

WYROK
z dnia 15 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow
Daniel Konicz
Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 lutego 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **9 lutego 2017 r.** przez wykonawcę **Goldman & White Line Architects Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Poznaniu, ul. Dolna Włda 26/26, 61-552 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Urząd Miasta Stołecznego Warszawy Urząd Dzielnicy Ursus, Plac Czerwca 1976 roku Nr 1, 02-495 Warszawa**

przy udziale wykonawcy E. K.-Ł., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą **E. K.-Ł. Architektów Grupa, ul. G. Zapolskiej 24a/44, 30-126 Kraków** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 195/17** po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i:

- 1) nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy **E. K.-Ł.**, jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem prawidłowego obliczenia punktów przyznawanych za spełnienie kryterium 3 – liczba osób uczestniczących w realizacji projektu.

1

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę E. K.-Ł., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą E. K.-Ł. Architektów Grupa, ul. G. Zapolskiej 24a/44, 30-126 Kraków

i:

- 2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: **piętnaście tysięcy złotych** zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Goldman & White Line Architects Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Poznaniu, ul. Dolna Włda 26/26, 61-552 Poznań** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2) zasądza od wykonawcy **E. K.-Ł. architektów grupa, ul. G. Zapolskiej 24a/44, 30-126 Kraków** na rzecz wykonawcy **Goldman & White Line Architects Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Poznaniu, ul. Dolna Włda 26/26, 61-552 Poznań** kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: **siedem tysięcy pięćset złotych** zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych ([Dz. U. z 2015 r. poz. 2164](#) oraz [z 2016 r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 i 1920](#)) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający **Urząd Miasta Stołecznego Warszawy Urząd Dzielnicy Ursus, Plac Czerwca 1976 roku Nr 1, 02-495 Warszawa** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »zaprojektowanie „Zabudowy mieszkaniowej wielorodzinnej z wielostanowiskowym garażem, przedszkolem oraz infrastrukturą i zjazdem dla działki nr 1/29, obręb 2-09006, przy ul. Orłąt Lwowskich w Warszawie«.

Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w BZP **20.12.2016 r.** pod nrem **BZP 371194-2016**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 i 1920) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **25.01.2017 r.** o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **E. K.-Ł. architektów grupa, ul. G. Zapolskiej 24a/44, 30-126 Kraków**.

Wykonawca **Goldman & White Line Architects Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Poznaniu, ul. Dolna Wilda 26/26, 61-552 Poznań**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł **30.01.2017 r.** do Prezesa KIO **odwołanie**.

Odwołujący zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:

- 1) **art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp** przez ich niezastosowanie i w konsekwencji dokonanie oceny i następczego wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy **E. K.-Ł.**, w sytuacji gdy wykonawca **E. K.-Ł.** nie spełnia warunku zdolności technicznej i zawodowej udziału w postępowaniu przetargowym i wykonawczyni ta powinna zostać wykluczona z postępowania, a jej oferta powinna zostać uznana za odrzuconą;
- 2) **art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp i art 22 ust. 1b pkt 3 Pzp** przez ich niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty

wykonawcy **E. K.-Ł.** jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy wykonawca **E. K.-Ł.** nie spełniała warunku zdolności technicznej i zawodowej udziału w postępowaniu przetargowym i jako taka powinna zostać wykluczona z postępowania, a jej oferta powinna zostać uznana za odrzuconą;

- 3) **art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2 Pzp w zw. z art 22 ust. 1 pkt 1 Pzp i art 24 ust. 1 pkt 13 Pzp** przez ich niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty wyw **E. K.-Ł.** jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy wykonawca **E. K.-Ł.** nie wykazała należytych dokumentami, że nie podlegała wykluczeniu z postępowania przetargowego na podstawie **art. 24 ust. 1 pkt 13 Pzp**, na dzień złożenia oświadczenia w tym zakresie;
- 4) **art. 91 ust. 1 Pzp** przez jego niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty wykonawcy **E. K.-Ł.** jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy prawidłowa ocena oferty wykonawcy **E. K.-Ł.** w zakresie spełnienia kryterium 3 powoduje obniżenie sumy punktów za wszystkie trzy kryteria do 93.81, „przesuwając” ofertę wykonawcy **E. K.-Ł.** za ofertę **odwołującego**.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i o:

- 1) nakazanie **zamawiającemu** unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy **E. K.-Ł.**, jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) nakazanie **zamawiającemu** wykluczenia wykonawcy **E. K.-Ł.** z postępowania przetargowego i uznania oferty wykonawcy **E. K.-Ł.** za **odrzuconą**;
- 3) nakazanie **zamawiającemu** powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej ewentualnie o:
- 4) nakazanie **zamawiającemu** unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy **E. K.-Ł.**, jako oferty najkorzystniejszej;
- 5) nakazanie **zamawiającemu** **powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej**, z uwzględnieniem **punktów prawidłowego obliczenia** przyznawanych za spełnienie kryterium 3 – liczba osób uczestniczących w realizacji projektu

w każdym przypadku odwołujący wniósł o:

6) zasądzenie od zmagającego na rzecz **odwołującego** kosztów postępowania wg norm prawem przepisanych.

Ze względu na to, że zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu 4 odwołujący cofnął zarzuty 1-3 oraz wnioski 1-3. Wykonawca **E. K.-Ł. architektów grupa, ul. G. Zapolskiej 24a/44, 30-126 Kraków** zgłosił sprzeciw do uwzględnienia zarzutu 4.

Argumentacja **odwołującego**

III. Błędna ocena oferty

Odwołujący zarzuca nieprawidłową ocenę oferty **wykonawcy E. K.-Ł.**

Zgodnie z treścią **części X jednostka redakcyjna II ust. 4 SIWZ**, jednym z kryteriów oceny ofert była liczba osób uczestniczących w realizacji projektu, ponad wymagane minimum (dalej: osoby dodatkowe), nie więcej jednak niż 6 osób dodatkowych. Wymagane minimum osób uczestniczących w realizacji projektu zostało określone w **części III jednostka redakcyjna I ust. 2 ad 1c pkt 2 str. 4 i 5 SIWZ**. **Zamawiający** wymagał, aby w realizacji projektu uczestniczyło 5 **projektantów z uprawnieniami do projektowania bez ograniczeń** w branży: architektonicznej (pkt **2 lit. a**), konstrukcyjno-budowlanej (pkt **2 lit b**), sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych i gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (pkt **2 lit. c**), sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (pkt **2 lit. d**), drogowej (pkt **2 lit. e**). Zgodnie z **częścią X jednostka redakcyjna II ust. 4 str. 19 SIWZ**, osoby dodatkowe powinny posiadać **kwalifikacje nie niższe** niż projektanci w wymaganym minimum. Zatem osoby dodatkowe powinny legitymować się uprawnieniami budowlanymi do projektowania bez ograniczeń w jednej lub w kilku z branż: architektonicznej, konstrukcyjno-budowlanej, sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych i gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych lub drogowej.

Zgodnie z wykazem osób skierowanych do realizacji zamówienia, sporządzonym według wzoru stanowiącego **załącznik nr 8 do SIWZ**, wyłącznie **5 z 6** wskazanych przez **wykonawcę E. K.-Ł.** osób dodatkowych legitymuje się uprawnieniami jak wyżej. Za osoby dodatkowe w rozumieniu **częścią X jednostka redakcyjna II ust. 4 str. 19 SIWZ** mogą zostać uznane wyłącznie – **M. B.**, posiadające uprawnienia budowlane w branży architektonicznej, **S. S.**, posiadający uprawnienia budowlane w branży konstrukcyjno-budowlanej, **Z M.**, posiadający uprawnienia budowlane w branży instalacji sanitarnych, **J. S.**, posiadający uprawnienia budowlane w branży instalacji elektrycznych oraz **J. S.**, posiadający uprawnienia budowlana w branży drogowej. Za osobę dodatkową **nie może** zostać uznany **S. P.**, który nie legitymuje się żadnymi uprawnieniami budowlanymi, wymaganymi przez **zamawiającego S. P.** jest absolwentem lub pracownikiem Wydziału Biotechnologii i Ogrodnictwa oraz Wydziału Leśnictwa.

dowód: wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, stanowiący **załącznik nr 8 do SIWZ**

Wobec powyższego osoba **S. P.** powinna zostać wyłączona przy ocenie kryterium 3. Oceniając ofertę **wykonawcy E. K.-Ł.** w zakresie kryterium 3 **zamawiający** przyjął tymczasem jako podstawę obliczeń 6 osób dodatkowych. W konsekwencji oferta

wykonawcy E. K.-Ł. otrzymała w zakresie kryterium 3 maksymalną liczbę punktów, tj. **20 punktów**.

dowód: informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Liczba punktów, która powinna zostać przyznana ofercie **wykonawcy E. K.-Ł.** powinna tymczasem wynosić **16,67** (po zaokrągleniu „w górę” – $5/6 \times 100 \times 20\% = 16,67$). W konsekwencji, suma punktów za wszystkie trzy kryteria oceny ofert powinna zostać odpowiednio obniżona i wynosić ostatecznie **93,81 punktów** (60 punktów + 17,14 punktów + 16,67 punktów ~ 93,81 punktów).

Oferta **odwołującego** została oceniona na **94,33 punkty**. **Odwołujący** nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu przetargowym. W tym stanie rzeczy to oferta **odwołującego** powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 30.01.2017 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym **wykonawcom**

31.01.2017 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

03.02.2017 r. wykonawca E. K.-Ł. architektów grupa, ul. G. Zapolskiej 24a/44, 30-126 Kraków złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 06.02.2017 r. (art. 186 ust. 1 Pzp) i zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu 4.

Odwołujący 09.02.2017 r. wycofał odwołanie w całości oprócz odwołania zakresie zarzutu 4.

Przystępujący po stronie zamawiającego wniósł sprzeciw do uwzględnienia w zakresie zarzutu 4 przez zamawiającego 13.02.2017 r. (art. 186 ust. 4 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest przesłanki posiadania interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Art. 179 ust. 1 Pzp brzmi »Środki ochrony prawnej określone w niniejszym [VI] dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy [Pzp]«.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie Izby, zarzut 4 (jedyne niecofnięty przez odwołującego) naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp – przez niewłaściwe zastosowanie art. 91 ust. 1 Pzp i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty wykonawcy E. K.-Ł. jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy prawidłowa ocena oferty wykonawcy E. K.-Ł. w zakresie spełnienia kryterium 3 powoduje obniżenie sumy punktów za wszystkie trzy kryteria do 93.81, „przesuwając” ofertę wykonawcy E. K.-Ł. za ofertę odwołującego – zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że postanowienie części III jednostka redakcyjna I ust. 2 ad 1c pkt 2 str. 4 i 5 SIWZ cyt.: »Warunek posiadania zdolności technicznej lub zawodowej: Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał, że osoby, które będą skierowane przez

wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, odpowiedzialne za świadczenie usług posiadały kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, doświadczenie i wykształcenie niezbędne do wykonywania zamówienia publicznego, a także wykonywały czynności wyznaczone przez zamawiającego, w zakresie projektowania: a) projektanta z uprawnieniami budowlanymi do projektowania bez ograniczeń w specjalności [...]« [pisownia oryginalna – przyp. Izba] składa się z wprowadzenia do wyliczenia i liter od lit. a do lit. e.

Izba podkreśla, że tekst cyt.: »Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał, że osoby, które będą skierowane przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego,

odpowiedzialne za świadczenie usług posiadały kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, doświadczenie i wykształcenie niezbędne do wykonywania zamówienia publicznego, a także wykonywały czynności wyznaczone przez zamawiającego, w zakresie projektowania:« nie jest nagłówkiem, tytułem czy autonomicznym postanowieniem, ale przytoczony tekst jest wprowadzeniem do wyliczenia, co wynika z treści tego elementu postanowienia oraz użycia na końcu znaku przestankowego dwukropka. Dwukropek, jako znak interpunkcyjny, jest stawiany przed przytoczeniem czyichś słów lub przed wyliczeniem bez względu na to ile elementowym oraz bez względu na formę tego wyliczenia: kolumnowego z użyciem punktów, liter, tiret bądź podwójnych tiret (tak jest stosowane w prawodawstwie), bądź zastosowania w tekście ciągłym z użyciem przecinków po każdym elemencie zgodnie z regułami językowymi. **Zamawiający** wykazał w wyliczeniu z użyciem liter w omawianym fragmencie specyfikacji, jakie cechy muszą posiadać osoby skierowane do realizacji zamówienia. Otóż wszystkie te osoby (wskazane w lit. od a do lit. e) muszą posiadać kwalifikacje w zakresie projektowania cyt.: »projektanta z uprawnieniami budowlanymi do projektowania bez ograniczeń w specjalności [...]«.

Ponadto **zamawiający** we wprowadzeniu do wyliczenia przez zastosowanie spójnika »i« użył koniunkcji cyt.: »kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, doświadczenie i wykształcenie niezbędne do wykonywania zamówienia publicznego«, czyli osoby wykazywane w ofercie będą musiały jednocześnie mieć przymioty kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia. Jak wynika z wyliczenia literowego (od lit. a do lit. e) **zamawiający** skupił się na wykazaniu uprawnień budowlanych, której to cechy posiadania wymagał od każdej z osób przewidzianych do wykonywania zamówienia przez **wykonawców**.

Odwołujący nie wykazał w ofercie posiadania uprawnień budowlanych przez Pana S. P.. Dlatego **zamawiający** nie mógł w trakcie oceny ofert przyznać żadnych punktów w kryterium 3 »Ilość **osób uczestniczących w realizacji projektu (ponad wymagane minimum)**«. **Zamawiający** precyzyjnie określił sposoby oceny ofert w kryterium 3 w **części X jednostka redakcyjna II ust. 4 SIWZ**

Ponadto **Izba** zauważa, że ze względu na to, że wskazanie w ofercie dodatkowej liczby osób mających uczestniczyć w wykonaniu zamówienia nie może być potraktowane jako spełnienie warunku, **zamawiający** nie będzie mógł zastosować w tym zakresie procedury uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, który to przepis brzmi: »Je **eli wykonawca nie zło ył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich zło enia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba e mimo ich zło enia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby uniewa nienie postępowania**«.

Dlatego **Izba** musi stwierdzić, że jedyny niecofnięty przez **odwołującego** zarzut 4 naruszenia **art. 91 ust. 1 Pzp** – dokonanie wyboru oferty **przystępującego** jako najkorzystniejszej ze względu na przyznanie tej ofercie zbyt dużej liczby punktów w kryterium 3 **zasługuje na uwzględnienie**.

Zamawiający naruszył **art. 91 ust. 1 Pzp**.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....