Sygn. akt: KIO 4601/24

WYROK

Warszawa, dnia 23 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Aleksandra Patyk

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2024 r. przez wykonawcę Avility Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie
w postępowaniu prowadzonym przez Główny Urząd Geodezji i Kartografii w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawcę Avility Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: ……..

Sygn. akt: KIO 4601/24

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Główny Urząd Geodezji i Kartografii w Warszawie [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *usługi doradcze w zakresie realizacji projektu „Integracja państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego (Integracja Pzgik)"* (znak postępowania: BDG-ZP.2610.22.2024.KN).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 września 2024 r. pod numerem 531530-2024.

W dniu 6 grudnia 2024 r. wykonawca Avility Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący"] wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na:

1) odrzuceniu oferty Avility Sp. z o.o. (dalej „Odwołujący");
2) unieważnieniu postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt. 3 PZP, poprzez błędne uznanie, że Odwołujący dokonał zmiany treści oferty złożonej w postępowaniu i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego;
2) art. 255 pkt 2 PZP poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy brak było podstaw do odrzucenia jedynej oferty złożonej w postępowaniu.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
2) zobowiązanie Zamawiającego do ponownego badania i oceny ofert,
3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Avility Sp. z o.o. kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy oraz uzasadnienie zarzutów odwołania.

Zamawiający w dniu 19 grudnia 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

W dniu 20 grudnia 2024 r. Odwołujący złożył replikę na stanowisko Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania,
o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Odwołującego wraz wyjaśnieniami, wezwania kierowane do Odwołującego oraz zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego
i unieważnieniu postępowania z dnia 26 listopada 2024 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron
złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 26 listopada 2024 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym ww. decyzji Zamawiający podał: *„W swojej ofercie Wykonawca zadeklarował, że Architekt systemów informatycznych zrealizował 5 projektów, zgodnie z wymaganiem określonym w Rozdziale VIII ust. 1 pkt 4 lit. b ppkt vi Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) tj. że posiada doświadczenie zdobyte w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert w zbieraniu i specyfikowaniu wymagań z zastosowaniem języka UML w co najmniej dwóch usługach, a wartość każdej z nich wynosiła co najmniej 500 000 PLN brutto".*

Natomiast w Wykazie osób, przedstawionym na wezwanie Zamawiającego do złożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających brak podstaw wykluczenia z 30.10.2024 r., Wykonawca wskazał, że Pan (…), który ma pełnić rolę Architekta systemów informatycznych zdobył doświadczenie w 4 projektach jw.

Zamawiający w SWZ przy określeniu warunku udziału dotyczącego potencjału kadrowego zaznaczył, że Wykonawca musi wykazać, że będzie dysponował na etapie realizacji zamówienia osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a kryterium oceny ofert dotyczy doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji Zamówienia. Zaszła więc sprzeczność w zadeklarowanej liczbie projektów, w których zdobył doświadczenie wskazany Architekt systemów informatycznych, a który ma uczestniczyć w realizacji zamówienia.

W związku z powyższym Zamawiający wzywał Wykonawcę do poprawienia Wykazu osób potwierdzającego doświadczenie Architekta systemów informatycznych w zadeklarowanej w Państwa ofercie liczbie 5 projektów.

Wykonawca w piśmie z 19.11.2024 r. potwierdził, że osoba wskazana do pełnienia roli Architekta systemów informatycznych: „posiada doświadczenie w 4 projektach spełniających wymagania Zamawiającego. Piąty projekt, po kolejnej weryfikacji, nie spełniał przedstawionych wymagań, w związku z tym został usunięty z wykazu osób. Tym samym po dodatkowej weryfikacji zadeklarowana w formularzu ofertowym liczba projektów powinna wynosić 4 (…)."

Zgodnie z postanowieniami art. 223 ust 1 zdanie drugie ustawy Pzp „Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz (…) dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści".

W związku z powyższym zostały wypełnione przesłanki art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 223 ust. 1."

Jednocześnie Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego oraz art. 255 pkt 2 ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Oś niniejszego sporu koncentrowała się wokół rozstrzygnięcia kwestii, czy Odwołujący w wyniku złożonych Zamawiającemu wyjaśnień z dnia 19 listopada 2024 r. doprowadził do niedopuszczalnej po upływie terminu składania ofert zmiany treści oferty
w zakresie doświadczenia (liczby projektów) osoby wskazanej do pełnienia roli architekta systemów informatycznych stanowiącego pozacenowe kryterium oceny ofert, co stanowiło podstawę odrzucenia oferty Wykonawcy w świetle art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Przywołując regulacje prawne stanowiące podstawę zarzutów Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy. Jednocześnie po myśli art. 255 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski
o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.

Wskazać należy, iż okolicznością bezsporną między Stronami było, że doświadczenie osoby dedykowanej do pełnienia roli architekta systemów informatycznych stanowiło pozacenowe kryterium oceny ofert, toteż stanowiło treść oferty. Poza sporem było również, że w formularzu oferty w zakresie doświadczenia osoby dedykowanej do pełnienia ww. funkcji w

kolumnie dotyczącej liczby usług/projektów Odwołujący wskazał „5". Z kolei
w piśmie z dnia 19 listopada 2024 r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący wyjaśnił, że *„w trakcie weryfikacji wykazanych projektów w Wykazie osób, Wykonawca ustalił, że Architekt systemów informatycznych posiada doświadczenie w 4 projektach spełniających wymagania Zamawiającego. Piąty projekt, po kolejnej weryfikacji, nie spełniał przedstawionych wymagań, w związku z tym został usunięty z wykazu osób. Tym samym po dodatkowej weryfikacji zadeklarowana w formularzu ofertowym liczba projektów powinna wynosić 4 (…)."*
Z powyższego w ocenie składu orzekającego niewątpliwie wynika, iż Odwołujący dokonał zmiany pierwotnie złożonego oświadczenia dotyczącego doświadczenia osoby dedykowanej do pełnienia roli architekta systemów informatycznych ocenianego w ramach kryterium w zakresie liczby usług/projektów. Odwołujący wprost przyznał, że zadeklarowana w formularzu ofertowym liczba projektów powinna wynosić 4, a projekt piąty nie spełniał wymagań Zamawiającego, a tym samym zadeklarowana w formularzu ofertowym liczba projektów powinna wynosić 4. Wskazać należy, iż choć Odwołujący we wniesionym odwołaniu zaprzeczał, że doszło do zmiany treści oferty w omawianym zakresie, to nie przedstawił żadnych merytorycznych argumentów, które uzasadniałyby twierdzenie, iż do zmiany oferty nie doszło. Bezspornym jest przecież, że Wykonawca zadeklarował w ofercie, że osoba wskazana do pełnienia funkcji architekta systemów informatycznych legitymuje się 5 projektami, podczas gdy w piśmie z dnia 19 listopada 2024 r. przyznał, że zadeklarowana w formularzu oferty liczba projektów powinna wynosić 4. Powyższa okoliczność stanowi nic innego jak niedozwoloną po upływie terminu składania ofert zmianę treści oferty w zakresie doświadczenia architekta systemów informatycznych ocenianego w ramach kryteriów. Jak wynika bowiem z art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i , dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Złożonym oświadczeniem Odwołujący w istocie potwierdził, że nie zweryfikował w sposób należyty doświadczenia osoby, która miała pełnić funkcję architekta systemów informatycznych podlegającego ocenie w ramach kryteriów pozacenowych w terminie poprzedzającym składanie ofert. Wskazać należy, iż zachowanie wykonawcy przy podaniu informacji zamawiającemu podlega ocenie na kanwie art. 355 § 1 k.c., zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). W stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 k.c. precyzuje, że należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności - za takiego profesjonalistę należy uznać wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. W rozpoznanej sprawie Odwołujący przy podaniu informacji dotyczących doświadczenia architekta systemów informatycznych, takiej staranności nie dochował, a złożonego w piśmie z dnia 19 listopada 2024 r. oświadczenia nie można odkodować w inny sposób niż jako niedopuszczalnej po upływie terminu składania ofert zmiany treści oferty (por. *„Tym samym po dodatkowej weryfikacji zadeklarowana w formularzu ofertowym liczba projektów powinna wynosić 4"*). Nie było zatem zdaniem Izby żadnych merytorycznych podstaw ani argumentów pozwalających na utrzymanie tezy, zgodnie z którą przesłanka odrzucenia oferty Wykonawcy odpada na rzecz zmiany (zmniejszenia) liczby punktów w kryterium dotyczącym doświadczenia architekta systemów informatycznych. Wskazać należy, iż obowiązkiem zamawiającego wynikającym
z art. 226 ustawy Pzp jest odrzucenie oferty wykonawcy w sytuacji, gdy zostaną spełnione przesłanki określone w tym przepisie. Skoro w niniejszym przypadku, na skutek złożonego przez Wykonawcę oświadczenia zawartego w piśmie z dnia 19 listopada br. doszło do zakazanej zmiany treści oferty, to oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.
Na końcu wskazać należy, iż poza rozważaniami Izby znalazła się podniesiona przez Zamawiającego kwestia przedstawienia przez Odwołującego informacji nieprawdziwych, wprowadzających w błąd w kontekście dokonanej zmiany treści oferty dotyczącej doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia roli architekta systemów informatycznych. Stanowisko Zamawiającego wykraczało poza podstawę prawną i faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego zawartą w piśmie z dnia 26 listopada 2024 r., toteż nie mogło stanowić przedmiotu oceny Izby, której zadaniem jest analiza legalności czynności i zaniechań Zamawiającego zakomunikowanych wykonawcom. Bez znaczenia pozostają również rozważania Stron dotyczące możliwości poprawienia oferty Odwołującego na podstawie
art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, skoro w odwołaniu nie postawiono zarzutu naruszenia
art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a Izba związana jest zarzutami zawartymi w odwołaniu (por. art. 555 ustawy Pzp).

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że w okolicznościach niniejszej sprawy czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp nie naruszały przepisów ustawy. Tym samym odwołanie należało oddalić.
Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów

kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: ……..