

WYROK
z dnia 8 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Monika Kawa-Ogorzałek**

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2020r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2020 r. przez wykonawcę **A. R.** prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą **Usługi Geodezyjne Geoinformatyczne i Klasyfikacja Gruntów "ANGEO" mgr inż. A. R.**, w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Zachodniopomorskie - Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego z siedzibą w Szczecinie,**

przy udziale wykonawcy **OPGK Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Szczecinie.**

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Województwo Zachodniopomorskie – Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego prowadzi na podstawie ustawy z dnia 24 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r., poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostosowanie baz danych, cyfryzacja i digitalizacja rejestrów publicznych i ewidencji, metadane”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 maja 2020r., pod numerem 2020/S092-220106.

W dniu 7 września 2020 r. wykonawca – Usługi Geodezyjne Geoinformatyczne i Klasyfikacja Gruntów „Angeo” mgr inż. A. R. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego w toku postępowania, polegających na:

- 1) zaniechaniu wezwania Odwołującej do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie treści Załącznika nr 1a,
- 2) wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy OPGK Rzeszów Spółka Akcyjna w Rzeszowie,
- 3) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującej jako najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. od wyboru w dniu 28 sierpnia 2020 r. jako najkorzystniejszej w części 24 oferty złożonej przez OPGK Rzeszów S.A. w Rzeszowie (dalej: „Przystępujący”), w sposób sprzeczny z Pzp.

Odwołująca zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 Pzp poprzez brak wezwania Odwołującej do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy treść złożonej oferty budziła jakiegokolwiek wątpliwości Zamawiającego, a to w zakresie treści załącznika nr 1A do Oferty, dotyczącego doświadczenia personelu wykonawcy stanowiącego pozacenowe kryterium oceny oferty, skutkiem czego było nieprzyznanie prawidłowej ilości punktów w kryterium Doświadczenie Personelu Wykonawcy (D);
2. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez przydzielenie punktów w sposób sprzeczny z zasadami określonymi w SIWZ i ustawie, w tym w szczególności z uwagi na brak przydzielenia prawidłowej ilości punktów w kryterium Doświadczenie Personelu Wykonawcy (D), a w konsekwencji zaniechanie dokonania czynności polegającej na wyborze oferty Odwołującej jako najkorzystniejszej w postępowaniu pomimo, że oferta Odwołującej jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, spośród ofert złożonych w postępowaniu, a nie podlegających odrzuceniu;

3. art. 7 ust.1 i ust. 3 Pzp poprzez brak przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołująca wniosła o uwzględnienie odwołania oraz o:

1. unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej;
2. powtórzenie stosownych czynności w zakresie badania ofert, w szczególności wezwanie Odwołującej, na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w zakresie treści załącznika nr 1A do Oferty – Doświadczenie Personelu Wykonawcy – kryterium oceny ofert;
3. dokonania ponownej oceny ofert, w konsekwencji czego to oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza i powinna uzyskać 100 pkt w ramach kryteriów oceny ofert.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołująca wskazała, że w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Zamawiającego, w zakresie części 24, złożono 3 oferty niepodlegające odrzuceniu, w tym ofertę Odwołującej. W dniu 28 sierpnia 2020 r. Zamawiający opublikował Informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Oferta Odwołującej, pomimo najniższej ceny, na skutek braku przyznania punktów kryterium „Doświadczenie personelu Wykonawcy”, otrzymała liczbę punktów 80. W uzasadnieniu faktycznym przyznanej przez Zamawiającego punktacji w kryterium „Doświadczenie personelu Wykonawcy” wskazał, że „Osoba nr 1, 2, 3 i 4– Usługa nr 1 i 2: przedmiotem usługi było ”pozyskanie danych do rejestrów i ewidencji systemów do zmodernizowanych baz dziedzinowych (...) stworzono mapę numeryczną dla bazy danych BDOT500 i GESUT”, natomiast Zamawiający wymagał usług polegających na założeniu lub założeniu i dostosowaniu bazy danych BDOT500 i GESUT (przedmiot i opis usługi nie wskazuje jednoznacznie, na realizację zakresu wymaganego przez Zamawiającego).”

Odnosząc się do powyższej czynności Zamawiającego Odwołująca wskazała, że zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Zdaniem Odwołującej stwierdzenie użyte przez Zamawiającego w treści informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, że: „przedmiot i opis usługi nie wskazuje jednoznacznie na realizację zakresu wymaganego przez Zamawiającego” świadczy o wątpliwościach Zamawiającego co do zakresu doświadczenia personelu. Zauważyła, że podobne

wątpliwości Zamawiający wyraził w skierowanym do Odwołującej piśmie z dnia 7 sierpnia 2020 r., stanowiącego odpowiedź na pismo Odwołującej z dnia 31 lipca 2020 r., gdzie Zamawiający stwierdził, że „ podziela stanowisko Wykonawcy, że słowa „założenie” i „stworzenie” w kontekście baz danych BDOT500 i GESUT są synonimami i słowa te mogą być używane zamiennie. Jednakże z faktu, że w ramach usługi <<pozyskanie danych do rejestrów i ewidencji systemów do zmodernizowanych baz dziedzinowych w ramach projektu Platforma Elektronicznych Usług PEUG (...) stworzono mapę numeryczną dla bazy danych BDOT500 i GESUT>> nie sposób jednoznacznie wywieść, że w zakres zamówienia realizowanego przez danego Specjalistę ds. zakładania i dostosowywania BDOT500 i GESUT, wchodziło założenie/stworzenie lub założenie/stworzenie i dostosowanie bazy BDOT500 oraz bazy GESUT”.

Według Odwołującej powyższe okoliczności wprost potwierdzają, że w treści oferty Odwołującej pojawiły się zapisy niejednoznaczne, a zatem wymagające wyjaśnienia. Skoro - jak określił to Zamawiający – „przedmiot i opis usługi nie wskazuje jednoznacznie na realizację zakresu wymaganego przez Zamawiającego”, to uzasadnione jest wnioskowanie, że przedmiot i opis usługi w ofercie pozostawał niejednoznaczny, tj. niejako jednocześnie wskazywał i nie wskazywał na tożsamość usług zrealizowanych przez personel Odwołującej z oczekiwaniami Zamawiającego przedstawionymi w SIWZ. Podobnie winno się ocenić użyte przez samego Zamawiającego stwierdzenie, że z opisu użytego przez Odwołującą „(...) nie sposób jednoznacznie wywieść, że w zakres zamówienia realizowanego przez danego Specjalistę ds. zakładania i dostosowywania BDOT500 i GESUT, wchodziło założenie/stworzenie lub założenie/stworzenie i dostosowanie bazy BDOT500 oraz bazy GESUT”. Zasadne w pełni wydaje się zatem wnioskowanie takie, że z dokonanego przez Odwołującą opisu doświadczenia personelu w istocie można wywieść, że zakres usług realizowanych przez danego specjalistę jest tożsamy z wymaganiami Zamawiającego, chociaż nie można tego wywieść jednoznacznie. Niejako na marginesie Odwołująca zwraca uwagę, że dla osób zajmujących się profesjonalnie świadczeniem usług, których dotyczy przedmiot zamówienia, użyte przez Odwołującą określenia nie pozostawiają jakichkolwiek wątpliwości co do ich znaczenia i zgodności z oczekiwaniami Zamawiającego wyrażonymi w SIWZ. Fakt braku należytego rozumienia fachowej terminologii przez Zamawiającego nie może powodować negatywnych skutków u wykonawców.

W związku z powyższym Odwołująca stwierdziła, że wskutek towarzyszących Zamawiającemu wątpliwości co do treści oferty Odwołującej, zmaterializował się po jego stronie obowiązek wezwania Odwołującej do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, któremu to obowiązkowi Zamawiający jednakże uchybił, co w konsekwencji doprowadziło do nieprawidłowej oceny oferty Odwołującej i do błędnego rozstrzygnięcia postępowania.

Odwołująca podkreśliła, że przeprowadzenie przez Zamawiającego procedury wyjaśnienia treści oferty, w oparciu o art. 87 ust. 1 Pzp pozwoliłoby na wyeliminowanie wątpliwości powstałych na etapie badania oferty i prawidłową jej ocenę. Odwołująca zwróciła bowiem uwagę na synonimiczny charakter użytego przez nią określenia „stworzono” z określeniem używanym przez Zamawiającego, tj. „założono”. Ponadto wyjaśniła, że proces stworzenia mapy numerycznej dla baz danych BDOT500 i GESUT wymaga jednoczesnego założenia lub założenia i dostosowania bazy danych. Jest to proces połączony. Tworząc mapę tworzy się bazę danych. Mapa zawiera dane składające się jednocześnie na bazy. Tworząc mapę bazy danych, tworzy się bazę zawierającą część opisową i graficzną – czyli mapę. Tworzenie części opisowej i graficznej stanowi jeden proces, a nie procesy oddzielne.

Podkreśliła również, że sam Zamawiający zamiennie używa opisywane zwroty w dokumentacji przetargowej oraz, że obowiązujące akty prawne dotyczące przedmiotu zamówienia nie posługują się używanym przez Zamawiającego zwrotem „założenie”, jako zwrotem w swej istocie potocznym, używanym w żargonie zawodowym, lecz nie w oficjalnych dokumentach, a pojęciem „tworzenie”. Ponadto Odwołująca wskazała, że Zamawiający nie przedstawił w SIWZ swojego słownika terminów użytych w dokumentacji przetargowej. W takiej sytuacji nie sposób wymagać od oferentów, że będą oni używali bliżej nieokreślonej przez Zamawiającego terminologii. W pełni zasadnym jest zatem, że przygotowując ofertę, Odwołująca posługiwała się nomenklaturą wynikającą z przepisów prawa, pomijając przy tym zwroty potoczne. To właśnie profesjonalny charakter wykonywanej przez Odwołującą działalności gospodarczej wymagał sporządzenia oferty przy użyciu sformułowań będących jednocześnie zwrotami języka prawnego, a nie potocznego.

Odwołująca stwierdziła, że błędem następczym w ramach niniejszego postępowania, było naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp poprzez przydzielenie punktów w sposób sprzeczny z zasadami określonymi w SIWZ i ustawie, w tym w szczególności z uwagi na brak przydzielenia punktów Odwołującej w ramach kryterium prawidłowej ilości punktów w kryterium Doświadczenie Personelu Wykonawcy (D), a w konsekwencji zaniechanie dokonania czynności polegającej na wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu pomimo, że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, spośród ofert złożonych w postępowaniu, a nie podlegających odrzuceniu.

Podkreśliła, że uzyskała maksymalną liczbę punktów zarówno w kryterium Cena jak i Gwarancja jakości i w sytuacji gdyby Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił ofertę Odwołującej w kryterium Doświadczenie Personelu Wykonawcy i tym samym przyznał jej 20

pkt, oferta Odwołującej uzyskałaby łącznie 100 punktów i tym samym byłaby ofertą najkorzystniejszą.

W konsekwencji powyższych naruszeń skutkowało naruszeniem przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, a to poprzez brak przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 września 2020r. wniósł o oddalenie odwołania wskazując, że wbrew zarzutom odwołania punktacja przyznana poszczególnym wykonawcom we wszystkich kryteriach oceny ofert została obliczona prawidłowo, bez naruszenia przepisów Pzp i zgodnie z regułami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej; „SIWZ”).

Zamawiający odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp wskazał, że wbrew wywodom Odwołującej treść jej oferty nie wymagała wyjaśnień, gdyż w dostateczny sposób wskazywała na nieposiadanie przez personel Odwołującej wymaganych doświadczeń. Sformułowania zawarte w pismach Zamawiającego, że zawarty w ofercie opis „nie wskazuje jednoznacznie” na realizację wymaganego zakresu zadań czy też, że z oferty nie sposób „jednoznacznie wywieść” zakresu zamówienia nie oznaczają, jak chce Odwołująca, że treść oferty budzi wątpliwości a zatem wymaga wyjaśnień. Z zaprzeczenia określonej tezie nie wynika bowiem potwierdzenie tezy przeciwnej. Wyjaśnił, że użyte przez Odwołującą w treści oferty określenie „Stworzono mapę numeryczną dla bazy danych BDOT500 i GESUT o powierzchni (...)” nie stanowi synonimu wynikającego z SIWZ wymogu „założenia lub założenia i dostosowania bazy danych BDOT500 i GESUT i nie wymaga wyjaśniania w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Ponadto Zamawiający wskazał, że istotne dla sprawy nie jest, czy pojęcie „tworzenia” bazy jest synonimem dla pojęcia „założenia” bazy. Kluczowa dla rozstrzygnięcia jest natomiast okoliczność, że z opisu usługi przedstawionego przez Odwołującą nie wynika, by personel Odwołującej posiadał wymagane doświadczenie w zakresie świadczenia przynajmniej dwóch usług „polegających na założeniu lub założeniu i dostosowaniu bazy BDOT500 o wartości nie mniejszej niż 30.000,00 zł brutto każda”. Odwołująca wykazała bowiem jedynie doświadczenie personelu dotyczące „Pozyskania danych do rejestrów i ewidencji systemów do zmodernizowanych baz dziedzinowych” oraz „Stworzenia mapy numerycznej dla bazy danych BDOT500 i GESUT. Pojęcia „bazy BDOT500” i „mapy numerycznej dla bazy danych BDOT500” są zakresowo różne i w zakresie tym nie powstają jakiegokolwiek wątpliwości wymagające wyjaśnienia.

Zamawiający wyjaśnił, że w żadnym przepisie prawa dotyczącego geodezji i kartografii nie ma definicji „mapy numerycznej”. Pojęcie to jest więc pojęciem potocznym/ogólnym, używanym w branży geodezyjnej. Mapą numeryczną jest mapa, w której poszczególne obiekty przedstawiane są w formie wektorowej lub rastrowej - mówiąc w uproszczeniu - jest to mapa w postaci cyfrowej a nie analogowej (papierowej). Jest to zatem reprezentacja graficzna danych, która może mieć odniesienie do bazy danych w systemie teleinformatycznym (może być wygenerowana w oparciu o dane zawarte w bazach danych, może też powstać w wyniku digitalizacji mapy analogowej). Baza danych BDOT500 jest bazą danych przestrzennych o obiektach topograficznych, o szczegółowości zapewniającej tworzenie standardowych opracowań kartograficznych w skalach 1:500 - 1:5000. Mapa numeryczna nie jest zatem tożsama z bazą danych BDOT500, nie tworzy bowiem samodzielnie kompletnej bazy danych, a jedynie jest jednym z komponentów tworzonym w systemie teleinformatycznym. Obecnie, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, organ tworzy (zakłada) bazy danych, o których mowa w art. 4 ust. 1a, prawa geodezyjnego i kartograficznego, a następnie, na ich podstawie, tworzone są standardowe opracowania kartograficzne (m.in. mapa zasadnicza). Po utworzeniu przez organ baz danych, wchodzących w skład mapy zasadniczej (GESUT, BDOT500, SOG, PRPOG, EGiB, PRG) i wygenerowaniu standardowego opracowania kartograficznego co najmniej w jednej ze skal (np. 1:600, 1:1000) dokonywana jest redakcja obiektów kartograficznych, tak powstałej mapy zasadniczej, zgodnie z zasadami opisanymi w odpowiednich przepisach. Praca polegająca na stworzeniu mapy numerycznej z baz danych BDOT500 i GESUT czy też w wyniku digitalizacji mapy analogowej nie jest tożsama z pracą polegającą na założeniu baz BDOT500 i GESUT lub nawet dostosowaniu istniejących baz BDOT500 i GESUT. Jak wskazano wyżej, utworzenie (wygenerowanie automatycznie obiektów kartograficznych i etykiet na podstawie informacji zawartych w bazach danych) mapy zasadniczej w postaci elektronicznej (obiektywnej) następuje już po utworzeniu baz danych wchodzących w jej skład, w tym BDOT500 i GESUT i podlega redakcji kartograficznej mającej na celu jej uczytelnienie. Założenie i utworzenie baz danych BDOT500 może być rozumiane wyłącznie jako utworzenie bazy danych zgodnej z pojęciowym modelem danych dla BDOT500 określonym w załączniku nr 2 do Rozporządzenia, zaimplementowaną/zasilaną w powiatowym systemie teleinformatycznym zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w tym w szczególności przepisami Rozporządzenia. Co więcej, Rozporządzenie dotyczące BDOT500, (ani analogiczne przepisy regulujące bazę GESUT), nie używają wymiennie pojęć „mapa numeryczna dla BDOT500 i „baza danych BDOT500”. Co należy rozumieć, że również ustawodawca nie traktuje równoważnie tych określeń. Podobnie dostępna literatura tematyczna nie używa powyższych pojęć synonimicznie. W praktyce geodezyjnej spotkać

można się natomiast z postępowaniami, w których zamawiający zlecają przetworzenie analogowej mapy do postaci cyfrowej (jest to właśnie „stworzenie mapy numerycznej”), łącząc to ewentualnie z utworzeniem baz danych BDOT500 i GESUT lub też innych map tematycznych czy też systemów informacyjnych oraz z postępowaniami, w których wykonawcy / podwykonawcy uczestniczyli w realizacji jedynie części składowej projektu utworzenia baz BDOT500 i GESUT. W sytuacji, gdy z opisu doświadczenia personelu przedstawionego przez Odwołującego wynika, że wskazane osoby uczestniczyły w „stworzeniu mapy numerycznej dla bazy danych BDOT500 i GESUT” oznacza to, że osoby te posiadają doświadczenie w tworzeniu jedynie opracowania kartograficznego nie zaś w tworzeniu samej bazy danych zgodnych z modelem pojęciowym, co. było wymogiem uzyskania punktów w ramach kryterium Doświadczenie personelu. Potwierdzają to również referencje- firmy Studio Plan (złożone w innej części postępowania), z których wynika, że w tych samych projektach pracownicy Odwołującej tworzyli mapy numeryczne, a- pracownicy firmy StudioPlan opracowywali dane do baz danych BDOT i GESUT. Jak widać, były to: działania rozłączne;, niepozwalające na uznanie, że pracownicy Odwołującej uczestniczyli w utworzeniu baz danych wymaganych dla uzyskania punktów w ramach kryterium Doświadczenie personelu.

Zamawiający wskazał, że podobnie doświadczenie personelu określone jako „Pozyskanie danych do rejestrów i ewidencji systemów do zmodernizowanych, baz dziedzinowych” nie jest tożsame, ani samodzielnie ani w połączeniu ze stworzeniem mapy numerycznej, z utworzeniem bazy danych BDOT500.

Zamawiający ponadto stwierdził, że zakładając nawet, że treść oferty Odwołującej mogłaby budzić wątpliwości co do rzeczywistego posiadania przez jej personel wymaganych doświadczeń (czemu Zamawiający zaprzecza), informacje podawane na potrzeby kryteriów oceny ofert w zakresie doświadczenia personelu nie mogły podlegać uzupełnianiu lub wyjaśnianiu ani w zakresie wynikającym z art. 26 pkt. 3 i 4 Pzp ani na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, ponieważ w określonym stanie faktycznym prowadziłyby do niedopuszczalnego uzupełnienia oferty o nowe informacje, pierwotnie w niej niezamieszczone i to w obszarze tak wrażliwym jak przesłanki przyznania punktów w ramach oceny ofert. Ponadto zarzuty dotyczące zaniechania wezwania do wyjaśnienia na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp nie są zasadne, bowiem informacje zawarte w załączniku 1a do oferty, które Odwołująca chciałyby wyjaśniać w ramach procedury uregulowanej tym przepisem nie stanowią treści oferty w rozumieniu ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (Dz.U.2019.1145 - dalej jako k.c.), a co za tym idzie w rozumieniu samej Pzp. Wskazał, że jego zdaniem informacje, pomimo zawarcia ich w załączniku nr 1 a do SIWZ nie wchodzi w zakres pojęcia treści

oferty, a co za tym idzie już tylko z tego powodu nie podlegają wyjaśnieniu bądź uzupełnieniu w trybie przewidzianym art. 87 ust. 1 Pzp. Nawet jednak gdyby przyjąć, że informacje dotyczące doświadczenia kadry skierowanej do realizacji zamówienia mieszczą się w szeroko rozumianym pojęciu oferty, to i tak wezwanie do wyjaśnienia przedmiotowych informacji w odniesieniu do oferty Odwołującej byłoby niezgodne z przepisami Pzp, a zatem niedopuszczalne. Postąpienie zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu prowadziłoby do naruszenia przepisów art. 87 ust. 1 Pzp, a także art. 7 ust. 1 Pzp. Elementy odnoszące się do kryteriów jakościowych, którym w niniejszym postępowaniu jest m.in. informacja na temat doświadczenia osób mających realizować zamówienie nie mogą być przedmiotem wyjaśnień, nie tylko z tego powodu, że nie budzą żadnych wątpliwości co do ich oceny, ale również dlatego, że takie postępowanie naruszałoby podstawowe reguły prowadzenia procedury o udzielenie zamówienia publicznego.

Przystępujący w piśmie z dnia 11 września 2020r. wniósł o odrzucenie odwołania, a w sytuacji nie uwzględnienia przez Izbę powyższego żądania o oddalenie odwołania w całości.

Uzasadniając żądanie odrzucenia odwołania, Przystępujący stwierdził, że odwołanie Odwołującej zostało wniesione po upływie przewidzianego ustawą terminu. Wskazał, że Odwołująca wniosła odwołanie m.in. od zaniechania wezwania jej do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie treści Załącznika nr 1a. Przystępujący wskazał, że w piśmie z dnia 31 lipca 2020 r. Odwołująca przedstawiła argumentację, którą następnie przeniosła do złożonego w niniejszej sprawie odwołania. Na to pismo - w ramach repliki - Zamawiający udzielił wyczerpującej odpowiedzi pismem z dnia 7 sierpnia 2020 r. Co prawda Zamawiający wskazał, iż w zakresie Części 11 i 24 zamówienia postępowanie jest w toku i nie zostały one jeszcze rozstrzygnięte, jednak z uwagi na analogiczny stan faktyczny w zakresie wszystkich Części i ten sam problem w odniesieniu do każdej z Części (sprowadzający się do kwestii doświadczenia personelu Odwołującej) stanowisko Zamawiającego odmawiające wdrożenia procedury wzywania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień jest aktualne także co do Części 11 i 24. W konsekwencji, w ocenie Przystępującego, nie może w świetle przytoczonych okoliczności budzić wątpliwości, że z dniem 7 sierpnia 2020 r. Odwołująca powzięła wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania od zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Tym samym termin 10 dni do wniesienia odwołania upłynął przed wniesieniem w niniejszej sprawie odwołania.

Odnosząc się natomiast do podniesionych w odwołaniu zarzutów, Przystępujący stwierdził, że w niniejszej sprawie nie było podstaw do zastosowania art. 87 ust. 1 Pzp.

Podkreślił, że w odniesieniu do kryteriów oceny ofert wszelkie wyjaśnienia muszą być poddane jeszcze dalej idącemu rygoryzmowi, w przeciwnym wypadku mogą zostać potraktowane jako niedozwolone negocjacje i doprowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania. Oparcie się bowiem na samym oświadczeniu wykonawcy podnosi jego znaczenie i uniemożliwia ustalenie ilości należnych punktów na innej podstawie i tym bardziej Zamawiający nie powinien dopuszczać do uzupełnienia takiego oświadczenia (por. np. KIO 544/19) Wezwanie do uzupełnienia informacji mającej stanowić podstawę do oceny w pozacenowym kryterium oceny ofert, może być naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, przewidzianej w art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 kwietnia 2019 r., KIO 544/19). Zdaniem Przystępującego, wezwanie do wyjaśnień w zakresie wskazanego w ofercie doświadczenia personelu Odwołującej stanowiłoby niedozwolone uzupełnienie treści oferty, a po drugie naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania. Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny oferty Odwołującego i nie dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 91 ust. 1 i art. 87 ust. 1 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, 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. Odnosząc się do wniosku Przystępującego o odrzucenie odwołania w związku z uchybieniem terminu do jego wniesienia wskazać należy, że głównym zarzutem niniejszego odwołania jest zarzut dotyczący zaniechania zastosowania przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp. Wyjaśnić należy, że dopiero od momentu wyboru oferty najkorzystniejszej można mówić o zaniechaniu zastosowania niniejszego postępowania, bowiem dopiero w tym momencie Zamawiający kończy czynność badania i oceny ofert, a więc dopiero w tym momencie Odwołujący miał możliwość powzięcia informacji o niezastosowaniu przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp. Ponadto wskazać należy, że nie sposób uznać, że termin do wniesienia odwołania rozpoczął swój bieg od dnia udzielenia przez Zamawiającego w dniu 7 sierpnia 2020r. odpowiedzi na pismo Odwołującej z dnia 31 lipca 2020r. Zgodzić należało się bowiem z Odwołującą, że treść złożonego przez nią pisma nie potwierdzała okoliczności, że na późniejszym etapie badania i oceny ofert Zamawiający nie skorzysta z

uprawnienia wynikającego z powyższego przepisu, tym bardziej, że Zamawiający wprost w treści ww. pisma poinformował, że nie zakończył jeszcze procesu badania ofert. W konsekwencji wskazać należy, że termin na wniesienie odwołania rozpoczął swój bieg od dnia, w którym Zamawiający poinformował wykonawców o powyższej czynności. W związku z powyższym skład orzekający stwierdził, że odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a

zarzucane naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: COPCO Plus sp. z o. o. z siedzibą w Imielinie oraz R. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.P.U.H. „EL-PROD”.

Izba ustaliła:

Zamawiający w rozdziale XVIII SIWZ ustalił kryteria oceny ofert. Zgodnie z punktem 4.1 rozdziału XVIII „Zasady oceny ofert w kryterium Doświadczenie personelu wykonawcy (D)” Zamawiający ustalił, że w Części nr 24 waga tego kryterium wynosi 20%. Zamawiający punktował skierowanie do realizacji danej Części zamówienia dodatkowych osób – Specjalistów ds. zakładania i dostosowywania BDOT500 i GESUT - (tj. niewykazywanych na spełnienie warunków udziału w postępowaniu), z których każda posiada doświadczenie w realizacji co najmniej dwóch usług polegających na założeniu lub założeniu i dostosowaniu bazy BDOT500 o wartości nie mniejszej niż 30.000,00 zł brutto każda (wymaganie nie dotyczy Części 1 zamówienia) oraz doświadczenie w realizacji co najmniej dwóch usług polegających na założeniu lub założeniu i dostosowaniu bazy GESUT o wartości nie mniejszej niż 30.000,00 zł brutto każda (wymaganie nie dotyczy Części 24 zamówienia):

- skierowanie jednej dodatkowej osoby – 5 pkt
- skierowanie dwóch dodatkowych osób - 10 pkt
- skierowanie trzech dodatkowych osób – 15 pkt
- skierowanie czterech dodatkowych osób – 20 pkt.

Zamawiający w punkcie 4.3. poinformował ponadto, że:

a) Podstawą przyznania punktów w kryterium „doświadczenie personelu Wykonawcy” będą informacje podane przez Wykonawcę odpowiednio w Załączniku nr 1 a (Część nr 1, 4, 6, 8- 22 i 24) lub/i Załączniku nr 1b (Część nr 2, 5, 7, 23 i 25-29) lub/i Załączniku nr 1c (Część nr 31 i 32) do SIWZ. Stosowny wykaz osób należy złożyć w ilości

Sygn. akt KIO 2234/20

odpowiadającej liczbie Części zamówienia, na którą(-e) ofertę składa Wykonawca. W przypadku niedołączenia do oferty ww. Załącznika lub braku jakiegokolwiek Informacji niezbędnej do oceny/weryfikacji proponowanego personelu Wykonawcy, Zamawiający nie przyzna punktów w tym zakresie.

b) Jeżeli doświadczenie danej osoby składa się z dwóch wymagań dotyczących różnych zakresów tematycznych (vide BDOT500 i GESUT w zakresie Części nr 1, 4, 6, 8-22 i 24), Wykonawca może wykazać w odniesieniu do tej osoby tą samą usługę, jeżeli przedmiotowo i kwotowo będzie ona spełniała oba wymagania.

c) Osoby wykazywane na potrzeby przedmiotowego kryterium oceny ofert nie mogą być tymi samymi osobami wykazywanymi w tej samej lub innej Części zamówienia na potrzeby spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert, co oznacza, że dana osoba, niezależnie od ilości Części, na które Wykonawca składa ofertę, może być wykazana tylko jeden raz. Wskazanie przez Wykonawcę, na potrzeby kryterium oceny ofert, tych samych osób w więcej niż jednej Części spowoduje, że Zamawiający nie przyzna punktów w tym zakresie w żadnej Części, w której występuje ta sama osoba.

d) Zamawiający informuje, że w stosunku do kryteriów oceny ofert nie znajdują zastosowania przepisy art. 26 ust 3-4 ustawy PZP.

W załączniku 1a do SIWZ, który miał zastosowanie do Części 24 zamówienia i stanowił wzór oświadczenia wykonawcy odnośnie do doświadczeń zawodowych personelu, Zamawiający zamieścił tabelę do wypełnienia składającą się z następujących kolumn:

Lp.	Funkcja	Imię i nazwisko	Doświadczenie zawodowe
			(w odniesieniu do każdej z wykazanych usług należy podać nazwę i opis, wartość w zł oraz podmiot na rzecz którego usługi były wykonane)

Odwołująca wraz z ofertą złożyła załącznik nr 1a do SIWZ, wykazując w ramach kryterium Doświadczenie personelu wykonawcy 4 osoby, dla których w kolumnie Doświadczenie zawodowe w odniesieniu do wszystkich wskazanych w tabeli osób użyła analogicznego opisu:

„Pozyskanie danych do rejestrów i ewidencji systemów do zmodernizowanych baz dziedzinowych (...)”,

„Stworzono mapę numeryczną dla bazy danych BDOT500 i GESUT o powierzchni około (...), za kwotę (....) na rzecz (....)”.

Izba zważyła:

W ocenie składu orzekającego na uwzględnienie nie zasługiwał zarzut dotyczący zaniechania zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 Pzp. Przepis ten znajduje bowiem zastosowanie jedynie w sytuacji, w której treść oferty nasuwałaby tego rodzaju wątpliwości, że niemożliwym byłoby rozstrzygnięcie co do treści oświadczenia złożonego przez wykonawcę. Przepis ten służy temu, żeby niejasności, które powstały na kanwie oferty, ale wynikające z jej treści, nie obciążałyby automatycznie wykonawcy. Tymczasem w niniejszej sprawie z taką sytuacją nie mamy do czynienia. Treść oświadczenia złożonego w załączniku nr 1a do SIWZ przez Odwołującą nie pozostawia wątpliwości, co potwierdził również sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał bowiem na podstawie informacji zawartych w załączniku nr 1a, że wskazane przez Odwołującą doświadczenie jest zakresowo różne od punktowanego w części 24 zamówienia. Natomiast okoliczność, że rzeczony oświadczenie nie potwierdza, że Odwołująca, a właściwie jej personel posiada doświadczenie, które upoważnia do uzyskania dodatkowych punktów w kryterium "Doświadczenie personelu wykonawcy" nie stanowi podstawy do zastosowania przepisu art. 87 ust. 1 Pzp, z uwagi na fakt, że jego zastosowanie prowadziłoby do uzupełnienia treści oferty o informacje z niej nie wynikające, co jest niedopuszczalne. Jak wskazano bowiem wyżej, potrzeba wyjaśnienia musi wynikać z treści zawartych w samej ofercie.

Ponadto odnosząc się do stanowiska Odwołującej jakoby użyte przez Zamawiającego sformułowanie „niejednoznaczne” potwierdzało istnienie po stronie Zamawiającego wątpliwości co do treści zawartych w załączniku nr 1a, to skład orzekający wskazuje, że zgodnie z postanowieniem zawartym w Rozdziale XVIII pkt 4.3. lit. a), Zamawiający wprost wskazał, że w sytuacji braku jakiegokolwiek Informacji niezbędnej do oceny/weryfikacji proponowanego personelu Wykonawcy Zamawiający nie przyzna punktów. Tym samym, skoro Zamawiający, oceniając wpisane przez Odwołującą doświadczenie, stwierdził, że w opisie doświadczenia istnieją braki umożliwiające mu pozytywną ocenę doświadczenia, bowiem opis tego doświadczenia był niejednoznaczny, to zgodnie z powyższym postanowieniem SIWZ, zobligowany był do przyznania ofercie Odwołującej 0 pkt w tym kryterium.

W tym miejscu, odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp wskazać należy, że ocena w kryterium "Doświadczenie personelu wykonawcy" w części 24 zamówienia, zgodnie z postanowieniem Rozdziałem XVIII SIWZ, miała być dokonana na podstawie załącznika nr 1a do SIWZ załączonego do oferty, na podstawie którego Zamawiający ustalał, czy i ile punktów zdobędzie wykonawca w tym kryterium. Niedołączenie załącznika skutkowało otrzymaniem 0 pkt, zaś analiza załącznika nr 1a i tym samym punktacja była przyznawana w oparciu o treść wskazanego załącznika.

W ocenie Izby, Zamawiający wyraźnie wskazał, że obowiązkiem wykonawców jest opisanie doświadczenia personelu w taki sposób, aby jego zakres w świetle postawionych wymagań, nie budził wątpliwości i stanowił podstawę do jednoznacznej oceny. W tej sytuacji, to wykonawca wiedząc, jakie doświadczenie skutkuje uzyskaniem dodatkowych punktów, zobligowany był w taki sposób opisać posiadane doświadczenie, aby jego zakres, w świetle postawionych przez Zamawiającego wymagań, nie budził wątpliwości i stanowił podstawę do jednoznacznej oceny. Oświadczenie w tym zakresie nakreślał Wykonawca i to on decydował, jaka będzie jego treść, wiedząc jednocześnie, iż treść ta będzie przedmiotem oceny ze strony Zamawiającego. Stąd też za całkowicie nieuprawnione należy uznać stanowisko Odwołującej, aby Zamawiający treść tę domniemywał na podstawie innych oświadczeń nie zawartych w ofercie, a wynikających z dokumentów złożonych np. w zakresie części 6 zamówienia, czy też na podstawie złożonego przez Odwołującą pisma z dnia 31 lipca 2020r. Wskazać należy, że od wykonawcy będących profesjonalistami wymaga się szczególnej staranności, który powoduje, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek (umiejętność) wykazania określonych okoliczności, tym bardziej w sytuacji, w której oczywistym jest, jakie okoliczności winien wykazać. W konsekwencji skoro ze sporządzonego przez Odwołującą opisu usługi nie wynikało w sposób niebudzący wątpliwości, tj. w sposób jednoznaczny by wskazany przez nią personel posiadał wymagane doświadczenie w zakresie świadczenia przynajmniej dwóch usług „polegających na założeniu lub założeniu i dostosowaniu bazy BDOT500 o wartości nie mniejszej niż 30.000,00 zł brutto każda” z uwagi na fakt wskazania przez Odwołującą jedynie na doświadczenie personelu dotyczące „Pozyskania danych do rejestrów i ewidencji systemów do zmodernizowanych baz dziedzicowych” oraz „Stworzenia mapy numerycznej dla bazy danych BDOT500 i GESUT przesądzało o tym, iż brak było możliwości przyznania Odwołującej punktów w kryterium „Doświadczenie personelu wykonawcy”. Podkreślić należy, że nie jest obowiązkiem Zamawiającego domniemywanie, że proces stworzenia mapy numerycznej dla baz danych BDOT500 i GESUT wymaga jednoczesnego założenia lub założenia i dostosowania bazy danych i że jest to proces połączony, bowiem tworząc mapę tworzy się bazę danych. Powyższa okoliczność winna być bowiem wprost wskazana w treści załącznika nr 1a, tak aby umożliwić Zamawiającemu weryfikację powyższego stanowiska, a tym samym ocenę posiadanego przez Odwołującą doświadczenia.

Raz jeszcze należy podkreślić, że nie jest i nie było w tym postępowaniu obowiązkiem Zamawiającego odkodowywanie zakresu inwestycji i domniemywanie treści, które nie były wyartykułowane w załączniku nr 1a po to, aby dany Wykonawca uzyskał punkty w kryterium "Doświadczenie personelu wykonawcy". Powyższe leżało wyłącznie w gestii Odwołującej.

Ponadto podkreślić należy, że skoro w niniejszym postępowaniu Zamawiający ograniczył ocenę w przedmiocie kryterium „Doświadczenie personelu wykonawcy” do załącznika nr 1a, to na obecnym etapie postępowania reguł tych nie mógł zmieniać, bo są one wiążące, a ich zmiana wiązałaby się z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp).

Reasumując, Izba w składzie orzekającym stwierdziła, że z pewnością na podstawie nazw inwestycji wskazanych w treści załącznika nr 1a do SIWZ nie można domniemywać jej zakresu, a więc tego czy obejmowała swym zakresem założenie lub założenie i dostosowanie bazy danych BDOT i GESUT.

Z tych przyczyn Izba uznała zarzut naruszenia przepisów art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp za nieuzasadniony.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów, nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust. 2 i 192 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący: