Sygn. akt: KIO 2334/15

WYROK
z dnia 12 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 listopada 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2015 r. przez wykonawcę **S. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Prawa Prywatnego i Gospodarczego „TOGATUS" S. T. z siedzibą w Olsztynie, ul. Warmińska 7/1, 10-544 Olsztyn** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Olsztyn, ul. Jana Pawła II 1, 10-101 Olsztyn**

przy udziale wykonawcy **P. K. S. Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych sp. k. z siedzibą w Gdańsku, ul. Trzy Lipy 3, 80-172 Gdańsk** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2334/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie**

2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę **S. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Prawa Prywatnego i Gospodarczego „TOGATUS" S. T. z w ul. 7/1, siedzibą Olsztynie, Warmińska 10-544 Olsztyn** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **S. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Prawa Prywatnego i Gospodarczego „TOGATUS" S. T. z siedzibą w Olsztynie, ul. Warmińska 7/1, 10-544 Olsztyn** tytułem wpisu od odwołania

---

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Olsztynie.**

Przewodniczący: ……..……

Sygn. akt: KIO 2334/15

Uzasadnienie

Gmina Olsztyn, zwana dalej „zamawiającym", działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp", prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Świadczenie kompleksowej obsługi prawnej Wydziału Inwestycji Miejskich oraz Jednostki Realizującej Projekt nr 1 Urzędu Miasta Olsztyna".

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 10 września 2015 r., poz. 134251, a następnie zmienione poprzez zamieszczenie zmian w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 16 września 2015 r., poz. 136991.

W dniu 23 października 2015 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę S. T. prowadzącego działalność gospodarcza pod firmą Kancelaria Prawa Prywatnego i Gospodarczego „TOGATUS" S. T. z siedzibą w Olsztynie, zwanego dalej

„odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując iż treść jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”. W uzasadnieniu odrzucenia zamawiający podniósł m.in., iż zasadniczy zakres umowy – jak wynika z treści złożonego przyrzeczenia zawarcia umowy - ma wykonywać osoba podwykonawcy (podmiot trzeci), wskazana w ofercie jako Prawnik, co do którego wymagania zamawiającego były dużo mniejsze. Powyższe stanowi o niezgodności oferty z treścią SIWZ, gdyż zgodnie z zapisami rozdziału XVI ust. 2 SIWZ zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania zamówienia przez Prawnika Wiodącego oraz jego Zastępcę.

W dniu 28 października 2015 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 28 października 2015 r.) wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego i w konsekwencji nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie skutkujące ustaleniem, że oferta odwołującego - w związku z domniemanym zamiarem realizacji kluczowych części zamówienia z udziałem podwykonawcy - nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie tj. zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej, czyli oferty odwołującego.

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności badania, oceny ofert, na skutek której odrzucono ofertę odwołującego;
2. unieważnienie czynności wyboru oferty;
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego; dokonanie wyboru oferty odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Odwołujący wniósł także o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym w szczególności kosztów opłaty od odwołania, wynagrodzenia profesjonalnego pełnomocnika zgodnie z dołączoną do odwołania fakturą VAT, kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, kosztów dojazdu pełnomocnika na rozprawę przed KIO, zgodnie z dołączoną fakturą VAT.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż zamawiający w rozdziale XVI ust. 2 SIWZ zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia w zakresie świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia przez Prawnika Wiodącego (PW) oraz Zastępcę Prawnika Wiodącego (ZPW). Nie sprecyzował jednak co oznacza pojęcie „kluczowych części zamówienia”. Nadto - zgodnie z ww. rozdziałem - wszystkie te czynności, które zostały zastrzeżone dla Prawnika Wiodącego lub Zastępcy Prawnika Wiodącego - wykonawca obowiązany jest świadczyć osobiście. Jednak zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia tylko w jednym elemencie odniósł się do czynności, które podejmować ma Prawnik Wiodący lub Zastępca Prawnika Wiodącego.

W toku badania ofert zamawiający kierował do odwołującego szereg pism, które wywołały u odwołującego wątpliwości w przedmiocie zachowania przez standardów wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w tym m.in. zamawiający pomylił dokumenty, których może żądać po wyborze oferty najkorzystniejszej lecz przed zawarciem umowy (art. 36 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp), z dokumentami, które może żądać w toku badania i oceny ofert (art. 25 ust. 1 ustawy Pzp). Pomimo to, odwołujący przedstawił zamawiającemu przyrzeczenie radcy prawnego M. S., z którego wynikało, w jakim zakresie jest on skłonny współpracować z odwołującym w przypadku wyboru oferty odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z rzeczonego przyrzeczenia nie wynikało w jakim zakresie odwołujący z usług podwykonawcy skorzysta.

Przyrzeczenie podwykonawcy określa zakres współpracy, którą podwykonawca oferuje odwołującemu i zobowiązuje się zrealizować w przypadku wyboru oferty odwołującego. W żadnej mierze nie można z niego wywieść w jakim wymiarze odwołujący z tych usług skorzysta, natomiast można ustalić, że podwykonawca zobowiązuje się wykonywać raz w tygodniu dyżur w siedzibie zamawiającego oraz za jakie wynagrodzenie.

Przedmiotowe przyrzeczenie zostało złożone w związku z ustalaniem przez zamawiającego

czy oferta odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, nie zaś w związku z zakresem realizacji zamówienia przez podwykonawcę. Gdyby zamawiający zapytywał o ścisły zakres realizacji zamówienia przez podwykonawcę to odwołujący wskazałby zakres wprost.

Nadto dodał, iż prawdopodobnie wadliwie został zinterpretowany przez zamawiającego zawarty w przyrzeczeniu zwrot: „umowa ta będzie obejmowała kompleksową obsługę prawną Wydziału Inwestycji Miejskich oraz Jednostki Realizującej Projekt nr 1 Urzędu Miasta Olsztyna w zakresie określonej dokumentacją przetargową (...)".

Podniósł także, że jeśli zamawiający godził się na udział w realizacji zamówienia podwykonawcy, to niezrozumiałe jest jego stanowisko, że tylko Prawnik Wiodący lub jego Zastępca mogą wykonywać „kluczowe czynności" określone w § 2 ust. 1 pkt a) -1) wzoru umowy. Czynności te to wszystkie czynności będące przedmiotem zamówienia.

Zamawiający nie kwestionuje przy tym prawidłowości zgłoszenia podwykonawcy przez odwołującego oraz jego zasobów, które oddał do dyspozycji odwołującego na potrzeby przedmiotowego zamówienia, w tym poprzez udział w wykonaniu zamówienia.

Zamawiający, odrzucając ofertę odwołującego z powołaniem się na aspekt przerzucenia wykonania zamówienie na podwykonawcę, słowem nie odniósł się do kwestii formularza ofertowego, w którym odwołujący wskazał osoby Prawnika Wiodącego i Zastępcę Prawnika Wiodącego, przyjmując w istocie, że oświadczenie radcy prawnego M. S. zastępuje treść tego formularza. Zamawiający nie podniósł przy tym, że na skutek tak sformułowanego oświadczenia osoby wskazane jako Prawnik Wiodący i Zastępca Prawnika Wiodącego nie będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Nie może tu być mowy o niezgodności oferty z SIWZ skoro wykonawca wskazał osoby, które będą uczestniczyć w kluczowych aspektach wykonania zamówienia, czego ostatecznie zamawiający nie zakwestionował a jedynie błędnie zinterpretował oświadczenie radcy prawnego M. S. i bezpodstawnie przyjął, że oświadczenie to zastępuje treść danych zawartych w ofercie odwołującego.

W dniu 28 października 2015 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 28 października 2015 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca P. K. S. Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych sp. k. z siedzibą w Gdańsku, zwany dalej „Kancelarią", przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone

oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale XVI SIWZ „Podwykonawstwo" zamieścił następujące postanowienia:
„ust. 2. Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia w zakresie świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia przez Prawnika Wiodącego (PW) praz Zastępcę Prawnika Wiodącego (ZPW).

ust. 3. Zastrzeżenie, o którym mowa w ust. 2 nie będzie skuteczne w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na zasoby innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale V SIWZ".

Nadto zamawiający w § 4 wzoru umowy („Zespół Kancelarii") zamieścił następujące postanowienia:

„1.Kancelaria zobowiązuje się realizować przedmiot niniejszej umowy za pomocą osób wskazanych w załączniku nr 1 (Prawnika Wiodącego i Zastępcy Prawnika Wiodącego) do umowy, posiadających odpowiednie kwalifikacje, a także doświadczenie zawodowe oraz uprawnienia do świadczenia pomocy prawnej w zakresie czynności opisanych niniejszą umową.

2.Kancelaria może dodatkowo zapewnić wykonanie umowy przez inne osoby."

Odwołujący oświadczył w „Formularzu ofertowym" (str. 1 tego formularza), iż „powierzy podwykonawcom wykonanie następującego zakresu zamówienia (…): udział w obsłudze – dyżur".

Nadto odwołujący podał w „Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, odpowiedzialnych za świadczenie usług i kontrolę jakości, którymi Wykonawca dysponuje lub będzie dysponował", iż samodzielnie dysponuje osobami wskazanymi do

wykonywania czynności Prawnika Wiodącego (PW) i Zastępcy Prawnika Wiodącego (ZPW). Natomiast do wykonywania czynności Prawnika (P) wskazał osobę udostępnioną przez inny podmiot.

Zamawiający, pismem z dnia 14 października 2015 r., działając na podstawie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień, w tym m.in. wyjaśnień dotyczących zobowiązania podmiotu trzeciego.

Odwołujący, odpowiadając na powyższe, złożył oryginał przyrzeczenia M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Radcy Prawnego M. S. z siedzibą w Olsztynie.

Zamawiający, pismem z dnia 23 października 2015 r., odrzucił ofertę odwołującego, powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że treść oferty Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, czego nie można poprawić w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Niewątpliwym jest, iż odwołujący na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu – warunku wiedzy i doświadczenia określonego w rozdziale V SIWZ, pkt 2) polegał na zasobach innego podmiotu, tj. M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Radcy Prawnego M. S. z siedzibą w Olsztynie. Radca prawny M. S. został wskazany w treści oferty jako osoba, która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia na stanowisku „Prawnika (P)". Oddanie do dyspozycji wskazanego zasobu (wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia) – zgodnie z treścią załączonego do oferty zobowiązania – miało polegać na udziale w wykonywaniu zamówienia. Odwołujący oświadczył bowiem w złożonym „Formularzu ofertowym", iż „powierzy podwykonawcom wykonanie następującego zakresu zamówienia (…): udział w obsłudze – dyżur". Tym samym, stwierdzając iż podmiot trzeci będzie uczestniczył w realizacji zamówienia.

Zamawiający zastrzegł jednak w treści SIWZ, iż podmiot udostępniający nie tylko, że musi być wskazany jako podwykonawca, ale podmiot ten musi wykonywać zasadniczy zakres usług objętych przedmiotem zamówieniem. Z treści SIWZ, jak i treści wzoru umowy wynika – wbrew twierdzeniom odwołującego – co należy rozumieć pod pojęciem „zasadniczy zakres usług objętych przedmiotem zamówieniem". Zamawiający wprost bowiem wskazał, iż kluczowe części zamówienia mają być świadczone przez Prawnika Wiodącego (PW) i Zastępcę Prawnika Wiodącego (ZPW). To tym osobom, osobom wskazanym w załączniku nr 1 (Prawnik Wiodący i Zastępca Prawnika Wiodącego) przypisał wykonywanie określonych wiodących czynności, określając je w treści SIWZ i wzorze umowy. Tak więc wskazane do pełnienia tych funkcji osoby, jako posiadające wymaganą wiedzę i doświadczenie, miały realizować zasadniczy przedmiot umowy. A skoro tak podmiot udostępniający wiedzę i

doświadczenie, a więc podwykonawca, zobowiązany był – zgodnie z postanowieniem rozdziału XVI ust. 3 SIWZ – do osobistego wykonania kluczowych części zamówienia, tj. tych części, które realizować miały osoby Prawnika Wiodącego (PW) i Zastępcy Prawnika Wiodącego (ZPW). Tymczasem podmiot wskazany jako podwykonawca miał pełnić funkcję Prawnika (P), który nie mógł być przewidziany do realizacji zasadniczej czy też kluczowej części zamówienia, mimo iż okoliczność ta wynika ze złożonej przez tego wykonawcę umowy przyrzeczenia. Umowa wykonawcy z podwykonawcą - zgodnie z treścią złożonego przyrzeczenia - miała bowiem obejmować „kompleksową obsługę prawną Wydziału Inwestycji Miejskich oraz Jednostki Realizującej Projekt nr 1 Urzędu Miasta Olsztyna (…), z uwzględnieniem, iż część z niej będzie wykonywana bezpośrednio przez wykonawcę. (…), w tym pełnienie dyżuru raz w tygodniu", a więc i tę część zamówienia, której wskazana osoba (Prawnika) – w świetle postanowień SIWZ - nie mogła wykonywać. Zamawiający prawidłowo więc uczynił, odrzucając ofertę tego wykonawcy (odwołującego).

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone na rozprawie, uznając je za stanowiska je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: ……..……..…