

WYROK
z dnia 27 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia B. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AXIAL PROJECT B. T. w Dąbrówce, M. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Projektowa Dróg – CAD M. N. w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Powiatowych w Poznaniu

przy udziale wykonawcy SMP Projektanci Sp. z o.o. Sp. k. w Poznaniu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża w częściach równych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia B. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AXIAL PROJECT B. T. w Dąbrówce, M. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Projektowa Dróg – CAD M. N. w Poznaniu i Zarząd Dróg Powiatowych w Poznaniu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia B. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AXIAL PROJECT B. T. w Dąbrówce, M. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Projektowa Dróg – CAD M. N. w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Zarządu Dróg Powiatowych w Poznaniu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia B. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AXIAL PROJECT B. T. w Dąbrówce, M. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Projektowa Dróg – CAD M. N. w Poznaniu kwotę 5.500 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą udział zamawiającego w uzasadnionych

kosztach postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Powiatowych w Poznaniu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest opracowanie dokumentacji projektowej dla inwestycji pn.: „Budowa mostu nad rzeką Wartą w ciągu nowoprojektowanej drogi powiatowej Luboń - Czapury od drogi wojewódzkiej nr 430 do drogi powiatowej nr 2460P, gm. Luboń i Mosina. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 października 2020 r. pod nr 513614-2020. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez SMP Projektanci Sp. z o.o. Sp. k. w Poznaniu, w związku z czym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia B. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą AXIAL PROJECT B. T. w Dąbrowce, M. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Projektowa Dróg – CAD M. N. w Poznaniu wnieśli odwołanie 21 marca 2021 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 w zw. z ust. 1 art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. art. 92 ust. 1 *in fine* Pzp przez zaniechanie przedstawienia uzasadnienia faktycznego oraz uzasadnienia prawnego zawiadomienia o czynności wyboru ofert i o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie dotyczącym przyznania bądź nie przyznania wykonawcom punktów w kryterium oceny ofert „Doświadczenie Projektanta branży mostowej w zakresie pełnienia samodzielnych funkcji”, wprost naruszając obowiązujące normy prawne i ograniczając tym samym prawo wykonawcy do zaskarżenia tej czynności;

2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad Prawa zamówień publicznych, tj. z naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, zasadą proporcjonalności oraz zasadą przejrzystości, jak też w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez nieobiektywne i dyskryminujące ocenienie oferty odwołującego w sposób niezgodny z treścią określoną przez zamawiającego co do zasad przyznawania punktów w kryterium oceny ofert określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako: „SIWZ”. W rezultacie zamawiający nie przyznał odwołującemu punktów, podczas gdy zgodnie z ustalonymi kryteriami punkty te odwołujący powinien otrzymać;

3. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty, tj. do rozstrzygnięcia wątpliwości, jeśli takie powstały na etapie badania i oceny ofert, w związku z przedstawionym zamawiającemu formularzem ofertowym, zawierającym wykaz prac potwierdzający posiadanie uprawnień przez osoby, które realizować będą zamówienie, skutkiem czego zamiast przyznać odwołującemu maksymalną liczbę punktów w kryterium „Doświadczenie Projektanta branży mostowej w zakresie opracowanych dokumentacji”, zamawiający bez dokonania uprzednich wyjaśnień przyznał odwołującemu 0 pkt;

4. art. 29 ust. 1 Pzp przez zaniechanie podania w SIWZ wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;

5. art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez możliwość niewybrania najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego w toku prowadzonego postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. ponownego badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej lub unieważnienie postępowania;
3. prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
4. wezwanie odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia treści złożonej oferty;
5. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania oraz dokumentów załączonych do niniejszego odwołania na okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu;
6. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów niniejszego postępowania.

Wykonawca SMP Projektanci Sp. z o.o. Sp. k. w Poznaniu przystąpił do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 22 kwietnia 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W pkt 5.2. Rozdziału XVII SIWZ, po zmianie z 13 listopada 2020 r., zamawiający ustalił kryterium oceny ofert "Doświadczenie projektanta branży mostowej w zakresie opracowanych dokumentacji" zamawiający przewidział przyznanie punktów, jeśli projektant w okresie ostatnich 6 lat przed upływem terminu składania ofert prowadził (zakończył) jako Projektant lub Projektant

Główny następujące dwie usługi projektowe (projekt budowlany i wykonawczy) wraz z uzyskaniem decyzji ZRID lub pozwolenia na budowę:

- jeden projekt budowy mostu drogowego i jeden projekt budowy wiaduktu drogowego o rozpiętości przęsła minimum 50 m każdy - 10 pkt;
- dwa projekty budowy mostu drogowego o rozpiętości przęsła minimum 50 m każdy - 20 pkt.

W odpowiedzi odwołujący złożył ofertę, w której dla uzyskania punktów w kryterium „Doświadczenia projektanta branży mostowej w zakresie opracowanych dokumentacji” wskazał Pana B. T., który był projektantem przy wykonaniu następujących zadań:

- 1) Budowa mostu przez rzekę Odrę w ciągu drogi S-3 w km 276+143,46. OBIEKT MS-4A w ramach zadania „Budowa drugiej jezdni drogi ekspresowej S-3 na odcinku Sulechów - Nowa Sól;
- 2) Budowa mostu przez rzekę Odrę w ciągu drogi S-3 w km 276+143,46. OBIEKT MS-4B w ramach zadania „Budowa drugiej jezdni drogi ekspresowej S-3 na odcinku Sulechów - Nowa Sól.

Dla obu kontraktów investorem była Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad - Oddział w Zielonej Górze.

Termin składania ofert upływał 3 grudnia 2021 r.

Zamawiający ocenił oferty i 12 marca 2021 r. poinformował o wynikach tej czynności. W odniesieniu do uznanej za najkorzystniejszą oferty SMP Projektanci Sp. z o.o. Sp. k. w Poznaniu wskazał, że zrealizowano 2 projekty budowy mostu drogowego wraz z uzyskaniem decyzji ZRID lub pozwolenia na budowę w okresie ostatnich 6 lat przed upływem terminu składania ofert. Natomiast oceniając ofertę odwołującego podał, że otrzymała ona 0 pkt z uzasadnieniem „Brak realizacji 2 projektów branży mostowej wraz z uzyskaniem decyzji ZRID lub pozwolenia na budowę w okresie ostatnich 6 lat przed upływem terminu składania ofert”.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Izba dokonała powyższych ustaleń na podstawie dowodów z pism znajdujących się w dokumentacji postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2020 ze zm.) do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Natomiast stosownie do art. 92 ust. 2 powołanej ustawy do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2019 r. poz. 2019 ze zm.). W związku z tym

Izba rozpoznała odwołanie stosując w zakresie procedury odwoławczej przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) dalej jako: „nPzp”, natomiast do oceny zarzutów odwołania przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

Izba nie rozpoznała zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 Pzp przez zaniechanie podania wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na przygotowanie oferty, gdyż został on podniesiony z uchybieniem terminu ustawowego. Odwołanie wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ w badanym postępowaniu mogło być wniesione wyłącznie w terminie 10 dni od dnia publikacji tych dokumentów zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1 nPzp. Terminy na wniesienie odwołania mają charakter prekluzyjny i nie podlegają przywróceniu. Wnoszenie odwołania wobec treści dokumentów postępowania jest obecnie spóźnione.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 nPzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Przesłanki wymagane ustawą zostały więc spełnione.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, pomimo potwierdzenia części podniesionych w nim zarzutów.

Izba podzieliła pogląd odwołującego, że informacja o wynikach postępowania przesłana przez zamawiającego nie odpowiada wymaganiom ustalonym w art. 92 ust. 1 Pzp. Przepis ten stanowi, że zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację. Zdaniem Izby w odniesieniu do oferty uznanej za najkorzystniejszą zamawiający był uprawniony do tego, by ocenę oferty w kryterium doświadczenie projektanta branży mostowej wyrazić przez sformułowanie potwierdzające spełnianie wymagania opisanego w rozdziale XVII pkt 5.2. SIWZ. Przystępujący w swej ofercie wskazał bowiem na potrzeby uzyskania punktów w kryterium dwie usługi, które zamawiający uznał za spełniające postawiony warunek. Niezasadne jest zatem domaganie się w tym zakresie dodatkowych informacji. Inaczej jest jednak w odniesieniu do oferty odwołującego, który w swej ofercie również wskazał dwie usługi. W tej sytuacji zamawiający, który uznał, że nie spełniają one wymagań opisanych w SIWZ, powinien w informacji o wynikach postępowania wskazać przez odwołanie się do konkretnego elementu opisu zawartego w rozdziale XVII pkt 5.2. SIWZ, dlaczego nie przyznał odwołującemu punktów.

Tymczasem zamawiający oświadczył jedynie w sposób ogólny o braku realizacji 2 projektów branży mostowej wraz z uzyskaniem decyzji ZRID lub pozwolenia na budowę w okresie ostatnich 6 lat przed upływem terminu składania ofert. Z tego stwierdzenia nie wynika zatem, czy zamawiający uznał, że Pan B. T. nie jest autorem lub nie wykonał należycie dwóch projektów branży mostowej, czy nie wykonał ich w wymaganym okresie lub czy nie uzyskał decyzji ZRID lub pozwolenia na budowę. Nie można zatem uznać, że zamawiający sformułował wystarczające uzasadnienie faktyczne i prawne swojej oceny oferty odwołującego. Funkcją przekazania informacji, do którego zobowiązują zamawiającego przepisy ustawy, jest realizacja zasad prowadzenia postępowania wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp – równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji, pisemności i przejrzystości. Brak wskazania przez zamawiającego informacji istotnych dla konkurowania o zamówienie publiczne może stanowić preferencyjne traktowanie danego wykonawcy lub kilku z nich oraz uniemożliwić lub utrudnić prawidłowe wniesienie odwołania, a tym samym kontrolę czynności zamawiającego w ramach środków ochrony prawnej.

Zamawiający naruszył zatem art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp. Naruszenie to nie mogło mieć jednak wpływu na wynik postępowania, gdyż zamawiający zasadnie nie przyznał ofercie odwołującego dodatkowych punktów w kryterium doświadczenia projektanta branży mostowej.

Nie sporu co do tego, że Pan B. T. był projektantem przy wykonaniu następujących zadań:

- 1) Budowa mostu przez rzekę Odrę w ciągu drogi S-3 w km 276+143,46. OBIEKT MS-4A w ramach zadania „Budowa drugiej jezdni drogi ekspresowej S-3 na odcinku Sulechów - Nowa Sól;
- 2) Budowa mostu przez rzekę Odrę w ciągu drogi S-3 w km 276+143,46. OBIEKT MS-4B w ramach zadania „Budowa drugiej jezdni drogi ekspresowej S-3 na odcinku Sulechów - Nowa Sól.

Istotą sporu jest ocena, czy daty wykonania (zakończenia) tych projektów odpowiadają wymaganiom zamawiającego, czy ich przedmiotem był jeden, czy dwa projekty obiektu mostowego.

Z wymagania zamawiającego wyrażonego w rozdziale XVII pkt 5.2. SIWZ wynika, że przyzna on 20 pkt w kryterium projektanta branży mostowej, jeżeli projektant wykona dwa projekty budowy mostu drogowego o rozpiętości przęsła minimum 50 m każdy. Treść tego wymagania nie nakazywała, aby każdy z tych projektów był wykonany na podstawie oddzielnej umowy. Pojęcie „dwie usługi” użyte przez zamawiającego w opisie warunku różnicowało dwa elementy opisane w tym postanowieniu SIWZ tj.: projekt budowy mostu drogowego i jeden projekt budowy wiaduktu drogowego o rozpiętości przęsła minimum 50 m każdy, za który można

było otrzymać 10 pkt oraz dwa projekty budowy mostu drogowego o rozpiętości przęsła minimum 50 m każdy, za który można otrzymać 20 pkt. W ocenie Izby wynika to z wykładni językowej przywołanych postanowień SIWZ, które na tym etapie nie mogą być wykładane w sposób mniej korzystny dla wykonawców, niż wynika to z ich brzmienia. Wykładnia językowa nakazuje również uznanie, że datą istotną dla referencyjnego okresu 6 lat od dnia upływu terminu składania ofert, w którym projekty miały być wykonane i zakończone, jest data uzyskania decyzji ZRID lub pozwolenia na budowę. Podania tej daty w formularzu oferty wymagał zamawiający, zatem jego wymaganie w tym zakresie jest niewątpliwe. Poszukiwania innej interpretacji mogłyby doprowadzić jedynie do rezultatu mniej korzystnego dla wykonawców, gdyż datą zakończenia projektu mogłaby być wówczas data odebrania projektu przez zamawiającego. Ten kierunek wykładni byłby dla wykonawców niekorzystny.

Jak niespornie wynika z dokumentów złożonych przez strony decyzja ZRID w odniesieniu do projektów odwołującego została wydana 10 lipca 2021 r., po okresie 6 lat przed dniem 3 grudnia 2021 r., w którym upływał termin składania ofert. Doświadczenie uzyskane w związku z wykonaniem tych projektów nie odpowiada zatem wymaganiom SIWZ. Późniejsze postanowienia dotyczące oczywistych omyłek popełnionych w decyzji nie zmieniają tej oceny, gdyż nie są związane z pracą projektanta i nie wpływają na datę zakończenia jego pracy.

Izba przyznała natomiast rację odwołującemu, że wykonał on dwa projekty mostów. Potwierdza to oświadczenie Zastępcy Dyrektora do Spraw Inwestycji Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Zielonej Górze, na rzecz którego to oddziału zostały wykonane projekty. Brak jest jakichkolwiek podstaw ku temu, by oświadczenie złożone w imieniu podmiotu, na rzecz którego sporne usługi były świadczone uznać za niegodne wiary.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zamawiający prawidłowo ocenił ofertę przystępującego i nie dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Nie doszło też do naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp. Przepis ten stanowi o uprawnieniu, nie zaś o obowiązku zamawiającego. Ponadto ocena, czy odwołujący powinien otrzymać 20 pkt w kryterium doświadczenia projektanta, opiera się na faktach w postaci daty wydania decyzji przez ZRID, które są możliwe do samodzielnego ustalenia przez zamawiającego. Dokonanie takich ustaleń świadczy o staranności zamawiającego przy ocenie ofert i nie może stanowić naruszenia przepisów ustawy.

Z informacji podanej przez zamawiającego w dniu 3 grudnia 2020 r. zgodnie z art. 86 ust. 5 Pzp nie wynika, że zamawiający uznał usługi wskazane przez odwołującego za spełniające jego wymagania. Przeciwnie, zamawiający w stosownej rubryce zestawienia zastrzegł, że jest to oświadczenie odwołującego wynikające z oferty. Uszedł uwagi odwołującego fakt, że dane odczytywane przez zamawiającego w trakcie czynności otwarcia ofert mają charakter wyłącznie informacyjny, gdyż w tym momencie zamawiający nie dokonał jeszcze oceny ofert.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 nPzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 574 i 575 nPzp oraz § 7 ust. 2 i 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437). Pomimo oddalenia odwołania Izba uznała, że należy obciążyć zamawiającego połową kosztów postępowania. Prawidłowe podanie przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny ofert ma szczególną doniosłość w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Gdyby zamawiający prawidłowo wywiązał się z ciążącej na nim powinności, odwołujący być może nie wniósłby odwołania. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600,00 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy, łącznie koszty postępowania wyniosły zatem 18.600,00 zł. Koszty te poniósł odwołujący. W związku z powyższym Izba nakazała zamawiającemu zwrot na rzecz odwołującego kwoty 9.300,00 zł stanowiącej różnicę między kosztami poniesionymi przez odwołującego, a jego udziałem w kosztach postępowania.

Przewodniczący: