

Sygn. akt: KIO 733/18

WYROK

z dnia 30 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 kwietnia 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2018 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Small Gis Sp. z o.o., Onego Sp. z o.o., Emmerson Lumico Sp. z o.o., z siedzibą ul. Wadowicka 8A, 30-415 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Krajowy Zasób Nieruchomości, ul. Tytusa Chałubińskiego 4/6, 00-928 Warszawa**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje zaproszenie Odwołującego do składania ofert.**
2. kosztami postępowania obciąża **Krajowy Zasób Nieruchomości, ul. Tytusa Chałubińskiego 4/6, 00-928 Warszawa** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Small Gis Sp. z o.o., Onego Sp. z o.o., Emmerson Lumico Sp. z o.o., z siedzibą ul. Wadowicka 8A, 30-415 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od **Krajowego Zasobu Nieruchomości, ul. Tytusa Chałubińskiego 4/6, 00-928 Warszawa** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Small Gis Sp. z o.o., Onego Sp. z o.o., Emmerson Lumico Sp. z o.o., z siedzibą ul. Wadowicka 8A, 30-415 Kraków** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych), stanowiąca koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 - Krajowy Zasób Nieruchomości - prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest przeprowadzenie kompleksowej analizy obszarów miejskich w celu wyszukania terenów o potencjale inwestycyjnym dla obiektów mieszkaniowych wielorodzinnych oraz ocena potencjału tych terenów. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 2.03.2018r. pod poz. 525859-N-2017.

W dniu 16.04.2018r. Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Small Gis Sp. z o.o., Onego Sp. z o.o., Emmerson Lumico Sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od:

1. niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty wstępnej Odwołującego, w sytuacji kiedy jego oferta odrzuceniu nie podlega;
2. niewzwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty wstępnej, w sytuacji, gdy Zamawiający miał wątpliwości co do treści oferty Odwołującego i podjęciu decyzji co do odrzucenia złożonej oferty wstępnej, która spełnia wymagania SIWZ;

Odwołujący wskazał, że przez powyższe czynności i zaniechania Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP;
2. art. 87 ust. 1 ustawy PZP przez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień Odwołującego;
3. art. 7 ust. 1 ustawy PZP przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Wskazane naruszenia spowodowały błędną ocenę oferty wstępnej Odwołującego oraz doprowadziły do odrzucenia jego oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty wstępnej Odwołującego i przywrócenia go do postępowania,
2. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący, nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego z dnia 11.04.2018r. o odrzuceniu jego oferty, podniósł, że postępowanie prowadzone jest w trybie negocjacji z ogłoszeniem, w dniu 26.03.2018r Odwołujący przesłał ofertę wstępną, następnie Zamawiający zaprosił Odwołującego do negocjacji, które odbyły się w dniu 27.03.2018. Po przeprowadzonych negocjacjach Odwołujący sporządził na prośbę Zamawiającego notatkę ze spotkania i przesłał ją drogą elektroniczną Zamawiającemu w dniu 27.03.2018r. W dniu 11.04.2018r. Zamawiający skontaktował się drogą telefoniczną z Odwołującym, podczas rozmowy Zamawiający zaprosił go na kolejne spotkanie w dniu 13.04.2018r., Odwołujący poprosił o przesłanie oficjalnego pisma w tej sprawie. Jednakże w dniu 11.04.2018r. Zamawiający podjął odmienną decyzję przesyłając pismo, zgodnie z którym dokonał rzekomego odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący powołując treść art. 58 ust. 1 ustawy Pzp wskazał, że sam fakt zaproszenie Odwołującego do dalszych negocjacji oznacza automatycznie, że oferta wstępna nie podlega odrzuceniu i jest zakwalifikowana jako spełniająca warunki specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający zmieniając zdanie naraził i spowodował swoim działaniem szkodę dla konsorcjum objawiającą się w poniesieniu kosztów związanych z uczestnictwem w negocjacjach, w tym w szczególności kosztów związanych z dojazdami, przygotowaniem się specjalistów do negocjacji oraz trudnych na tym etapie do określenia strat związanych z przekazaniem najcenniejszego w ocenie Odwołującego „know how”. Takie działanie Zamawiającego pozwala domniemywać, iż intencją Zamawiającego mogło być procesowanie negocjacji w złej wierze, prowadzące w istocie do drenażu specjalistycznej wiedzy Odwołującego, która mimo wszystko może być w sposób nieuprawniony wykorzystana do dalszego procedowania zamówienia, doszczegółowienia OPZ oraz innych dokumentów.

Kolejnym ważnym argumentem stojącym za tym, iż Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest błędna ocena oferty wstępnej.

W ocenie Odwołującego opis metodyki oraz próbka pracy, zawierają wymagane w SIWZ treści. Szczególnie ważnym podkreślenia jest sam poziom szczegółowości wymagań Zamawiającego określających to, co oferta wstępna ma zawierać. Wymagania te są, w opinii Odwołującego, bardzo ogólne co od początku budziło wątpliwości Odwołującego, wobec czego zostały zadane pytania z prośbą o uszczegółowienie co umożliwiłoby maksymalne dopracowanie oferty wstępnej, tak aby była ona możliwie dopasowana do rzeczywistych oczekiwań Zamawiającego. Odwołujący, na etapie postępowania zadawał wiele pytań, w tym w dniach 19.03.2018 w którym wskazał, m.in. na konieczność udostępnienia przez Zamawiającego danych niezbędnych w celu prawidłowego wykonania próbki oraz na konieczność doprecyzowanie opisu zawartości ofert wstępnych. Pomimo tego, iż pytania dotyczyły bardzo ważnych aspektów postępowania, Zamawiający w sposób bardzo nieprecyzyjny lub wręcz mylący udzielił odpowiedzi, powodując, iż Odwołujący zmuszony

został do własnej interpretacji wymagań oraz reagowania na braki w informacjach, wykorzystując własną wiedzę i zasoby w tym m.in. wykorzystując własne dane, pomimo iż Zamawiający zadeklarował ich udostępnienie. Bezspornym jest, że poprzez tak ogólne określenie wymagań, Wykonawca miał dowolność w ich interpretacji. W dalszej części odwołania, Odwołujący odniósł się merytorycznie do stawianych zarzutów, powołując treści zawarte w opisie metodyki oraz próbcie pracy, które to treści zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa na podstawie uzasadnienia złożonego wraz z ofertą wstępną. Konsekwentnie, Odwołujący zastrzegł tą część odwołania tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący podniósł także, iż zgodnie z duchem udzielania zamówień w trybie negocjacji z ogłoszeniem, ma ono za zadanie m.in. umożliwić przekazanie uwag do SIWZ i propozycji wykonawców do jej zmian. Zamawiający, odpowiadając na pytania Odwołującego wskazał cel oraz zakres negocjacji ofert wstępnych i jasno zasygnalizował, że „treść ofert wstępnych będzie przedmiotem negocjacji”. Dopuszczył zatem możliwość zarówno ich doprecyzowania jak również do ich uogólniania na podstawie wniosków Zamawiającego do złożenia wyjaśnień. Zatem ewentualne wątpliwości stron dotyczące ofert wstępnych oraz SIWZ mogą i powinny być możliwe do wyjaśnienia na etapie negocjacji. Ewentualne niedokładności ofert wstępnych nie powinny zatem przesądzać o tym, iż oferta wstępna spełnia lub nie spełnia wymagań SIWZ. Nie jest uzasadnione domaganie się w ofercie wstępnej (która nie jest przecież wiążąca dla stron) całkowitego potwierdzenia spełnienia przez wykonawców parametrów gwarantowanych. Zamawiający przedstawił wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych swoją wizję OPZ natomiast zgodnie z odpowiedziami wskazał, że przedstawienie przez wykonawców metodyk oraz próbki ma za zadanie pomóc w sformułowaniu szczegółowego sposobu oceny kryterium jakości ofert końcowych, które nie zostało w żaden sposób sprecyzowane na tym etapie postępowania. Ma ono pozwolić w przyszłości na wybór najoptymalniejszej oferty.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia prowadzone jest w trybie negocjacji z ogłoszeniem w oparciu o przepisy art. 54 i nast. ustawy Pzp. W pkt 8.3 Zamawiający wskazał, że ofertę stanowi wypełniony formularz „Oferta wstępna” zamieszczony w rozdziale II SIWZ oraz następujące dokumenty:

1. opis metodyki postępowania przy realizacji zamówienia ze szczególnym uwzględnieniem ewentualnych narzędzi do automatyzacji realizacji zamówienia, którymi dysponuje lub będzie dysponować Wykonawca, planu zapewnienia jakości na

każdym etapie realizacji zamówienia,

2. próbkę pracy dokonanej na załączonym do SIWZ pliku ze wskazaniem wyniku etapów pośrednich i opisem sposobu dojścia do prezentowanych rezultatów, opisem zaangażowanych zasobów, nakładu wykonanej pracy,
3. propozycję umowy stosowanej przez Wykonawców w podobnych projektach.

W pkt 8.5 podano, iż ofertę wstępną należy przesłać w postaci skanu podpisanego dokumentu oraz wersji edytowalnej na adres e- mail sekretariat@kzn.gov.pl do dnia 26 marca 2018r. do godz. 10.00.

W pkt 9.3 podano, iż Zamawiający odrzuci każdą ofertę w przypadku zaistnienia przesłanek określonych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp.

W pkt 10.1. Zamawiający wskazał, że zaprasza do negocjacji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu. Przewidywany termin negocjacji to 27 marca 2018r. o godz. 9.00 - Cenatorium Sp. z o.o. oraz o godz. 13.00 - konsorcjum SmallGIs. Ostateczne potwierdzenie terminów negocjacji nastąpi drogą mailową dnia 26 marca 2018r. do godz. 13.00. Zamawiający prowadzi negocjacje w celu doprecyzowania lub uzupełniania opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W pkt 11 Zamawiający wskazał, że przy dokonywaniu wyboru oferty najkorzystniejszej stosować będzie następująca kryteria: cena- 20%, jakość – 20%, termin -20%.

W odpowiedzi na pytanie nr 2 z dnia 20 marca 2018r. „Prosimy o doprecyzowanie i wyjaśnienie wymaganych na bieżącym etapie dokumentów tj. opis metodyki, opis próbki oraz propozycja umowy. Czy wszystkie ww. dokumenty są obligatoryjne do przygotowania i dołączenia do oferty wstępnej? Czy jeżeli wykonawca nie dostarczy któregoś z ww. dokumentów w wymaganym terminie, skutkować to będzie odrzuceniem wykonawcy w dalszych negocjacji? Czy ww. dokumenty podlegają ocenie w ramach kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej? (..)” Zamawiający podał, iż określił obligatoryjny zakres ofert wstępnych. Złożenie oferty niespełniających wymagań określonych w SIWZ spowoduje jej odrzucenie, przy czym dotyczy to jedynie jasno określonych wymagań, nie formy. Treść ofert wstępnych będzie przedmiotem negocjacji. Przedmiotem oceny w ramach kryterium „Jakość” będzie m.in. metodyka i próbka w wersji, która zostanie załączona do oferty ostatecznej. Zamawiający określi sposób oceny ofert w ostatecznej SIWZ, jednak nie należy oczekiwać, że wszystkie kryteria będą miały charakter zalgorytmizowany”.

Odwołujący przesłał w dniu 26 marca 2018r. do Zamawiającego ofertę wstępną. Zamawiający zaprosił Odwołującego do udziału w negocjacjach, które odbyły się w dniu 27 marca. Z przeprowadzonych negocjacji została sporządzona notatka ze spotkania, którą Odwołujący przesłał Zamawiającemu w dniu 29 marca 2018r.

Z wyjaśnień stron złożonych w toku rozprawy wynika, że w dniu 27 marca br. miało miejsce omówienie szczegółów oferty wstępnej oraz sposobu realizacji zamówienia.

W dniu 11 kwietnia 2018r. Zamawiający przekazał Odwołującemu pismo, w którym stwierdził, iż działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 58 ust. 1 ustawy Pzp, po zapoznaniu się z treścią oferty wstępnej oraz jej prezentacją doszedł do przekonania, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że wykonawca nie przedłożył wraz z ofertą wstępną:

1. opisu metodyki - treść oferty w praktyce powtarza jedynie postanowienia SIWZ, nie opisuje ani sposobu realizacji zamówienia, ani narzędzi, ani planu zapewnienia jakości;
2. próbki pracy - nie wykonano zadania polegającego na selekcji nieruchomości spośród zamieszczonych na plikach załączonych do SIWZ, nie opisano żadnego z etapów pośrednich, nie opisano sposobu selekcji nieruchomości, nie opisano ani zasobów, ani nakładu pracy.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uznanie.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz zostało uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Nie ulega wątpliwości, iż Odwołujący, odpowiadając na wymagania określone w pkt 8.3 SIWZ, załączył do oferty wstępnej przekazanej Zamawiającemu w dniu 26 marca 2018r. zarówno opis metodyki jak i próbkę pracy. Dokumenty te zostały objęte przez wykonawcę tajemnicą przedsiębiorstwa, która nie została uchylona.

Na wstępie zauważyć należy, że wymagania Zamawiającego co do opisu metodyki oraz próbki pracy, podane w SIWZ nie określały poziomu szczegółowości informacji, które miały być zamieszczone w opracowanych przez wykonawców dokumentach. Z tych względów nie można wymagać na tym etapie postępowania - po składaniu ofert wstępnych - precyzyjnego określenia elementów tych opracowań.

Zdaniem Izby opis metodyki załączony do oferty wstępnej Odwołującego zawiera minimalne niezbędne elementy: określa sposób realizacji zamówienia, narzędzia do jego realizacji, jakimi dysponuje wykonawca - jest to własny system informatyczny. Ponadto, jak wskazał w toku rozprawy pełnomocnik Odwołującego, mimo nie ujęcia wprost w treści tego dokumentu planu zapewnienia jakości, wymieniono w treści tego opracowania elementy odpowiadające za

ocenę jakości. Są to kompletność opracowania, dokładność klasyfikacji, która jest zapewniona także dzięki geokodowaniu.

W zakresie próbki, Odwołujący wykonał zadanie w sposób poprawny, bowiem efektem jego pracy było wyselekcjonowanie 15 nieruchomości spełniających kryteria selekcji. W złożonym opracowaniu określono, choć istotnie w sposób lakoniczny, kolejne kroki jakie doprowadziły wykonawcę do efektu prac.

Izba, oceniając złożone przez wykonawcę opracowania, wzięła pod uwagę przede wszystkim tryb w jakim prowadzone jest przedmiotowe postępowanie o zamówienie publiczne tj. tryb negocjacji z ogłoszeniem, który jest trybem elastycznym, mającym na celu zapewnienie i wybór przez zamawiającego optymalnego sposobu realizacji zamówienia i umożliwienie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia i wymagań siwz. Oferta złożona przez wykonawcę w tym trybie ma charakter wstępny i stanowi podstawę do rozpoczęcia negocjacji, których celem jest doprecyzowanie lub uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego. W konsekwencji takie elementy jak opis metodyki czy sposób wykonania zamówienia mogą być określone w sposób precyzyjny dopiero po przeprowadzonych z wykonawcami negocjacjach. Zauważyć także należy, że Zamawiający przewidział, iż jednym z kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej będzie jakość w ramach którego będzie oceniał metodykę i próbkę pracy w wersji, która zostanie załączona do oferty ostatecznej (dowód: odpowiedź na pytanie nr 2 z dnia 20 marca 2018r.). Oznacza to, że opis metodyki i próbka pracy, przekazane Zamawiającemu w dniu 26 marca 2018r. mają jedynie charakter wstępny, będą one negocjowane a wersja ostateczna tych dokumentów będzie przedmiotem oceny w kryterium jakości. Z tych też względów nie sposób wymagać, aby dokumenty te już na etapie oferty wstępnej były szczegółowe i precyzyjne.

Izba nie podzieliła stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego, iż spotkanie w dniu 27 marca 2018r. z wykonawcami było jedynie „prezentacją oferty” a nie negocjacjami. Stanowisku temu przeczą nie tylko same postanowienia SIWZ, w których Zamawiający podał konkretny dzień i godzinę negocjacji z wykonawcami, ale także sam przebieg spotkania, podczas którego omawiane były warunki i metody realizacji zamówienia.

Mając na uwadze, że etap negocjacji z wykonawcami miał już miejsce w dniu 27 marca br. a do odrzucenia oferty wstępnej doszło już po zakończeniu negocjacji, Izba nakazała unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i nakazała zaproszenie Odwołującego do składania ofert.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 4 oraz § 6 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: