodowało, że nie została wybrana najkorzystniejsza w świetle kryteriów oferta, tj. oferta Odwołującego. Zamawiający zatem dokonał wyboru oferty wbrew kryterium, które sam ustanowił, co stanowi przede wszystkim o naruszeniu art. 91 ust. 1 Pzp, ale również zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W dniu 28 października 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania, przekazując wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu kopię odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca w terminie określonym w art. 185 ust. 2 Pzp.

W dniu 9 listopada 2016 r. w toku posiedzenia Zamawiający złożył oświadczenie do protokołu, że uwzględni w całości zarzuty zawarte w odwołaniu.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym, pod warunkiem, że po stronie zamawiającego nie przystąpił skutecznie żaden wykonawca. W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Jak ustalono powyżej, w prowadzonym postępowaniu odwoławczym zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego nie nastąpiło.

Wobec powyższego, działając na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp, uwzględniając okoliczność, iż do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie nie zgłosił przystąpienia po stronie Zamawiającego żaden wykonawca, Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: