

WYROK
z dnia 1 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 listopada 2017 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2017 r. przez wykonawcę **K. D. M., ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Policji w K., ul. (...)**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **B. B. B. C. Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z., B. B. B. C. Sp. z o.o. Sp.k., ul. (...)** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 2427/17 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **K. D. M., ul. (...)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **K. D. M., ul. (...)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od odwołującego **K. D. M., ul (...)** na rzecz zamawiającego **Komendy Wojewódzkiej Policji w K., ul. (...)** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Policji w K. prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Termomodernizacja i rewaloryzacja budynków z infrastrukturą wybranych Jednostek Policji woj. Ś. w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 – opracowanie dokumentacji projektowej i kosztorysowej dla KMP w G.”.*

W dniu 16 listopada 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawcę – „K.” D. M. (dalej: „Odwołujący”) o odrzuceniu złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Na powyższą czynność Zamawiającego, Odwołujący w dniu 20 listopada 2017r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu działanie niezgodne z przepisami ustawy, rażąco obrazę art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na treść oferty nie odpowiadającą treści SIWZ, nieprofesjonalne sporządzenie SIWZ poprzez wprowadzenie do jej treści niejasnych i niespójnych zapisów, przytaczanie bez zrozumienia zapisów zawartych w SIWZ, narażenie interesów Odwołującego na straty oraz bezpodstawne odrzucenie jego oferty.

Uzasadniając powyższe zarzuty Odwołujący wskazał, że Zamawiający w rozdziale I pkt 3 SIWZ używa dwóch niezależnych pojęć, tj. przedmiot zamówienia oraz dokumentacja techniczna. Według Odwołującego sformułowanie „przedmiot zamówienia” zawiera w swej treści pełny wachlarz usług jak: inwentaryzacje przyrodnicze, podkłady geodezyjne, program konserwatorski, pozyskiwanie warunków technicznych od gestorów sieci, uzgodnienia branżowe, składanie wniosków, pozyskiwanie niezbędnych uzgodnień, pozwoleń, pełnienie nadzoru autorskiego itp. Natomiast sformułowanie „dokumentacja techniczna” nie zawiera w swej definicji pełnego wachlarza usług związanych z przedmiotem zamówienia lecz stanowi jedynie jego część.

Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający w załączniku Nr 1 pkt 6 do SWIZ narzucając treść oświadczenia: „oświadczam, że przeznaczę do wykonania dokumentacji technicznej ...” skłonił Odwołującego do oświadczenia o ilości osób

Sygn. akt KIO 2427/17

przeznaczonych tylko i wyłącznie do bezpośredniego wykonania samej dokumentacji czyli maksymalnie 4 projektantów (po jednym z każdej branży) oraz koordynatora projektu, który bierze czynny udział w wykonywaniu dokumentacji zapewniając koordynację projektu i reprezentację biura przed Zamawiającym. Odwołujący wskazał, że zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, wykonawcą dokumentacji w każdej branży jest tylko i wyłącznie jeden projektant, który jest zarazem autorem swojego opracowania. Projektant sprawdzający posiadający również uprawnienia projektowe w swojej branży nie jest w świetle w/w ustawy wykonawcą dokumentacji (projektant sprawdzający sprawdza dokumentację po jej wykonaniu przez projektanta - autora projektu).

Następnie Odwołujący wskazał, że w Rozdziale III pkt 1.2 b SIWZ Zamawiający jako warunek konieczny udziału w postępowaniu wymagał zapewnienia przez wykonawcę dysponowaniem minimalną ilością projektantów i sprawdzających czyli 4 projektantów i 4 sprawdzających oraz wskazania projektanta wiodącego.

Zdaniem Odwołującego w punkcie 6 oferty Zamawiający żądał od niego złożenia oświadczenia, które Odwołujący zrozumiał w następujący sposób: „*Oświadczam, że przeznaczę do wykonania dokumentacji technicznej 4 + 1 osób*”. Odwołujący zdając sobie sprawę z różnicy w zakresie obowiązków pomiędzy wykonaniem dokumentacji a wykonaniem przedmiotu zamówienia oświadczył więc, że do wykonania samej dokumentacji przeznaczy 4 projektantów + 1 wiodącego projektanta koordynatora przeznaczonego do kontaktu z Zamawiającym – co według niego jest zgodne z wymogami SIWZ.

Zdaniem Odwołującego zarówno uzasadnienie prawne jak i faktyczne przedstawione przez Zamawiającego w informacji o odrzuceniu ofert wykonawców całkowicie mijają się z prawdą w świetle zapisów SIWZ w stosunku do oferty złożonej przez Odwołującego, ponieważ:

- w rozdziale I pkt 13 SWIZ Zamawiający wymagał wskazanie ilości osób - projektantów przeznaczonych do wykonania dokumentacji technicznej na formularzu ofertowym. Odwołujący zgodnie z treścią SIWZ i przedłożonym wyżej wyjaśnieniem na formularzu ofertowym wykazał ilość osób przeznaczonych do wykonania dokumentacji.

- wyjaśnienia złożone przez Odwołującego przy okazji udokumentowania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska przedstawia rozliczenie kosztów wykonania zadania z uwzględnieniem pracy 9 osób w tym projektantów i projektantów

sprawdzających. Wyjaśnienia te świadczą niezbicie o zamiarze spełnienia przez Odwołującego minimalnych wymagań SIWZ

- zdaniem Odwołującego dowodem o błędnym, niezgodnym z prawem i sprzecznym z treścią SIWZ działaniu Zamawiającego świadczy zapis w Rozdziale I, punkt 13.3 SIWZ: „W przypadku nie wskazania dodatkowej ilości osób (po 1 w każdej branży opisanej w Rozdziale III pkt. 1.2 litera b SIWZ), Zamawiający uzna ,że Wykonawca wykona dokumentację przez minimalną ilość osób - projektantów wykazaną przez Wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w wykazie osób.

Zgodnie z zapisem SIWZ w Rozdziale 4 B do dostarczenia wykazu osób Zamawiający obliguje wyłonionego z postępowania Wykonawcę dopiero po wyborze jego oferty. Wobec powyższego dopiero przy nie wykazaniu przez odwołującego w wykazie osób projektantów wykonujących dokumentację i projektantów sprawdzających w ilości minimum 4+4 Zamawiający miałby podstawę do wykluczenia Odwołującego z postępowania. W związku z powyższym na chwilę obecną Zamawiający nie zapoznając się z wykazem osób nie miał prawa odrzucić oferty Odwołującego, a argumentacja Zamawiającego o możliwości wykazania się wykonawcy minimalną liczbą 8 osób doprecyzowana w Rozdziale XI pkt 2.3.1 litera b SIWZ daje jedynie wskazówki wykonawcom o możliwości pozyskania dodatkowej liczby punktów przez zwiększenie liczby projektantów przy realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał następnie, że Zamawiający w pkt 2.3 rozdziału XI SIWZ, informuje, że przy przeznaczeniu do realizacji zamówienia ilości osób zgodnie z jego wymogami wykonawca otrzyma 0 punktów. Odwołujący przystępując więc do przetargu świadomie postawił na pozyskanie dodatkowych punktów przez sprawność działania czyli termin wykonania oraz konkurencyjną cenę, natomiast w celu ograniczenia kosztów nie przewidywał przeznaczenia dodatkowych osób do zrealizowania zamówienia, bowiem na podstawie długoletnich doświadczeń w branży uznał, że 4 projektantów + 1 wiodący oraz 4 sprawdzających zdecydowanie wystarczy do zrealizowania zamówienia.

Reasumując Odwołujący stwierdził, że w świetle przedstawionych definicji oraz przytoczonego zapisu w Rozdziale I, punkt 13.3 SIWZ wskazanie na formularzu ofertowym w pkt. 6 oświadczenia 4+1 projektantów nie stanowi podstawy do odrzucenia jego oferty.

Sygn. akt KIO 2427/17

Odwołujący podkreślił, że do Zamawiającego jako gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy sformułowanie treści SIWZ w taki sposób, aby zawierała wszystkie elementy wymienione w treści SIWZ z zachowaniem zasad przejrzystości postępowania i jego oceny. Zamawiający nie może obowiązkowo sporządzenia oraz doprecyzowania zapisów SIWZ przerzucać na wykonawców twierdząc, iż w toku postępowania mają oni prawo zadawania pytań w przypadku zaistnienia wątpliwości, co do jej treści (wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2010 r., sygn. KIO/UZP 463/10).

Uzasadniając zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust 1, ust 2 punkt 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie i nie zażądanie od Odwołującego złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, Odwołujący wskazał, że Zamawiający zaniechując skorzystania z przysługującego mu prawa wezwania go do złożenia wyjaśnień spowodował narażenie interesu Odwołującego na straty poprzez udaremnienie mu możliwości zarobkowania, narażenie Zamawiającego na marnotrawstwo publicznych środków pieniężnych - Zamawiający odrzucając najtańszą ofertę FIRMY A. za kwotę 79 950 zł oraz bezpodstawnie ofertę Odwołującego za kwotę 180 000 zł musiał by przyjąć ofertę kolejnej firmy i wydać na realizację zamówienia kwotę minimum 364 449 zł. Ponadto przyjęcie wyjaśnień od Odwołującego nie wprowadziłoby istotnych zmian w treści oferty, gdyż Odwołujący założył do zapewnienia realizacji przedmiotu zamówienia minimalną ilość osób (4 projektantów , 4 sprawdzających + 1 koordynatora) co w konsekwencji nie dawało mu dodatkowych punktów a tym samym nie miało żadnego wpływu na zmianę kryterium wyboru.

W związku z tak przedstawionymi zarzutami argumentami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, które miały wpływ na rozstrzygnięcie postępowania, o unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, o powtórzenie postępowania przetargowego w zakresie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, ponowne przeprowadzenie badania i oceny oferty.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o

zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. ustalenia istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności/zaniechań Zamawiającego. Odwołujący, jako Wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia, którego oferta została odrzucona, miał w momencie wnoszenia odwołania, interes w zakwestionowaniu działań Zamawiającego, które mogą doprowadzić do wyboru oferty konkurencyjnej (droższej), a przede wszystkim pozbawiają Odwołującego realnej szansy na uzyskanie tego zamówienia. W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: B. B. B. C. Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z., B. B. B. C. Sp. z o.o. Sp.k., zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła:

I. Zgodnie z Rozdziałem I pkt 13 SIWZ: „Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wskazał ilość osób - projektantów przeznaczonych do wykonania dokumentacji technicznej na formularzu ofertowym.

13.1. Zamawiający swoje minimalne wymagania w zakresie ilości projektantów określił w Rozdziale III pkt 1.2. litera b) SIWZ.

Sygn. akt KIO 2427/17

13.2. Ilość osób powyżej ilości określonej jako warunek udziału w postępowaniu stanowi trzecie kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty i został uściślony w Rozdziale XI pkt 2.3. SIWZ.

13.3. W przypadku nie wskazania dodatkowej ilości osób (po 1 w każdej branży opisanej w Rozdziale III pkt 1.2. litera b SIWZ), Zamawiający uzna, że Wykonawca wykona dokumentację przez minimalną ilość osób - projektantów, wykazaną przez Wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w wykazie osób.

II. Zgodnie z Rozdziałem IV A pkt 12 SIWZ „Oświadczenie Wykonawcy o ilości osób - projektantów przeznaczonych do wykonania dokumentacji technicznej, złożone na formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ lub na odrębnym dokumencie. Ilość osób powyżej ilości określonej jako warunek udziału w postępowaniu stanowi trzecie kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty i został uściślony w Rozdziale XI pkt 2.3. SIWZ.

III. W Rozdziale III pkt 1.2. litera b) SIWZ: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy (...) spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: zdolności technicznej i zawodowej w szczególności w zakresie posiadanego doświadczenia oraz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia. Wykonawca spełni warunki jeżeli wykaże, że: b) dysponuje lub będzie dysponował osobami skierowanymi do realizacji zamówienia publicznego w szczególności odpowiedzialnymi za świadczenie usług, a posiadającymi uprawnienia do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo Budowlane (Dz. U. z 2017 r., poz. 1332,1529) i Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2014 r. poz. 1278) lub odpowiadające im, ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów lub których odpowiednie kwalifikacje zawodowe zostały uznane na zasadach określonych w przepisach odrębnych, z doświadczeniem minimum 5 lat w projektowaniu dla:

1. minimum 1 projektanta i 1 projektanta sprawdzającego w specjalności architektonicznej,
2. minimum 1 projektanta i 1 projektanta sprawdzającego w specjalności konstrukcyjno-budowlanej,

Sygn. akt KIO 2427/17

3. minimum 1 projektanta i 1 projektanta sprawdzającego w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych,

4. minimum 1 projektanta i 1 projektanta sprawdzającego w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

5. wskazanie projektanta wiodącego i koordynatora opracowań projektowych oraz osoby kierującej zespołem sprawującym nadzór autorski zgodnie z § 2 ust. 2 wzoru umowy.

Zamawiający informuje, iż może to być jedna z osób projektujących/sprawdzających lub osoba dodatkowa.

Uwaga: ilość osób powyżej ilości określonej jako warunek udziału w postępowaniu stanowi trzecie kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty, co zostało uściślone w Rozdziale XI pkt 2.3 SIWZ.

IV. Na potwierdzenie spełnienia przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu Zamawiający żądał zgodnie z Rozdziałem IV A pkt 2 SIWZ: „Oświadczenia wymagane na podstawie art. 25a ust. 1 ustawy Pzp aktualne na dzień składania ofert, złożone na formularzu oświadczenia stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ”, a od Wykonawcy którego oferta zostanie najwyżej oceniona wg przyjętych kryteriów zgodnie z Rozdział IV B pkt 2 SIWZ „Wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, a określonych w Rozdziale III pkt 1.2 literze b) SIWZ 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 informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wykaz musi potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie określonym w Rozdziale III pkt 1.2 literze b) SIWZ. Wykaz powinien zostać złożony w formie zgodnej ze wzorem stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ.”

V. Zgodnie z Rozdziałem XI pkt 2.3. SIWZ: „Zamawiający wybierze najkorzystniejszą ofertę spośród ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie kryteriów i o wadze (...) c) ilość osób, z wagą 20%, co odpowiada 20 pkt, (...) 2.3. Punktacja dla kryterium C - ilość osób zostanie przyznana zgodnie z poniższym schematem dla każdej oferty niepodlegającej odrzuceniu:

- ilość osób zgodna z wymaganiami Zamawiającego

0 pkt

Sygn. akt KIO 2427/17

- zwiększenie zespołu projektantów o 4 osoby (po 1 projektancie w każdej branży opisanej w Rozdziale III pkt 1.2. litera b SIWZ) **10 pkt**

- zwiększenie zespołu projektantów o 8 osób (po 2 projektancie w każdej branży opisanej w Rozdziale III pkt 1.2. litera b SIWZ) **20 pkt**

2.3.1. Wartości punktowe w kryterium C - ilość osób, będą przyznawane wg poniższych zasad:

a) Do oceny Zamawiający weźmie ilość osób - projektantów przeznaczonych do wykonania dokumentacji technicznej wskazaną na formularzu ofertowym i odejmie od tego ilość projektantów określonych przez Zamawiającego jako minimalne wymagania - warunek udziału w postępowaniu.

b) Zamawiający swoje minimalne wymagania w zakresie ilości projektantów określił w Rozdziale III pkt 1.2. litera b) SIWZ - 8 osób

c) W przypadku nie wskazania dodatkowej ilości osób (po 1 w każdej branży opisanej w Rozdziale III pkt 1.2. litera b SIWZ), Zamawiający uzna, że Wykonawca wykona dokumentację przez minimalną ilość osób - projektantów, wykazaną przez Wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w wykazie osób i oferta Wykonawcy otrzyma 0 pkt."

VI. Na potwierdzenie wykazania przez Wykonawców spełniania wymagań w zakresie kryteriów oceny ofert Zamawiający określił zgodnie z Rozdziałem XI pkt 2.3.1. litera a) SIWZ: „Do oceny Zamawiający weźmie ilość osób - projektantów przeznaczonych do wykonania dokumentacji technicznej wskazaną na formularzu ofertowym i odejmie od tego ilość projektantów określonych przez Zamawiającego jako minimalne wymagania - warunek udziału w postępowaniu”

VII. Zamawiający wymagał by Wykonawcy w swoich ofertach wypełnili oświadczenie z pkt 6 załącznika nr 1 do SIWZ, tj. „Oświadczam, że przeznaczę do wykonania dokumentacji technicznej osób, tj. zwiększam zespół projektantów o osoby (po ... projektancie w każdej branży opisanej w Rozdziale III pkt 1.2. SIWZ) Ilość osób powyżej ilości określonej jako warunek udziału w postępowaniu stanowi trzecie kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty i został uściślony w Rozdziale XI pkt 2.3. SIWZ”.

VIII. Zamawiający w dniu 16 listopada 2017 r. odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1pkt 2 Pzp, wskazując, iż wykonawca w złożonej ofercie oświadczył, iż: „... przeznaczę do wykonania dokumentacji technicznej 4 projektantów + 1 wiodący”.

Sygn. akt KIO 2427/17

Zamawiający wyjaśnił, że w Rozdziale I pkt 13 SIWZ wymagał aby wykonawca wskazał ilość osób – projektantów przeznaczonych do wykonania dokumentacji technicznej na formularzu ofertowym. Jednocześnie w Rozdziale III pkt 1.2 lit. b) SIWZ określił jakich osób to dotyczy. Minimalna ilość osób została doprecyzowana w Rozdziale XI pkt 2.3.1 lit. b) SIWZ.

Podkreślił, że Odwołujący samoistnie wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny złożył wyjaśnienia dotyczące ilości osób, w których tłumaczył, iż błędny był zapis Zamawiającego w formularzu ofertowym i dotyczył on wykonania dokumentacji technicznej a nie osób przeznaczonych do wykonania przedmiotu zamówienia rozróżniając te dwa pojęcia w rozumieniu prawa budowlanego.

Zdaniem Zamawiającego przedstawiona przez Odwołującego argumentacja jest nieprawdziwa, albowiem osoby sprawdzające również są osobami posiadającymi uprawnienia budowlane w zakresie projektowania, a Zamawiający w Rozdziale III pkt 1.2 lit. b) SIWZ określił ich jako projektantów sprawdzających w każdej branży. Nie prawdziwe jest również twierdzenie, iż wykonawca ujął w przedmiotowym oświadczeniu jedynie osoby sporządzające projekt bez dodatkowych funkcji bowiem wykazał w oświadczeniu osobę dodatkową, tj. projektanta wiodącego i koordynatora opracowań projektowych oraz osoby kierującej zespołem sprawującym nadzór autorski.

W związku z powyższym Zamawiający uznał, iż Odwołujący nie wskazał prawidłowo ilości osób w oświadczeniu złożonym na formularzu ofertowym. Z uwagi natomiast na fakt, iż ilość osób stanowiło wymaganie Zamawiającego, warunek udziału w postępowaniu, jak również kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej, przedłożone przez Odwołującego w formularzu ofertowym oświadczenie nie może zostać zmienione, czego żądał Odwołujący w piśmie z dnia 8 listopada 2017r., ani poprawione na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że zamawiający podejmuje decyzję w przedmiocie odrzucenia oferty na podstawie treści tej oferty. Izba natomiast,

Sygn. akt KIO 2427/17

rozstrzygając o zarzutach dotyczących niezgodności oferty z treścią SIWZ, nie tyle dokonuje badania oferty wykonawcy (jest to zadanie zamawiającego), co ocenia zasadność czynności odrzucenia oferty, tj. rozstrzyga, czy Zamawiający na podstawie informacji i dokumentów, jakimi dysponował, miał podstawy stwierdzić, że oferta jest niezgodna z treścią SIWZ.

Odnosząc się do ustalonego stanu faktycznego w pierwszej kolejności zauważyć należy, że w odniesieniu do liczby osób niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia Zamawiający wprowadził w SIWZ postanowienia dwójakiego rodzaju: po pierwsze opisał warunek udziału w postępowaniu, wymagając dysponowania minimum 4 projektantami (po jednym w każdej branży) oraz 4 projektantami sprawdzającymi (po jednym w każdej branży) oraz wskazania projektanta wiodącego, po drugie – określił jako trzecie kryterium oceny ofert, w ramach którego punktowane było zwiększenie zespołu projektantów ponad liczbę projektantów wskazaną jako minimalne wymagania. Pierwsze z tych wymagań miało charakter podmiotowy (warunek udziału w postępowaniu), drugie natomiast to kryterium oceny ofert odnoszące się do jakości wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający spełnianie warunku udziału w postępowaniu oceniał w pierwszej kolejności.

W ocenie Izby z treści SIWZ w sposób jasny i niebudzący żadnych wątpliwości wynikało, że aby złożyć ważną ofertę, spełniającą wymagania Zamawiającego wykonawcy w punkcie 6 oferty musieli wskazać, iż do wykonania przedmiotu zamówienia (dokumentacji technicznej) przeznaczą co najmniej 8 osób, w tym 4 projektantów i 4 projektantów sprawdzających.

Odwołujący natomiast w złożonej ofercie (w formularzu ofertowym) oświadczył, że przeznaczy do wykonania dokumentacji technicznej 4 projektantów i 1 projektanta wiodącego. Tym samym wskazanie przez Odwołującego, iż do wykonania dokumentacji technicznej przeznaczy 4 projektantów + 1 koordynatora spowodowało, iż treść jego oferty była niezgodna z treścią SIWZ. A zatem Zamawiający prawidłowo dokonał odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący próbował rozgraniczyć pojęcia wykonania przedmiotu zamówienia i wykonania dokumentacji technicznej (będącej de facto przedmiotem zamówienia), argumentując, iż są to odrębne zadania/czynności i minimalny wymóg dysponowania 8 osobami dotyczył wyłącznie wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś dokumentacji technicznej, do której wykonania Odwołujący zadeklarował w

Sygn. akt KIO 2427/17

formularzu 4 osoby. Odwołujący twierdził ponadto, iż dokumentację techniczną sporządzają tylko i wyłącznie projektanci, natomiast projektanci sprawdzający, jako osoby niezależne, nie mogą brać udziału w opracowywaniu projektów, w związku z czym na druku oferty w punkcie 6 wskazał tylko 4 projektantów oraz jednego koordynatora.

Odnosząc się do powyższego stanowiska Odwołującego wskazać należy po pierwsze, iż szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, sposób realizacji zamówienia oraz wytyczne do wykonania projektu technicznego Zamawiający zawarł w załącznikach nr 3 do SIWZ - opisie przedmiotu zamówienia, nr 2 do SIWZ - wzorze umowy oraz nr 4 do SIWZ - audytach. Stwierdzić należy, że wykonanie przedmiotu zamówienia wymaga współpracy wielu osób zarówno projektanta, projektanta sprawdzającego, projektanta wiodącego oraz innych osób sporządzających. Izba stwierdza, iż nieprawidłowe było stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym w ramach wykonania dokumentacji technicznej wchodzi wyłącznie prace projektowe wykonywane przez projektanta wyrażającego w ten sposób swój twórczy zamysł, albowiem projektant sprawdzający również ma wpływ na ostateczną wersję wykonanego projektu. Projektant sprawdzający posiada uprawnienia budowlane w zakresie projektowania i czynnie uczestniczy w pracach zespołu projektowego. Obowiązek uczestniczenia projektanta sprawdzającego w sporządzaniu dokumentacji technicznej w tym podpisanie projektu i dołączenie stosownych oświadczeń do projektu wynika z art. 20 ust. 2 oraz ust. 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2017 r., poz. 1332,1529) *„Projektant, a także sprawdzający, o którym mowa w ust. 2, do projektu budowlanego dołącza oświadczenie o sporządzeniu projektu budowlanego, zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej.”* Projektant i projektant sprawdzający wykonują inne czynności przy opracowaniu dokumentacji jednak nie można funkcji projektanta sprawdzającego sprowadzić do czysto formalnego potwierdzenia wykonania dokumentacji. Projektant sprawdzający weryfikuje zgodności wykonywanego projektu już na etapie wstępnych założeń, uzgodnień i konsultacji, a przede wszystkim daje mu prawo do wykazywania błędów i wprowadzania poprawek do projektu. Tym samym stwierdzić należy, że zarówno projektant jak i projektant sprawdzający wchodzi w skład zespołu projektującego i czynnie uczestniczą w pracach zespołu projektującego tworząc dokumentację. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 sierpnia 2017

Sygn. akt KIO 2427/17

r. sygnatura akt KIO 1657/17 gdzie: „ ... projektanta sprawdzającego należy kwalifikować jako członka zespołu projektowego, który ponosi pełną odpowiedzialność za projekt na równi z innymi projektantami i dokonuje merytorycznej weryfikacji prawidłowości i zgodności z przepisami i normami zastosowanych rozwiązań technologicznych. Tezy te potwierdzają także przywołane przez Przystępującego w piśmie procesowym orzeczenia sądów administracyjnych, które zrównują odpowiedzialność za warstwę merytoryczną projektu projektanta i projektanta sprawdzającego. Podsumowując, projektant sprawdzający jest projektantem, który zdobył doświadczenie zawodowe jako projektant w zespole projektowym, który wykonał dokumentację projektową o określonych parametrach.”

Ponadto, zdaniem Izby, sam Odwołujący zaprzeczył tezie, iż za wykonanie dokumentacji odpowiedzialny jest wyłącznie projektant wskazując w swoim oświadczeniu osobę projektanta wiodącego, tj. koordynatora opracowań projektowych oraz osoby kierującej zespołem sprawującym nadzór autorski. Odwołujący przypisuje koordynatorowi projektu czynny udział w wykonywaniu dokumentacji odmawiając tej funkcji osobie projektanta sprawdzającego. Podążając za tokiem rozumowania Odwołującego koordynator projektu również nie jest bezpośrednio odpowiedzialny za projekt wobec czego nie powinien zostać wskazany w oświadczeniu Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należało, że zarzut Odwołującego o bezpodstawnym odrzuceniu jego oferty jest niezasadny.

Kolejno odnosząc się do zarzutu Odwołującego dotyczącego naruszenia art. 87 ust. 1, ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez jego niezastosowanie wskazać należy, że stosownie do art. 87 ust. 1 ustawy, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Podkreślenia wymaga również, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO z oferty musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania wykonawca oferuje, tak aby zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w SIWZ (np. wyrok z dnia 4 lipca 2017r., KIO 1113/17, wyrok z dnia 12 września 2017 r., KIO 1613/17). Niedopuszczalne jest doprecyzowywanie treści oferty (rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy tak co do

Sygn. akt KIO 2427/17

zakresu, jak i sposobu wykonania zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań opisanych przez zamawiającego) po upływie terminu na jej złożenie. Przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu widzenia zamawiającego aspektów, a dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania, precyzował treści zawarte w ofercie, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty, a po stronie zamawiającego powodowałoby niepewność co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w SIWZ. Wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy mogą służyć wyłącznie rozwianiu wątpliwości co do tego, co już w ofercie zostało przedstawione, przepis ten natomiast wprost zabrania dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty, a za zmianę taką należy uznać wniosek Odwołującego „wnosimy zatem o korektę ilości osób dysponowanych przez nasze biuro i skierowanych do realizacji zamówienia z 4-1 na 8+1 czyli 9 osób”.

Powyższe jest również zgodne z linią orzeczniczą Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W opinii Rzecznika Generalnego, przedstawionej w dniu 24 listopada 2016 r. w sprawie C-387/14 E. sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu stwierdzono, iż podejście Trybunału można najlepiej ująć w formie pewnej metafory: przedstawione przez oferenta informacje i dokumentacja w chwili upływu terminu składania ofert stanowią zdjęcie. Jedynie informacje i dokumenty już mieszczące się w obrębie obrazu mogą być uwzględniane przez instytucję zamawiającą. Nie uniemożliwia to jednak instytucji zamawiającej zbliżenia dowolnych szczegółów obrazu, które są nieco zamazane, bądź zażądania zwiększenia rozdzielczości obrazu w celu bardziej wyraźnego ujżenia danego szczegółu. Zarazem podstawowe informacje winny już znaleźć się w obrębie pierwotnego obrazu.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający jednoznacznie opisał warunek udziału wykonawców w postępowaniu dotyczący potencjału kadrowego ze skutkami oceny wynikającymi z ustawy oraz opisał kryterium oceny ofert: ilość osób, nadając temu wymaganiu treść oferty. Oferta Odwołującego nie spełnia minimalnych wymogów Zamawiającego, więc powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a jej treść nie mogła zostać zmieniona na podstawie art. 87 ust.1 oraz ust. 2 pkt 3 Pzp. Wskazać należy, że Odwołujący nie wnioskował o zastosowanie trybu

Sygn. akt KIO 2427/17

wyjaśnienia treści oferty po to, aby poprzez wyjaśnienia doprowadzić do zmiany jej rozumienia przez Zamawiającego, ale o konkretną jej zmianę, poprzez zastąpienie ilości osób „dysponowanych przez nasze biuro i skierowanych do realizacji zamówienia z 4+1 na 8+1”.

Ponadto odnosząc się do zarzutu Odwołującego, iż Zamawiający przed odrzuceniem jego oferty nie zapoznał się z wykazem osób przeznaczonych do realizacji zamówienia wskazać należy, że Zamawiający w Rozdziale III SIWZ (str. 3) wskazał, iż zastosuje procedurę uregulowaną w treści art. 24aa ustawy, tj. procedurę odwróconą. Zastosowanie tej procedury charakteryzuje się odwróceniem czynności Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert. „W ramach tej procedury, po dokonaniu formalnej weryfikacji poprawności złożonych ofert, Zamawiający przechodzi do oceny ofert pod kątem wystąpienia przesłanek ich odrzucenia, a następnie ocenia oferty niepodlegające odrzuceniu przez pryzmat kryteriów oceny ofert i wyłania z nich ofertę ocenioną jako najkorzystniejsza i dopiero na tym etapie, lecz przed przekazaniem wykonawcom informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, dokonuje oceny podmiotowej, tj. oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego oferta została oceniona najlepiej” (wyrok SO w Szczecinie z dnia 22.12.2016 r. II Ca 1461/16 niepubl.). Procedura odwrócona polega więc na tym, iż Zamawiający najpierw dokonuje oceny merytorycznej a następnie weryfikuje spełnianie warunków wyłącznie wobec wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. W sytuacji natomiast jaka ma miejsce w rozpoznawanej sprawie, tj. stwierdzenia przez Zamawiającego, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, Zamawiający zobligowany był do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, bowiem informacje podane w formularzu ofertowym, stanowiące treść oferty nie mogą podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oraz jak tego oczekiwał Odwołujący w trybie wyjaśniania treści oferty, czy poprawy omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Izba za spóźniony uznała zarzut Odwołującego dotyczący „nieprofesjonalnego sporządzenia SIWZ poprzez wprowadzenie do jej treści niejasnych i niespójnych zapisów”. Wskazać należy bowiem, że stosowanie do art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego. Powyższa czynność miała miejsce w dniu 18 października 2017 r. tym samym odwołanie wobec zapisów SIWZ winno być wniesione do dnia 23

Sygn. akt KIO 2427/17

października 2017 r. Ponadto wykonawca według którego treść postanowień SIWZ jest niejasna, co utrudnia mu złożenie poprawnej oferty, jest zobligowany do wystąpienia do Zamawiającego z prośbą o udzielenie wyjaśnień w tym zakresie w trybie art. 38 ust.1 Pzp. Sąd Najwyższy w wyroku z 5 czerwca 2014 r., sygn. akt: IV CSK 626/13 wskazał, że niezwrócenie się przez wykonawcę do zamawiającego – w razie uzasadnionych wątpliwości – o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, może uzasadniać zarzut niedochowania należytej staranności zawodowej.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:.....