

Sygn. akt: KIO 77/17

WYROK
z dnia 26 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 stycznia br. przez wykonawcę W. F., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W. F. w Ozimku w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Strzelce Opolskie

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania W. F., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W. F. w Ozimku i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez W. F., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W. F. w Ozimku 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 2015, poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Gmina Strzelce Opolskie w Strzelcach Opolskich (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Rozwój terenów zielonych w mieście Strzelce Opolskie tzw. Park Rybaczówka”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 24 listopada 2016 r., nr 350962-2016. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 10 stycznia 2017 r. wykonawca W. F., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W. F. w Ozimku (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie wskazanych przepisów jako oferta nieodpowiadająca treści SIWZ i/lub oferta złożona z naruszeniem zakazu złożenia więcej niż jednej oferty, oraz
- 2) art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę J. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Ogólnobudowlane J. S. pomimo, że przy uwzględnieniu kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ jest to oferta mniej korzystana w porównaniu z ofertą Odwołującego,
- 3) art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie, w jakim Zamawiający miał wątpliwości co do sposobu rozumienia tej oferty.

W konsekwencji Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru przez Zamawiającego jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Usługi Ogólnobudowlane J. S.
- 2) unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego,

- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący argumentował podniesione zarzuty następująco:

Zdaniem Zamawiającego oferta Odwołującego o takiej treści obarczona jest wadą, która uniemożliwia jednoznaczną jej ocenę, zgodnie z przyjętymi kryteriami, co należy uznać za złożenie oferty nieodpowiadającej treści SIWZ, zaś jakiegokolwiek wyjaśnienie doprowadziłoby do nieuprawnionego uzupełnienia (zmiany) oferty), stąd też oferta taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że innym sposobem interpretacji zaistniałej sytuacji jest uznanie, że Wykonawca w omawianym zakresie złożył więcej niż jedną ofertę, albowiem w złożonej ofercie znajdują się trzy oświadczenia co do proponowanej osoby sprawującej nadzór nad nasadzeniami, z których każda posiada inne wykształcenie, co jest niezgodne z art. 82 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 Prawa zamówień publicznych. Tymczasem zdaniem Odwołującego ocena sytuacji dokonana przez Zamawiającego oraz przytoczone wyżej wywody Zamawiającego są błędne i nieuprawnione. Oferta złożona przez Odwołującego była ofertą jak najbardziej możliwą do oceny w kryterium „wykształcenie zawodowe i doświadczenie osoby nadzorującej roboty związane z nasadzeniami” i Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia tej oferty.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ ani we wzorze umowy stanowiącej załącznik do SIWZ nie zastrzegł, że nadzór nad robotami związanym z nasadzeniami może być wykonywany wyłącznie przez jedną osobę i nie może być wykonywany przez więcej niż jedną osobę. Takie zastrzeżenie ze strony Zamawiającego byłoby zresztą nielogiczne, nieuzasadnione i niezrozumiałe, albowiem o ile Zamawiający ma prawo oczekiwać tego, aby przynajmniej jedna z osób sprawujących nadzór nad robotami związanym z nasadzeniami miała określone wykształcenie i doświadczenie oraz ma prawo do punktowania tego wykształcenia i doświadczenia, to przecież nie ma podstaw ani uzasadnienia do zakazywania wykonawcy wyznaczenia większej liczby osób do sprawowania nadzoru nad tymi robotami i takiego zorganizowania nadzoru nad tymi robotami, aby był on wykonywany jednocześnie przez kilka osób o różnych lub uzupełniających się Kompetencjach. Jeżeli Wykonawca chce i uważa to za wskazane czy potrzebne, to do nadzoru nad robotami nasadzeniowymi może wyznaczyć dowolną liczbę osób i każdą z tak wyznaczonych osób obarczyć obowiązkiem sprawowania takiego nadzoru. Zwiększenie liczby osób sprawujących nadzór może jedynie zwiększyć pewność prawidłowego wykonania tych robót i zmniejszyć ryzyko popełnienia błędu lub przeoczenia jakiegoś aspektu prawidłowej realizacji prac. Wykonawca ma prawo do takiego

zorganizowania nadzoru nad wykonywanymi robotami i Zamawiający nie może mu tego zabronić ani w to ingerować.

Zauważał również, że w treści SIWZ Zamawiający nie sformułował jednoznacznie zakazu wskazywania w ofercie więcej niż jednej osoby wyznaczonej do sprawowania nadzoru nad robotami związanymi z nasadzeniami. Przytaczane przez Zamawiającego sformułowania SIWZ, że jednym z przyjętych kryteriów oceny ofert było „wykształcenie zawodowe i doświadczenie osoby nadzorującej roboty związane z nasadzeniami” i że Zamawiający wymagał złożenia w ofercie informacji dotyczących: imienia i nazwiska osoby, której planuje się powierzyć nadzór nad pracami związanymi z nasadzeniami oraz posiadane przez nią wykształcenie, nie powinny i nie mogą być rozumiane w sposób wykluczający możliwość wskazania w ofercie więcej niż jednej takiej osoby.

Z treści SIWZ stanowiącej, że jednym z przyjętych kryteriów oceny ofert jest „wykształcenie zawodowe i doświadczenie osoby nadzorującej roboty związane z nasadzeniami” wynika tylko tyle w ocenie Odwołującego, iż niezależnie od ilości osób wykonujących taki nadzór ze strony Wykonawcy, dla oceny oferty i jej punktacji uwzględniane będzie wykształcenie i doświadczenie tylko jednej osoby i że zwiększenie liczby osób sprawujących taki nadzór nie będzie skutkowało przyznawaniem ofercie wykonawcy dodatkowych punktów. Reguły językowe nie pozwalają przypisywać takiemu sformułowaniu tego rodzaju znaczenia, że wskazanie w ofercie większej osób mających sprawować nadzór dyskwalifikuje taką ofertę i że tak sformułowana oferta będzie niezgodna z SWZ.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i wnosił o jego oddalenie.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: chociaż jeden z zarzutów odwołania okazał się zasadny, to odwołanie podlega oddaleniu, ponieważ zasadne podniesienie jednego z zarzutów nie ma wpływu na wynik postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

1. W pkt. 31 SIWZ (SIWZ i inne dokumenty przywołane w uzasadnieniu w aktach sprawy) określone zostały kryteria oceny ofert wraz z ich znaczeniem oraz sposób oceny ofert. Jednym z przyjętych kryteriów pozacenowych było „wykształcenie zawodowe i doświadczenie osoby nadzorującej roboty związane z nasadzeniami”. Zamawiający przewidział na stronie 23 SIWZ, że będzie przyznawał określoną ilość punktów w tym kryterium w zależności od wykształcenia kierunkowego: 0 pkt za brak wykształcenia, 30 pkt – za wykształcenie średnie, 60 pkt za wykształcenie wyższe, 100 pkt za tytuł naukowy (co najmniej doktor). W pkt. 25.1.5 SIWZ Zamawiający wymagał złożenia w ofercie informacji dotyczących: imienia i nazwiska osoby, której planuje się powierzyć nadzór nad pracami związanymi z nasadzeniami oraz posiadane przez nią wykształcenie.
2. Odwołujący złożył ofertę, w której wskazał, że nadzór nad robotami związanymi z nasadzeniami będzie sprawowany przez zespół w składzie: dr K. S., mgr inż. ogrodnictwa B. P. i technik ogrodnik G. K.
3. W dniu 5 stycznia 2017 r. Zamawiający przy wykorzystaniu poczty elektronicznej przesłał Odwołującemu zawiadomienie o dokonanej wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej wykonawcą J. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Ogólnobudowlane J. S. W zawiadomieniu tym zawarta została jednocześnie informacja o odrzuceniu przez Zamawiającego oferty złożonej we wskazanym postępowaniu przez Odwołującego. Wyjaśniając powody odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, Zamawiający wskazał, że w pkt. 31 SIWZ określone zostały kryteria oceny ofert wraz z ich znaczeniem oraz sposób oceny ofert, jednym z przyjętych kryteriów było „wykształcenie zawodowe i doświadczenie osoby nadzorującej roboty związane z nasadzeniami”, zaś w pkt. 25.1.5 SIWZ Zamawiający wymagał złożenia w ofercie informacji dotyczących: imienia i nazwiska osoby, której planuje się powierzyć nadzór nad pracami związanymi z nasadzeniami oraz posiadane przez nią wykształcenie. Zamawiający wymagał zatem wskazania jednej osoby odpowiedzialnej za nadzorowanie nasadzeń, tymczasem Odwołujący w złożonej ofercie wskazał trzy osoby, każda z innym wykształceniem, a przy tym nie zostało doprecyzowane, jak należy tak złożoną ofertę rozumieć. Przy tak złożonej ofercie Zamawiający nie był w stanie dokonać jej oceny w kryterium „wykształcenie zawodowe i doświadczenie osoby nadzorującej roboty związane z nasadzeniami”, oferta nie umożliwia jednoznacznego przydzielenia punktów w tym kryterium i nie jest możliwe stwierdzenie, jakiej osobie, z jakim wykształceniem, wykonawca zamierzał powierzyć funkcje nadzoru nad nasadzeniami. Jako podstawę odrzucenia Zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt 2

Prawa zamówień publicznych, ewentualnie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 1
Prawa zamówień publicznych.

4. Z taką decyzją Zamawiającego Odwołujący się nie zgodził i wniósł odwołanie.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego – sam przyznał na rozprawie, że w SIWZ brak było podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli wskazał on w ofercie więcej, niż jedną osobę przewidzianą do nadzoru. Zamawiający przyznał również, że nie odrzucił innej oferty, w której wskazano dwie osoby do nadzoru (obie – z wyższym wykształceniem). Nie było również podstawy odrzucenia oferty w związku z jej rzekomą sprzecznością z ustawą. Zatem potwierdził się zarzut nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego. Jednak nie można uwzględnić odwołania z tego powodu, a to ze względu na treść art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych: jego uwzględnienie nie miałoby wpływu na wynik postępowania, bowiem oferta Odwołującego nie może być uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający na rozprawie oświadczył, z czym Odwołujący nie polemizował, że przeprowadził symulację oceny oferty Odwołującego – i mogłaby być ona uznana za najkorzystniejszą tylko wówczas, gdyby w spornym kryterium przyznano maksymalną ilość punktów (za osobę z tytułem doktora). Izba zgodziła się z Zamawiającym, że ofercie Odwołującego nie można, na podstawie treści złożonej oferty, przyznać maksymalnej liczby punktów. Odwołujący do pełnienia funkcji nadzorczych wskazał trzy osoby, każda z nich posiadała inny poziom wykształcenia (średnie, wyższe, tytuł doktora). Na tej podstawie można przyjąć, że Odwołujący bądź zaoferował wykonywanie czynności nadzorczych przez każdą z tych osób osobno, bądź przez zespół wskazanych osób. W pierwszym przypadku należałoby przyznać punkty w spornym kryterium za osobę z najniższym wykształceniem, w drugim przypadku – obliczyć średnią z punktów przewidzianych za poziom wykształcenia. Jeżeli przyjąć, że Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za pomocą zespołu osób, to nie wskazał, jakie relacje będą panowały w zespole, kto będzie nim kierował. Na rozprawie twierdził, że oczywiście dla niego było, że funkcje kierownicze będzie sprawowała osoba z najwyższym wykształceniem. Jednak w ocenie Izby nie wynika to z treści oferty, co więcej, stoi w sprzeczności z twierdzeniami Odwołującego zawartymi w odwołaniu, gdzie wskazywał on, że >>„Zespołowo” znaczy wspólnie, razem, a nadzór wykonywany przez „zespół” oznacza nadzór wykonywany przez wszystkie osoby wchodzące w skład powołanego zespołu. Jeżeli jakiegokolwiek zadanie jest powierzane do wykonania określonemu zespołowi, oznacza to, że każdy z członków tego zespołu jest odpowiedzialny za realizację tego zadania i zobowiązany do jego realizacji na równi z innymi członkami

zespołu. Jednocześnie członkowie zespołu wzajemnie wspomagają się w realizacji powierzonego im zadania, uzupełniają i kontrolują, co niewątpliwie podnosi jakość i efektywność realizacji zadania.

Wobec treści oferty złożonej przez Odwołującego nie może ulegać jakimkolwiek wątpliwościom, że każda z osób wskazanych w ofercie jest osobą mającą sprawować nadzór nad robotami związanymi z nasadzeniami, że każda z tych osób będzie sprawowała ten nadzór na równi z pozostałymi osobami, i że każda z tych osób będzie na równi z pozostałymi odpowiadała za prawidłową realizację robót związanych z nasadzeniami. W tej sytuacji przydzielenie przez Zamawiającego punktów w kryterium „wykształcenia i doświadczenia osób sprawujących nadzór nad robotami związanymi z nasadzeniami” powinno zostać dokonane z uwzględnieniem doświadczenia i wykształcenia każdej z tych osób, z tym oczywiście zastrzeżeniem i ograniczeniem, że ofercie Odwołującego mogły zostać przyznane punkty tylko za jedną, najwyżej punktowaną, ze wskazanych osób.<<

Zatem już z wypowiedzi Odwołującego można wywieść, że relacje pomiędzy członkami „zespołu” mogą być rozumiane dwojako: bądź że „każda z tych osób będzie sprawowała ten nadzór na równi z pozostałymi osobami, i że każda z tych osób będzie na równi z pozostałymi odpowiadała za prawidłową realizację robót związanych z nasadzeniami”, bądź funkcje kierownicze będzie pełniła osoba z najwyższym wykształceniem. Kwestia ta zdaniem składu orzekającego nie mogła być wyjaśniona w trybie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, jak postulował Odwołujący w odwołaniu, ponieważ po pierwsze, odpowiedź ukształtowałaby treść oferty, a po drugie – wpłynęłaby na wysokość punktów przyznanych Odwołującemu w spornym kryterium. Jeżeli Odwołujący wskazałby udzielając wyjaśnień, że kierować zespołem będzie osoba z najwyższym wykształceniem, uzyskałby maksymalną ilość punktów. Odwołujący mógł wskazać też inną osobę (nie uzyskując maksymalnej ilości punktów, ale w dniu składania wyjaśnień znał już inne oferty i mógł dostosować do nich odpowiedź), bądź wyjaśnić, jak w treści odwołania, że „każda z tych osób będzie sprawowała ten nadzór na równi z pozostałymi osobami, i że każda z tych osób będzie na równi z pozostałymi odpowiadała za prawidłową realizację robót związanych z nasadzeniami.” – wówczas Zamawiający mógłby bądź w ogóle nie przyznać punktów w tym kryterium bądź obliczyć średnią z punktacji za każdą osobę z różnym poziomem wykształcenia (w przypadku oferty, w której wskazano dwie osoby z wyższym wykształceniem, Zamawiający postąpił w ten sposób). W rezultacie doszłoby do sytuacji, w której to wyjaśnienia Odwołującego wpłynęłyby na ocenę w spornym kryterium. Jest to w ocenie Izby niedopuszczalne, dlatego, konkludując, na podstawie treści oferty Odwołującego Zamawiający nie mógł, zgodnie z przepisami i zasadą równego traktowania wykonawców, przyznać Odwołującemu punktów w spornym kryterium w wysokości, która

pozwalalaby uznać ofertę Odwołującego za najkorzystniejszą.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że co prawda doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Prawa zamówień publicznych (ponieważ oferta Odwołującego została nieprawidłowo odrzucona), jednak nie doszło do naruszenia art. 91 Prawa zamówień publicznych (ponieważ Odwołującemu nie można było przyznać maksymalnej ilości punktów w spornym kryterium, a więc jego oferta nie mogła być uznana za najkorzystniejszą oraz nie doszło do naruszenia art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych (sporna kwestia nie mogła być wyjaśniona na podstawie tego przepisu), zatem ewentualne uwzględnienie odwołania nie prowadziłoby do udzielenia Odwołującemu zamówienia). W konsekwencji, z uwagi na treść art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....