

Sygn. akt: KIO 72/22

WYROK

z dnia 31 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 stycznia 2022 r. przez Odwołującego Europejska Grupa Doradcza Sp. z o.o. (ul. Powórcowa 9/25, 50-213 Wrocław) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (ul. Poleczki 33, 02-822 Warszawa) przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: "CDR Oddział w Radomiu" lider - Centrum Doradztwa Rolniczego w Brwinowie Oddział w Radomiu (ul. Chorzowska 16/18, 26-600 Radom) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1) oddala odwołanie

2) kosztami postępowania obciąża Odwołującego Europejska Grupa Doradcza Sp. z o.o. (ul. Powórcowa 9/25, 50-213 Wrocław) i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Europejska Grupa Doradcza Sp. z o.o. (ul. Powórcowa 9/25, 50-213 Wrocław) tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 72/22

UZASADNIENIE

Zamawiający Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wyłonienie Beneficjenta poddziałania 1.2 „Wsparcie dla projektów demonstracyjnych i działań informacyjnych” objętego Programem Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014-2020.

Odwołujący: Europejska Grupa Doradcza Sp. z o.o. wniósł odwołanie, wobec:

1. Niezgodnej z przepisami ustawy czynność polegającą na nieprzyznaniu Europejskiej Grupie Doradczej sp. z o.o. punktów w kryterium „Różnicowanie w temacie demonstracji - uprawy” zgodnie z art. 247 Pzp ust.2,
2. Uznania oferty Konsorcjum CDR Oddział w Radomiu za najkorzystniejszą w rezultacie nierównego traktowania ofert Europejskiej Grupy Doradczej sp. z o.o., co stanowi naruszenie art. 16 i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i pkt 5 Pzp (art. 7 ust. 1 i ust. 3 i 89 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r Pzp)
3. Zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum CDR Oddział w Radomiu, mimo że nie spełnia ono warunków udziału w postępowaniu w zakresie zgodności z warunkami zamówienia opisanymi w SWZ, co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp (art.24 ust.1 pkt.12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Pzp),
4. Zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum CDR Oddział w Radomiu, który to wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp (art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Pzp),
5. Zaniechania wyboru oferty Wykonawcy Europejska Grupa Doradcza sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, co stanowi naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp (art. 91 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Pzp)

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności uznania za najkorzystniejszą oferty Wykonawcy Konsorcjum CDR Oddział w Radomiu, odrzucenie oferty Konsorcjum CDR Oddział w Radomiu, z uwagi na fakt że nie jest kompletna, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Europejska Grupa Doradcza sp. z o.o., zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przewidzianych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu „Niezgodną z przepisami ustawy czynność polegającą na nieprzyznaniu punktów w kryterium „Różnicowanie w temacie demonstracji - uprawy” zgodnie z art. 247 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w SWZ w ramach przedmiotowego kryterium wskazał, że za wykazanie przez Wykonawcę liczby różnych gatunków w obiektach demonstracyjnych dla tematów demonstracje w zakresie „Uprawy”, z wyłączeniem tematu demonstracji rzepak przyzna punkty, maksymalnie 10 pkt.

Zamawiający opublikował na platformie zakupowej następującą definicję: „Zamawiający wyjaśnia, że na potrzeby niniejszego postępowania przetargowego pojęcie „gatunek” jest zbieżne z tym, które funkcjonuje w biologii i odnosi się do podstawowej jednostki taksonomicznej, reprezentującej określona różnorodność biologiczną, a więc m.in. różnicowanie pod względem cech anatomicznych i morfologicznych. Pojęcie to obejmuje również podgatunek, odmianę i formę (jara, ozima). Nie odnosi się zatem do celu uprawy rośliny czy jej przeznaczenia.”

W toku czynności badania ofert, Zamawiający ustalił, że w ramach kryterium Odwołujący wskazał 122 gatunki zaś Wykonawca Konsorcjum CDR Oddział w Radomiu 21 gatunków. Jak wyjaśnił Zamawiający, z uwagi na znaczne rozbieżności w zakresie ilości gatunków w poszczególnych tematach demonstracji, a także wątpliwości co do możliwości wskazania tak znacznej ilości gatunków w części „tematów demonstracji”, Zamawiający wezwał obu Wykonawców, którzy złożyli oferty, zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazania gatunków upraw uwzględnionych w ramach tego kryterium oceny ofert. W odpowiedzi Wykonawcy złożyli wykazy. W toku badania wyjaśnień złożonych przez Wykonawców, Zamawiający doszedł do przekonania, iż przedłożone wyjaśnienia są niewystarczające do dokonania oceny punktowej.

Po dokonaniu analizy oferty Odwołującego Zamawiający stwierdził, że:

1. „W temacie demonstracji „Zboża” został wykazany „Owies zwyczajny” oraz „Owies siewny”, które nie są odmiennym gatunkiem, a jedynie zamiennie używanymi nazwami,
2. W temacie demonstracji „Kukurydza” dwukrotnie wskazana została odmiana „SM

Finezja”,

3. W temacie demonstracji „Bobowate i ich mieszanki” wskazany został „Groch siewny”, „Groch siewny z rośliną podporową” oraz „Groch zwyczajny”, które są tym samym gatunkiem a przyjęte rozróżnienie dotyczy sposobu, celu uprawy / metody uprawy lub przeznaczenia. Z kolei brak wskazania odmiany (cukrowy czy łuskowy) uniemożliwia weryfikację jaka odmiana będzie przedmiotem demonstracji zarówno na etapie oceny oferty, jak i realizacji zamówienia;

4. W temacie demonstracji „Warzywa” wskazany został gatunek „groch cukrowy”, który pod nazwą „groch siewny” oraz „groch zwyczajny” został również wskazany w temacie demonstracji „Bobowate i ich mieszanki” oraz „czosnek”, który odnosi się do rodzaju kategorii taksonomicznej obejmującej wiele zróżnicowanych gatunków i odmian uprawnych, m.in. czosnek pospolity, cebula zwyczajna (wskazana jako osobny gatunek), por (wskazany również jako osobny gatunek) i szczypiorek. Takie określenie gatunku uniemożliwia weryfikację jaki rzeczywiście gatunek będzie przedmiotem demonstracji zarówno na etapie oceny oferty, jak i realizacji zamówienia;

5. W temacie demonstracji „Rośliny jagodowe” wskazał „aronię”, winorośl”, „żurawinę” oraz „malinę” W odniesieniu do aronii i winorośli są to w rzeczywistości rodzaje w kategorii taksonomicznej obejmującej wiele zróżnicowanych gatunków i odmian uprawnych, zaś malina i żurawina posiadają wiele rodzajów i odmian. Takie określenie uniemożliwia weryfikację jaki rzeczywiście gatunek będzie przedmiotem demonstracji zarówno na etapie oceny oferty, jak i realizacji zamówienia;

6. W temacie demonstracji „Przeciwdziałanie znoszeniu środków ochrony roślin z pól konwencjonalnych, zielona infrastruktura” wskazane zostały „szerokie miedze śródpolne” oraz „pasy kwietne bezprodukcyjne”. W obu przypadkach posłużono się wyjaśnieniami Zamawiającego, jak należy rozumieć przedmiotowy temat demonstracji, a powinien wskazać gatunek/ gatunki roślin wykorzystanych w przypadku miedz śródpolnych oraz pasów kwietnych bezprodukcyjnych. Tylko takie podejście wiąże się z warunkiem poznawczym i dalszym wykorzystaniem”.

Odwołujący nie zgodził się z oceną dokonaną przez Zamawiającego.

Wskazał, że „W ramach tematu demonstracji wskazano 50 różnych gatunków zbóż (zgodnie z definicją Zamawiającego). Biorąc pod uwagę zapisy SWZ Zamawiający w ofercie żądał wskazania liczby różnych gatunków w obiektach demonstracyjnych dla „upraw”, a nie wskazania konkretnej nazwy gatunku. W ramach wyjaśnień wskazano owies zwyczajny jako odmianę oraz owies siewny jako gatunek tożsamy z owsem zwyczajnym według opinii Zamawiającego. Zamawiający zakwestionował to wskazanie nie dając prawa do wyjaśnienia przedstawionego stanowiska. Owies siewny stanowiłby inną odmianę niż wskazane odmiany w wyjaśnieniach. Zaznaczyć należy, że przy Owsie zwyczajnym (siewnym) dodano konkretne odmiany. Natomiast przy Owsie siewnym (zwyczajnym) nie”.

Zamawiający za przytoczonym wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej wskazał, że wezwanie Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (obecnie art. 223 ust. 1 ustawy), w spornym zakresie naruszałoby zakaz negocjacji dotyczący złożonej oferty oraz dokonywania jakichkolwiek zmian w jej treści. Wyjaśnienia nie mogą rozszerzyć treści oferty, mają stanowić swoistą wykładnię elementów oferty przedmiotowo istotnych, ale elementy te muszą z oferty wynikać, muszą być w niej ujęte.

Zdaniem Odwołującego, kolejne wyjaśnienie pozwoliłoby tylko doprecyzować gatunki wskazane w ofercie, a nie zmieniałoby złożonej oferty.

W ramach tematu kukurydza Odwołujący oprócz 8 innych gatunków dwukrotnie wskazał odmianę „SM Finezja”. Odwołujący wyjaśnił, że niezgodność ta ma charakter omyłki.

W ocenie Odwołującego poprawienie omyłki dotyczącej wskazania dwukrotnie tej samej odmiany nie spowodowałoby zmian w treści oferty, a wskazana zostałaby inna odmiana.

Dalej Odwołujący wskazał, że „wskazanie grochu siewnego i grochu zwyczajnego jest również niezgodnością, która jest omyłką niemającą wpływu na treść oferty. W ofercie w temacie „Bobowate i ich mieszanki” wskazano 5 różnych gatunków, błędnie wskazane gatunki zostałyby zastąpione innymi. Dodatkowo groch siewny z rośliną podporową nie jest

tym samym co groch siewny czy groch zwyczajny, jest to mieszanka zbożowo - strączkowa”. Zamawiający zakwestionował również wskazanie grochu cukrowego oraz czosnku, który

według Zamawiającego odnosi się do rodzaju w kategorii taksonomicznej obejmującej wiele zróżnicowanych gatunków i odmian.

W opinii Odwołującego takie stanowisko Zamawiającego jest sprzeczne z oceną oferty Wykonawcy Konsorcjum CDR Oddział w Radomiu, ponieważ Wykonawca ten w ofercie wskazał w temacie demonstracji „Warzywa” np. kapustę, ogórek, które są rodzajem, a nie gatunkiem rośliny. Taka sama sytuacja ma również miejsce w przypadku zbóż, gdzie Wykonawca Konsorcjum CDR Oddział w Radomiu wskazał żyto, pszenicę, owies, jęczmień, co jest rodzajem zbóż, nie gatunkiem; podgatunkiem; odmianą; formą. Ta sama sytuacja jest w temacie upraw „Sady”- Wykonawca Konsorcjum CDR Oddział w Radomiu wskazał tylko rodzaj rośliny, a nie gatunek. Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę że Wykonawca „Konsorcjum CDR Oddział w Radomiu ma zakwalifikowane gatunki przez Zamawiającego”, natomiast Europejska Grupa Doradcza sp. z o.o. nie”. Takie działanie w opinii Odwołującego jest nierównym traktowaniem wykonawców.

Odwołujący wskazał także, że „groch cukrowy jest odrębnym gatunkiem - jego nazwa łacińska brzmi „Pisum sativum var. saccharatum” skrót var., co po łacinie oznacza warietas czyli odmiana. To potwierdzają wszyscy niezależni eksperci, tj. biegły sądowy dr inż. E. B. i prof, dr hab. inż. M. K. . Zamawiający zakwestionował dobrze wskazany gatunek przez Europejską Grupę Doradczą sp. z o.o. groch cukrowy, który jest niezależnym/innym gatunkiem niż groch siewny (zwyczajny).

Dodatkowo wg załącznika nr 4 do rozporządzenia Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 13 marca 2015r. w sprawie szczegółowych warunków i trybu przyznawania pomocy finansowej w ramach działania „Rolnictwo ekologiczne” objętego Programem Rozwoju

Obszarów Wiejskich na lata 2014-2020 (Dz. U. Z 2018r., poz. 1784, z późn. Zm.) czosnek, cebula zwyczajna oraz por są wpisane w wykazie jako gatunek/uprawa w pakiecie 2. Uprawy warzywne w okresie konwersji i Pakiet 8. Uprawy warzywne po okresie konwersji.

Zarzut Zamawiającego, jakoby ciężko odróżnić gatunek: czosnek, cebulę zwyczajną, por, co w konsekwencji uniemożliwiłoby weryfikację jaki rzeczywiście gatunek będzie przedmiotem demonstracji zarówno na etapie oceny oferty jak i na etapie realizacji zamówienia jest absurdalny”.

W opinii Odwołującego wskazana przez Zamawiającego definicja gatunku daje szerokie pole do interpretacji, co zostało zastosowane przez Zamawiającego przy ocenie ofert. W stosunku do oferty Wykonawcy Konsorcjum CDR Oddział w Radomiu nie zostało zakwestionowane wskazanie rodzaju rośliny np. pszenica, kapusta, jabłoń natomiast przy ofercie Europejskiej Grupy Doradczej sp. z o.o. szczegółowo odniesiono się do wszystkich wskazanych gatunków. Zamawiający kwestionuje wskazanie „czosnku”, który według zamawiającego odnosi się do rodzaju w kategorii taksonomicznej obejmującej wiele zróżnicowanych gatunków i odmian upraw, a należy do warzyw cebulowych. W ofercie przeciwnej Zamawiający nie kwestionuje kapusty, która również należy do warzyw kapustnych i też odnosi się do rodzaju rośliny w kategorii taksonomicznej, obejmujących wiele zróżnicowanych gatunków i odmian uprawnych. Takie stanowisko jest naruszeniem art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ nie zapewnia uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców.

W temacie demonstracji „Rośliny jagodowe” Odwołujący wskazał, że Zamawiający zakwestionował w wykazie Odwołującego: aronię, winorośl, żurawinę oraz malinę, a zatem uprawy, które według niego obejmują wiele gatunków i odmian, nie zakwestionował kwestionuje wskazania uprawy: np. żyto, pszenica, owies, jęczmień, które są rodzajem zbóż i również obejmują wiele gatunków i odmian. Powyższe stanowi w opinii Odwołującego kolejny przykład nierównego traktowania ofert.

Zamawiający zakwestionował również wskazane w wykazie sporządzonym przez Odwołującego (w temacie demonstracji „przeciwdziałanie znoszeniu środków ochrony roślin z pól konwencjonalnych, zielona infrastruktura”) szerokie miedze śródpolne oraz pasy kwietne, argumentując to okolicznością, iż Odwołujący nie wskazał gatunków roślin. W opinii Odwołującego Zamawiający powinien uznać powyższe jako dwie różne uprawy i dodatkowo zwrócić się do Odwołującego z zapytaniem o poszczególne gatunki.

Odwołujący wskazał, że oferta Wykonawcy Konsorcjum CDR Oddział w Radomiu powinna zostać w całości odrzucona. Podkreślił także, że Zamawiający nie wykazał się szczególną

dokładnością oceniając ofertę Wykonawcy Konsorcjum CDR Oddział w Radomiu, ponieważ oferta tego Wykonawcy zawiera dużo więcej braków niż zostało to wykazane w piśmie do Wykonawcy.

Odwolujący podniósł, że Zamawiający nie naliczył punktów za powyższe kryterium. Zgodnie z postanowieniami SWZ, Zamawiający miał przyznać punkty, maksymalnie 10 pkt w kryterium. Odwołujący podniósł, że Zamawiający w SWZ nie wskazał sytuacji, jakie będą skutkować nie naliczeniem punktów za dane kryterium. Odrzucając gatunki, które według opinii Zamawiającego nie zaliczają się do definicji gatunku wskazanej przez Zamawiającego oferta Europejskiej Grupy Doradczej sp. z o.o. w danym kryterium powinna utrzymać maksymalną ilość punktów.

Odwolujący przedstawił opinię niezależnych ekspertów do spraw rolnictwa, które wskazać miały, że Zamawiający błędnie zakwalifikował gatunki wskazane przez Wykonawców. Kryterium wyboru, które zostało przyjęte przez Zamawiającego jest niespójne i niejednoznaczne do interpretacji: ekspertyza Prof. dr hab. inż. M. K. z Uniwersytetu Przyrodniczego we Wrocławiu, ekspertyza Biegłego Sądowego dr inż. E. B., pismo o wydanie ekspertyzy, ekspertyza mgr inż. M. S., załącznik nr 4 do rozporządzenia ekologicznego.

Odwolujący podkreślał, że niezależnie ile gatunków zostanie zakwalifikowane w kryterium „uprawy”, to zawsze otrzyma maksimum punktów, czyli 10.

Odwolujący zakwestionował również ocenę oferty Wykonawcy Konsorcjum CDR Radom w ramach kryterium liczby opiekunów naukowych.

Zgodnie z Rozdziałem XI. Pkt 1 ppkt 1.2 kryterium jakość usług naukowych Wykonawca był zobowiązany do wskazania liczby opiekunów naukowych (maksymalnie 2 w ramach jednego tematu demonstracji), którzy będą brali udział w realizacji operacji. Zgodnie z wymaganiami SWZ, opiekunowie naukowcy, wskazani w ramach kryterium oceny ofert „jakość usług naukowych”, muszą spełniać wymagania określone w Rozd. 111.2 pkt 1 ppk 1.3.2) lit. B.2) SWZ. tj. „opiekun naukowy - osoba (zawodowo związana z tematem demonstracji) zatrudniona na stanowisku naukowym lub badawczo-technicznym w instytucie badawczym, zgodnie z ustawą z dnia 30 kwietnia 2010r. o instytutach badawczych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1383), instytucie PAN, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 30 kwietnia 2010r. o Polskiej Akademii Nauk (Dz. U. z 2019r. poz. 2227) lub na stanowisku badawczym lub badawczo-dydaktycznym na uczelni, zgodnie z przepisami ustawy z 20 lipca 2018r. Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (Dz. U. z 2021r. poz. 478, 619) prowadząca prace badawcze lub badawczo-rozwojowe dotyczące rolnictwa ekologicznego, lub przetwórstwa rolno-spożywczego, lub prowadząca zajęcia ze studentami na temat rolnictwa ekologicznego lub przetwórstwa rolno-spożywczego przez okres co najmniej 3 lat przed złożeniem oferty. Wykonawca wyznaczy dla każdego tematu demonstracji opiekuna naukowego. Łącznie Wykonawca powinien zapewnić, co najmniej 25 opiekunów naukowych”.

Odwolujący wskazał, że Wykonawca Konsorcjum CDR Oddział w Radomiu w zał. 7a do oferty nie wskazał opiekunów naukowych do takich tematów demonstracji jak: „przeciwdziałanie znoszeniu środków ochrony roślin z pól konwencjonalnych, zielona infrastruktura”, kozy, kury nioski. W opinii Odwołującego, minimum, które miało zostać zapewnione to 1 opiekun naukowy do maksymalnie 2 opiekunów naukowych.

W opinii Odwołującego oferta Wykonawcy Konsorcjum CDR Radom powinna zostać odrzucona zaś oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwolanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie jest zasadny zarzut Odwołującego dotyczący nieprzyznania Europejskiej Grupie Doradczej sp. z o.o. punktów w kryterium „Zróżnicowanie w temacie demonstracji - uprawy” zgodnie z art. 247 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z treścią SWZ, Zamawiający w kryterium zróżnicowania obiektów demonstracyjnych dla tematów demonstracji - uprawy, mógł przyznać maksymalnie 10 punktów. Zamawiający nie określił zasad, według których będzie przyznawał punkty w ramach tego kryterium. Określił jedynie, że w przypadku niezłączenia do oferty oświadczenia dotyczącego zróżnicowania tematów demonstracyjnych w temacie demonstracji - uprawy, oferta otrzyma 0 punktów.

Wykonawcy, przystępując do postępowania, wyrazili zgodę na takie zasady przyznawania punktów. Pozostawili dowolność uznania Zamawiającego w zakresie oceny i decyzji co do sposobu przyznania punktów w tym zakresie. Zasadą było jedynie, że wykonawca w ramach kryterium może otrzymać maksymalnie 10 punktów oraz to, że w przypadku niezłożenia oświadczenia w przedmiocie zróżnicowania obiektów, oferta otrzyma 0 punktów.

Odwołujący załączył do oferty oświadczenie, w którym zaoferował 122 gatunki, natomiast Przystępujący zaoferował 21 gatunków. Zamawiający wezwał obu Wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazania gatunków upraw uwzględnionych w ramach kryterium oceny ofert. Wykonawcy złożyli wykazy tych gatunków. Zamawiający oświadczył, że złożone wyjaśnienia okazały się niewystarczające do dokonania oceny punktowej, zaś ponowne wezwanie do wyjaśnienia treści oferty naruszałoby zakaz zmiany pierwotnej treści oferty, co jest niedopuszczalne na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zmiana ta polegałaby na wskazaniu gatunków, które pierwotnie nie były uwzględnione w treści oferty do chwili jej złożenia, a więc w szczególności także na etapie jej przygotowania.

Złożone wykazy stanowiły oświadczenie, które jest wynikiem dokonywanych na etapie przygotowania ofert założeń i obliczeń - zarówno co do liczby różnych gatunków w obiektach demonstracyjnych w temacie demonstracji uprawy, jak i związanych z tą liczbą kosztów. Zależnie od zaoferowanej liczby gatunków, różnie bowiem kształtować będą się mogły nakład pracy i koszty zakładane przez wykonawcę dla realizacji przedmiotu zamówienia. Powyższe potwierdzała treść odpowiedzi na pytanie nr 15 (opracowanej na etapie SWZ), zgodnie z którą; „wybór kilku gatunków upraw będzie również generował dodatkowe koszty, ponieważ wymaga to zaangażowania szerszej grupy naukowców, opracowania większej liczby instrukcji, nakręcenia dodatkowych filmów”.

Zamawiający uznawał zatem, że wskazanie w ofertach przez Wykonawców liczby gatunków w obiektach demonstracyjnych z pewnością musiało być poprzedzone przez nich odpowiednią analizą - w szczególności co do tego, na ile możliwa do uzyskania dodatkowa punktacja znajdzie swoje uzasadnienie ekonomiczne. Decyzja musiała być oparta na racjonalnych wyliczeniach, zarówno co do liczby gatunków, jak i co do tego, jakie konkretnie gatunki będą składały się na tę liczbę, w przypadku oferty każdego z Wykonawców. Powyższe oznacza, że to całkowita liczba zaoferowanych od początku gatunków mogła być i powinna być brana pod uwagę przy ocenie punktowej dokonywanej przez Zamawiającego. Jakikolwiek dokonywanie zmian w tym zakresie stanowiłoby niedozwoloną zmianę oferty, a „podmiany ilości czy jakości gatunków” - niedozwolone negocjacje pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym. Jak wskazano powyżej, ilość i rodzaj gatunków miały być przygotowane przez Wykonawców na etapie wcześniejszym, poprzedzającym złożenie ofert. Zatem zmiana gatunków na obecnym etapie nie odpowiada temu, co w rzeczywistości Wykonawcy przygotowali i co w rzeczywistości zaoferowali. Ponadto nie jest wiadomo, na czym miałyby polegać „zastąpienie” gatunku i jaki miałby być jego zakres, a także jaka ostatecznie byłaby ilość zaoferowanych gatunków. Powyższe nie tylko stanowi niedopuszczalną zmianę treści oferty, ale także wpływa na ilość zaoferowanych gatunków, a to powinno być wynikać od początku z treści oferty i pozostawać niezmiennie.

W treści odwołania Odwołujący wskazał, że: „kolejne wyjaśnienia pozwoliłyby tylko doprecyzować gatunki wskazane w ofercie, a nie zmieniałyby treści oferty”. W dalszej części wyводу podnosi w szczególności, że w ramach tematu demonstracji „kukurydza” dwukrotne wskazanie gatunku „SM Finezja” ma charakter omyłki i w wyniku ponownego wezwania do wyjaśnienia treści oferty „wskazana zostałaby inna odmiana”. Jednocześnie Odwołujący zaznaczył, że „poprawienie omyłki dotyczącej wskazania dwukrotnie tej samej nazwy odmiany nie spowodowałoby zmian w treści oferty, a wskazana zostałaby inna odmiana”. Powyższe potwierdza, że Odwołujący oczekiwał dokonywania zmian w zakresie pierwotnie przygotowanej przez niego oferty, w tym poprawienia omyłki. Trafnie zauważył Zamawiający,

że z jednej strony Odwołujący wskazuje na zmianę wskazanego gatunku, z drugiej strony można wskazać, że brak jest podstaw do przesądzenia, czy w istocie ta poprawa nie powinna polegać raczej na zmianie ilości gatunków (poprzez ich zmniejszenie o 1). Nie wiadomo, czy rzeczywiście Odwołujący złożyłby oświadczenie o tej samej treści (co do liczby

gatunków), gdyby miał zamiar zaoferować jeszcze jeden gatunek poza gatunkiem „SM Finezja”.

Izba podziela zatem stanowisko Zamawiającego, że gdyby przyjąć wnioski Odwołującego za zasadne - niewątpliwie doszłoby do negocjowania treści oferty w zakresie wskazań liczby gatunków, co miałyby przełożenie na punktację w ramach kryterium oceny ofert.

Wobec powyższego, skoro oferta Odwołującego wymagała dokonywania niedopuszczalnych negocjacji, zmian (na które wskazywał sam Odwołujący), to nie można ustalić, jaką ilość gatunków (i ostatecznie jakie gatunki) zaoferował. Nie są to zatem 122 gatunki, które wynikały z treści oświadczenia złożonego wraz z ofertą (na co również wskazuje Odwołujący, domagając się zmian - poprawienia omyłek). Skoro tak, to trafna była ocena Zamawiającego, polegająca na przyznaniu 0 punktów. Nie jest uzasadnione stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym, skoro Zamawiający przewidział przyznanie maksymalnie 10 punktów, to oferta Odwołującego (ponieważ oferował aż 122 gatunki, a oferta Przystępującego jedynie 21) powinna otrzymać przynajmniej 5 lub 7 punktów, a w każdej konfiguracji 10 punktów. Pierwotna treść oferty powinna podlegać ocenie, a skoro ta pierwotna treść oferty wymagała zmian, nie może zostać wzięta pod uwagę. Zatem skoro Zamawiający doszedł do przekonania, że wyjaśnienia nie są wystarczające do dokonania oceny punktowej, trafnie uznał, że nie powinny zostać przyznane punkty.

Ponadto, jak wskazano powyżej, Wykonawcy przystępując do postępowania zgodzili się na zasady określone w SWZ. Pozostawili dowolność uznania Zamawiającego w zakresie oceny i decyzji co do sposobu przyznania punktów w tym zakresie.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, również oferta Przystępującego uzyskała w przedmiotowym kryterium oceny ofert 0 punktów. Zamawiający potwierdził, że z tych samych powodów nie przyznał punktów ofercie Przystępującego w ramach przedmiotowego kryterium. Obie oferty w zakresie przyznania punktów w spornym kryterium podlegały jednakowej ocenie. Nie jest zatem zasadny zarzut dotyczący nierównego traktowania oferty Odwołującego i Przystępującego. Nie można zatem uznać, aby Zamawiający naruszył art. 16 i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Niezasadny okazał się także zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania Wykonawcy Konsorcjum CDR Oddział w Radomiu (Przystępujący), mimo że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zgodności z warunkami zamówienia opisanymi w SWZ, co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Według Odwołującego, naruszenie miało polegać na zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy Konsorcjum CDR Oddział w Radomiu, który zdaniem Odwołującego, nie wykazał spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu w zakresie zgodności z warunkami zamówienia, poprzez niespełnienie kryterium liczby opiekunów naukowych.

W Rozdziale III.2 pkt. 1.3.2 b).2 SWZ Zamawiający określił minimalną liczbę opiekunów naukowych dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazania zdolności technicznej lub zawodowej.

Na potwierdzenie spełnienia warunku, Wykonawca zobowiązany był złożyć wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji, doświadczenia zawodowego i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wzór oświadczenia stanowił Załącznik nr 7b do SWZ „Wykaz osób (Warunek udziału w postępowaniu), które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia”.

W Rozdziale XI pkt 1 ppkt 1.2 SWZ Zamawiający określił kryterium oceny ofert, w tym kryterium „jakość usług doradczych”, zgodnie z którym Wykonawca mógł uzyskać maksymalnie 10 punktów. Zamawiający oczekiwał, że: Wykonawca w ramach kryterium oceny ofert „jakość usług naukowych” wskaże liczbę opiekunów naukowych (maksymalnie 2 w ramach jednego tematu demonstracji), którzy będą brali udział w realizacji operacji. Opiekunowie naukowi wskazani w ramach kryterium oceny ofert „jakość usług naukowych”, muszą spełniać wymagania określone w Rozdz. III.2 pkt 1 ppkt 1.3.2) lit. b.2) SWZ. Liczba opiekunów naukowych ponad wymagania minimalne, wskazana w ramach kryterium, będzie podlegała na porównaniu w stosunku do oferty, w której Wykonawca zadeklaruje realizację operacji przy największej liczbie opiekunów naukowych ponad wymagania minimalne.

Dla oceny oferty w ramach kryterium, Zamawiający wymagał przedstawienia wykazu osób wyznaczonych do realizacji zamówienia zgodnie z Załącznikiem nr 7a do SWZ - „Wzór oświadczenia - Wykaz osób (kryterium oceny ofert)”.

W przedłożonych wraz z ofertą Oświadczeniu sporządzonym wg Załącznika 7a, Odwołujący wskazał 25 dodatkowych opiekunów, zaś Przystępujący - 29 opiekunów.

Zdaniem Odwołującego, minimum, które miało zostać zapewnione w załączniku nr 7a (ocena w ramach kryterium), to 1 opiekun naukowy do maksymalnie 2 opiekunów naukowych.

Zgodnie z wymaganiami określonymi w Rozdziale XI SWZ, Opiekunowie naukowcy wskazani przez Wykonawcę w wykazie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia zgodnie z Załącznikiem nr 7a do SWZ - „Wzór oświadczenia - Wykaz osób (kryterium oceny ofert) nie zostali wskazani na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W Załączniku 7b - „wykaz osób (warunek udziału w postępowaniu), które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia”, Przystępujący wskazał opiekunów w każdym z wymienionych przez Odwołującego tematów demonstracji, tj.: „przeciwdziałanie znoszeniu środków ochrony roślin z pól konwencjonalnych, zielona infrastruktura”, „kozy” oraz „kury nioski”, a więc wykazał spełnienie warunku udziału (także we wskazywanym jako sporny) zakresie. Odwołujący nie kwestionował prawidłowości wskazania opiekunów naukowych przez Przystępującego w załączniku 7b, natomiast zakwestionował ilość osób wskazanych w załączniku nr 7a, który służył wykazaniu spełnienia kryterium.

Zdaniem Odwołującego, oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem Przystępujący w trzech pozycjach formularza 7a (tj. pozycjach nr: 16, 21, 26) nie zapewnił co najmniej jednego opiekuna naukowego.

Zdaniem Odwołującego, z postanowienia opisanego w pkt 1.2 pisma z 06 sierpnia 2021 roku dotyczącego kryterium oceny ofert wynika wymaganie, aby opiekunowie spełniali wymagania określone w rozdz. III, pkt 1.3.2., lit. 2b) SWZ. W ocenie Odwołującego, postanowienie to należy odczytywać całościowo, a zatem łącznie ze zdaniem wskazującym na konieczność wyznaczenia dla każdego tematu co najmniej jednego opiekuna naukowego.

Tymczasem z postanowienia wynika, że Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy wskazali liczbę opiekunów maksymalnie dwóch w ramach jednego tematu demonstracji, co oznacza, że nie została przewidziana minimalna liczba opiekunów, a zatem Wykonawca mógł zaferować w ramach kryterium oceny ofert od 0 do 2 opiekunów naukowych.

Treść postanowienia wyraźnie referuje do spełnienia wymagań, które muszą spełniać opiekunowie naukowcy (określonych w punkcie 1.2.), nie referuje do liczby opiekunów.

W konsekwencji za niezasadny należy uznać zarzut zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum CDR Oddział w Radomiu. Nie można uznać, aby Wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania, zatem oferta Wykonawcy nie podlegała odrzuceniu. Zamawiający nie był zatem zobowiązany do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Zamawiający nie naruszył zatem art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a)

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: