Sygn. akt: KIO 439/20

WYROK

z dnia 13 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Edyta Koral

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 marca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 marca 2020 r. przez wykonawcę: B. B. Zakład Usług Leśnych, ul. Nowowiejska 19a, 83-260 Kaliska

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe" Nadleśnictwo Kaliska, ul. Długa 64, 83-260 Kaliska

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę B. B. Zakład Usług Leśnych, ul. Nowowiejska 19a, 83-260 Kaliska, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę B. B. Zakład Usług Leśnych, ul. Nowowiejska 19a, 83-260 Kaliska, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy B. B. Zakład Usług Leśnych, ul. Nowowiejska 19a, 83-260 Kaliska, na rzecz zamawiającego Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe" Nadleśnictwo Kaliska, ul. Długa 64, 83-260 Kaliska, kwotę 4 422 zł 43 gr (słownie: cztery tysiące czterysta dwadzieścia dwa złote czterdzieści trzy grosze), tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

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 Gdańsku.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 439/20

UZASADNIENIE

Zamawiający - Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe" Nadleśnictwo Kaliska, ul. Długa 64, 83-260 Kaliska, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Kaliska w roku 2020 - II tura", nr referencyjny: ZP-9/2-19. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 grudnia 2019 r., nr 2019/S 246-606404.

Oferty w postępowaniu złożyli:

- wykonawca B. B. Zakład Usług Leśnych, ul. Nowowiejska 19a, 83-260 Kaliska (dalej: „odwołujący"),
- wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „LASAK" S. M., ul. Poprzeczna 11, 83-261 Piece, którego oferta w dniu 20 lutego 2020 r. została wybrana jako najkorzystniejsza.

W dniu 1 marca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz.1843), zwanej dalej: „ustawą Pzp", poprzez zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia zawodowego,

2) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty wbrew kryteriom oceny ofert określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz"), tj. na skutek przyznania wybranemu wykonawcy punktów za spełnienie kryterium „Realizacji zamówienia przy pomocy osób o odpowiednim doświadczeniu i kwalifikacjach", pomimo że wykonawca ten nie zadeklarował zobowiązania do spełnienia tego kryterium,

3) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie przez zamawiającego zmiany w treści oferty wybranego wykonawcy polegającej na uznaniu, że wykonawca ten, wbrew treści formularza ofertowego, zadeklarował przyjęcie zobowiązania do spełnienia ww. kryterium,

4) w przypadku nieuwzględnienia zarzutu, o którym mowa w pkt 3 powyżej, dodatkowo: art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wybranego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na okoliczność spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia.

W szczególności odwołujący podniósł, że: „Wykonawca nie wykazał w sposób zgodny ze specyfikacją, że zadeklarowane przez niego usługi stanowiące wymagane doświadczenie były wykonane należycie. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 17 lutego 2020r. (...) Firma L. przedstawiła faktury wystawione w związku ze świadczeniem usług leśnych. Nie są to zatem ani referencje ani „inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane". W aktach postępowania nie znajduje się jednak także żadne oświadczenie Wykonawcy, w którym wskazałby, że wymienione usługi wykonał należycie oraz że z „uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze" nie był w stanie uzyskać zarówno referencji, jak i innych dokumentów pochodzących od odbiorcy usług. Tym samym Firma L. nie skorzystała z uprawnienia do zastąpienia referencji własną deklaracją oraz nie uzasadniła, zgodnie ze specyfikacją, przyczyn skorzystania z takiego uprawnienia. (...)

Mając powyższe na uwadze, w postępowaniu doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12) in principium p.z.p. oraz art. 89 ust. 1 pkt 5) p.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia jego oferty pomimo, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia zawodowego. W przypadku uznania tego zarzutu za zbyt daleko idący należy stwierdzić, że Zamawiający powinien był co najmniej wezwać Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. do złożenia stosownych wyjaśnień. Zaniechanie wezwania wobec opisanych powyżej wątpliwości

stanowi naruszenie tego przepisu. (...)

Zamawiający przewidział w pkt 14.2.3), że ocena ofert będzie opierała się m.in. o kryterium „Realizacji zamówienia przy pomocy osób o odpowiednim doświadczeniu i kwalifikacjach" (dalej zwane „Kryterium"). W jego ramach oceniane miało być przyjęcie przez wykonawcę zobowiązania umownego do wykonywania zabiegów CW (czyszczeń wczesnych) i CP (czyszczeń późnych) przez pracowników z minimum 3 - letnim doświadczeniem zawodowym i odpowiednich kwalifikacjach. Liczba ewentualnie przyznanych punktów miała zależeć od tego, jaka ilość pracowników z doświadczeniem, deklarowanych w ramach spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 6.2.3).c. SIWZ, będzie wykorzystana do wskazanych czynności: (...) Wykonawca deklarujący spełnienie ww. kryterium miał przyjąć na siebie zobowiązanie umowne w pkt 10 formularza ofertowego, który brzmiał:

> Wykonawca zobowiązuje się/nie zobowiązuje się* do realizacja zamówienia przy pomocy osób z minimum 3 - letnim doświadczeniem zawodowym i odpowiednich kwalifikacjach w ilości:
>
> 1. Powyżej 20%, ale nie więcej niż 40% wymaganych w warunkach pracowników*
> 2. Powyżej 40%, ale mniej niż 70% wymaganych w warunkach pracowników*
> 3. Wszyscy wymagani w warunkach pracownicy*

Z formularza ofertowego wynikało, że fragmenty oznaczone symbolem „*" miały być w odpowiedni sposób skreślone, w zależności od deklaracji oferenta co do spełnienia kryterium. Zatem początkowo należało skreślić słowa „zobowiązuję się" lub „nie zobowiązuję się", a następnie, w przypadku przyjęcia zobowiązania, skreślić wiersze nie odpowiadające zakresowi zobowiązania.

Zgodnie z jednoznacznym i nie budzącym żadnych wątpliwości zapisem SIWZ:

Brak wskazania w Ofercie przyjęcia przez wykonawcę zobowiązania, o którym mowa w zdaniu poprzednim będzie uznawane jako nieprzyjęcie takiego zobowiązania, a Oferta wykonawcy uzyska 0 pkt w ramach niniejszego kryterium oceny ofert.

Z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty wynika, że Zamawiający przyznał Wykonawcy 15 pkt za spełnienie Kryterium. Oferta Firmy L. nie zawiera jednak zobowiązania do realizacji zamówienia przy pomocy wykwalifikowanych pracowników. W pkt 10 formularza nie skreślono bowiem żadnego z dwóch alternatywnych sformułowań. Skoro specyfikacja jasno przewiduje, że brak wskazania w ofercie przyjęcia zobowiązania oznacza jego nieprzyjęcie, oferta Wykonawcy powinna w tym zakresie otrzymać 0 punktów. Ponieważ Firmie L. przyznano 15 pkt, okazuje się, że jej oferta została oceniona niezgodnie ze specyfikacją i opisanymi tam regułami."

W związku z tym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia jego oferty,

3) w przypadku nieuwzględnienia żądania, o którym mowa powyżej: dokonania ponownej oceny ofert oraz nieprzyznania wybranemu wykonawcy punktów w kryterium „Realizacji zamówienia przy pomocy osób o odpowiednim doświadczeniu i kwalifikacjach".

W dniu 13 marca 2020 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia są usługi z zakresu gospodarki leśnej obejmujące prace z zakresu hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna, prace

z nasiennictwa leśnego, prace związane z gospodarką w szkółce leśnej, prace związane z gospodarką łąkowo-rolną, a także prace związane z melioracjami wodnymi, do wykonania na terenie Nadleśnictwa Kaliska w roku 2020.

W rozdziale 6 w pkt 6.2.3)a) siwz zamawiający opisał warunek w zakresie zdolności zawodowej, zgodnie z którym wykonawca miał wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) co najmniej 1 usługę (przez usługę rozumie się wykonywanie prac na podstawie 1 umowy) polegającą na wykonywaniu prac z zakresu szkółkarstwa, zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 330.000 zł brutto.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku zamawiający żądał wypełnienia JEDZ, a następnie złożenia na wezwanie:

a) wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości brutto, przedmiotu (rodzaju wykonanych usług), dat wykonania (dat dziennych rozpoczęcia i zakończenia realizacji) i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane - wzór wykazu wykonanych usług stanowił załącznik nr 10 do SIWZ,

b) dowodów, że wskazane przez wykonawcę usługi na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy.

Zamawiający opisał też warunek udziału w postępowaniu dotyczący personelu, jakim ma dysponować wykonawca. Zgodnie z tym warunkiem wykonawca miał dysponować co najmniej: 2 osobami, które odbyły szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką, 1 osobą z określonym w treści warunku wykształceniem leśnym oraz 1 osobą, która odbyła szkolenie dopuszczające do pracy ze środkami chemicznymi.

W rozdziale 14 siwz zamawiający wskazał kryteria oceny ofert:

| Lp. | Kryteria oceny oferty | waga [%] |
|---|---|---|
| 1 | Cena | 60 |
| 2 | Samodzielna realizacja kluczowych elementów zamówienia | 20 |
| 3 | Realizacja zamówienia przy pomocy osób o odpowiednim doświadczeniu i kwalifikacjach | 15 |
| 4 | Klasa brakarska osoby realizującej przedmiot zamówienia | 3 |
| 5 | Stosowanie biodegradowalnych olejów | 2 |
| Razem: | | 100 |

W ramach kryterium „Realizacja zamówienia przy pomocy osób o odpowiednim doświadczeniu i kwalifikacjach" oceniane miało być przyjęcie przez wykonawcę zobowiązania umownego do wykonywania zabiegów CW (czyszczeń wczesnych) i CP (czyszczeń późnych) przez pracowników z minimum 3-letnim doświadczeniem zawodowym i o odpowiednich kwalifikacjach. Ilość pracowników:

1. Powyżej 20%, ale nie więcej niż 40% wymaganych w warunkach pracowników - 5 pkt,
2. Powyżej 40%, ale mniej niż 70% wymaganych w warunkach pracowników - 10 pkt,
3. Wszyscy wymagani w warunkach pracownicy - 15 pkt.

Zgodnie z siwz wykonawca miał zamieścić informację o przyjęciu na siebie zobowiązania umownego dotyczącego „Realizacji zamówienia przy pomocy osób o odpowiednim doświadczeniu i kwalifikacjach" w ofercie (załącznik nr 1 do siwz). Brak wskazania w ofercie przyjęcia przez wykonawcę zobowiązania, o którym mowa w zdaniu poprzednim, miał być uznawany za nieprzyjęcie takiego zobowiązania, a oferta wykonawcy miała wówczas

uzyskać 0 pkt w ramach niniejszego kryterium oceny ofert. Natomiast oferta wykonawcy, który zaciągnie takie zobowiązanie miała otrzymać minimalnie 5 pkt, a maksymalnie 15 pkt, w zależności od wyboru ilości pracowników z minimum 3-letnim doświadczeniem zawodowym i o odpowiednich kwalifikacjach.

W pkt 10 formularza oferty wykonawca miał skreślić niepotrzebne treści:

„10. Wykonawca zobowiązuje się / nie zobowiązuje się* do realizacja zamówienia przy pomocy osób z minimum 3 - letnim doświadczeniem zawodowym i odpowiednich kwalifikacjach w ilości:

1. Powyżej 20%, ale nie więcej niż 40% wymaganych w warunkach pracowników*
2. Powyżej 40%, ale mniej niż 70% wymaganych w warunkach pracowników*
3. Wszyscy wymagani w warunkach pracownicy*."

Wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „LASAK" S. M. wypełnił formularz oferty w zakresie ww. kryterium w ten sposób, że usunął pkt 1 i 2 zostawiając wyłącznie treść: „Wszyscy wymagani w warunkach pracownicy", natomiast nie dokonał żadnego wykreślenia na początku zdania, tj. nie wykreślił ani: „zobowiązuje się", ani: „nie zobowiązuje



się .

Pismem z dnia 12.02.2020 r. zamawiający wezwał ww. wykonawcę, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia JEDZ m.in. w zakresie warunku doświadczenia, gdyż wykonawca w ogóle nie wypełnił JEDZ w tym zakresie. W odpowiedzi wykonawca złożył JEDZ-a, w którym wskazał usługę wykonywaną na rzecz Nadleśnictwa Kaliska (zamawiającego).

Pismem z dnia 17.02.2020 r. zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, wezwał ww. wykonawcę do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia. Na potwierdzenie spełniania warunku doświadczenia wykonawca złożył wykaz wykonanych usług, w którym wskazał ponownie usługę wykonywaną na rzecz zamawiającego oraz dołączył 17 faktur wystawionych w związku z realizacją tej usługi.

Pismem z dnia 20.20.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „LASAK" S. M. .

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niespełnienia przez wybranego wykonawcę warunku doświadczenia, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z art. 26 ust. 6 ustawy Pzp wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2019 r. poz. 700, 730, 848 i 1590). W art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zostały wymienione m.in. oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Z powyższych przepisów wynika zatem, że

jeśli zamawiający dysponuje dokumentami potwierdzającymi spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, wykonawca nie ma obowiązku ich składać. Ustawodawca wprowadził powyższe rozwiązanie w celu ograniczenia ilości dokumentów, których zamawiający musiałby żądać, a wykonawca składać, w sytuacji gdy nie ma takiej potrzeby, gdyż konieczne do oceny spełniania warunku dokumenty są już w posiadaniu zamawiającego. Rozwiązanie to ma zatem na celu odbiurokratyzowanie procedur zamówień publicznych i ułatwienie wykonawcom ubiegania się o zamówienia publiczne.

W niniejszej sprawie nie sposób nie zauważyć, że usługa, którą wybrany wykonawca wskazał w wykazie usług, była wykonywana na rzecz zamawiającego prowadzącego niniejsze postępowanie. Tym samym zamawiający posiadał wiedzę co do tego, jak ta usługa była wykonywana i posiadał dokumenty potwierdzające jej należyte wykonanie w postaci choćby dokonywanych przez siebie przelewów wynagrodzenia na podstawie wystawionych przez wykonawcę faktur. W tej sytuacji nie było potrzebne przedstawianie zamawiającemu referencji bądź innych dokumentów wystawionych przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, gdyż podmiotem tym był właśnie zamawiający. Niecelowe byłoby w tym stanie rzeczy zwracanie się przez wykonawcę do zamawiającego o wystawienie referencji tylko po to, aby następnie temu samemu zamawiającemu przedstawiać te same, wystawione przez niego samego referencje. Temu właśnie służy wprowadzenie art. 26 ust. 6 ustawy Pzp, aby takich wyłącznie formalnych, niepotrzebnych czynności, wykonawcy nie musieli wykonywać.

W przedmiotowej sprawie oznacza to, że skoro wybrany wykonawca wskazał usługę wykonywaną na rzecz zamawiającego prowadzącego postępowanie, to nie był zobowiązany do złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tej usługi, gdyż zamawiający był w posiadaniu takich dokumentów i nie kwestionował prawidłowości wykonania tej usługi. W tym stanie rzeczy nie ma także podstaw do tego, aby zamawiający wzywał na obecnym etapie wybranego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tej usługi. Jak wskazano już wyżej, w świetle art. 26 ust. 6 ustawy Pzp, wykonawca w ogóle nie był zobowiązany do ich składania. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że zarzut dotyczący braku wykazania spełnienia warunku doświadczenia przez wybranego wykonawcę, nie potwierdził się.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego punktacji przyznanej w kryterium „Realizacji zamówienia przy pomocy osób o odpowiednim doświadczeniu i kwalifikacjach”, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że oferta jest oświadczeniem woli wykonawcy i w związku z tym do oceny tego oświadczenia woli ma zastosowanie art. 65 kc. Zgodnie z tym przepisem oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Zamawiający przewidział w pkt 10 formularza oferty wzór oświadczenia dotyczącego liczby kierowanych do wykonania zadania pracowników, który to wzór musiał zostać przez wykonawców wypełniony w taki sposób, aby zamawiający wiedział, czy wykonawca kieruje, czy nie kieruje pracowników do wykonania zadania, a jeśli kieruje - to w jakiej liczbie. Celem wypełnienia formularza oferty w tym zakresie było zatem umożliwienie zamawiającemu dokonania oceny tej oferty w świetle ww. kryterium. Wybrany wykonawca w pkt 10 formularza oferty rzeczywiście nie wykreślił ani: „zobowiązuje się”, ani: „nie zobowiązuje się”, niemniej jednak spośród trzech punktów określających ilość pracowników kierowanych do wykonania zadania w sposób jednoznaczny zostawił tylko punkt o treści: „Wszyscy wymagani w warunkach pracownicy”, pozostałe zaś usunął. W tym stanie rzeczy nie sposób przyjąć, że wykonawca ten nie złożył żadnego zobowiązania, skoro jednoznacznie wskazał liczbę kierowanych pracowników. Treść zobowiązania nie ogranicza się bowiem wyłącznie do słów: „zobowiązuje się” albo „nie zobowiązuje się”, ale treścią jest cały pkt 10 formularza oferty, który w takim wypadku powinien być też w całości oceniany. Z punktu tego jasno wynika, że wybrany wykonawca zamierza skierować wszystkich pracowników do wykonania zadania. Gdyby wykonawca nie zamierzał kierować żadnych pracowników do wykonania zadania, nie zostawiłby jako jedynego punktu, zgodnie z którym kieruje ich wszystkich. Gdyby z kolei zamierzał skierować tylko część z nich, również nie zostawiłby jako jedynego punktu, zgodnie z którym kieruje wszystkich. Fakt usunięcia dwóch spośród trzech punktów zawartych w pkt 10 formularza oferty i zostawienie tylko jednego z nich - określającego wymaganą ilość, nie może zatem prowadzić do innych wniosków, niż tylko do takich, że w świetle okoliczności sprawy, tj. w świetle celu wypełnienia pkt 10 formularza oferty, wykonawca zadeklarował skierowanie do wykonania zadania wszystkich pracowników. Do przyjęcia takiego wniosku nie jest konieczne wykreślenie słów: „nie zobowiązuje się”, gdyż przez sam fakt jednoznacznego pozostawienia jednego tylko punktu dotyczącego ilości pracowników, wykonawca automatycznie wykazał, że „zobowiązuje się”.

Nie można zatem zgodzić się z argumentacją podnoszoną przez odwołującego, że z powodu braku wykreślenia słów: „zobowiązuje się” albo „nie zobowiązuje się” wykonawca w ogóle nie złożył żadnego zobowiązania. Odwołujący skupia się wyłącznie na słowach:

„zobowiązuje się” albo „nie zobowiązuje się”, natomiast całkowicie ignoruje dalszą treść pkt 10 formularza wybranej oferty, która to treść - jak wskazano już wyżej - przesądza o tym, że zobowiązanie zostało złożone i że jest to zobowiązanie do skierowania wszystkich pracowników do wykonania zadania. Tym samym, w ocenie Izby, zamawiający zasadnie przyznał wybranej ofercie punkty w kryterium „Realizacji zamówienia przy pomocy osób o odpowiednim doświadczeniu i kwalifikacjach”. Przyznanie tych punktów nie stanowi naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż nie doszło w tym przypadku do zmiany treści oferty, a jedynie do wykładni oświadczenia woli zgodnej z art. 65 kc.

Na marginesie należy także zauważyć, że sposób wypełnienia pkt 10 formularza ofertowego przez odwołującego i wybranego wykonawcę nie jest taki sam. Odwołujący bowiem wykreślił słowa: „nie zobowiązuje się”, ale nie wykreślił żadnego z trzech punktów określających liczbę pracowników kierowanych do wykonania zadania. Tym samym odwołujący „zobowiązał się”, ale nie wiadomo do czego i co należy w jego ofercie punktować. Sytuacja w obu ofertach nie jest zatem analogiczna, dlatego też nieuprawnione jest stwierdzenie odwołującego, że zamawiający stosuje różne reguły w stosunku do obu wykonawców.

Odnosząc się do pozostałej argumentacji odwołującego podnoszonej na rozprawie, Izba pragnie przypomnieć, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tym samym rozpoznaniu nie podlegają zarzuty dotyczące doświadczenia pracowników wskazanych w wybranej ofercie i zarzuty dotyczące oceny oferty odwołującego, gdyż ani jedne ani drugie nie zostały podniesione w odwołaniu.

Reasumując, Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego przepisów podniesionych w odwołaniu. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, art. 191 ust. 2 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972). Na koszty zasądzone od odwołującego na rzecz zamawiającego składają się: 3600,00 zł - koszt wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz 822,43 zł - koszt dojazdu zamawiającego na rozprawę.

Przewodniczący .....