

Sygn. Akt KIO 308/17

Sygn. akt: KIO 308/17

WYROK
z dnia 6 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lutego 2017 r. **przez odwołującego**: E.P. S.A. (...) w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego**: W.P.- P.Z.D.W. (...)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T.P. S.A – Lider Konsorcjum (...) oraz P.E.U. i M. Sp. z o.o. - Członek Konsorcjum (...) zgłaszających przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy wybranego i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. kosztami postępowania obciąża W.P.- P.Z.D.W. (...)
i
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez E.P. S.A. (...) tytułem wpisu od odwołania,
3. zasądza od W.P.- P.Z.D.W. (...) kwotę 23.600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz E.P. S.A. (...) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

1

Sygn. Akt KIO 308/17

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. z 2016r. poz.831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Rzeszowie.

Przewodniczący:

2

Sygn. Akt KIO 308/17

Uzasadnienie

I. Informacje ogólne.

Pismem z dnia 16 lutego 2017 roku zostało złożone odwołanie przez odwołującego, którym jest E.P. S.A. (...) skierowane do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Skierowane odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez zamawiającego, którym jest W.P.- P.Z.D.W. ul. T. (...).

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego a jego przedmiotem

jest „Wykonanie w systemie „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej z uzyskaniem decyzji ZRID z rygiorem natychmiastowej wykonalności oraz robót budowlanych w ramach zadania pn.: „Budowa obwodnicy m. D. w ciągu drogi wojewódzkiej nr (...) L.-P.-G.” (Nr postępowania: (...)) zwane dalej „Postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zamawiający przekazał Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 02.09.2016 r. i opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr (...)w dniu 06.09.2016 r.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Powołując się na art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą pzp”, odwołujący złożył odwołanie od wskazanych poniżej czynności i zaniechań zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego pismem z dnia 20 lutego 2017 roku przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca wybrany konsorcjum T.P. S.A – Lider Konsorcjum (...) oraz P.E.U. i M. Sp. z o.o. - Członek Konsorcjum (...) zwani dalej „przystępującym” lub „K.T.”.

II. Zarzuty odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

3

Sygn. Akt KIO 308/17

1. art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp w zw. z art 7 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy K.T., z uwagi na niezgodność treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ (pkt 3.11 SIWZ),

2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez:

- a) wezwanie K.T. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie odnoszącym się do wymagania, o którym mowa w pkt 3.11 SIWZ, pomimo tego, iż nie było podstaw do takiego wezwania, wobec braku w treści oferty K.T. wymaganego oświadczenia K.T., że osoby wykonujące czynności w trakcie realizacji zamówienia, tj. Dyrektor Kontraktu oraz Kierownik Budowy będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę,
- b) prowadzenie przez Zamawiającego negocjacji z K.T. dotyczących treści złożonej oferty, w zakresie odnoszącym się do wymagania, o którym mowa w pkt 3.11 SIWZ,
- c) zaakceptowanie przez zamawiającego wyjaśnień K.T., które to wyjaśnienia oraz załączone do nich oświadczenie woli K.T., że osoby wykonujące czynności w trakcie realizacji zamówienia, tj. Dyrektor Kontraktu oraz Kierownik Budowy będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę, stanowią niedopuszczalną zmianę treści oferty K.T..

Na podstawie tak sformułowanych zarzutów odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego odwołania,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,
3. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
4. nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty K.T. oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
5. nakazanie zamawiającemu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej,
6. zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą według norm przepisanych.

W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy pzp) odwołujący żąda od zamawiającego dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

Odwołujący podnosząc powyżej przedstawione zarzuty naruszenia przepisów ustawy pzp oraz żądania przedstawił ich następujące uzasadnienie.

Sygn. Akt KIO 308/17

Z uwagi na fakt, że zamówienie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, a wartość przedmiotowego zamówienia jest większa niż wyrażona w złotych polskich równoważność kwoty Euro - zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie kwot wartości zamówień, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp:

- 1) niniejsze odwołanie wniesiono w terminie, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, tj. w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia;
- 2) zachowany został warunek przekazania treści odwołania zamawiającemu - stosownie do treści art. 180 ust. 5 ustawy pzp - przed upływem terminu do złożenia odwołania, na dowód czego odwołujący załącza kopię nadania odwołania do zamawiającego;
- 3) wpis od odwołania został należycie uiszczony - tj. w wysokości 20 000 złotych na konto Urzędu Zamówień Publicznych, a dowód uiszczenia wpisu załączony został do odwołania.

Odwołujący informację o odrzuceniu oferty najkorzystniejszej otrzymał w dniu 6 lutego 2017 r. drogą elektroniczną (via e-mail), co powoduje, że termin złożenia niniejszego odwołania upływa w dniu 16 lutego 2017 r. z tych powodów, niniejsze odwołanie wnoszone jest w terminie.

II. Co do interesu w uzyskaniu zamówienia.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została bowiem sklasyfikowana na drugim miejscu. Ustalenie, iż zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy dokonał wyboru oferty K.T. i w konsekwencji odrzucenie oferty tego wykonawcy spowoduje, że oferta odwołującego zostanie wybrana jako najkorzystniejsza.

III. Co do przedstawienia stanu faktycznego.

1. Zgodnie z pkt 3.11 SIWZ „Zamawiający wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2014r. poz. 1502, z późn. zm.).

W celu udokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a Ustawy Wykonawca powinien oświadczyć w formularzu ofertowym, że osoby wykonujące czynności określone w Instrukcji dla Wykonawców pkt 6.2.3a) tj. Dyrektor Kontraktu, Kierownik Budowy) w zakresie realizacji zamówienia będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę.

5

Sygn. Akt KIO 308/17

Zamawiający ma prawo do skontrolowania Wykonawcy w zakresie zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy wzywając go na piśmie do przekazania informacji, o których mowa w Rozdziale V-Aktu Umowy pkt. 14-17 tj. w terminie 14 dni od otrzymania takiego wezwania.

W przypadku gdy Wykonawca nie dochowa w/w terminu Zamawiający obciąży Wykonawcę karami umownymi za każdy dzień zwłoki w wysokości 0,01% całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w umowie o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących funkcję Dyrektora Kontraktu i Kierownika Budowy.

2. Powyższy zapis SIWZ oraz wymóg, aby wykonawca złożył stosowne oświadczenie w formularzu ofertowym jest bezpośrednią konsekwencją zmiany SIWZ, dokonanej przez zamawiającego w dniu 18.10.2016 r. wraz z dokonaną zmianą zamawiający dokonał także zmiany formularza ofertowego, aby zapewnić wykonawcom możliwość złożenia stosownego

oświadczenia, o którym mowa w pkt 3.11 SIWZ

3. K.T. złożyła w terminie składania ofert Formularz Ofertowy nie obejmujący wymaganego przez zamawiającego oświadczenia na temat osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę.

4. Następnie zamawiający wezwał w dniu 16.01.2017 r. na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy pzp K.T. do wyjaśnienia brakującego oświadczenia. Na wezwanie zamawiającego K.T. pismem z dnia 17.01.2017 r. poinformowała, że „omyłkowo” nie zamieściła w Formularzu Oferty oświadczenia na temat osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, załączając do wyjaśnień w postaci załączników oświadczenie, że osoby wykonujące czynności w trakcie realizacji zamówienia, tj. Dyrektor Kontraktu oraz Kierownik Budowy będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę, oraz kopie umów o pracę.

5. W dniu 6 lutego 2017 r. zamawiający, akceptując wyjaśnienia K.T., dokonał wyboru jej oferty jako najkorzystniejszej.

III. Co do uzasadnienia prawnego.

1. Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania

6

Sygn. Akt KIO 308/17

zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczone w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

2. Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca (tutaj w Formularzu Oferty K.T. - brak zobowiązania, że osoby wykonujące czynności w trakcie realizacji zamówienia, tj. Dyrektor Kontraktu oraz Kierownik Budowy będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę 1) i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ (tutaj pkt 3.11 SIWZ): ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego; tutaj złożenie oświadczenia w zakresie zatrudnienia na urnowę o pracę nie w Formularzu Oferty, ale na drodze wyjaśnień).
3. Stosownie do art. 82 ust. 3 ustawy Pzp treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Tymczasem K.T. złożyła ofertę bez wymaganego oświadczenia, że osoby wykonujące czynności w trakcie realizacji zamówienia, tj. Dyrektor Kontraktu oraz Kierownik Budowy będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Złożonej i wyrażonej w ten sposób treści oferty nie są w stanie zmienić żadne wyjaśnienia wykonawcy składane w jakimkolwiek trybie, w tym na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Zdanie drugie tego przepisu wprost stanowi, iż zakazuje się jakichkolwiek zmian w treści oferty, za wyjątkiem zmian wskazanych w przepisie art. 87 ust. 2 pzp, które są dokonywane przez zamawiającego. Bez znaczenia więc powinna pozostawać w tym przypadku - i w tym kontekście - ocena treści wyjaśnień K.T.. Dodatkowo należy wskazać, że samo wezwanie K.T. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie odnoszącym się do wymagania, o którym mowa w pkt 3.11 SIWZ, stanowiło naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, i było niedopuszczalne. Wskazać należy,

bowiem, że nie było podstaw do takiego wezwania, wobec braku w treści oferty K.T. wymaganego oświadczenia.

4. W niniejszym Postępowaniu według kształtu oferty zaprojektowanego w SIWZ (tutaj pkt 3.11, a także treść Formularza Oferty), Zamawiający wprost wymagał aby

7

Sygn. Akt KIO 308/17

wykonawca zobowiązał się w dokumencie zwanym Formularz Oferty, że osoby wykonujące czynności w trakcie realizacji zamówienia, tj. Dyrektor Kontraktu oraz Kierownik Budowy będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę.

5. Jasne i niebudzące wątpliwości sformułowanie w pkt. 3.11 SIWZ wskazuje, że zamawiający nie oczekiwał, ale i nie dopuszczał innego sposobu wyrażenia powyższego zobowiązania, niż poprzez złożenie wymaganego oświadczenia w Formularzu Oferty i w celu udokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy wykonawca powinien oświadczyć w formularzu ofertowym, że osoby wykonujące czynności określone w Instrukcji Dla Wykonawców (pkt. 6.2.3a) tj. Dyrektor Kontraktu, Kierownik Budowy) w zakresie realizacji zamówienia będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę).
6. Wobec powyższego jakkolwiek próba udokumentowania w innej niż oczekiwał zamawiający formie zatrudnienia na umowę o pracę, np. w postaci oświadczenia własnego K.T., czy też dołączenie kopii umów o pracę na etapie postępowania przetargowego, jest niedopuszczalne.
7. Przedłożenie przez K.T. kopii umów o pracę jest także o tyle bezprzedmiotowe, że zamawiający przewidział odrębną procedurę kontroli zatrudnienia na umowę o pracę (patrz 3.11 SIWZ) i nie tyle nie oczekiwał, co nie dopuszczał w ogóle, na etapie samej procedury przetargowej, takiego sposobu udokumentowania zatrudnienia na umowę o pracę.
8. W trakcie badania oferty K.T. i Zamawiający prowadzili między sobą de facto korespondencję na temat wymogu zatrudnienia na umowę o pracę, który stanowi element sposobu realizacji zamówienia, kwalifikując tę korespondencję jako wyjaśnienie treści oferty, o którym mowa w art. 87 ust. 1 ustawy pzp. O ile zgodzić się można, że treść przepisu art. 87 ust. 1 ustawy pzp daje zamawiającemu uprawnienie do wyjaśnienia treści złożonej oferty - aczkolwiek w przedmiotowym postępowaniu brak było podstaw do wezwania K.T. do złożenia wyjaśnień odnoszących się do wymagania, o którym mowa w pkt. 3.11 SIWZ - to wyjaśnienia te nie mogą prowadzić do zmiany samej oferty, co ma miejsce w niniejszym Postępowaniu. Wskazać należy, że przedmiotem wezwania zamawiającego było zignorowanie przez K.T. zmodyfikowanego Formularza Oferty. Tymczasem w odpowiedzi na wezwanie K.T. postanowił zmodyfikować treść złożonej oferty i wskazać - w formie oświadczenia własnego - że osoby wykonujące czynności w trakcie realizacji zamówienia (Dyrektor Kontraktu oraz Kierownik Budowy) będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Taka praktyka zamawiającego i akceptacja zmiany treści zobowiązania złożonego w ofercie na podstawie wyjaśnień wykonawcy K.T. nie zasługuje na uwzględnienie. W wyroku z dnia 8 czerwca 2009 r., sygn. akt. KIO 663/09, Krajowa Izba Odwoławcza

8

Sygn. Akt KIO 308/17

zwróciła uwagę, że treść oferty należy rozumieć jako treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania zamówienia. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy, składane wraz z formularzem ofertowym. Sporne oświadczenie dotyczące zobowiązania do zatrudnienia na umowę o pracę wskazanych osób w trakcie realizacji zamówienia, w przypadku K.T., pojawiło się jedynie na etapie wezwania Zamawiającego i pierwotnie nie stanowiło treści formularza ofertowego, czy jakiegokolwiek innego dokumentu załączonego do tego formularza.

9. Ponadto, przepis art. 87 ust. 1 ustawy pzp nie daje zamawiającemu uprawnienia do

wyjaśnienia czegoś, co nie stanowi treści oferty, nie ma odzwierciedlenia w treści oferty.

10. Złożenie oferty nieodpowiadającej wymaganiom zamawiającego, określonym w konkretnych postanowieniach SIWZ i odnoszącym się do sposobu realizacji, powinno skutkować odrzuceniem oferty K.T.. W żadnym razie wyjaśnienia treści oferty nie mogą prowadzić do jakiegokolwiek zmiany jej treści.

W tym stanie rzeczy odwołujący wnosi jak na wstępie odwołania.

Zamawiający na rozprawie do protokołu przedstawił argumentację za oddaleniem odwołania w całości.

Pismem z dnia 20 lutego 2017 roku do postępowania po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca wybrany to jest konsorcjum T.P. S.A. w Warszawie jako Lider Konsorcjum i P.E.U. i M. Sp. z o.o. w B. jako Członek Konsorcjum, które wniosło o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Na podstawie przeprowadzonego na rozprawie postępowania dowodowego **Izba ustaliła** jak poniżej.

Zamawiający przed upływem terminu składania ofert wprowadził zmiany do SIWZ (Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) odnoszące się do personelu, który ma

9

Sygn. Akt KIO 308/17

wykonywać zamówienie w kontekście art.29 ust.3a ustawy pzp czyli opisu przedmiotu zamówienia.

Postawiony dla wykonawców czy też podwykonawców wymóg zatrudnienia osób na umowę o pracę sprowadzał się do stanowiska Dyrektora Kontraktu i Kierownika Budowy. Treść tego zobowiązania przedstawił zamawiający w punkcie 3.11. SIWZ gdzie oświadcza, że wymaga zatrudnienia tych osób na podstawie umowy o pracę. Treść postanowień SIWZ wymaga aby " W celu udokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art.29 ust.3a Ustawy Wykonawca powinien oświadczyć w formularzu ofertowym, że osoby wykonujące czynności określone w Instrukcji dla Wykonawców (pkt 6.2.3a) tj. Dyrektor kontraktu, Kierownik Budowy w zakresie realizacji zamówienia będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę. W dalszej części pkt-u 3.11. SIWZ zamawiający przewiduje na etapie realizacji umowy prawo kontroli przez ustalenie obowiązku przekazywania informacji przez wykonawcę o zatrudnieniu do zamawiającego. W myśl pkt 14-17 Rozdziału V Aktu Umowy wykonawca powinien informować zamawiającego pod rygorem przewidzianych kar umownych za zwłokę w przekazywaniu informacji w tym zakresie.

Tak więc z treści pkt-u 3.11. SIWZ wynika, że regulacja o zatrudnieniu na umowę o pracę Dyrektora Kontraktu i Kierownika Budowy stanowi wypełnienie dyspozycji zawartej w art.29 ust.3a ustawy pzp. Z kolei w myśl tej dyspozycji ustawowej zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności realizacji zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający czynności wymagające zatrudnienia na umowę o pracę sprowadził w pkt 3.11. SIWZ do czynności Dyrektora Kontraktu i Kierownika Budowy.

Zamawiający dla zrealizowania tego ustawowego obowiązku w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (art.29 ust.3a ustawy pzp) zmodyfikował w dniu 18 października 2016 roku Formularz oferty wprowadzając punkt 10 o treści „10) Oświadczamy, że osoby wykonujące czynności w trakcie realizacji zamówienia tj. Dyrektor Kontraktu oraz Kierownik Budowy będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę.”

Izba dokonując badania treści oferty wykonawcy wybranego stwierdziła, że formularz oferty nie zawiera oświadczenia woli wymaganego art.29 ust.3a ustawy Pzp i pkt-u 3.11.SIWZ (formularz oferty Konsorcjum T.P.).

Zamawiający pismem z dnia 16.01.2017 roku powołując się na art.87 ust.1 ustawy pzp zwrócił się do wykonawcy wybranego o wyjaśnienie treści oferty w zakresie Formularza

oferty. Bowiem jak zamawiający w wezwaniu podkreślił złożony formularz oferty nie uwzględnia jego modyfikacji z dnia 18.10.2016 roku to jest zmian wprowadzonych w związku z art.29. ust.3a ustawy pzp. Zamawiający stwierdza, że w załączonym „Formularzu Oferty” brak jest oświadczenia na temat osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę.

10

Sygn. Akt KIO 308/17

W związku z zaistniałą sytuacją jak wskazuje zamawiający zwraca się do wykonawcy to jest przystępującego o wyjaśnienie w tym zakresie.

Wezwany wykonawca w piśmie z dnia 17.01.2017 roku do zamawiającego między innymi stwierdza, że omyłkowo w formularzu oferty nie zamieścił oświadczenia na temat zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę. W związku z tym niniejszym potwierdza, że jego oferta jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia a osoby wskazane do pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu i Kierownika Budowy były w dniu składania oferty zatrudnione na podstawie umowy o pracę oraz w przypadku realizacji zatrudnienia będą cały czas zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Do pisma wyjaśniającego z dnia 17.01.2017 roku złożono stosowne oświadczenia odpowiadające treści punktu 10 formularza oferty jak również potwierdzające te oświadczenia umowy o pracę.

Z dokumentów załączonych do Formularza ofertowego wykonawcy wybranego to jest Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) Część IV Kryteria kwalifikacji c. zdolność techniczna i zawodowa wynika, że Dyrektorem Kontraktu będzie Pan J.T. przy czym opisuje się jego doświadczenia zawodowe ale brak jest informacji o stosunku łączącym go z wykonawcą w związku z pełnioną funkcją. Podobnie ma się rzecz w stosunku do Kierownika Budowy Pana M.S. nie podaje się jakiego rodzaju stosunek łączy jego z zamawiającym w związku z przewidywaną do pełnienia funkcją w niniejszym zamówieniu. Zamawiający po złożeniu ofert w dniu 12.01.2017 roku ale przed udzieleniem zamówienia wezwał wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej to jest przystępującego w trybie art.26 ust.1 ustawy pzp. Czyli wezwał do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust.1

Jednym z elementów tego wykazu miała być to jest w tym wypadku wykazu

osób.

informacja o podstawie dysponowania tymi osobami w tym osobami Dyrektora Kontraktu i Kierownika Budowy. Należy nadmienić, że art.25 ust.1 ustawy pzp. odnosi się w związku z żądanym wykazem osób do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu a nie do treści oferty.

W związku z tak ustalonym stanem faktycznym i prawnym **Izba zważyła** co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem rozstrzygnięcia sporu jest zagadnienie oświadczenia się wykonawcy w formularzu oferty co do zobowiązania się do zatrudnienia Dyrektora Kontraktu i Kierownika Budowy na podstawie umowy o pracę. Przy czym wymóg tego oświadczenia znajduje podstawę prawną w art.29 ust.3a ustawy pzp., który obliuguje w przypadku robót

11

Sygn. Akt KIO 308/17

budowlanych do oświadczenia jakie czynności mają być wykonywane na podstawie umowy o pracę. Wskazanie takich czynności sprowadza się do zajmowanych stanowisk i wchodzi w zakres opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający jednoznacznie co do tego opowiedział się w pkt.3.11. SIWZ przywołując art.29 ust.3a ustawy pzp jako podstawy regulacji i wymienił w tym miejscu stanowisko Kierownika Budowy i Dyrektora Kontraktu. Też w tym samym punkcie 3.11. SIWZ zamawiający stwierdza, że co do zobowiązania zatrudnienia Dyrektora Kontraktu i Kierownika Budowy na umowę o pracę wykonawca ma się oświadczyć w formularzu ofertowym. Przy czym formularz został tak opracowany, że wykonawcy mieli tylko go podpisać, ponieważ zawierał już zobowiązanie w tym zakresie i nie musieli wykonawcy wykazywać żadnej inicjatywy na przykład przez uzupełnienie oświadczenia we

własnym zakresie. Natomiast wykonawca wybrany użył nieaktualnego formularza to jest nie zawierającego pkt-u 10, w którym wykonawca zobowiązuje się do zatrudnienia Dyrektora Kontraktu i Kierownika Budowy na podstawie umowy o pracę. Sam zamawiający wskazuje w wezwaniu z dnia 16.01.2016 roku, że oświadczenie o zatrudnieniu wyżej wymienionych osób jest elementem treści oferty. Powyższe wynika z faktu, że zamawiający zwracając się do wykonawcy posłużył się dyspozycją art.87 ust.1 ustawy pzp. przywołując ją w wezwaniu (...) „i zwraca się o wyjaśnienie treści oferty”(…). Zgodnie z tym przepisem zamawiający może żądać wyjaśnień od wykonawców dotyczących treści złożonych przez nich ofert ale w wyniku złożonych wyjaśnień treść oferty nie może ulec zmianie. W przedmiotowej sprawie wykonawca przyznał się do pomyłki polegającej na posłużeniu się formularzem oferty niewłaściwym to jest formularzem przed wprowadzonymi zmianami. W związku z tym złożył na wezwanie zamawiającego i po złożeniu ofert odrębne zobowiązanie, które miało stanowić element treści wymaganych w formularzu ofertowym, których zabrakło na etapie składania ofert. Tą brakującą treścią było złożone odrębnym dokumentem zobowiązanie do zatrudnienia na umowę o pracę Dyrektora kontraktu i Kierownika Budowy. W ocenie Izby tak dokonane uzupełnienie oświadczenia brakującego na etapie składania ofert stanowi niedopuszczalną ingerencję w treść złożonej oferty, w której nie znajdowało się wymagane zobowiązanie.

Brakującego zobowiązania nie zastąpią oświadczenia znajdujące się w punktach 5 i 6 formularza ofertowego jak podnosili na rozprawie zamawiający i przystępujący po jego stronie. Pierwsze z nich odnosi się do potwierdzenia, że wykonawca zapoznał się warunkami zamówienia i nie wnosi do warunków zastrzeżeń oraz, że uzyskano niezbędne informacje do przygotowania oferty. To oświadczenie z jednej strony ma charakter uniwersalny, ponieważ odnosi się w ogóle do warunków zamówienia a także zawiera akceptację warunków zamówienia a w efekcie z niego wynika, że wykonawca posiadał wszelkie informacje do przygotowania oferty. Reasumując tego rodzaju oświadczenie odnosi się do stanu wiedzy na temat warunków zamówienia i zgody na nie a także zapewnienia, że

12

Sygn. Akt KIO 308/17

wiedza ta umożliwia sporządzenie oferty. Tego rodzaju formuła stanowi zapewnienie zamawiającego, że wykonawca zapoznał się z SIWZ, godzi się na jego warunki i posiadał z niej taką wiedzę, że jest w stanie sporządzić ofertę. Treść tego oświadczenia wskazuje na jego cel, którym jest zapewnienie zamawiającego, że wykonawca jest w stanie przygotować ofertę, ponieważ zapoznał się z warunkami zamówienia, je akceptuje (nie wnosi zastrzeżeń) a informacje uzyskane umożliwiają przygotowanie oferty. Podobnie pkt 6 formularza ofertowego, który odnosi się nie już do przygotowania oferty ale do zawarcia umowy w przypadku wyboru oferty jako najkorzystniejszej. W tym celu wykonawca oświadcza, że zapoznał się z postanowieniami umowy i zawrze umowę w miejscu i o czasie wskazanym przez zamawiającego w przypadku wyboru jego oferty. Tak więc obydwie przywoływane przez zamawiającego i przystępującego uregulowania formularza oferty (punkt 5 i 6) mają charakter deklaratoryjny, gwarantujący zamawiającemu przygotowanie oferty i podpisanie umowy, ponieważ wykonawca zapoznał się z warunkami przetargu, zgadza się z nimi i podpisze umowę w przypadku wyboru jego oferty na warunkach SIWZ. Niemniej wymienione regulacje formularza oferty w pkt-ach 5 i 6 nie stanowią oświadczenia o którym mowa w pkt 10 formularza a które to oświadczenie przewidziano w pkt 3.11. SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Zobowiązanie do zatrudnienia na umowę o pracę osób na określonych stanowiskach nie jest równoważne z takimi klauzulami generalnymi jak potwierdzeniem, że zna się warunki zamówienia, akceptuje się je oraz, że uzyskane informacje umożliwią przygotowanie oferty. Czy też taka klauzula generalna jak, że zapoznano się z postanowieniami umowy i w przypadku wyboru oferty obligujemy się do zawarcia jej na warunkach SIWZ.

Tak więc w ocenie Izby klauzule punktu 5 i 6 formularza ofertowego nie zastępują wymaganego postanowieniem pkt 3.11 SIWZ oświadczenia woli wykonawcy co do sposobu wykonania zamówienia przez zatrudnienie Kierownika Budowy i Dyrektora Kontraktu na podstawie umowy o pracę realizowanego treścią pkt 10 formularza ofertowego. Tego rodzaju pominięcie, opisanego oświadczenia woli w pkt 3.11. SIWZ, należy kwalifikować jako sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ. Z kolei uzupełnienie tego braku w trybie wyjaśnień w myśl art.87 ust.1 ustawy pzp po złożeniu oferty, nie naprawia wadliwości oferty

wypełniającej treść art.89 ust.1 pkt 2 ustawy pzp.

Również z innych treści złożonej oferty nie wynika oświadczenie woli wykonawcy wskazujące na spełnienie wymogu zatrudnienia na umowę o pracę wymienionych stanowisk. Przywoływany i cytowany powyżej JEDZ wykonawcy wymienia stanowiska i nazwiska ale nie zawiera oświadczenia co do podstawy dysponowania tymi osobami. Dopiero przed udzieleniem zamówienia a po złożeniu oferty wykonawca wezwany w trybie art.26 ust.1 ustawy pzp złożył Wykaz osób z którego wynika, sposób dysponowania wskazanymi osobami. Tak więc ustalenie treści brakującego oświadczenia woli przewidzianego w

13

Sygn. Akt KIO 308/17

formularzu ofertowym nie było możliwe do ustalenia z innych dokumentów składanych na dzień upływu terminu składania ofert. Powyższe stanowi potwierdzenie okoliczności podnoszonej w odwołaniu o wystąpieniu sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ w myśl postanowień art.82 ust.3 ustawy pzp. W niniejszej sprawie sprzeczność ta przejawiała się przez brak oświadczenia woli wymaganej treścią formularza ofertowego w zmodyfikowanym jego dokumencie na dzień 18 października 2016 roku.

W tym stanie rzeczy odwołanie zasługuje na uwzględnienie w związku z podniesionymi zarzutami odwołania to jest:

1. art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp w zw. z art 7 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy K.T., z uwagi na niezgodność treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ (pkt 3.11 SIWZ),

2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez:

a) wezwanie K.T. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie odnoszącym się do wymagania, o którym mowa w pkt 3.11 SIWZ, pomimo tego, iż nie było podstaw do takiego wezwania, wobec braku w treści oferty K.T. wymaganego oświadczenia K.T., że osoby wykonujące czynności w trakcie realizacji zamówienia, tj. Dyrektor Kontraktu oraz Kierownik Budowy będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę,

b) prowadzenie przez Zamawiającego negocjacji z K.T. dotyczących treści złożonej oferty, w zakresie odnoszącym się do wymagania, o którym mowa w pkt 3.11 SIWZ,

c) zaakceptowanie przez zamawiającego wyjaśnień K.T., które to wyjaśnienia oraz załączone do nich oświadczenie woli K.T., że osoby wykonujące czynności w trakcie realizacji zamówienia, tj. Dyrektor Kontraktu oraz Kierownik Budowy będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę, stanowią niedopuszczalną zmianę treści oferty K.T..

W konsekwencji uwzględnienia zarzutów Izba nakazała zamawiającemu:

unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenie oferty Konsorcjum P.T. i powtórzenie czynności badania i oceny ofert czyli wyboru najkorzystniejszej oferty.

Izba uwzględniając odwołanie brała pod uwagę czy naruszenia wskazane w odwołaniu mają istotny wpływ na wynik postępowania. Skoro oferta odwołującego po badaniu i ocenie ofert zajmowała drugą pozycję w rankingu ofert i potwierdziły się zarzuty odwołania to ziściły się przesłanki do uwzględnienia odwołania z art.192 ust.2 ustawy pzp w związku z art.179 ust.1 ustawy pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238 zm.

14

Sygn. Akt KIO 308/17

Dz.U. 2017r.) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 20.000,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis przez odwołującego oraz wynagrodzenie dla pełnomocnika odwołującego w kwocie 3600,00zł według załączonej faktury VAT.

Przewodniczący:

