

Sygn. akt:KIO 134/19

WYROK
z dnia 18 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2019 r. przez Odwołującego – wykonawcę Voessing Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 134/19

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”,

postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dokumentacja projektowa na potrzeby realizacji zadania polegającego na budowie tunelu drogowego w km 21,050 linii kolejowej nr 2 Warszawa Zachodnia – Terespol na skrzyżowaniu z drogą powiatową nr 2284W w mieście Sulejówek” w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami etap II – część wiaduktowa” (POLiŚ 5.1-21), zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 18 sierpnia 2018 r., pod nr 2018/S 158-363355.

15 stycznia 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę Mosty-Katowice sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej „Wykonawca M”).

25 stycznia br. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) wpłynęło odwołanie wykonawcy Voessing Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej „Odwołujący”), w którym zaskarżono:

1. błędną – sprzeczną z SIWZ oraz przepisami prawa – ocenę ofert wykonawców i wybór oferty Wykonawcy M;
2. zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu;
3. brak podania w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty wymaganego uzasadnienia faktycznego i prawnego dla punktacji;
4. z ostrożności procesowej, w razie uznania, że Zamawiający wobec powyższych uchybień nie mógł dokonać wyboru żadnej oferty jako najkorzystniejszej, zaniechanie unieważnienia Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp, w szczególności z uwagi na doprowadzenie przez Zamawiającego do sytuacji, w której niemożliwe pozostaje dokonanie oceny ofert w oparciu o kryteria oceny ofert przewidziane

przez Zamawiającego w SIWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp, wskutek błędnej oceny jego oferty oraz ofert pozostałych wykonawców spowodowanej przyznaniem punktacji temu wykonawcy na podstawie dokumentu, który jest sprzeczny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) i który zgodnie z nią nie stanowił podstawy do oceny podkryterium PK3, a także przez uniemożliwienie wykonawcom złożenia dokumentu zgodnego z SIWZ w zakresie ww. podkryterium PK3, co doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, a także przez błędne obliczenie punktacji wykonawców;
- 2.art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy M, pomimo że jej treść pozostaje niezgodna z treścią SIWZ z uwagi na złożenie dokumentu niezgodnego z treścią SIWZ;
- 3.art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez naruszenie przy ocenie i wyborze ofert zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp i prowadzenie Postępowania w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- 4.art. 92 ust. 1 Pzp przez brak podania w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty wymaganego uzasadnienia faktycznego i prawnego dla punktacji, pomimo wyraźnego obowiązku wynikającego z ww. przepisu, co w sposób istotny ogranicza Odwołującemu ustawowe prawo do obrony swoich praw jako wykonawcy;
- 5.w razie braku uwzględnienia ww. zarzutów wskazanych w 1-3 – art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp przez zaniechanie unieważnienia Postępowania pomimo tego, że jest obarczone istotnymi wadami, które są niemożliwe do usunięcia na etapie postępowania po otwarciu ofert i które uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w szczególności z uwagi na doprowadzenie przez Zamawiającego do sytuacji, w której niemożliwe pozostaje dokonanie oceny ofert w oparciu o kryteria oceny ofert przewidziane przez Zamawiającego w SIWZ;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia wyboru oferty Wykonawcy M jako oferty najkorzystniejszej;
- 2.unieważnienia czynności oceny ofert;
- 3.dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert uwzględniających brak przyznania wykonawcom punktów w zakresie podkryterium PK3, względnie przyznanie wszystkim wykonawcom maksymalnej liczby punktów dla zachowania wag procentowych danych kryteriów, ewentualnie pominięcie podkryterium PK3 oraz uwzględniającego odpowiedni wzór obliczenia „Organizacja, kwalifikacje i doświadczenie (O_p)”;
- 4.odrzucenia oferty Wykonawcy M jako niezgodnej z SIWZ, a w konsekwencji – dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Ewentualnie, w razie nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1-3, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Postępowania.

Odwołujący podał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, bowiem jego oferta została sklasyfikowana na 2 pozycji. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp oferta Odwołującego nie została uznana za najkorzystniejszą lub nie doszło do unieważnienia Postępowania, co umożliwiłoby Odwołującemu ponownie ubieganie się o udzielenie zamówienia. W przypadku, gdyby Zamawiający prawidłowo przeprowadził Postępowanie i umożliwił wykonawcom zgodne z SIWZ złożenie oświadczenia dotyczącego podkryterium PK3, Odwołujący uzyskałby najwięcej punktów (3 osoby spośród osób z kluczowego personelu wskazanego do realizacji zamówienia, pozostają zatrudnione na stałe bezpośrednio u Odwołującego, tj. w ramach bezterminowej umowy o pracę). Podobnie, w przypadku ewentualnej ponownej oceny ofert i nie przyznania żadnemu z wykonawców punktów w zakresie kryterium PK3 lub przyznania wszystkim wykonawcom maksymalnej liczby punktów dla zachowania wag procentowych danych kryteriów, ewentualnie pominięcia podkryterium PK3 – Odwołujący również uzyskałby największą liczbę punktów.

1.Błędna ocena ofert przez Zamawiającego

1.1.Postanowienia SIWZ; podkryteria oceny

Zamawiający w ramach pkt 20.7.2. SIWZ opisał kryterium „Organizacja, kwalifikacje i doświadczenie (Q)”, w ramach którego wykonawcy mogli otrzymać maksymalnie 30 pkt. Kryterium to zostało podzielone na trzy podkryteria:

- PK1 – dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego;
- PK2 – dodatkowe doświadczenie projektantów („PK2”);

–PK3 – organizacja.

Na podstawie podkryterium PK3 wykonawcy mogli uzyskać punkty w sytuacji wykazania, że projektanci z branży: inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych, mostowej, drogowej oraz Główny projektant – Koordynator Projektu z osób z kluczowego personelu wskazanego do realizacji zamówienia, zatrudnieni pozostawali na stałe bezpośrednio u wykonawcy, tj. w ramach bezterminowej umowy o pracę (po 2 pkt dla każdej z ww. osób, nie więcej niż 8 pkt).

Zamawiający przewidział, że ocena w ramach podkryteriów PK1 oraz PK2 nastąpi w oparciu o „Wykaz osób na potrzeby oceny ofert” sporządzony według wzoru stanowiącego Załącznik nr 9 do IDW. Z kolei w zakresie podkryterium PK3 Zamawiający wskazał w pkt 20.7.1. lit. C), że”

„Ocena w ramach podkryterium nastąpi w oparciu o oświadczenie Wykonawcy w zakresie podstawy dysponowania wykazaną osobą złożone w „Wykazie osób” stanowiącym załącznik nr 7 do IDW, w kolumnie dotyczącej podstawy dysponowania wykazaną osobą”.

W tym miejscu należy wskazać, że Zamawiający przyjął, że wspomniany wykaz stanowiący załącznik nr 7 do IDW jest dokumentem wymaganym od wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (pkt 9.7.4. SIWZ), a zatem dokumentem składanym na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, a nie dokumentem dołączanym do oferty.

Ponadto istotnym jest, że Zamawiający w ramach pkt 16 SIWZ opisał jaka winna być zawartość oferty. W pkt 16.1 SIWZ wskazane zostało, że treść oferty stanowi wypełniony, podpisany i złożony przez wykonawcę Formularz Ofertowy, sporządzony zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 1 wraz z odpowiednim załącznikiem 1A do IDW.

Dokumenty, które należy złożyć wraz z ofertą zostały opisane w pkt 16.3-16.5. Zamawiający wskazał przy tym jako jeden z wymaganych załączników do oferty „ Wykaz osób na potrzeby oceny ofert – jeżeli dotyczy”, wskazując jednocześnie, że „brak złożenia tego dokumentu skutkować będzie brakiem możliwości dokonania oceny ofert w ramach podkryteriów PK1 i PK2 ustanowionych w ramach kryterium Doświadczenie i brakiem przyznania ofercie dodatkowych punktów”.

Zamawiający nie wskazał, że do oferty należy załączyć także Wykaz osób stanowiący załącznik nr 7 do IDW (jeśli dotyczyłoby to danego wykonawcy) oraz nie wskazał na konsekwencje braku załączenia tego dokumentu z punktu widzenia podkryterium PK3, tak jak to zostało określone w odniesieniu do „Wykazu osób na potrzeby oceny ofert”.

Odwołujący stoi na stanowisku, że sposób skonstruowania postanowienia wymieniającego wymagane załączniki wskazuje na to, że Zamawiający określa zamknięty katalog załączników, które mogą zostać dołączone do oferty. Wymienione zostały bowiem wymagane załączniki, a jeśli załącznik mógł nie dotyczyć danego wykonawcy Zamawiający dodawał określenie „jeśli dotyczy”. Wskazane zostały zatem możliwe do załączenia przez wykonawców dokumenty. Skoro Zamawiający nie ujął w tym katalogu Wykazu osób stanowiącego załącznik nr 7 do IDW oraz wskazał, że jest to dokument przedstawiany na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp (a nie dołączany do oferty) wnioskować należy, że Zamawiający nie wymagał przedstawienia tego dokumentu wraz z ofertą.

W tym kontekście przedstawić należy także opisany przez Zamawiającego sposób przygotowania i złożenia oferty (pkt 12 SIWZ). Mianowicie Zamawiający wskazał, że:

„ofertę należy przygotować ściśle według wymagań określonych w niniejszej SIWZ” (pkt 12.2 SIWZ),

oraz

„Zamawiający nie dopuszcza dokonywania w treści załączonych do niniejszej SIWZ dokumentów jakichkolwiek zmian (skrótów, opuszczeń, skreśleń, poprawek lub dopisków) z wyjątkiem miejsc wykropkowanych, przeznaczonych do wypełnienia lub specjalnie oznaczonych, np. przypisem” (pkt 12.6 SIWZ).

Z powyższego jasno wynika, że wykonawcy nie mieli możliwości w jakikolwiek sposób dopisać informacji dotyczących podkryterium PK3 do formularza oferty lub wzorów załączników znajdujących się w SIWZ. Niezależnie od tego takie działanie należałoby uznać za nieskuteczne, ponieważ Zamawiający wprost wskazał, że informacje dotyczące podkryterium PK3 winny być zawarte w oświadczeniu Wykonawcy złożonym w „Wykazie osób” stanowiącym załącznik nr 7 do IDW, który to dokument, jak zostało wykazane powyżej, nie mógł zostać załączony do oferty (nie został zawarty w katalogu załączników do oferty). Dokument ten został poza tym zaklasyfikowany przez Zamawiającego jako dokument przedstawiany na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp (dokument potwierdzający spełnienie warunków udziału w Postępowaniu).

Skoro zatem ocena spełniania podkryterium PK3 mogła nastąpić tylko na podstawie „Wykazu osób”

stanowiącego załącznik nr 7 do IDW, to przyznawanie punktów za to podkryterium na podstawie innego dokumentu stanowi błędną ocenę oferty (niezgodnie z postanowieniami SIWZ), co dotyczy oceny oferty Wykonawcy M.

Niezależnie od tego, z racji braku możliwości wykazania przez wykonawców w zgodzie z SIWZ informacji dotyczących podkryterium PK3, Zamawiający nie powinien przyznać punktów za to kryterium żadnemu wykonawcy lub przyznać wszystkim wykonawcom maksymalną liczbę punktów dla zachowania wag procentowych danych kryteriów, ewentualnie pominać podkryterium PK3. Takie rozwiązanie zapewniłoby zachowanie zasady uczciwej konkurencji – wszyscy wykonawcy byłiby oceniani według tych samych kryteriów oceny, a ich oferty byłyby porównywalne. Tymczasem wykonawcy, którzy nie złożyli oświadczenia dotyczącego podkryterium PK3 z uwagi na fakt, że byłoby to sprzeczne z SIWZ nie mogli wykazać spełnienia tego podkryterium i uzyskać punktów w tym zakresie, co dało przewagę wykonawcy, który złożył dodatkowy dokument w sprzeczności z SIWZ.

1.2. Błędna ocena oferty Wykonawcy M oraz zaniechanie jej odrzucenia

Oferta Wykonawcy M została błędnie oceniona przez Zamawiającego. Wykonawca ten nie powinien otrzymać punktów w zakresie podkryterium PK3, a w razie uznania, że jego oferta jest niezgodna z SIWZ powinna ona ulec odrzuceniu.

Wskazania bowiem wymaga, że Wykonawca M załączył do oferty „Wykaz projektantów kluczowego personelu zatrudnionych bezpośrednio u Wykonawcy na podstawie bezterminowej umowy o pracę” (str. 15 oferty). W ramach przedmiotowego wykazu wykonawca przedstawił informacje w zakresie podkryterium PK3. Tymczasem zgodnie z SIWZ ocena w ramach podkryterium PK3 nastąpić miała w oparciu o oświadczenie wykonawcy w zakresie podstawy dysponowania wykazaną osobą złożone w „Wykazie osób” stanowiącym załącznik nr 7 do IDW, a zatem w innym dokumencie niż w złożonym przez Wykonawcę M „Wykazie projektantów kluczowego personelu zatrudnionych bezpośrednio u Wykonawcy na podstawie bezterminowej umowy o pracę”. Oświadczenie zawarte w ww. wykazie, jako objęte niewłaściwym dokumentem, nie może stanowić podstawy do oceny oferty pod kątem podkryterium PK3 i do przyznania punktów.

Co więcej, przygotowanie ww. oświadczenia w ramach innego dokumentu niż wskazanego w SIWZ i załączenie go do oferty pozostaje także w sprzeczności z zasadą Zamawiającego, że w treści załączonych do SIWZ dokumentów Zamawiający nie dopuszcza jakichkolwiek zmian (z wyjątkiem miejsc wy kropkowanych, przeznaczonych do wypełnienia lub specjalnie oznaczonych) oraz z ustanowionym w SIWZ katalogiem załączników do oferty.

Skoro ocena spełniania podkryterium PK3 mogła nastąpić tylko na podstawie „Wykazu osób” stanowiącego załącznik nr 7 do IDW, to przyznawanie punktów za to podkryterium na podstawie innego dokumentu stanowi błędną ocenę oferty.

Oświadczenie złożone przez Wykonawcę M w ramach podkryterium PK3 winno zostać uznane za bezskuteczne. Przyznanie w takiej sytuacji Wykonawcy M dodatkowych punktów w zakresie podkryterium PK3 na podstawie dokumentu niezgodnego z SIWZ i w oparciu o podkryterium, co do którego Zamawiający nie umożliwił wykonawcom złożenia stosownego oświadczenia i wykazania jego spełnienia, winno być zaklasyfikowane jako błędna ocena oferty Wykonawcy M oraz w konsekwencji także pozostałych ofert, które nie były rozpatrywane pod kątem ww. podkryterium.

Nadto należy wskazać, że oferta Wykonawcy M zawierająca „Wykaz projektantów kluczowego personelu zatrudnionych bezpośrednio u Wykonawcy na podstawie bezterminowej umowy o pracę”, który to wykaz nie znajdował się w katalogu załączników do SIWZ, pozostaje niezgodna z SIWZ, co winno skutkować jej odrzuceniem (niezależnie od kwestii argumentacji dotyczącej punktacji w zakresie podkryterium PK3).

1.3. Oferta Odwołującego oraz innych wykonawców

Odwołujący wskazał, że nie przedstawił oświadczenia z informacjami dotyczącymi podkryterium PK3 w ramach „Wykazu osób” stanowiącego załącznik nr 7 do IDW lub innego dokumentu, który dotyczyłby podkryterium PK3 z powodu, że – zdaniem Odwołującego – byłoby to niezgodne z postanowieniami SIWZ (złożenie dokumentu sprzecznego z SIWZ, tj. wykraczającego poza katalog załączników wskazanych przez Zamawiającego). Odwołujący dodał, że 3 osoby spośród osób z kluczowego personelu wskazanego do realizacji zamówienia, pozostają zatrudnione na stałe bezpośrednio u Odwołującego, tj. w ramach bezterminowej umowy o pracę. Tych informacji zgodnie z SIWZ Odwołujący nie mógł jednak przekazać w ramach formularza ofertowego i katalogu załączników.

Weryfikacja ofert pozostałych wykonawców wskazuje, że:

- wykonawca, którego oferta została sklasyfikowana na 3 pozycji – TPF sp. z o.o. – nie załączył do oferty „Wykazu osób” stanowiącego załącznik nr 7 do IDW lub innego dokumentu, który dotyczyłby podkryterium PK3;
- wykonawca, którego oferta została odrzucona z uwagi na nieprzedłużenie terminu związania ofertą – Schuessler – Plan Inżynierzy sp. z o.o. – nie załączył do oferty „Wykazu osób” stanowiącego załącznik nr 7 do IDW lub innego dokumentu, który dotyczyłby podkryterium PK3;
- wykonawca, którego oferta została odrzucona z uwagi na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy – CertusVia sp. z o.o. – załączył co prawda do oferty „Wykaz osób” stanowiący załącznik nr 7 do IDW, ale wykonawca ten załączył także inne dokumenty, których załączenie jest wymagane dopiero na późniejszym etapie niż składanie oferty, wobec czego wskazuje to na omyłkowe działanie wykonawcy.

Z powyższego wynika zatem, że poza Wykonawcą M oraz wykonawcą CertusVia sp. z o.o. (który, zdaniem Odwołującego, załączył załącznik nr 7 do IDW omyłkowo) wykonawcy nie załączyli do swoich ofert „Wykazu osób” stanowiącego załącznik nr 7 do IDW lub innego dokumentu, który dotyczyłby podkryterium PK3.

Odwołujący nie złożył ww. dokumentu, który dotyczyłby podkryterium PK3 z uwagi na to, że byłoby to sprzeczne z postanowieniami SIWZ. Bez względu na przyczynę niezłożenia tego dokumentu przez pozostałych wykonawców wskazania wymaga, że Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której wszyscy wykonawcy nie zostali równo potraktowani, a stworzone warunki składania i oceny ofert naruszały zasadę uczciwej konkurencji. Aby nie doprowadzić do sytuacji, w której jeden wykonawca zyskałby przewagę z uwagi na złożenie dokumentu, który na dodatek pozostawał w sprzeczności z postanowieniami SIWZ, Zamawiający winien nie przyznawać żadnemu z wykonawców punktów w zakresie kryterium PK3 lub przyznać wszystkim wykonawcom maksymalną liczbę punktów dla zachowania wag procentowych danych kryteriów, ewentualnie pominąć podkryterium PK3.

2.Punktacja za kryterium „Organizacja, kwalifikacje i doświadczenie (O_r)”

Odwołujący zwraca także uwagę, że Zamawiający w ramach pkt 20.7.2. SIWZ – kryterium „Organizacja, kwalifikacje i doświadczenie (O_r)” wskazał, że przedmiotowe kryterium będzie liczone według wzoru: $O_r = O/50 \times \text{waga kryterium}$ (gdzie O oznacza łączną sumę punktów uzyskanych w ramach podkryteriów PK1-PK3). Maksymalna liczba punktów do uzyskania przy przyjęciu powyższego wzoru wynosi zatem 0,3 pkt (a nie 30, jak wskazano w SIWZ). Zamawiający nie poinformował przy tym o zmianie tego wzoru.

Zamawiający przyznając punkty za kryterium „Organizacja, kwalifikacje i doświadczenie (O_r)” przyjmował inny wzór niż wskazany w SIWZ (mnożył wynik podanego w SIWZ wzoru x 100). Takie działanie pozostaje zatem w sprzeczności z SIWZ, wskutek czego wykonawcy otrzymywali inną punktację niż wynikająca ze wzoru w SIWZ. Dokonywanie oceny ofert w oparciu o wyliczenie punktacji sprzeczne z SIWZ, zdaniem Odwołującego, stanowi dodatkowy przejaw błędnej oceny ofert w niniejszej sprawie.

Niezależnie zatem od błędnej oceny opisanej w pkt 1 powyżej, Zamawiający popełnił dalsze błędy przy ocenie ofert, które wskazują na działanie sprzeczne z SIWZ oraz Pzp. Jednocześnie prowadzi to do naruszenia zasady przejrzystości prowadzenia postępowania.

3.Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty a wymogi z art. 92 ust. 1 Pzp

Zgodnie z art. 92 ust. 1 Pzp zamawiający zobowiązany jest do poinformowania wszystkich wykonawców o czynnościach podjętych przez niego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w zakresie wskazanym w tym przepisie. Przepis ten obejmuje także poinformowanie o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty; a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację oraz do podania uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Zamawiający nie sprostął ww. obowiązkowi. Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej przekazane Odwołującemu nie zawiera wystarczającego uzasadnienia prawnego i faktycznego dla punktacji przyznanej wykonawcom. Wobec tego nie zostały spełnione wymogi z art. 92 ust. 1 Pzp, co może stanowić podstawę samodzielnego zarzutu odwołania.

4.Zarzut ewentualny – kwestia zaniechania unieważnienia Postępowania

Z ostrożności Odwołujący podniósł, że w okolicznościach uznania przez Izbę, że w świetle przyjętych w SIWZ zasad składania ofert, zawartości ofert oraz zasad przyznawania punktów w kryterium oceny ofert „Organizacja, kwalifikacje i doświadczenie (O_r)” oraz jego podkryteriach, nie jest możliwe przyjęcie, że

żadnemu z wykonawców nie należy przyznawać punktów w ramach podkryterium PK3 lub względnie należy przyznać wszystkim wykonawcom maksymalną liczbę punktów dla zachowania wag procentowych danych kryteriów, ewentualnie pominięcie podkryterium PK3 (co oznacza jednocześnie brak możliwości dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej), niezbędne jest unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp. Dotyczy to także przyjęcia braku możliwości obliczenia punktów w ramach kryterium „Organizacja, kwalifikacje i doświadczenie (O_r)” według wskazanego w SIWZ wzoru ($O_r = O/50 \times \text{waga kryterium}$).

W razie powyższego stwierdzenia nie będzie bowiem możliwe i realne w dokonanie oceny ofert w oparciu o kryteria oceny ofert przewidziane przez Zamawiającego w SIWZ. Dlatego też zasadny będzie w takiej sytuacji zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw.

z art. 146 ust. 6 Pzp i nakazanie Zamawiającemu na tej podstawie prawnej unieważnienia Postępowania z uwagi na stwierdzenie, że jest ono obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy z uwagi na brak możliwości oceny ofert złożonych w postępowaniu zgodnie z kryteriami oceny ofert.

W przedmiotowej sprawie – w razie dokonania powyższego stwierdzenia przez Izbę – należało będzie dodatkowo stwierdzić zaistnienie wszystkich powyżej wymienionych okoliczności:

- Postępowanie obciążone jest wadą polegającą na takim opisanu zasad składania ofert, zawartości ofert oraz zasad przyznawania punktów w kryterium oceny ofert „Organizacja, kwalifikacje i doświadczenie (O_r)” oraz jego podkryteriach, a także wzoru obliczania punktów oraz zasad wyliczenia wartości punktowej, które uniemożliwiają ocenę złożonych w postępowaniu ofert zgodnie z ustanowionymi kryteriami (brak możliwości zgodnego z SIWZ złożenia oświadczenia dotyczącego podkryterium PK3 oraz możliwości oceny tego podkryterium na podstawie innego dokumentu);
- opisana wada uniemożliwia zawarcie umowy, bowiem według określonych w SIWZ ww. zasad i kryteriów nie można wykonawcom przyznać punktów oraz dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, tym samym wada ta ma niewątpliwie wpływ na wynik Postępowania;
- opisana wada na tym etapie Postępowania jest niemożliwa do usunięcia, ponieważ Zamawiający nie może dokonywać jakichkolwiek zmian SIWZ po terminie składania ofert.

Przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp należy przy tym interpretować w związku z art. 146 ust. 6 Pzp, który wskazuje, że przesłanką do unieważnienia umowy jest zarówno naruszenie przepisów, które miało wpływ na wynik postępowania, jak i takie, które hipotetycznie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Do odwołania załączono następujące dokumenty z wnioskiem o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z ich treści:

- 1.informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z 15 stycznia 2019 r. ;
- 2.wyciąg z oferty Wykonawcy M (str. 15).

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie argumentując, jak niżej.

Zarzut 1.1

Przedmiotem sporu jest okoliczność czy w sytuacji, w której Zamawiający wymagał wskazania informacji niezbędnych do dokonania oceny ofert w ramach kryterium PK3 („Organizacja” – punkty przyznawane za deklarację zatrudnienia członków zespołu na podstawie umowy o pracę), w dokumencie opracowanym na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu (Wykaz osób załącznik nr 7 do SIWZ) uprawniało Odwołującego do przyjęcia, że informacje stanowiące podstawę do przyznania punktów będą uzupełnione i przedstawione Zamawiającemu na etapie odpowiedzi na wezwanie na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp. W ocenie Zamawiającego ww. założenie jest nielogiczne.

Zamawiający wskazał, że za niemożliwością przyjęcia takiej interpretacji przemawia szereg istotnych okoliczności. Pierwszą z nich jest fakt, że dokumenty składane na potrzeby kryterium oceny ofert nie podlegają uzupełnieniu i są składane wraz z ofertą. Powyższe wynika z samego brzmienia art. 26 ust. 1 Pzp, nawiązującego do art. 25 ust. 1 Pzp, który to określa katalog dokumentów, które są składane w odpowiedzi na ww. wezwanie – dokumenty składane na potrzeby kryterium oceny ofert nie znajdują się w katalogu określonym powyższym przepisem.

Zamawiający podkreślił, że ma prawo ustalić takie kryteria oceny ofert, które są niezbędne, aby móc wybrać ofertę w największym stopniu spełniającą jego oczekiwania. Oświadczenie wykonawcy co do elementów oferty objętych jednym z kryteriów oceny ofert ma wyjątkowo istotne znaczenie, gdyż wywiera bezpośredni wpływ na wybór wykonawcy.

Dla tej sprawy istotną kwestią jest również fakt, że Postępowanie prowadzone jest w procedurze odwróconej, co oznacza, że Zamawiający najpierw ocenia oferty w ramach kryterium oceny ofert (a także pod kątem przesłanek odrzucenia), a dopiero później wzywa wykonawcę, którego oferta najwyżej oceniona do złożenia dokumentów podmiotowych, w tym wykazu osób – wynika to wprost z pkt 9.5 SIWZ i następne. Ponadto, w dalszej części SIWZ Zamawiający ponownie przypomniał, że zastosuje wspomnianą procedurę odwróconą, o czym dobitnie świadczą postanowienia zawarte w pkt 20.1 IDW. Zatem każdy z wykonawców przed złożeniem oferty wiedział, że Zamawiający w pierwszej kolejności dokona oceny złożonych ofert w oparciu o ustalone kryteria, celem ustalenia rankingu ofert, co jest niezbędne do podjęcia dalszych czynności względem wykonawcy, którego oferta uplasowała się na 1 miejscu w rankingu. W związku z tym należy jednoznacznie stwierdzić, że zaniechanie złożenia wraz z ofertą wszelkich niezbędnych dokumentów i informacji wymaganych na potrzeby kryterium oceny ofert, uniemożliwia przyznanie właściwej punktacji. Przyjęcie założenia procedowanego przez Odwołującego stoi zatem w sprzeczności z trybem i sposobem, w jakich Postępowania jest prowadzone.

Zamawiający wskazał, że za niedopuszczalnością przyjętej przez Odwołującego koncepcji przemawia również fakt, że wykonawca miałby możliwość zapoznania się z ofertami konkurentów przed uzupełnieniem przedmiotowych informacji w zakresie kryterium PK3. Takie rozwiązanie dawałoby wykonawcom możliwość manipulacji kryterium oceny ofert przez dobór personelu i formę zatrudnienia w zależności od pozycji.

Zamawiający zaznaczył następnie, że żaden z wykonawców zainteresowanych udziałem w Postępowaniu nie zakwestionował postanowień SIWZ, nie sformułował również w tym zakresie pytania do SIWZ. W świetle powyższego należy uznać, że SIWZ w tym zakresie nie budziła wątpliwości wykonawców. SIWZ stanowi dokument, który winien być czytany całościowo, a nie fragmentarycznie. W pkt 20.4 IDW zostało wskazane, że „ocena zgodności ofert z wymaganiami Zamawiającego przeprowadzona zostanie wyłącznie na podstawie analizy dokumentów, jakie Wykonawca zawarł w swojej ofercie”, a w pkt 20.7.2 ppkt C), w ostatnim akapicie odnoszącym się do PK3 wskazano: „Ocena w ramach podkryterium nastąpi w oparciu o oświadczenie Wykonawcy w zakresie podstawy dysponowania wskazania osobą złożone w „Wykazie osób” stanowiącym załącznik nr 7 w kolumnie dotyczącej podstawy dysponowania osobą”.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że Zamawiający jednoznacznie wskazał w treści SIWZ dokument, w oparciu o który dokona oceny, a co za tym idzie przyzna określoną liczbę punktów w ramach podkryterium PK 3.

Zamawiający stwierdził następnie, że przedstawiona przez Odwołującego argumentacja jest wewnętrznie sprzeczna. Z jednej strony Odwołujący wskazuje, że „wykonawcy nie mieli możliwości w jakikolwiek sposób dopisać informacji dotyczących podkryterium PK3 do formularza oferty lub wzoru załączników”, a z drugiej formułuje zdanie, gdzie wskazuje, że „informacje dotyczące podkryterium PK3 winny być zawarte w oświadczeniu Wykonawcy złożonym w Wykazie osób”. W świetle powyższego nie sposób zidentyfikować, które okoliczności są faktycznie kwestionowane przez Odwołującego – czy rzekomy brak właściwego załącznika na potrzeby kryterium oceny ofert, czy też okoliczność, że informacje te miały znaleźć się w załączniku przeznaczonym również na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Kolejno, Odwołujący formułuje tezę, że przedmiotowy wykaz „nie mógł zostać załączony do oferty”. Zamawiający wskazał, że jedynym argumentem, który miałby przemawiać za przyjęciem takiego rozwiązania jest fakt, że wykaz, w którym miały znaleźć się punktowane informacje pełnić miał dwojaką rolę – wykazu składanego na potrzeby warunków udziału w Postępowaniu oraz kryterium oceny ofert. Powszechnie stosowaną praktyką jest wprowadzanie przez zamawiających tego rodzaju rozwiązań. Żaden przepis obowiązującego prawa nie nakłada na podmioty publiczne określonych form opracowywania tego rodzaju dokumentów ani oznaczania ich określonymi nazwami. Zamawiający wskazał w SIWZ, w pkt 16.3 IDW, że wraz z ofertą ma zostać złożony „Wykaz osób na potrzeby oceny ofert”, co należało poczytywać w ten sposób, że Zamawiający wymaga złożenia dokumentu – wykazu umożliwiającego mu właściwą ocenę oferty w ramach kryterium PK1-PK3.

Zamawiający podkreślił również, że uwzględnienie zarzutów odwołania polegających na nieprzyznaniu punktów żadnej z ofert lub przyznanie identycznej liczby punktów wszystkim wykonawcom będzie godzić w sposób rażący w zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a przede wszystkim będzie stanowić zmianę SIWZ po terminie składania ofert, co na gruncie zamówień publicznych jest działaniem niedopuszczalnym.

Zarzut 1.2

Odwołujący kwestionuje na fakt złożenia przez Wykonawcę M samodzielnie sporządzonego wykazu na potrzeby oceny ofert w ramach kryterium PK3 (w którym zostały przedstawione wszystkie niezbędne dane, aby ocenić ofertę i przyznać punkty w ramach ww. kryterium). W ocenie Odwołującego powyższe stanowi podstawę do odrzucenia oferty

ww. wykonawcy jako niezgodnej z SIWZ.

Przywoływane przez Odwołującego fragmenty SIWZ mają charakter zaleceń o charakterze formalnym, natomiast art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odnosi się do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, ale o charakterze merytorycznym. Nie jest możliwym wyciąganie negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, który w ofercie złożył dokument na innym formularzu aniżeli przygotowany przez Zamawiającego wzór w sytuacji, kiedy dokument ten umożliwia właściwą ocenę oferty wykonawcy.

Zarzut 1.3 i 1.4

Odwołujący w ramach ww. zarzutów przywołuje okoliczność, że część wykonawców biorących udział w Postępowaniu, w tym Odwołujący, nie złożyło wraz z ofertą wykazu osób niezbędnego na potrzeby oceny ofert w ramach kryterium PK3.

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazuje, że aby mówić o naruszeniu art. 7 ust. 1 Pzp należałoby wykazać, że dany wykonawca lub grupa wykonawców znajdowała się w postępowaniu w preferencyjnej, uprzywilejowanej sytuacji względem pozostałych uczestników. W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający udostępnił SIWZ wszystkim wykonawcom na równych zasadach, każdy z wykonawców miał taki sam czas na sporządzenie oferty, zapoznanie się z opisem kryteriów oceny ofert oraz dokumentami przygotowanymi przez Zamawiającego. Fakt, że Odwołujący w sposób pobieżny dokonał analizy wymagań określonych w SIWZ nic powoduje, że mamy do czynienia z naruszeniem naczelnych zasad zamówień publicznych.

Odwołujący nie udowodnił w żaden sposób, że wykonawcy, którzy nie złożyli wykazu na potrzeby kryterium PK3 nie działali w sposób świadomy oraz celowy (brak złożenia wykazu był wynikiem braku kadry pozostającej w stosunku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę).

Ponadto, Odwołujący nie sformułował zarzutu związanego z przyznaniem ww. wykonawcy dodatkowych punktów w ramach ww. kryterium, jak również nie określił żądania pominięcia zawartych w dołączonym do oferty wykazie informacji wnosząc jedynie o odrzucenie oferty.

Zarzut 2

Odwołujący podniósł zarzut błędnego wyliczenia punktacji. Zamawiający miał przyjąć do oceny ofert inny wzór aniżeli przyjęty w SIWZ. Odwołujący jednakże nie wykazał różnicy pomiędzy przyjętym przez Zamawiającego wzorem a sposobem przyznania punktów. Odwołujący zarzucił, że skoro we wcześniejszym wzorze na C_o (liczba pkt za kryterium cena) Zamawiający wstawił wagę wyrażoną w procentach, to w kryterium „organizacja, kwalifikacje, doświadczenie” (O_r) winien zastosować analogiczny wzór. W związku z tym zdaniem Odwołującego, Zamawiający winien wyliczyć punktację w ww. kryterium wg. następującego wzoru: $O_r = (O/50) \times 0,3$, co finalnie skutkuje niemożliwością uzyskania maksymalnej liczby punktów za te kryterium wynoszącej 0,3 pkt, a nie 30 pkt.

W ocenie Zamawiającego punktacja została wyliczona w sposób właściwy. Na gruncie zamówień publicznych „Waga” kryterium oceny ofert oznacza maksymalną ilość punktów, jaką może otrzymać wykonawca w ramach danego kryterium oceny ofert.

Zgodnie z postanowieniami pkt 20 IDW Zamawiający ustanowił 3 kryteria oceny ofert, za które maksymalnie dana oferta może uzyskać 100 pkt. Waga kryterium „cena oferty brutto” wynosi 50% ze 100 pkt, w związku z czym maksymalnie możliwa liczba punktów do zdobycia w tym kryterium wynosi 50. Z kolei waga kryterium „organizacja, kwalifikacje, doświadczenie” wynosi 30% ze 100 pkt, w związku z czym maksymalna liczba punktów do zdobycia w tym kryterium wynosi 30. Natomiast waga kryterium „czas realizacji umowy” wynosi 20% ze 100 pkt, w związku z czym maksymalna możliwa liczba punktów do zdobycia w tym kryterium wynosi 20. Znajduje to potwierdzenie w postanowieniach zawartych w kolejnych podpunktach pkt 20 IDW, dotyczących poszczególnych kryteriów oceny ofert. Do wyliczenia punktacji w ramach kryterium „cena oferty brutto”, zgodnie z pkt 20.7.1 IDW, Zamawiający zastosował wzór:

$$C_n/C_b \times 100 \times W_{kr}$$

w którym W_{kr} oznacza wyłącznie wartość procentową, czyli w miejsce W_{kr} podstawia się wartość 50%, co w konsekwencji dla prawidłowości dokonywanych obliczeń uzasadnia użycie w powyższym wzorze mnożnika wyrażonego liczbą 100. Natomiast do wyliczenia punktacji w ramach kryterium „organizacja, kwalifikacje, doświadczenie”, zgodnie z pkt 20.7.2 IDW, Zamawiający zastosował następujący wzór: $Q = O/50 \times \text{waga kryterium}$, gdzie „O” oznacza sumę punktów uzyskanych w ramach podkryteriów PK1-PK3. Zamawiający zwrócił uwagę, że we wzorze na „Q” nie zastrzeżono, że waga tego kryterium winna być wyrażona wartością procentową (tak jak ma to miejsce w przypadku

wzoru zastosowanego dla wyliczenia punktacji w kryterium „cena oferty brutto” przez wyrażenie jej symbolem „ W_{kr} ”), w związku z czym w miejsce wyrażenia „waga kryterium” podstawia się wartość wyrażoną liczbą 30, a zatem $O_r O/50 \times 30$. Jeżeli „O” wyniesie 50, to podstawiając tą wartość do wzoru uzyskuje się wynik wyrażony liczbą całkowitą 30.

Powyższe dowodzi, że Zamawiający dla potrzeb wyliczenia punktacji w ramach kryterium „organizacja, kwalifikacja, doświadczenie” skonstruował wzór w sposób prawidłowy

Zarzut 3

W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył ciężący na nim obowiązek podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dla punktacji przyznawanej wykonawcom w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający wskazał, że każdy z wykonawców otrzymał szczegółowy wykaz okoliczności stanowiących podstawę przyznania lub zaniechania przyznania punktów w poszczególnych kryteriach. Z uwagi na okoliczność, że ocena była dokonywana sposobem zero-jedynkowym (wykazał/nie wykazał; spełnia/nie spełnia) brak było podstaw do formułowania szczegółowego uzasadnienia w tym zakresie.

Z treści uzasadnienia odwołania nie wynika jakiego rodzaju braki zostały przez Odwołującego zidentyfikowane, i które w jego ocenie stanowią podstawę do uwzględnienia zarzutu.

Zarzut 4

Odwołujący sformułował zarzut ewentualny, tj. zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp przez zaniechanie unieważnienia Postępowania z uwagi na niemożliwość dokonania oceny ofert w ramach kryterium PK3.

Unieważnienie postępowania jest wyjątkiem od ogólnej zasady, że postępowanie w sprawie zamówienia publicznego kończy się zawarciem umowy z wykonawcą. Przesłanka unieważnienia postępowania opisana w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp opiera się na trzech okolicznościach, których łączne wystąpienie skutkuje zastosowaniem tego przepisu, tj.

- musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania);
- wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego – *vide* art. 146 Pzp;
- wada musi być niemożliwa do usunięcia.

Wada postępowania musi mieć charakter trwały, musi rzeczywiście wystąpić i musi powodować niemożliwość zawarcia ważnej umowy.

Przepis art. 146 Pzp określa ściśle określony katalog przesłanek unieważnienia postępowania. Przedmiotowa sytuacja, abstrahując od zasadności pozostałych zarzutów, nie mieści się w katalogu ww. przepisu. Przepis art. 146 ust. 6 Pzp, na który powołuje się Odwołujący odnosi się do uprawnień i działań Prezesa UZP, co uniemożliwia przyjęcie, że Zamawiający naruszył jego dyspozycję, skoro nie jest adresatem normy, do którego jest skierowana.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca M, wnosząc o oddalenie odwołania.

Na rozprawie Strony postępowania odwoławczego podtrzymały omówione powyżej stanowiska w sprawie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści wykazu osób sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do IDW wraz z dokumentami potwierdzającymi kompetencje osób ujętych w wykazie i zanonimizowanymi umowami o pracę, na potwierdzenie, że Odwołujący powinien być otrzymać punkt w podkryterium PK3.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron postępowania odwoławczego zawarte w przytoczonych powyżej pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba stwierdziła nieskuteczność zgłoszonego przystąpienia z uwagi na dokonanie tej czynności z przekroczeniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 Pzp, wydając postanowienie o odmowie dopuszczenia Wykonawcy M do udziału w postępowaniu odwoławczym.

W powyższym zakresie skład orzekający ustalił, że Zamawiający przesłał Wykonawcy M kopię odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego 28 stycznia br., a Wykonawca M potwierdził tą

okoliczność w zwrotnej korespondencji poczty elektronicznej. W konsekwencji 3-dniowy termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 31 stycznia br. Ergo zgłoszenie przystąpienia 5 lutego br. (data prezentaty) nastąpiło z uchybieniem wspomnianemu terminowi i jest nieskuteczne.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji Postępowania, a to z treści SIWZ, ofert wykonawców, którzy uczestniczyli w Postępowaniu, wezwania Wykonawcy M z 23 listopada 2018 r. w trybie art. 26 ust. 1 Pzp z odpowiedzią datowaną na 30 listopada 2018 r. wraz z załączonymi do niej dokumentami oraz zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty. Skład orzekający uznał, że stan faktyczny sprawy został przedstawiony w odwołaniu adekwatnie do wniosków płynących z zebranego materiału dowodowego i nie wymaga uzupełnienia.

W powyższych okolicznościach odwołanie podlegało oddaleniu z niżej wskazanych przyczyn.

I. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 2 Pzp

Na wstępie podkreślenia wymaga, że postanowienia SIWZ należy interpretować przy uwzględnieniu jej pełnej treści oraz obowiązujących w tym zakresie przepisów Pzp. *Ad casum* z SIWZ w sposób niebudzący wątpliwości wynikało, że Postępowanie prowadzone jest w procedurze odwróconej (zob. pkt 9.5 i nast. oraz pkt 20.1 SIWZ). Ergo, zgodnie z przepisem art. 24aa Pzp (analogiczna formuła została użyta w pkt 20.1 SIWZ) Zamawiający postanowił, że najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w Postępowaniu. Powyższe przesądzało o konieczności załączenia do oferty wykazów umożliwiających ocenę oferty w kryterium O_p, tj. wykazów osób, których wzory stanowiły załączniki nr 7 i 9 do IDW. Informacje w nich zawarte stanowiły bowiem podstawę oceny oferty w podkryteriach PK1-PK3 (argument z pkt 20.7.2 lit. A-C SIWZ).

Przywołaną przez Odwołującego okoliczność, że ocena oferty w podkryterium PK3 dokonywana miała być w oparciu o wykaz osób składany na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu (zob. pkt 9.7.4 SIWZ), skład orzekający uznał, w realiach tej sprawy, za pozbawioną znaczenia. Biorąc pod uwagę istotę procedury odwróconej należało stwierdzić, że po dokonaniu oceny ofert (w tym m.in. w oparciu o wspomniane wykazy, sporządzone według wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do IDW) Zamawiający i tak zobligowany byłby do wystąpienia do wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona, w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, o złożenie dokumentów podmiotowych, co *de facto* miało, w odniesieniu do Wykonawcy M, miejsce 23 listopada 2018 r.

Zdaniem Izby, Odwołujący, uzasadniając omawiany zarzut odwołania, poza wybiórczą interpretacją postanowień SIWZ, po pierwsze, pominął okoliczność, że w procedurze odwróconej ocena ofert dokonywana jest w pierwszej kolejności przed oceną sytuacji podmiotowej wykonawcy, po drugie zaś – przypisał zbyt dużą wagę postanowieniom SIWZ, które przewidywały obowiązki *stricte* formalne, tj. takie, których naruszenie nie mogłoby skutkować negatywnymi konsekwencjami dla wykonawcy (np. pkt 12.2 i 12.6 SIWZ). Potwierdzeniem powyższego jest chociażby fakt, że oferta wykonawcy CertusVia, który załączył do niej szereg dokumentów podmiotowych, nie została z tego powodu odrzucona, pomimo że niewątpliwie nie sporządzono jej ściśle według wymagań SIWZ. Natomiast jeżeli po stronie Odwołującego pojawiły się wątpliwości co do rodzajów dokumentów, które należy załączyć do oferty, na co wskazują okoliczności stanu faktycznego, to jego obowiązkiem, jako profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, było zwrócenie się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SIWZ. Jak bowiem trafnie zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 5 czerwca 2014 r., sygn. akt IV CSK 626/13

„art. 38 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) stanowi w związku z art. 354 § 2 KC nie tylko uprawnienie, ale także obowiązek wykonawcy zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ; zaniechanie tej powinności może być podstawą zarzucenia wykonawcy niedochowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy przez art. 355 § 2 KC”. W konsekwencji skład orzekający podziela stanowisko wyrażone przez Izbę w uzasadnieniu wyroku

z 24 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 778/15, zgodnie z którym „Po wyroku Sądu Najwyższego z dnia z 5 czerwca 2014 r. w sprawie o sygnaturze IV CSK 626/13 tracą na ostrości prezentowane poglądy, które opierały się na założeniu, że ryzyko wątpliwości wynikających z niejasnych postanowień SIWZ, nie dających usunąć się w drodze wykładni dokonywanej przez wykonawcę powinna bowiem ponieść strona, która ten SIWZ zredagowała, czyli Zamawiający”.

Reasumując, wniosek Odwołującego o uniemożliwienie mu złożenia dokumentu niezbędnego Zamawiającemu do dokonania oceny oferty Odwołującego w podkryterium PK3 był chybiony. Odwołujący powinien był bowiem, chcąc uzyskać punkty w podkryterium PK3, załączyć dokument umożliwiający Zamawiającemu dokonanie oceny, względnie – wystąpić do Zamawiającego o wyjaśnienie postanowień SIWZ statuujących podstawy przyznawania punktów w tym podkryterium. Z powyższych przyczyn Izba nie uwzględniła przy wyrokowaniu wniosków płynących ze złożonych przez

Odwołującego na rozprawie dowodów z dokumentów, które to powinny być przedstawione do oceny w podkryterium PK3 na właściwym etapie Postępowania, nie zaś w toku procedury odwoławczej.

W zakresie twierdzeń o nieprawidłowym obliczeniu liczby punktów uzyskanych przez ofertę Wykonawcy M w kryterium O_r , mieszczących się w zarzucie naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, Izba podziela zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie stanowisko Zamawiającego i wskazuje, że Odwołujący mylnie za wagę kryterium podstawił wartość wyrażoną procentowo (30%, tj. 0,3), a powinien był odnieść ten parametr do maksymalnej liczby punktów możliwych do uzyskania w tym kryterium, tj. 30 pkt. Potwierdza to zestawienie wzorów służących do obliczenia punktów w kryterium C_o , w którym wyraźnie wskazano, że waga kryterium (W_{kr}) wyrażona jest procentowo z wzorem służącym obliczeniu punktów w kryterium O_r , w przypadku którego pouczenia takiego nie ma.

II.Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

W odniesieniu do kwestii niezgodności treści oferty Wykonawcy M z SIWZ, mającej polegać na załączeniu do oferty (str. 15) dokumentu niezgodnego z postanowieniami SIWZ, na podstawie którego Zamawiający dokonał jej oceny w podkryterium PK3 Izba wskazuje, że w doktrynie i orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, zgodnie z którym niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ (tak przykładowo M. Jaworska: *Komentarz do art. 89 ust. 1 Pzp*[w:] M. Jaworska (red.): *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis/el. 2019, czy wyrok KIO z 21 maja 2018 r., sygn. akt KIO 873/18).

W stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy Wykonawca M niewątpliwie załączył do oferty samodzielnie przygotowany wykaz osób do oceny oferty w podkryterium PK3, z pominięciem wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do IDW. Niepodważalna jest jednocześnie okoliczność, że załączony do oferty dokument umożliwił ocenę oferty Wykonawcy M we wspomnianym podkryterium.

Wobec powyższego Izba uznała, że zarzucaną ofercie niezgodność jej treści z SIWZ sprowadzić można do twierdzenia o nieprzedstawieniu Zamawiającemu na etapie oceny ofert wszystkich informacji objętych treścią załącznika nr 7 do IDW. Należy jednak zauważyć, że w warunkach procedury odwróconej informacje takie przedstawia jedynie wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona (*ad casum* – Wykonawca M), co – jak wspomniano – miało miejsce w odpowiedzi na wezwanie z 23 listopada 2018 r. W konsekwencji nie mogła się ostać argumentacja upatrująca w takim zaniechaniu podstaw do odrzucenia oferty na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

III.Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 Pzp

Odwołujący ograniczył zarzut odwołania do przytoczenia treści przepisu art. 92 ust. 1 Pzp i też z orzecznictwa KIO o obowiązkach informacyjnych Zamawiającego, wywodząc z nich, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający zaniechał podania uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru oferty najkorzystniejszej. Wnioskom tym przeczy lektura wspomnianego uzasadnienia oraz załączonego do niego zestawienia z punktacją ofert we wszystkich kryteriach ich oceny. Nie sposób nie zauważyć przy tym, że rzekome braki w treści zawiadomienia ostatecznie nie stanęły na przeszkodzie wniesieniu odwołania, a sam Odwołujący nie wskazał jakie z brakujących informacji istotnie ograniczają przysługujące mu prawo do obrony swoich interesów.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp

Odwołujący, w pkt 3 *petitum* odwołania postawił samodzielny zarzut naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych, wyrażonych w przywołanych przepisach. Abstrahując od braku możliwości opierania zarzutów odwołania wyłącznie na ujętych w przepisach Działu I Rozdziału II Pzp zasadach udzielania zamówień, które doznają konkretyzacji w kolejnych regulacjach Pzp, to – wobec nie potwierdzenia się omówionych wcześniej zarzutów – nie doszło do naruszenia przywołanych przez Odwołującego zasad na gruncie Postępowania.

IV.Zarzut ewentualny naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp

W następstwie przedstawionych zapatrywań Izba nie znalazła podstaw do unieważnienia Postępowania, jako że nie dopatrywała się w nim niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania (pkt 2 sentencji wyroku) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2018 r., poz. 972 j.t.).

Przewodniczący:.....