

Sygn. akt: KIO 429/20

## WYROK

z dnia 13 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2020 r. przez wykonawcę UOS Drilling spółka akcyjna w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Gminę Sękowa

przy udziale wykonawcy Exalo Drilling spółka akcyjna w Pile, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę UOS Drilling spółka akcyjna w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez UOS Drilling spółka akcyjna w Warszawie Wrocławiu 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 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Nowym Sączu.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 429/20

I. Gmina Sękowa (dalej: Zamawiający), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie otworu poszukiwawczo-rozpoznawczego SĘKOWA GT-1 w celu ujęcia wód termalnych w miejscowości Sękowa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych

z dnia 12 listopada 2019 r., nr 620933-N-2019. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.); dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 28 lutego 2020 r. wykonawca UOS Drilling spółka akcyjna w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty,
- 3) art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przez dokonanie oceny oferty Odwołującego w sposób niezgodny z postanowieniem SIWZ.

W ocenie Odwołującego, jego oferta powinna zostać uznana za najkorzystniejszą - Zamawiający jednak nieprawidłowo nie przyznał mu punktów w kryterium pozacenowym. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący w ofercie nie podał „niezbędnych informacji”, pozwalających na ocenę w tym kryterium ocen ofert, to jest zaniechał wskazania imienia i nazwiska osoby Kierownika Ruchu Zakładu. Zdaniem Odwołującego wystarczającej było przedstawienie doświadczenia, „które był w stanie rzetelnie wykazać”. Doświadczenie to powinno być więc ocenione.

Odwołujący, składając oświadczenia wstępnie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, wymaganych przez Zamawiającego na podstawie art. 25a ust. 1 Prawa zamówień publicznych, wśród których było także dysponowanie przez wykonawcę co najmniej jedną (1) osobą posiadającą uprawnienia Kierownika Ruchu Zakładu wykonującego roboty geologiczne (zgodnie z ust. 8.2 pkt 3.3 lit a) SIWZ, dysponował Kierownikiem Ruchu Zakładu posiadającym takie uprawnienia i dysponuje nim stale (na podstawie umowy o pracę) z uwagi na profil prowadzonej działalności Odwołującego (polegający na wykonywaniu otworów geotermalnych co jest tożsame z przedmiotem Zamówienia). Odwołujący podając w formularzu ofertowym w ust. 1 pkt 2 doświadczenie Kierownika Ruchu Zakładu, wykazując pięć (5) wykonanych przez niego usług kierowania pracami, mógł wskazać tylko tę właśnie osobę, pomimo nie podania jego imienia i nazwiska, ponieważ tylko ona wykonywała wymienione usługi na rzecz Odwołującego i jego poprzednika prawnego, co jest to łatwe do zweryfikowania.

Z uwagi na powyższe, brak było podstaw do nieprzyznania punktów Odwołującemu z kryterium doświadczenia Kierownika Ruchu Zakładu. Zamawiający, dążąc do zachowania uczciwej konkurencji, do której jest zobowiązany na podstawie art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, w postępowaniu winien w sposób prawidłowy zbadać wszystkie oferty, w tym ofertę Odwołującego. Zamawiający tego nie uczynił, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty w przedmiocie braku wskazania imienia i nazwiska Kierownika Ruchu Zakładu w wykazie zamieszczonym w ust. 1 pkt 2 formularza ofertowego, naruszając w ten sposób art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawa zamówień publicznych miało wpływ na przebieg postępowania. Przez doprecyzowanie przez Zamawiającego, w trakcie dokonywania oceny oferty Odwołującego, przyjętych w SIWZ kryteriów oceny w postaci uzależnienia uznania doświadczenia Kierownika Ruchu Zakładu od podania jego imienia i nazwiska. W ten sposób doszło do sytuacji, w której oferta wykonawcy Odwołującego nie uzyskała dodatkowej punktacji przez co został on pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.

Ponadto Odwołujący podkreślał, że w formularzu ofertowym w ust. 1 pkt 2. „Kryterium - doświadczenie osoby Kierownika Ruchu Zakładu” Zamawiający zamieścił komentarz dla Wykonawców że „w przypadku niewykazywania doświadczenia Kierownika Ruchu Zakładu, zamieszonego wykazu nie wypełnia się”. W żadnym innym miejscu formularza ofertowego nie ma wymogu podania imienia i nazwiska Kierownika Ruchu Zakładu, pomimo konieczności dysponowania nim przez wykonawcę, przez co można rozumieć, że informacja ta dla Zamawiającego nie jest na tyle istotna na tym etapie składania ofert i dlatego przewidział podawanie danych osobowych Kierownika Ruchu Zakładu, w wykazie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, składanych dopiero na etapie składania dokumentów

potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, czyli po dniu złożenia oferty.

W przypadku oferty Odwołującego, podanie na późniejszym etapie, w drodze wyjaśnienia do jej treści, danych osobowych Kierownika Ruchu Zakładu, którego to doświadczenie już zostało podane w formularzu ofertowym, również pozwoliłoby go zweryfikować jako osobę legitymującą się tym właśnie doświadczeniem, co nie prowadziłoby do zmiany oferty w rozumieniu art. 87 ust. 2 Prawa zamówień publicznych

Nadto, Odwołujący podnosił, że Zamawiający wskazując w ust. 10.2 pkt 5 SIWZ sposób potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu - w tym dysponowania m.in. Kierownikiem Ruchu Zakładu, zobowiązuje wykonawcę do wykazania również jego doświadczenia, poprzez złożenie „Wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrole jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacja o podstawie dysponowania tymi osobami”.

Zdaniem Odwołującego, zgodnie z poglądem powszechnie wyrażanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w razie gdy Zamawiający poweźmie wątpliwości co do treści oferty, co niewątpliwie miało miejsce w przedmiotowej sprawie z uwagi na nieprzyznanie przez Zamawiającego punktów w tym kryterium ze względu na brak danych takich jak imię i nazwisko Kierownika Ruchu Zakładu co do którego Odwołujący złożył oświadczenie że nim dysponuje, jest on zobowiązany wezwać wykonawcę do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych Zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień od wykonawcy. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył zatem art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w kwestii braku podania imienia i nazwiska Kierownika Ruchu Zakładu w formularzu ofertowym, co powinno wzbudzić wątpliwości interpretacyjne Zamawiającego na etapie wstępnego badania ofert. Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste „narzędzie” zamawiającego, dzięki któremu ma on możliwość pozyskania dodatkowych informacji.

Odwołujący podkreślał, że wymagania Zamawiającego co do sposobu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie zostały w pełni spełnione przez Exalo Drilling S.A., to jest wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, ponieważ „w przedstawionym przez tego wykonawcę wykazie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zadania nie zawarł on wymaganych informacji, zgodnie z ust. 10.2. pkt 5 SIWZ, dotyczących doświadczenia wskazanych osób oraz wykształcenia niezbędnego do wykonania zamówienia publicznego, nie podając jednocześnie podstawy dysponowania nimi, a przez co należy rozumieć stosunek prawny wiążący te strony”.

Dodatkowo Odwołujący wyjaśniał, że brak podania imienia i nazwiska Kierownika Ruchu Zakładu Odwołującego był wynikiem niezamierzonego błędu powstałego w wyniku nieuwagi Odwołującego. Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia było postępowaniem ponownie ogłoszonym (po dokonaniu unieważnienia), gdzie SIWZ i stanowiący jego załącznik formularz ofertowy, został nieznacznie zmieniony - jak miało to miejsce w tabeli kryterium doświadczenia Kierownika Ruchu Zakładu, gdzie Zamawiający dopisał w lewej kolumnie „imię i nazwisko”, czego w pierwotnie ogłoszonym przez Zamawiającego przetargu nie było.

Dokonanie oceny oferty Odwołującego w sposób niezgodny z postanowieniem Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), który polegał na nieprzyznaniu Odwołującemu punktów w kryterium doświadczenia Kierownika Ruchu Zakładu mimo, iż spełnił warunki uzyskania dodatkowych 20 punktów w tym kryterium, było przejawem naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust 1 ustawy Prawa zamówień publicznych Wynik postępowania przetargowego zdaniem Odwołującego wskazuje, iż oferta najkorzystniejsza została wybrana z naruszeniem powołanego wyżej przepisu.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności zamawiającego polegających na wyborze ofert wykonawcy Exalo Drilling S.A. jako najkorzystniejszej,

- powtórzenia czynności oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego zgodnie przepisami prawa,
- wezwanie odwołującego, jeżeli zajdzie taka potrzeba, w trybie art. 87 ust. 1 do wyjaśnienia treści oferty;
- dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o jego oddalenie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Exalo Drilling spółka akcyjna w Pile (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły - wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie podlega oddaleniu, ponieważ Odwołujący nie udowodnił swoich racji.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w pkt 8.2.3.3.a SIWZ (odpis SIWZ w aktach sprawy) postanowił, że aby spełnić jeden z warunków udziału w postępowaniu, należy wykazać dysponowanie co najmniej jedną osobą, posiadającą uprawnienia Kierownika Ruchu Zakładu w zakładach wykonujących roboty geologiczne, służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu wód podziemnych lub wykonywane w celu wykorzystania ciepła ziemi. Wykaz osób nie był załącznikiem do oferty - Zamawiający zgodnie z art. 24aa Prawa zamówień publicznych zapowiedział wezwanie wykonawcy, którego oferta zostanie najwyższej oceniona, do złożenia m.in. wykazu osób (pkt 10.2. SIWZ) w terminie późniejszym.

Ponadto Zamawiający w SIWZ, oprócz ceny, przewidział pozacenowe kryterium oceny ofert. W tym kryterium Zamawiający miał oceniać doświadczenie Kierownika Ruchu Zakładu (zgodnie z pkt 17.2 SIWZ). W związku z tym wymagał, aby formularzu ofertowym, którego wzór załączono do SIWZ, opisać zgodnie z jego wskazówkami oceniane doświadczenie oraz podać imię i nazwisko danej osoby. Nie było sporne, że Odwołujący nie podał imienia i nazwiska tej osoby w złożonym przez siebie formularzu ofertowym.

W konsekwencji Zamawiający nie przyznał Odwołującemu punktów, z czym Odwołujący się nie zgodził, ponieważ w ostatecznej punktacji otrzymał mniej punktów, niż Przystępujący i tym samym zajął drugie miejsce w rankingu ofert. Oferta Przystępującego została uznana za najkorzystniejszą, przy czym obaj wykonawcy konkurowali tylko cenami, ponieważ Zamawiający żadnemu z nich nie przyznał punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert.

Z powyższym nie zgodził się Odwołujący i wniósł odwołanie. Zdaniem Odwołującego powinien otrzymać maksymalną ilość punktów kryterium pozacenowym (20 punktów), gdyż przedstawił on doświadczenie, które jest w stanie rzetelnie - według Odwołującego - wykazać. W ocenie Odwołującego, opis doświadczenia, przez podanie pięciu wykonanych usług kierowania pracami wskazuje na konkretną osobę, pomimo niepodania jej imienia i nazwiska. Tylko ta osoba wykonywała wymienione usługi na rzecz Odwołującego i jego poprzednika prawnego, co jest, zdaniem Odwołującego, „łatwe do zweryfikowania”.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego i biorąc pod uwagę zarzuty podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Niewątpliwie, aby Zamawiający mógł przyznać punkty w pozacenowym kryterium

oceny ofert, zgodnie z SIWZ doświadczenie podlegające ocenie musiało być przypisane konkretnej osobie.

Odwołujący przyznawał, że nie wpisał imienia i nazwiska oczekiwanej przez Zamawiającego osoby, mającej pełnić określone funkcje, a posiadającej wymagane doświadczenie, które miało być punktowane. Z odwołania wynika, że Odwołujący domagał się zweryfikowania tego doświadczenia pod kątem, czy może czy może je posiadać tylko określona osoba. Jeżeli tylko jedna osoba posiada doświadczenie, które zostało opisane przez Odwołującego w formularzu ofertowym, to rzeczywiście opis doświadczenia w sposób wystarczający indywidualizuje daną osobę. W istocie dla oceny oferty w kryterium pozacenowym nie powinno mieć znaczenia, czy indywidualizacja danej osoby nastąpi przez podanie imienia i nazwiska, czy też przez opisanie doświadczenia, które nie zostało nabyte przez nikogo innego. Jednak okoliczności tej - że określonego doświadczenia nie mogła nabyć żadna inna osoba - Odwołujący w żaden sposób nie wykazał ani w odwołaniu, ani na rozprawie.

Sama okoliczność, że Odwołujący trwa w subiektywnym przekonaniu o prawdziwości tej tezy, nie może przesądzać o konieczności uwzględnienia doświadczenia w ocenie jego oferty. Nie może również prowadzić do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający przepis art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w stosunku do kryteriów oceny ofert musi każdorazowo stosować bardzo ostrożnie. Nie oznacza to, że wezwanie trybie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w żadnym wypadku w odniesieniu do kryteriów oceny ofert nie jest możliwe, ale że może być zastosowane tylko wówczas, jeżeli nie prowadzi do zmiany treści oferty i nie prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. W ocenie Izby nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych byłoby możliwe, jeżeli Odwołujący w toku postępowania odwoławczego by skutecznie wykazał, że określone doświadczenie mogła nabyć tylko i wyłącznie jedna osoba. Odwołujący jednak nie podjął żadnych prób wykazania takiej tezy. Poza jedną wzmianką w odwołaniu („mógł wskazać tylko tę właśnie osobę, pomimo nie podania jego imienia i nazwiska, ponieważ tylko ona wykonywała wymienione usługi na rzecz Odwołującego i jego poprzednika prawnego, co jest to łatwe do zweryfikowania”) i jednym zdaniem na rozprawie („doświadczenie wskazane przez niego w pkt 2 oferty można przypisać tylko jednej, konkretnej osobie”), Odwołujący w ogóle nie podnosił żadnej argumentacji dotyczącej indywidualizowania danej osoby, nieznannej z imienia i nazwiska, na podstawie jedynie jej doświadczenia.

Gdyby Odwołujący wykazał, że doświadczenie podane przez niego w formularzu ofertowym można przypisać tylko jednej, skonkretyzowanej osobie, to późniejsze podanie imienia i nazwiska tej osoby nie byłoby zmianą treści oferty i nie prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Jednak żadnej inicjatywy dowodowej Odwołujący w tym kierunku nie podjął.

W takich okolicznościach, nakazanie wezwania Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych do wyjaśnień, prowadziłoby w ocenie Izby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców

Na powyższą ocenę nie może mieć wpływu fakt, że Odwołujący przyznał odwołaniu, że zaniechanie wskazania imienia i nazwiska Kierownika Ruchu Zakładu było „wynikiem niezamierzonego błędu powstałego wyniku nieuwagi”, ponieważ w poprzednim ogłoszonym (a następnie unieważnionym) postępowaniu wzór formularza ofertowego nie zawierał imienia i nazwiska Kierownika Ruchu Zakładu. Odwołujący wykorzystał poprzedni wzór, co jest irrelevantne dla oceny jego oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym złożono odwołanie.

Ponadto Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazywał, że wymagania Zamawiającego co do sposobu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu „nie zostały w pełni spełnione” przez Przystępującego. W ocenie Odwołującego w przedstawionym przez tego wykonawcę wykazie osób nie zawarto wymaganych informacji zgodnie z pkt 10.2.5 SIWZ, dotyczących doświadczenia wskazanych osób oraz wykształcenia niezbędnego do wykonania zamówienia, i nie podano jednocześnie podstawy dysponowania nimi (przez co należy według Odwołującego rozumieć stosunek prawny wiążący strony).

Niezależnie od tego, że Odwołujący nie sformułował żadnego zarzutu w związku z tak opisanym w uzasadnieniu odwołania spostrzeżeniem, Izba zauważyła że w wykazie osób Przystępującego zaznaczono znakiem „X”, że dane osoby znajdują się „w dyspozycji” Przystępującego (co było zgodne ze wzorem wykazu osób załączonym do SIWZ). Ponadto wykaz osób składany na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu podlega wyjaśnieniu bądź uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, że doszło do naruszenia art. 7 ust. 1, 87 ust. 1 i 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5

Przewodniczący: