

WYROK

z dnia 16 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 15 maja 2019r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 kwietnia 2019 r. przez **odwołującego:** Studio ADS 2 Sp. z o.o. Sp. k., ul. Mostowa 11/11, 61-854 Poznań w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Miasto Poznań w imieniu i na rzecz którego działają Poznańskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o., Pl. Wiosny Ludów 2, 61-831 Poznań

przy udziale przystępującego Konsorcjum: SAFEGE, SOCIÉTÉ PAR ACTIONS SIMPLIFIÉE 15-27 Rue du Port, Parc de l'Île, 92022 Nanterre Francja (Lider konsorcjum) oraz Graph'IT Sp. z o.o. 00-739 Warszawa ul. Stępińska nr 22/30 lok.424 (Członek konsorcjum) **po stronie zamawiającego**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża Studio ADS 2 Sp. z o.o. Sp. k., ul. Mostowa 11/11, 61-854 Poznań i

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Studio ADS 2 Sp. z o.o. Sp. k., ul. Mostowa 11/11, 61-854 Poznań tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Poznaniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2019/S 008-014486 z dnia 11.01.2019 roku.

Przedmiot zamówienia: „Budowa trasy tramwajowej wraz z uspokojeniem ruchu samochodowego w ul. Ratajczaka — prace projektowe wraz z pełnieniem usług Nadzoru Autorskiego” postępowanie numer wewnętrzny: PIW01/19/ZP2/2018-158”

Odwołujący:

Studio ADS 2 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k.

ul. Mostowa 1 1/1 1; 61-854 Poznań

Zamawiający:

Miasto Poznań, w imieniu i na rzecz którego działają Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o.

pl. Wiosny Ludów 2; 61-831 Poznań

Odwołanie:

Działając, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. 2018r poz.1986 ze zm.) zwanej dalej UPZP — odwołujący składa odwołanie od:

1) niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania przez Zamawiającego czynności w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Budowa trasy tramwajowej wraz z uspokojeniem ruchu samochodowego w ul. Ratajczaka — prace projektowe wraz z pełnieniem usług Nadzoru Autorskiego” postępowanie numer PIM/OI/19/ZP2/2018-158” a polegającej na nie wezwaniu odwołującego do wyjaśnienia rozbieżności złożonej oferty z treścią załącznika nr 10 do oferty, z uwagi na niezgodność ich treści, tj. naruszenia obowiązku wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 UPZP w zw. z art. 24aa ust. 1 UPZP, a w konsekwencji

2) niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Budowa trasy tramwajowej wraz z uspokojeniem ruchu samochodowego w ul. Ratajczaka — prace projektowe wraz z pełnieniem usług Nadzoru Autorskiego” postępowanie numer PIWOI/19/ZP2/2018-158”, a polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. dokonanie tej czynności wskutek wcześniejszego zaniechania czynności i doprowadzenia do złamania prawa w części dotyczącej zasad wyboru oferty najkorzystniejszej — art. 91 ust. 1 UPZP, co spowodowało bezprawną zmianę Wykonawcy.

Na wyżej wskazanych podstawach Odwołujący wniósł o:

nakazanie Zamawiającemu, zgodnie z art. 192 ust. 3 pkt 1 UPZP, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, następnie

2) nakazanie Zamawiającemu, zgodnie z art. 192 ust. 3 pkt 1 UPZP, obowiązku określonego w art. 26 ust. 3 UPZP, tj. wezwania Odwołującego do usunięcia rozbieżności pomiędzy ofertą a załącznikiem nr 1 a, następnie

3) nakazanie Zamawiającemu, zgodnie z art. 192 ust. 3 pkt 1 UPZP, powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, przez ponowną ocenę złożonych ofert

Spełnienie ww. żądań przywróci stan praworządności i zapewni realizację normy określonej w art. 7 UPZP.

Ponadto Odwołujący wniósł o:

4) przeprowadzenie dowodów wskazanych w osnowie odwołania na okoliczności tam wskazane,

5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.

Odwołujący przedstawił następujące uzasadnienie odwołania.

1. Uzasadnienie przesłanek formalnych złożonego odwołania.

1) Odwołujący jest wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu, co potwierdza jego legitymację czynną do złożenia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 UPZP.

2) Odwołanie jest złożone w terminie określonym w art. 182 ust. 1 pkt 1 UPZP.

3) Podstawą odwołania jest niezgodne z przepisami ustawy zaniechanie czynności do której Zamawiający był zobowiązany, a w konsekwencji działanie Zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy, co wyczerpuje dyspozycję art. 180 ust. 1 UPZP.

4) Przedmiotem odwołania jest naruszenie przepisów ustawy, które miało istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania, ponieważ doprowadziło do bezprawnej zmiany wykonawcy, co wyczerpuje dyspozycję art. 192 ust. 2 UPZP.

2. Opis stanu faktycznego będącego przedmiotem odwołania.

Przedmiotem prowadzonego postępowania jest: „Budowa trasy tramwajowej wraz z uspokojeniem ruchu samochodowego w ul. Ratajczaka — prace projektowe wraz z pełnieniem usług Nadzoru Autorskiego” postępowanie numer PIM/OI/19/ZP2/2018158”. W

tym postępowaniu złożono dwie oferty: Odwołującego oraz Drugiego Wykonawcy (dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia): Lider— SAFEGE S.A.S. Société par Actions Simplifiée, Partner — Graphit Studio sp. z o.o. (przystępujący w sprawie po stronie zamawiającego). Z uwagi na zarzuty odwołania, pełnomocnik przedstawił istotne elementy stanu faktycznego sprawy.

Na etapie otwarcia ofert (dokument datowany na dzień 26.02.2019 r. — załącznik nr 1 do odwołania), Zamawiający przedstawił obie oferty, tj. Odwołującego i Drugiego Wykonawcy, gdzie określono również punktację dodatkową.

Z dokumentu „ZESTAWIENIE OFERT” wynika bezspornie, że najwyżej ocenioną ofertą była oferta Odwołującego (zgodnie z kryteriami ocen ofert zawartymi w SIWZ. Kolejnym istotnym elementem było prowadzenie tego postępowania przez Zamawiającego w procedurze odwróconej (art. 24aa UPZP).

Następnie Zamawiający w dokumencie datowanym na dzień 05.04.2019 r. (data publikacji na stronie internetowej 08.04.2019 r. — załącznik nr 2 do odwołania) podał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, gdzie punktacja ofertowa Odwołującego została zmieniona i tym samym wybrany został Drugi Wykonawca.

Zmiana zasady punktacji oferty Odwołującego, przy zastosowaniu procedury odwróconej, bezspornie wskazywała, że Zamawiający tę właśnie ofertę uznał, na tym etapie, za najkorzystniejszą, ponieważ zastosowanie art. 24aa UPZP pozwalało na dalszą ocenę tylko takiej oferty.

Co istotne, Zamawiający przy zmianie punktowej oceny oferty zamieścił oznaczenie w postaci symbolu „**” gdzie w wyjaśnieniu podał: „Ze względu na procedurę odwróconą Zamawiający odstąpił od procedury wyjaśnień / uzupełnień dot. niezgodności z SIWZ branży uprawnień budowlanych dla osoby przewidzianej jako Koordynator inwentaryzacji”

Tym samym Zamawiający dopuścił się ciężkiego naruszenia prawa, ponieważ nie wskazał na zwolnienie go z prawnego obowiązku wezwania wynikającego z art. 26 ust. 3 UPZP.

Odwołujący powołując się na przedstawiony powyżej stan faktyczny przedstawił argumentację formalną i prawną jak poniżej.

3. Co do uzasadnienia prawnego stawianych zarzutów.

Odwołujący nie ma zastrzeżeń do okoliczności faktycznej, że Zamawiający prowadził postępowanie w tzw. procedurze odwróconej, określonej w art. 24aa UPZP. Należy jednak

wskazać, że prowadzenie postępowania w tej procedurze nie zwalnia Zamawiającego od obowiązków wynikających z przepisów UPZP.

W złożonej ofercie Odwołujący wskazał, iż spełnia warunek określony w tirecie czwartym kryteriów oceny ofert SIWZ (tzn. że wykazał się 2 usługami/usługami w doświadczeniu przedstawiciela Wykonawcy przewidzianego do koordynowania inwentaryzacji, która została zrealizowana dla potrzeb przygotowania przetargu publicznego na wykonanie dokumentacji projektowej dotyczącej budowy lub modernizacji co najmniej pięćsetmetrowego odcinka jednojezdniowej — co najmniej po jednym pasie w obu kierunkach ulicy, torowiska i trakcji tramwajowej wraz z modernizacją zidentyfikowanych w trakcie badań, prowadzonych przez wykonawcę, łącznie: sieci wodociągowej, sieci kanalizacji deszczowej, sieci kanalizacji sanitarnej, sieci gazowej, sieci elektroenergetycznej i sieci telekomunikacyjnych), w załączniku nr 9 do złożonej oferty, w pkt 11 tabeli, podał imię i nazwisko koordynatora inwentaryzacji, natomiast rozbieżność pojawiła się w załączniku nr 10 do złożonej oferty, gdzie Odwołujący omyłkowo przekreślił cały pkt 3 tabeli, zamiast wykreślić jedynie Doświadczenie dodatkowe (ponad wymagane w warunku). Tym samym powstała rozbieżność między treścią złożonej oferty a treścią załącznika nr 10.

Zgodnie z przepisami UPZP, bez względu na procedurę Zamawiający miał prawny obowiązek wezwać odwołującego do wyjaśnienia rozbieżności lub poprawienia załącznika nr 10 do oferty w trybie art. 26 ust. 3 UPZP.

Zamawiający, co jest bezsporne nie wykonał tego obowiązku.

Na zasadność zarzutu Odwołującego wskazuje dotychczasowe orzecznictwo KIO w zakresie określenia obowiązku wezwania z art. 26 ust. 3 UPZP, a w szczególności orzeczenia KIO 2603/18, KIO 2710/18 oraz KIO/KU 10/19. Ponadto z wyjaśnień na stronie Urzędu Zamówień Publicznych pod adresem:

<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedziodotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych/procedura-uregulowana-wart.-24aa-ustawy-pzp,-tzw.-procedura-odwrocona> wynika jednoznacznie, że obowiązek wezwania w trybie art. 26 ust. 3 UPZP jest również obecny przy stosowaniu procedury odwróconej w trybie art. 24aa UPZP.

Wobec powyższego, Zamawiający, z naruszeniem przepisów ustawy, zaniechał wezwania Odwołującego się do wyjaśnienia rozbieżności i usunięcia niezgodności pomiędzy treścią oferty a treścią załącznika nr 10 — co czyni zarzut uzasadnionym w całej rozciągłości.

Konsekwencją tego zaniechania było dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty również z naruszeniem prawa, ponieważ ocena oferty była poprzedzona bezprawnym

zaniechaniem, które doprowadziło do bezzasadnej zmiany wskaźników punktowych z liczby 2 w ppkt 4 tabeli w opisie Dodatkowe doświadczenie członków personelu Wykonawcy (liczba projektów) z zestawienia ofert (załącznik nr 1 do odwołania) do liczby 0 w wyborze najkorzystniejszej oferty (załącznik nr 2 do odwołania) i w konsekwencji zmiany wykonawcy na Drugiego Wykonawcę.

Przy otwarciu ofert obliczenia matematyczne wskazują, iż bezspornie to Odwołujący miał najkorzystniejszą ofertę — czyli 90 pkt. przy prawidłowym uznaniu doświadczenia koordynatora inwentaryzacji.

W tym stanie rzeczy naruszenie przez Zamawiającego prawa miało istotny wpływ na wynik postępowania i uzasadnia uwzględnienie odwołania (art. 192 ust. 2 UPZP).

4. Podsumowanie.

Reasumując, Zamawiający w sposób oczywisty naruszył przepisy ustawy poprzez zaniechanie dokonania ciążącego na nim obowiązku, co miało istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Orzeczenie wydane na skutek wniesionego odwołania winno przywrócić stan zgodny z prawem i zapewnić prawidłowy przebieg postępowania.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł jak w petitum.

Na tak wniesione odwołanie Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

W dniu 26 kwietnia 19 r – odpowiedź na odwołanie

Zamawiający nie wnosi uwag do przedstawionego przez Odwołującego stanu faktycznego, dotyczących przebiegu postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego pn. "Budowa trasy tramwajowej wraz z uspokojeniem ruchu samochodowego w ul. Ratajczaka — prace projektowe wraz z pełnieniem usług Nadzoru Autorskiego".

Z uwagi na fakt, iż powołane w Odwołaniu zarzuty są ze sobą bezpośrednio związane (zarzut nr 2 jest konsekwencją zarzutu nr 1), Zamawiający odniósł się do nich zbiorczo.

Pierwszy z zarzutów wskazanych w treści Odwołania dotyczy nie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia rozbieżności treści zamieszczonych w formularzu ofertowym z treścią załącznika nr 10 do SIWZ. W opinii Odwołującego, Zamawiający opierając się na art. 26 ust.

3 PZP w zw. z art. 24aa ust. 1 PZP, winien w niniejszej sprawie wezwać go do udzielenia wyjaśnień zaistniałych niezgodności lub poprawienia przedmiotowego załącznika.

Zamawiający ze stanowiskiem Odwoływającego nie godzi się.

W pierwszej kolejności wskazał, a co zostało pominięte przez Odwoływającego, że w treści SIWZ (pkt 18 i n.) Zamawiający, przy wyborze najkorzystniejszej oferty kierował się kryteriami ceny (waga 60%) oraz dodatkowym doświadczeniem członków personelu wykonawcy (waga 40%). Zamawiający, w ramach kryterium oceny ofert przyznawał punkty za dodatkowe doświadczenie personelu wskazanego w ofercie oraz w Załączniku nr 10 do SIWZ, tj. „Wykazem doświadczenia do oceny w kryterium”, w tym m.in. za doświadczenie przedstawiciela wykonawcy przewidzianego do koordynowania inwentaryzacji. Zamawiający zastrzegł jednocześnie w pkt 18.2. lit b) SIWZ, iż wskazane w ofercie osoby musiały zostać powtórnie wpisane w wykazie osób (załącznik nr 10 do SIWZ) na potwierdzenie spełnienia warunku i to w sposób precyzyjny. Zamawiający przewidział bowiem, iż w przypadku, gdy opis doświadczenia został sformułowany w sposób niejednoznaczny lub niepozwalający na jego ocenę, punkty nie będą przyznawane.

Tymczasem, w niniejszej sprawie Odwoływający w złożonej ofercie wskazał, iż spełnia warunek określony w tirecie 4 kryteriów oceny ofert SIWZ (wskazał na doświadczenie swego przedstawiciela przewidzianego do koordynowania inwentaryzacji), w załączniku nr 9 do złożonej oferty (pkt 1 1 tabeli) podał jego imię i nazwisko, natomiast w „Wykazie doświadczenia do oceny w kryterium”, przekreślił cały punkt 3 tabeli również w zakresie doświadczenia wymaganego dla osoby przewidzianej do koordynowania inwentaryzacji.

Co jednak najistotniejsze, w treści specyfikacji wprost zawarto zastrzeżenie, iż dokument złożony w celu poddania ocenie w ramach kryterium „Doświadczenie członków personelu Wykonawcy, nie należy do rodzaju dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 oraz art.25a ust. 1 PZP, a tym samym nie podlega przepisom art. 26 ust. 3 i w razie jego nie złożenia Zamawiający nie miał obowiązku wzywania wykonawcy do złożenia takiego dokumentu. Zamawiający w sposób jednoznaczny opisał więc w przygotowanej specyfikacji kryterium doświadczenia koordynatora inwentaryzacji i wskazał jak ma wyglądać oświadczenie wykonawcy i jakie informacje ma zawierać, co stanowi opis sposobu oceny oferty, tj. mierzenia stopnia spełnienia lub niespełnienia przez ofertę preferencji Zamawiającego wyrażonej w postaci kryterium przedmiotowego.

W ocenie Zamawiającego, nie miał on w zaistniałej sytuacji obowiązku zastosowania art. 26 ust. 3 PZP, gdyż powstałe rozbieżności w zakresie doświadczenia personelu wykonawcy dotyczyły dokumentów w przedmiocie oceny ofert (kryteria pozacenowe), które nie należą do

katalogu dokumentów wymienionych w art. 25 ust.1 lub art 25a ust. 1 PZP ani też innych dokumentów, o których mowa w przedmiotowym przepisie. Powyższe stanowisko znajduje odzwierciedlenie w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej.

Jak można bowiem przeczytać w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29.03.2018 r. (sygn. KIO 506/18), "przepis art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych nie ma zastosowania do dokumentów przedkładanych do wykazania okoliczności związanych z kryterium oceny ofert, innych niż podmiotowe, potwierdzające spełnianie warunku udziału w przetargu lub przedmiotowe, potwierdzające spełnianie wymagań przez przedmiot zamówienia Natomiast, przepisy art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 ustawy dotyczą instytucji wyjaśnień, a nie uzupełnienia dokumentów". Z takim samym stanowiskiem można zapoznać się w m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25.10.2018 r. (sygn. KIO 1995/18) oraz w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.01.2019 r. (sygn. KIO 2696/18).

Zdaniem Zamawiającego, jeżeli określił on, iż doświadczenie osoby stanowi element oceniany na podstawie kryteriów oceny ofert i jest wskazywane w treści formularza ofertowego lub jego załączników, to nie ulega wątpliwości, że nie stanowi ono dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust 1 PZP, a w konsekwencji nie jest dokumentem uzupełnianym czy podlegającym modyfikacji w trybie określonym w art. 26 ust. 3 PZP. Powyższe wynika wprost z wykładni literalnej przepisu i jego odesłania do art. 25 PZP, który jasno wskazuje jakie oświadczenia i dokumenty mogą być uzupełniane i wyjaśniane. Gdyby Zamawiający postąpił tak jak podnosi Odwołujący to bezsprzecznie naruszyłby art. 87 ust. 1 PZP i doprowadził do niedopuszczalnej zmiany treści złożonej oferty.

Powyższe konstatacje potwierdza wyrok KIO z dnia 5 września 2018 r., (sygn. KIO 1688/18), w którym można przeczytać, iż:

„Oświadczenie odnośnie doświadczenia stanowi oświadczenie podlegające ocenie w ramach kryterium oceny oferty. Zmiana w przedmiotowym zakresie nie jest dopuszczalna, bowiem prowadziłaby do zmiany treści oferty niewątpliwie z naruszeniem art. 87 ustawy. Biorąc pod uwagę kształt postanowienia SIWZ informacja o doświadczeniu inspektora nadzoru posiadającego uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej nie jest dokumentem uzupełnianym czy podlegającym modyfikacji w trybie określonym w art. 26 ust. 3 PZP Skoro sam Zamawiający określił, iż doświadczenie tej osoby stanowi element oceniany na podstawie kryteriów oceny ofert i wskazywane w treści formularza ofertowego, to nie ulega wątpliwości, że nie stanowi ono dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 PZP Oświadczenie złożone w formularzu ofertowym nie powinno również podlegać zmianie w trybie art. 87 ust. 1 PZP, bowiem prowadziłoby to do niedopuszczalnych negocjacji treści oferty w zakresie odnoszącym się do kryteriów oceny ofert".

Zamawiający po lekturze wniesionego odwołania zwraca uwagę, iż Odwołujący zdaje się nie dostrzegać sedna niniejszej sprawy. Koronnym argumentem przywoływanym w Odwołaniu, na którym de facto w całości się ono opiera, jest przekonanie, iż Zamawiający zaniechał zastosowania art. 26 ust. 3 PZP z uwagi na prowadzenia postępowania w ramach tzw. procedury odwróconej, o której mowa w art. 24aa PZP, z czym nie można się zgodzić. Jak zostało wykazane powyżej, Zamawiający nie wzywał wykonawcy do złożenia wyjaśnień, nie z racji zastosowania procedury odwróconej, lecz z uwagi że nie pozwalała na takie zachowanie treść SIWZ oraz obowiązujące przepisy prawa.

Powoływany przez Odwołującego dokument Zamawiającego datowany na dzień 05.04.2019 r. — informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej i zmiana punktacji ofertowej (załącznik nr 2 do Odwołania), w którym została wskazana informacja o odstąpieniu od procedury wyjaśnień/uzupełnień dotyczących niezgodności z SIWZ branży uprawnień budowlanych dla osoby przewidzianej jako Koordynator inwentaryzacji, była wynikiem zastosowania procedury odwróconej i właśnie z tego powodu Zamawiający zaniechał wezwań, Zgodnie z art. 24aa PZP, Zamawiający dokonał oceny złożonych pod względem przyjętych kryteriów ocennych (cena + dodatkowe doświadczenie personelu), wybrał ofertę najkorzystniejszą, a następnie poinformował o wyborze wskazując jednocześnie, że nie wzywał Odwołującego do wyjaśnień, pomimo iż powołany przez niego Koordynator inwentaryzacji nie spełniał warunków w zakresie doświadczenie branżowego, gdyż jego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza, Procedura odwrócona zakłada bowiem badanie warunków udziału w postępowaniu tylko co do oferty wybranej jako najkorzystniejsza. W niniejszej sprawie oferta Odwołującego była drugą w kolejności ofertą, a więc fakt braku spełnienia przez Odwołującego zdolności zawodowej w zakresie branży Koordynatora inwentaryzacji, nie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia postępowania.

Również powoływane przez Odwołującego wyroki Krajowej Izby Odwoławczej (str. 5 Odwołania), nie odnoszą się do meritum sprawy. Wskazane wyroki dotyczą bowiem sytuacji, w których Zamawiający stosując art. 26 ust. 3 PZP lub zaniechując jego zastosowania, uzyskiwał bądź nie od oferenta informację, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego, a więc dokumentów wymienionych w art. 25 ust. 1 PZP. Przedmiotowe wyroki nie zostały zatem wydane w zbliżonym do niniejszej sprawy stanie faktycznym. Co więcej, dokładna lektura przywołanego przez Odwołującego orzeczenia (sygn. KIO 2603/18) pozwala na potwierdzenie stanowiska Zamawiającego. Zgodnie bowiem z powołanym wyrokiem:

Jak podnosi się w orzecznictwie, próbka może służyć ustaleniu zgodności przedmiotu oferty z SIWZ (art 89 ust. 2 ustawy Pzp), sprawdzeniu jego szczegółowych parametrów,

zwartościowaniu cechy tego przedmiotu według przyjętych kryteriów pozacenowych, a wreszcie - zbadaniu, czy oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. W tym ostatnim przypadku mamy do czynienia z dokumentem potwierdzającym, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego, w postaci próbki, który to dokument podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Natomiast w sytuacji, gdy próbka traktowana jest w kategorii treści oferty, nie podlega ona uzupełnieniu, zaś próba dopełnienia oferty o niezłączoną do niej próbkę, bądź zamiany próbki nie spełniającej wymagań postawionych w SIWZ, skutkuje uznaniem, że mamy do czynienia z ofertą niezgodną z SIWZ bądź następczą - po terminie składania ofert zmianą oferty, co skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (por. m.in. wyrok KIO z dnia 17 września 2015 r., sygn. akt KIO 1937/15, wyrok KIO z dnia 9 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1496/13, wyrok KIO z dnia 12 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2511/13). W sytuacji, gdy próbka została w SIWZ przewidziana w celu ustalenia spełnienia wymogów, które podlegają ocenie punktowej w wyznaczonym kryterium oceny ofert pod względem jakościowym, nosi ona cechy oferty, zaś próbka w takim wypadku nie podlega uzupełnieniu. Podobnie jest, gdy za pomocą próbki wyrażana jest treść dotycząca oferowanego przedmiotu (por. m.in. wyrok KIO z dnia 17 września 2015 r., sygn. akt KIO 1937/15, wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 544/14, KIO 555/14, wyrok KIO z 3 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 559/14)".

Z uwagi na powyższe, w ocenie Zamawiającego za niezasadny należy uznać zarzut nr 2 Odwołującego, polegający na naruszeniu art. 91 ust. 1 PZP i niezgodnej z tym przepisem wyboru oferty. W okolicznościach sprawy zmiana wskaźników punktowych opisujących Dodatkowe doświadczenie członków personelu Wykonawcy, w wyborze najkorzystniejszej oferty i w konsekwencji wybór wykonawcy (załącznik nr 1 i nr 2 do Odwołania), była zgodna z obowiązującymi przepisami dotyczącymi zasad udzielania zamówień publicznych.

Podsumowując, mając na względzie wyżej opisany stan faktyczny, wniesione przez Odwołującego zarzuty nie mają uzasadnienia w stanie faktycznym, a Zamawiający nie działał z naruszeniem prawa. Wobec tego Odwołanie winno być w całości oddalone.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Na podstawie, przeprowadzonego na rozprawie postępowania dowodowego z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego w

formie elektronicznej do akt sprawy, której zgodność przekazywanych kopii dokumentów z oryginałem zamawiający potwierdził w piśmie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2019 roku przekazując dokumentację na płycie CD, która załączona jest do akt sprawy, **Izba ustaliła.**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa trasy tramwajowej wraz z uspokojeniem ruchu samochodowego w ul. Ratajczaka w Poznaniu, obejmujące prace projektowe wraz z pełnieniem usług nadzoru autorskiego.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty ustalone na podstawie art.11 ust.8 ustawy z dnia 4 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U 2018 rok poz 1986 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą PZP”. Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2019/S 008-014486 w dniu 11.01.2019 roku.

Zamawiający prowadzi postępowanie przez inwestora zastępczego (Cz. VI.3) Informacje dodatkowe: Informacje uzupełniające pkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu), w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem procedury art.24 aa ust.1 ustawy PZP(Cz. VI.3) Informacje dodatkowe: Informacje uzupełniające pkt 3 Ogłoszenia o zamówieniu).

W dniu 26 lutego 2019 roku zamawiający na podstawie art.86 ust.5 ustawy PZP udostępnił wykonawcom informację „Zestawienie ofert” o złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofertach z której wynika, że w przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców to jest odwołujący i przystępujący po stronie zamawiającego. Na podstawie złożonych przez wykonawców formularzy ofertowych zamawiający ustalił ceny brutto tych ofert jak i dodatkowe doświadczenie członków personelu wykonawców (liczba projektów) (akta sprawy –dokument zastawienie ofert).

W dniu 5 kwietnia 2019 roku zamawiający na podstawie art.92 ust.1 pkt 1 ustawy PZP poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazując na ofertę przystępującego w sprawie po stronie zamawiającego. W piśmie tym zamawiający podał cenę brutto za którą wykonawca wybrany uzyskał 44,39 punktów jak i dodatkowe doświadczenie personelu wykonawcy (liczba projektów – łącznie 8 projektów) za które wykonawca wybrany uzyskał łącznie 40 punktów. W sumie wykonawca wybrany uzyskał 84,39 punktów w dwóch kryteriach oceny ofert. Zamawiający również podał ocenę punktową złożonych ofert w tabeli z uwzględnieniem ceny ofertowej każdej z ofert jak i liczby projektów personelu wykonawców w związku ze złożonymi ofertami. Wykonawca wybrany/ przystępujący po stronie zamawiającego jak wyżej uzyskał 84,39 punkty w dwóch kryteriach). Odwołujący uzyskał 80 punktów w obydwu kryteriach oceny ofert. Przy czym zamawiający przyznał odwołującemu 60

punktów za cenę i 20 punktów za dodatkowe doświadczenie personelu wykonawcy mierzonych liczbą projektów (zamawiający uwzględnił 4 projekty). Przy pozycji odnoszącej się do oferty odwołującego zamieszczono w punktach oceny oznaczonych 3 i 4 dwie i jedną gwiazdkę (3 jedna podwójna gwiazdka a przy 4 jedna podwójna i jedna pojedyncza gwiazdka). Jedna gwiazdka (*) oznacza „Zgodnie z informacjami zawartymi w Wykazie – wg załącznika nr 10 do SIWZ” a dwie gwiazdki (**) oznaczają „Ze względu na procedurę odwróconą zamawiający odstąpił od procedury wyjaśnień /uzupełnień dot. niezgodności z SIWZ branży uprawnień budowlanych dla osoby przewidzianej jako koordynatora inwentaryzacji.

Odwołujący wnosząc odwołanie zakwestionował czynność zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 5 kwietnia 2019 roku w kontekście zestawienia ofert to jest z informacji zamawiającego z dnia 26 lutego 2019 roku. W ocenie odwołującego już w dniu 26 lutego 2019 roku zamawiający zdecydował o tym, że oferta odwołującego jest najkorzystniejszą a czemu zaprzeczył w dniu 5 kwietnia 2019 roku wybierając jako najkorzystniejszą ofertę przystępującego. Odwołujący czynności zamawiającego zarzuca przede wszystkim brak wezwania do uzupełnienia oferty i wyjaśnienia złożonej oferty w trybie art.26 ust.3 ustawy PZP w kontekście formularza ofertowego, załączonego do niego zał. Nr 9 i zał. Nr 10.

Izba dokonując badania i oceny dokumentów przyjętych w poczet dowodów na okoliczność naruszenia ustawy PZP w zakresie art. 26 ust.3 w zw. z art.24 aa ust.1 i art.91 ust.1 ustaliła jak poniżej.

Formularz ofertowy stanowiący zał. Nr 5 do SIWZ w jego Cz. III odnosi się do Deklaracji dodatkowego doświadczenia członków zespołu projektowego, w którym odwołujący wypełnił trzy pozycje na cztery przewidziane formularzem. I tak zadeklarował 2 dodatkowe projekty w doświadczeniu koordynatora zespołu projektowego wykonawcy/ projektanta branży drogowej (pkt 1), 2 dodatkowe projekty w doświadczeniu projektanta branży torowej (pkt 2), 2 usługi w doświadczeniu przedstawiciela wykonawcy przewidzianego do koordynowania inwentaryzacji (pkt 4). Izba badając zawartość formularza ofertowego odwołującego stwierdza, że nie zadeklarował on doświadczenia dodatkowego opisanego w pkt 3 to jest „usługi w doświadczeniu przedstawiciela wykonawcy przewidzianego do koordynowania inwentaryzacji”. W tym miejscu należy wskazać, że mimo jednolitego brzmienia tytułu pkt 3 i 4 Cz. III przeznaczonej dla dodatkowego doświadczenia członków zespołu projektowego to jest „usługi w doświadczeniu przedstawiciela wykonawcy przewidzianego do koordynowania inwentaryzacji” punkty 3 i 4 zawierają odmienną treść co do spełnienia wymaganego doświadczenia w zakresie rodzaju inwestycji czy też zakresu prac badawczych i projektowych (np. budowa, przebudowa, modernizacja ulicy, linii tramwajowej, torowiska, trakcji

tramwajowej łącznie lub bez sieci wodociągowej, kanalizacji deszczowej, sanitarnej, gazowej, elektroenergetycznej i telekomunikacyjnej lub w ochronie konserwatorskiej, raportów z badań georadarowych itd.). Odwołujący w formularzu ofertowym zaznaczył jedną z nich to jest zdefiniowaną w pkt 4 Cz. III formularza deklarując doświadczenie tam opisane dla 2 usług. Należy również zaznaczyć, że zamieszczono w Cz.III informację dla wykonawcy przy (*) o treści „wykonawca wypełnia zgodnie z deklaracją i załącznikiem, bądź wpisuje zero lub wykreśla w przypadku braku deklaracji”.

Na rozprawie w toku prowadzonego postępowania dowodowego z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego (oferta odwołującego) Izba ustaliła, że odwołujący załączył do oferty nie tylko wymagany zał. Nr 10 pn. Wykaz osób, przeznaczonych do realizacji zamówienia w ramach kryteriów oceny ofert ale również nie wymagany (procedura art.24 aa ust.1 ustawy PZP) zał. Nr 9 do SIWZ pn. „Wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za projektowanie wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacja o podstawie do dysponowania tymi osobami Opis spełnienia warunku zawarto w pkt 9.2.3(2)siwz”. Wykaz (tabela) zawiera 11 pozycji do wypełnienia ze wskazaniem oznaczenia projektantów, uprawnień, stażu projektowego, liczby wykonanych projektów z opisaniem ich rodzajów zgodnie z siwz, w tym nazwy opracowań. W 11 pozycji tabeli znajduje się miejsce do wypełnienia dla koordynatora inwentaryzacji.

Izba oceniając załączone do oferty załączniki Nr 10 i Nr 9 ustaliła co następuje. W załączniku nr 9 w przywołanej przez stawających pozycji 11 odwołujący wskazał na koordynatora inwentaryzacji inż. M. K., który posiada uprawnienia w projektowaniu w specjalności konstrukcyjno- inżynierskiej specjalności drogowej z dnia 28.06.1984r. upr. Proj. Nr 151/84/Pw staż projektowy- 288 miesięcy od uzyskania uprawnień. Z kolei w zał. Nr 10 poz. 3 o treści: przedstawiciel wykonawcy przewidziany do koordynacji inwentaryzacji imię i nazwisko oraz doświadczenie punktowane (tiret trzeci kryteriów oceny ofert) 1 ...2... oraz doświadczenie punktowane (tiret czwarty kryteriów oceny ofert)1... 2.... , odwołujący skreślił wszystkie dyspozycje jako nie obowiązujące w jego ofercie.

W tak powyżej opisany sposób kształtowały się dokumenty, które stanowią podstawę rozstrzygnięcia przedmiotowego sporu.

Uwzględniając obowiązujące przepisy ustawy PZP do oceny zaistniałego sporu należy wskazać na zawarte regulacje w siwz tego postępowania.

Zamawiający w pkt 18 i następnych siwz, przy wyborze najkorzystniejszej oferty posługuje się kryteriami oceny ofert następująco: cena (waga 60%) oraz dodatkowe doświadczenie członków personelu wykonawcy (waga 40%). W ramach kryterium oceny ofert zamawiający przyznaje punkty za dodatkowe doświadczenie personelu wskazanego w ofercie i w załączniku nr 10 do siwz. „Wykaz doświadczenia do oceny w kryterium” (powyżej przedstawiony), w tym za doświadczenie przedstawiciela wykonawcy przewidzianego do koordynowania inwentaryzacji.

Istotnym jest, że zamawiający zastrzegł w pkt 18.2. lit b) SIWZ (str. 20 i 21 siwz), iż wskazane w ofercie osoby musiały zostać wpisane w wykazie osób (załącznik nr 10 do SIWZ) na potwierdzenie spełnienia warunku i to w sposób precyzyjny („Wykonawca zobowiązany jest wskazać doświadczenie w.w. osób na wzorze stanowiącym Załącznik nr 10 do SIWZ w sposób precyzyjny. W przypadku, gdy opis doświadczenia będzie niejednoznaczny lub niepozwalający na jego ocenę Zamawiający nie będzie przyznawał punktów za taki opis”). Dalej zamawiający zastrzegł: „Uwaga: Dokument złożony w celu poddania ocenie w ramach kryterium Doświadczenie członków personelu Wykonawcy nie należy do dokumentów, o których mowa w art.25 ust.1 oraz art.25a ust.1 Ustawy, a tym samym nie podlega przepisom art.26 ust.3 i w razie jego nie złożenia Zamawiający nie będzie wzywał do złożenia tego dokumentu. W sytuacji nie złożenia dokumentu oferta Wykonawcy w ramach przedmiotowego kryterium oceny otrzyma 0pkt”.

Reasumując zamawiający przewidział, że w przypadku, gdy opis doświadczenia został sformułowany w sposób niejednoznaczny lub niepozwalający na jego ocenę, punkty nie będą przyznawane.

Tak więc z ustaleń Izby wynika, że odwołujący w złożonej ofercie (formularz ofertowy Cz.III pkt 4) wskazał, iż spełnia warunek określony w tirecie 4 kryteriów oceny ofert siwz, wskazując na doświadczenie swego przedstawiciela przewidzianego do koordynowania inwentaryzacji, w załączniku nr 9 do złożonej oferty (pkt 11 Tabeli) podał jego imię i nazwisko (inż. Marek Kruszewski) a w załączniku nr 10 „Wykaz doświadczenia do oceny w kryterium”, przekreślił cały punkt 3 Tabeli w zakresie doświadczenia wymaganego dla osoby przewidzianej do koordynowania inwentaryzacji (tiret trzeci i tiret czwarty kryteriów oceny ofert).

W zaistniałej sytuacji przedmiotem rozstrzygnięcia Izby pozostaje kwestia istnienia czy nie istnienia obowiązku zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy PZP, gdy powstały rozbieżności w zakresie doświadczenia personelu wykonawcy na podstawie dokumentów służących do oceny

ofert w ramach kryterium pozacenowym (dodatkowe usługi w doświadczeniu przedstawiciela wykonawcy przewidzianego do koordynowania inwentaryzacji) a które nie należą do katalogu dokumentów wymienionych w art. 25 ust.1 lub art 25a ust. 1 ustawy PZP.

Na podstawie powyżej przeprowadzonego badania i oceny dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i dokonanych ustaleń stanu formalnego i prawnego przedmiotowego postępowania **Izba zważyła** jak poniżej.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Żądanie odwołującego unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i ponownej oceny złożonych ofert po uprzednim wezwaniu odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art.26 ust.3 ustawy PZP w zakresie oceny dodatkowych usług personelu wykonawcy jako kryterium poza cenowym nie znajduje umocowania w obowiązującym prawie ustawy PZP.

Po pierwsze art.26 ust.3 ustawy nie służy do uzupełnienia dokumentów, które stanowią treść oferty tak jak ma to miejsce w przedmiotowej sprawie, ponieważ podlegają ocenie w ramach kryterium oceny ofert. Zarówno cena oferty jak i inne elementy oferty, które podlegają ocenie w ramach kryterium oceny ofert mają mieć charakter niezmienny, to jest taki, który nie może ulec zmianie po złożeniu oferty.

Przywołany art.26 ust3 ustawy PZP służy uzupełnianiu dokumentów czy składaniu wyjaśnień, które warunkują udział w postępowaniu (warunki podmiotowe) a nie są przedmiotem oferty bądź potwierdzają, że oferowane usługi spełniają wymagania określone przez zamawiającego (art.25 ust.1 czy art.25 a ust.1 ustawy PZP).

Po drugie o możliwości czy też obowiązku zamawiającego do wezwania wykonawcy w trybie art.26 ust.3 ustawy PZP nie ma znaczenia przyjęta w postępowaniu procedura art.25aa ust.1 ustawy PZP a jedynie decyduje ona o kolejności czynności zamawiającego wobec złożonych ofert i kolejności potwierdzania kwalifikacji wymaganych od wykonawców do udziału w postępowaniu.

Zresztą zamawiający na str. 20 i 21 siwz jednoznacznie o tym stanie rzeczy poinformował potencjalnych wykonawców (o czym powyżej w ustaleniach Izba zaznaczyła) zastrzegając, że dokumenty na okoliczność oceny oferty w ramach kryterium oceny oferty w zakresie poza cenowym (dodatkowe usługi w doświadczeniu personelu przedstawicieli wykonawców) nie podlegają jakimkolwiek uzupełnieniom i muszą być precyzyjne, jednoznaczne i pozwalające na ocenę według wymagań siwz pod rygorem nie przyznania punktów (0 punktów).

Po trzecie nawet rozważając nie podniesiony zarzut odwołania a czego zabrania Izbie art.192 ust.7 ustawy PZP w kontekście obowiązku a nie uprawnienia zamawiającego wynikającego z treści art.87 ust.1 ustawy PZP to brak w kontekście złożonych w ofercie dokumentów (formularz oferty, zał. nr 9 i zał. nr 10) do nakazania zamawiającemu procedury wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Bowiem wyjaśnienia nie byłyby w stanie wobec znajdujących się w ofercie treści dokumentów ustalić doświadczenie do zał. nr 10 (zał. Nr 9 w poz. 11 koordynator inwestycji nie wskazano „nazwy opracowań”). Żądanie w ramach wyjaśnień „nazwy opracowań” skutkowałoby zmianą treści oferty co nie dopuszcza norma art.87 ust.1 ustawy PZP. Również P. inż. M. K. ma uprawnienia projektowe w specjalności konstrukcyjno-inżynierskiej w zakresie dróg a zamawiający wymaga uprawnień sanitarnych (pkt 9.2.3.lit.gstr.10 siwz).

Po czwarte Izba wskazuje na braki formalne co do oznaczenia stosownymi gwiazdkami w piśmie z dnia 5 kwietnia 2019 r. przy punktacji oferty odwołującego (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty) o czym przyznał zamawiający na rozprawie ale nie mają one wpływu na dokonaną punktację przez zamawiającego oferty odwołującego w kontekście złożonych dokumentów do oferty.

Po piąte Izba nie znajduje podstaw do uznania jako zasadnego kwestionowania formuły zał. nr 10 do SIWZ w jego punkcie 3, który stanowił utrudnienie w wypełnieniu Tabeli ale nie w sposób uniemożliwiający jej prawidłowe zrozumienie i wypełnienie. Uwagi do formuły są spóźnione, ponieważ mogły nastąpić w procedurze pytań i wyjaśnień przed złożeniem oferty (art.38 ustawy PZP).

Po szóste Izba nie potwierdza podnoszonego znaczenia rozbieżności między punktacją zawartą w zestawieniu ofert a punktacją w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty. Czynność oparta o art.86 ust.5 ustawy PZP (pismo z dnia 26.02.19r) ma charakter formalny a inny charakter ma czynność na podstawie art. 92 ust.1 pkt 1 ustawy PZP (pismo z dnia 05.04.19r.) podjęta w wyniku badania i oceny ofert według kryteriów oceny ofert, ponieważ nie jest informacją z formularza ofertowego jak zresztą postępowanie wykazało rozbieżną z treścią zał. nr 10 do oferty (pkt 3 tabeli).

W tym stanie rzeczy Izba nie stwierdziła naruszenia art.26 ust.3 i art.24 aa ust.1 w związku z art.91 ust.1 ustawy PZP. Zgodnie z dyspozycją art.192 ust.2 ustawy Pzp, jeżeli Izba nie stwierdzi naruszenia przepisów ustawy odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 w związku z art.186 ust.6 pkt 4) lit.a) ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z

dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego. Zamawiający nie złożył wniosku kosztowego.

Przewodniczący: