

Sygn. akt KIO 1890/17

**WYROK**  
z dnia 22 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Magdalena Grabarczyk  
Danuta Dziubińska  
Emilia Garbala  
**Protokolant:** Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2017 r. przez wykonawcę T. Sp. z o.o. w W. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości w W.

przy udziale wykonawcy E. Sp. z o.o. w W. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz S. E. I. Sp. z o.o. w W.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża T. Sp. z o.o. w W. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez T. Sp. z o.o. w W. tytułem 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 ze zm.) 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 – Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości w W. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest modernizacja portalu Akademia PARP 2017. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 6 lipca 2017 r. pod numerem 2017/S 127-259417.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania wykonawca T. Sp. z o.o. w W. wniósł odwołanie 11 września 2017 r. .

Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

1. wybór jako najkorzystniejszej oferty E. Sp. z o.o. w P., pomimo, że w świetle złożonych dokumentów nie jest to oferta najkorzystniejsza;
2. zaniechanie badania oferty odwołującego w zakresie punktów dodatkowych, polegającej na przyznaniu odwołującemu 57,81 punktów, a w konsekwencji na zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego, w sytuacji w której prawidłowa ocena oferty złożonej przez odwołującego powinna doprowadzić do przyznania mu 87,81 punktów.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- dokonanie błędnej oceny doświadczenia odwołującego w zakresie dodatkowego doświadczenia wykonawcy oraz dodatkowego doświadczenia metodyka, z naruszeniem ustalonych w Istotnych Warunkach Zamówienia, dalej jako: „IWZ” kryteriów oceny ofert, skutkującej nie przyznaniem ofercie odwołującego dodatkowych 10 punktów w zakresie kryterium doświadczenie wykonawcy oraz dodatkowych 20 punktów w zakresie kryterium dodatkowe doświadczenie metodyka, tj. pkt 4 oraz pkt. 5 rozdziału XV. Kryteria oceny ofert IWZ;

- art. 87 ust 1 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień treści oferty celem ustalenia dodatkowego doświadczenia metodyka, co pozbawiło odwołującego możliwości udowodnienia, że wskazane doświadczenie metodyka odpowiada treści IWZ w zakresie otrzymania punktów dodatkowych;

- art. 87 ust 1 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień treści oferty celem ustalenia doświadczenia wykonawcy, co pozbawiło odwołującego możliwości udowodnienia, że wskazane doświadczenie wykonawcy odpowiada treści IWZ w zakresie

otrzymania punktów dodatkowych oraz przedłożenia dowodów, iż usługi przedstawione przez odwołującego wykonane w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert zostały wykonane należycie;

- art. 7 ust. 1 i 3 z zw. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2d Pzp przez podejmowanie czynności w postępowaniu w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. poprzez dokonanie oceny ofert z pominięciem kryteriów dodatkowych wynikających z literalnej treści IWZ;

- art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy do przedłożenia dokumentów potwierdzających doświadczenie wykonawcy oraz nieprzeprowadzenie postępowania wyjaśniającego lub uzupełniającego w trybie art.26 ust. 3 ustawy Pzp co do treści wykazu wykonanych usług oraz dodatkowego doświadczenia metodyka, a w konsekwencji: dokonanie błędnej oceny ofert złożonych w postępowaniu i zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oraz dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę E. Sp. z o.o. z naruszeniem art. 91 ust. 1 i ust 2 Pzp.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, złożonej przez E. Sp. z o.o.;
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert;
3. przyznanie odwołującemu dodatkowej punktacji w wysokości 30 punktów tj. 10 punktów tytułu dodatkowego doświadczenia wykonawcy oraz 20 punktów z tytułu dodatkowego doświadczenia metodyka;
4. dokonania ponownej oceny złożonych ofert, z uwzględnieniem zastrzeżeń zgłoszonych w odwołaniu, z zachowaniem zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji;
5. uwzględnienia skutków ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w rankingu ofert oraz wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty złożonej w prowadzonym postępowaniu;
6. ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia wniosków z pkt 5 powyżej, zobowiązanie zamawiającego do wezwania odwołującego się do złożenia, uzupełnienia, lub poprawienia dokumentów potwierdzających posiadane doświadczenie w zakresie dodatkowego doświadczenia wykonawcy oraz dodatkowego doświadczenia metodyka lub do udzielania wyjaśnień w odpowiednim terminie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp; a nadto o przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania, na okoliczność ich treści.

Wykonawca E. Sp. z o.o. w Poznaniu przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 19 września 2017 r. uwzględnił odwołanie w zakresie przyznania odwołującemu 10 pkt z tytułu dodatkowego doświadczenia wykonawcy oraz wniósł o oddalenie odwołania w pozostałej części i obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Przystępujący oświadczeniem złożonym na posiedzeniu wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutu odwołania, zatem odwołanie zostało rozpoznane w całości na rozprawie.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

W Rozdziale IX IWZ zamawiający ustalił zasady prowadzenia postępowania. Wskazał m.in., że postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów Działu I Rozdziału 2a, Działu II Rozdziału 5, Działu V Rozdziału 3 oraz Działu VI ustawy.

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego i uznała, że odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Zamawiający twierdził, że ewentualne uwzględnienie odwołania prowadziłoby do unieważnienia postępowania. Fakt, że cena oferty odwołującego przekracza możliwości finansowe zamawiającego oraz twierdzenie zamawiającego, że nie jest w stanie zwiększyć środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, nie stoją na przeszkodzie merytorycznemu rozpoznaniu odwołania. Przed wszystkim przesłanki wyrażone w art. 179 ust. 1 Pzp podlegają badaniu w odniesieniu do zarzutów odwołania. Nie może być wątpliwości, że zaniżenie oceny oferty odwołującego jest sprzeczne z interesem odwołującego i grozi poniesieniem przez niego szkody, wynikającej z utraty możliwości zawarcia umowy z zamawiającym. Gdyby bowiem zamawiający przyznał ofercie odwołującego żadaną liczbę punktów, oferta odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Ewentualne unieważnienie postępowania jest czynnością przyszłą i niepewną. Obowiązkiem zamawiającego jest udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, zatem hipotetyczne unieważnienie postępowania w przyszłości nie może automatycznie wyłączać kontroli czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołanie okazało się niezasadne.

Przedmiotem sporu jest czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, ocena oferty odwołującego w kryterium dodatkowe doświadczenie wykonawcy oraz doświadczenie metodyka, należało zatem ustalić, jakie wymagania musiała spełnić oferta wykonawcy, aby otrzymać punkty w tych kryteriach. Niezbędnych ustaleń Izba dokonała mając przede wszystkim na względzie wymagania zamawiającego związane z potwierdzeniem usług wskazywanych przez wykonawców, gdyż zakres przedmiotowy i wartość usług nie były sporne między stronami.

IWZ (kopia w aktach sprawy) stanowiła w rozdziale VI pkt 2 ppkt 1, że w kryterium doświadczenie wykonawcy wykonawca uzyska punkty za każdą dodatkowo przedstawioną usługę, polegającą na przeprowadzeniu szkoleń e-learningowych prowadzonych w formule on-line, spełniającej wszystkie wymagania określone w warunkach udziału w postępowaniu. Zamawiający zastrzegł, że usługi wskazane na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia nie będą punktowane, a ocenie podlegać będą jedynie usługi wskazane ponad usługi podstawowe. Ustalił natomiast, że za każdą dodatkowo przedstawioną usługę wykonawca otrzyma 2 punkty. Zamawiający sprecyzował, że w sytuacji, gdy wykonawca nie przedstawi żadnej dodatkowej usługi ponad usługi wymagane przez zamawiającego w warunkach udziału w postępowaniu, wykonawca otrzyma 0 punktów. Niezależnie od liczby przedstawionych dodatkowo usług, maksymalna liczba punktów możliwych do uzyskania w ramach niniejszego kryterium wynosi 10. Zamawiający oczekiwał również, że wykonawca przedstawi dodatkowe usługi w wykazie wykonanych usług, stanowiącym Załącznik nr 1 do formularza ofertowego. Usługi wskazane w wykazie wykonanych usług jako usługi wykonane przez inne niż wykonawca podmioty, nie będą brane pod uwagę przy ocenie w tym kryterium. Zamawiający zastrzegł, że będzie punktował jedynie takie usługi, które spełniają wszystkie warunki określone w warunkach udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 2 pkt 1 IWZ. W postanowieniu tym zamawiający oświadczył, że warunek w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej uzna za spełniony, jeżeli wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie 2 usługi, gdzie wartość każdej z usług wynosiła co najmniej 200 000 zł brutto zł a przedmiotem tych usług było przeprowadzenie szkoleń e-learningowych prowadzonych w formule on-line, z czego w ramach każdej z tych usług:

- a) szkolenie ukończyło co najmniej 200 osób,
- b) zostało zrealizowane co najmniej przygotowanie merytoryczne i wdrożenie techniczne szkoleń e-learningowych, przeniesienie szkoleń na formułę szkoleń e-learningowych oraz osadzenie i uruchomienie szkoleń na platformie e-learningowej.

Natomiast opisując kryterium dodatkowe doświadczenie metodyka zamawiający ustalił, że wykonawca otrzyma 2 punkty za każdą dodatkową usługę zrealizowaną przez osobę pełniącą funkcję metodyka polegającą na przeprowadzeniu szkoleń e-learningowych z przygotowaniem treści merytorycznych szkoleń, każda o wartości co najmniej 50 000 zł brutto, potwierdzoną odpowiednimi dokumentami (np. listy referencyjne), z których wynika, że osoba ta wykonywała usługę należycie. Zamawiający zastrzegł, że maksymalna liczba punktów, jakie wykonawca może otrzymać w tym kryterium to 20 i oczekiwał, że wykonawca przedstawi dodatkowe usługi w wykazie osób, stanowiącym Załącznik nr 2 do formularza ofertowego. Zamawiający ustalił, że będzie punktował jedynie takie usługi, które są ponad minimum wymagane w Rozdziale VI pkt 2 ppkt 2 lit. c) IWZ. Ocenie podlegać będą jedynie usługi inne niż wskazane jako usługi na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu.

Analizując zasady oceny ofert w kryterium dodatkowego doświadczenia wykonawcy w ocenie składu orzekającego na pierwszy plan wybija się ustalenie zamawiającego, że usługi punktowane muszą odpowiadać wszystkim wymaganiom ustalonym dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to zobowiązanie wykonawcy do wykazania należytego wykonania usługi na takich samych zasadach, jak w odniesieniu do usług powołanych celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wymagania w tym zakresie zamawiający ustalił w rozdziale VIII ist. 3 pkt 1 IWZ, stanowiąc, że dowodami określającymi, że usługi zostały wykonane należycie są referencje lub inne dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz którego usługi były wykonywane, w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca o obiektywnym charakterze nie może ich uzyskać – oświadczenie wykonawcy.

W odniesieniu do kryterium dodatkowe doświadczenie metodyka zamawiający jasno wyraził swoje oczekiwanie, że warunkiem otrzymania punktów jest złożenie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi przez daną osobę.

Izba w składzie rozpoznającym odwołanie stanęła na stanowisku, że w odniesieniu do obu kryteriów punkty mogły zostać przyznane w przypadku złożenia wraz z ofertą dokumentów wystawionych przez odbiorcę usługi potwierdzających należyte wykonanie usług, w indywidualnym przypadku również przez podmiot zatrudniający metodyka, gdyż w tym przypadku zamawiający – inaczej niż w przypadku dodatkowego doświadczenia wykonawcy – nie zastrzegł, że dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi musi pochodzić od podmiotu, na rzecz którego metodyk wykonywał usługę. Nie może być jednak wątpliwości, że z dokumentu takiego musi wynikać w sposób niewątpliwy, że dana osoba wykonała usługę należycie.

Na rozprawie Izba ustaliła, że przyczyną nieotrzymania przez odwołującego punktów w obu kryteriach był brak załączenia dokumentów potwierdzających odpowiednio należyte wykonanie usługi przez wykonawcę w odniesieniu do kryterium dodatkowego doświadczenia wykonawcy i należytego wykonania usługi przez metodyka w kryterium doświadczenie metodyka. Odwołujący nie złożył żadnych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi, a dokument poświadczający wykonanie usługi przez metodyka pochodził od odwołującego i w swojej treści nie potwierdzał należytego wykonania usługi (kopia oferty odwołującego w aktach sprawy oraz kopie indywidualnych kart oceny ofert przez członków komisji przetargowej). Odwołujący zastrzegł tę część swojej oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa, jednak informacje w tym zakresie są zawarte w indywidualnych kartach oceny ofert członków komisji przetargowej, stanowiących załączniki do protokołu postępowania, w związku z czym możliwe jest ich podanie w uzasadnieniu.

W tym stanie rzeczy kluczem do rozstrzygnięcia sporu jest ocena, czy zamawiający może usunąć braki w ofercie odwołującego stosując art. 87 ust. 1 Pzp albo art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp. Na pytanie to należy udzielić odpowiedzi negatywnej. Zamawiający w IWZ ustalił, że udzieli zamówienia stosując tzw. procedurę odwróconą, zgodnie z art. 24aa Pzp, w ramach której czynność oceny ofert poprzedza ocenę, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zastosowanie tej procedury przez zamawiającego nakłada na wykonawcę obowiązek szczególnej staranności przy przygotowaniu oferty. Po złożeniu oferty jej zmiana lub poprawa za wyjątkami wynikającymi z art. 87 ust. 1a i 2 Pzp jest bowiem niedopuszczalna (*arg. z art. 84 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 Pzp*).

Art. 87 ust. 1 Pzp służy uzyskaniu wyjaśnień wykonawcy wyłącznie w sytuacji, gdy treści zawarte w ofercie nie są jednoznaczne. Instytucja wyjaśnień treści oferty służy zatem *sui generis* wykładni treści zawartej w oświadczeniu woli stanowiącym ofertę, nie zaś do uzupełniania oferty o pominięte w niej treści. Odwołujący pominął w swojej ofercie istotne treści – informacje niezbędne do przyznaniu ofercie punktów w kryteriach oceny i brak ten nie może być usunięty w trybie wyjaśnienia, gdyż prowadziłby do uzupełnienia oferty o oświadczenia potwierdzające należyte wykonanie usług, które – wbrew wymaganiu zamawiającego – nie zostały złożone w ofercie. Również art. 26 ust. 3 i 4 Pzp nie dają możliwości uzupełnienia braków w treści oferty odwołującego, gdyż ich zakres przedmiotowy odnosi się do oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, stan nie podlegania wykluczeniu lub spełnianiu przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie zaś wymagań, od których uzależnione jest otrzymanie punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Należy też podkreślić, że w procedurze odwróconej stosownie do art. 24aa ust. 1 Pzp zamawiający

żąda oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, stan nie podlegania wykluczeniu wyłącznie od wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę.

Zamawiający trafnie zatem ocenił ofertę odwołującego i nie przyznał mu punktów w kryterium dodatkowego doświadczenia wykonawcy oraz dodatkowego doświadczenia metodyka i nie naruszył art. 91 ust. 1 Pzp. Oferta odwołującego nie podlega wyjaśnieniu ani uzupełnieniu zamawiający nie naruszył art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i uznała, że pomieszczenie w jednym załączniku usług wykazanych dla otrzymania punktów w kryterium dodatkowe doświadczenia wykonawcy nastąpiło zgodnie z wymaganiami IWZ i nie stanowi wady oferty odwołującego. Również sposób prezentacji dodatkowego doświadczenia metodyka w ofercie odwołującego nastąpiło zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Nie uwzględniono kosztów wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego, gdyż rachunek wymagany przez § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) wpłynął do akt sprawy po zamknięciu rozprawy.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....