

Sygn. akt: KIO 2485/16

**WYROK
z dnia 19 stycznia 2017 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Klaudia Szczytowska-Maziarz

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 grudnia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Multiconsult Polska Sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa, Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Spółka Jawna, ul. Wodna 47, 90-046 Łódź w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TPF Sp. z o.o. - Lider, ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa, Getinsa Payma SL - Partner, c/Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madryt zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2485/16 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Multiconsult Polska Sp. z o.o., ul. Bonifraterska

17, 00-203 Warszawa, Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Spółka Jawna, ul. Wodna 47, 90-046 Łódź tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: Multiconsult Polska Sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa, Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Spółka Jawna, ul. Wodna 47, 90-046 Łódź kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz 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: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktami pn.: „Projekt i budowa węzła „Lubelska” na przecięciu dróg ekspresowych S17 i S2 do autostrady A2 wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi” (Kontrakt 1) „Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 na odcinku węzeł „Zakręt” (z węzłem) - węzeł „Lubelska” (bez węzła) o długości około 2,5 km”. (Kontrakt 2) pod nr ref.: GDDKiA.O.WA.D-3.241.32.2016.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w dniu 20 kwietnia 2016r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 077-137576.

Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej zostało przesłane Odwołującemu: wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: Multiconsult Polska Sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa, Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Spółka Jawna, ul. Wodna 47, 90-046 Łódź w 19 grudnia 2016 r. i w tym samym dniu Odwołujący otrzymał odrębne pismo zawierające uzasadnienie podstaw odrzucenia jego oferty.

Zamawiający przesłał Odwołującemu zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający wskazał, że poddał analizie złożone przez Odwołującego (na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” pismem z dnia 19.09.2016r. wyjaśnienia dotyczące elementów mających wpływ na wysokości zaoferowanej ceny w wyniku, której uznał, że złożone wyjaśnienia wskazują na to, że treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ.

W przekazanym Odwołującemu uzasadnieniu odrzucenia jego oferty Zamawiający wskazał jako przyczynę - sprzeczność jego oświadczenia woli z formularza 2.3 „Zatrudnienie na umowę o pracę”, deklaracji zatrudnienia na pełny etat personelu na specjalistów ds. kontraktu i technologów, a także oświadczenia z załącznika nr 1 „wycena” dotyczącego tych osób z postanowieniami pkt. 14.4 SIWZ.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 29 grudnia 2016r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez bezprawne przyjęcie, że wobec oferty Odwołującego zachodzą podstawy odrzucenia z powodu niezgodności treści oferty Odwołującego ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ” oraz odrzucenie oferty Odwołującego,

- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza w postępowaniu, ewentualnie:

- art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odstąpienie od procedury wyjaśnienia treści oferty Odwołującego i przyjęcie bez uprzedniego wezwania do wyjaśnień, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ.

Mając na względzie powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) powtórzenia oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, ewentualnie:
- 4) powtórzenia badania i oceny oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym nakazanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści oferty.

Ponadto Odwołujący wnosił o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego.

Odwołujący przyznał, że Zamawiający zastosował społeczne kryterium oceny ofert, jednak nie wprowadził bezwzględnego obowiązku zapewnienia przez wykonawców zaangażowania osób, do którego odnosiło się kryterium, w pełnym wymiarze czasu pracy przy realizacji przedmiotowego zamówienia.

W swoim wywodzie powołał się na postanowienia § 10 ust.2 oraz 15 wzoru umowy, jako uzasadniające przedłożoną przez niego kalkulację cenową, a także złożone oświadczenie z załącznika nr 1 „wyceny” w zakresie dwóch spornych stanowisk.

Wyjaśnił on również sposób realizacji powierzonego im zakresu obowiązków oraz ich ewentualnego zaangażowania w inne zajęcia w warunkach wyrażenia zgody przez Zamawiającego, a także przy uwzględnieniu okoliczności braku takiej zgody i pełnego wykorzystania tych osób przez Zamawiającego.

Pismem z dnia 2 stycznia 2017r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: TPF Sp. z o.o. - Lider, ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa, Getinsa Payma SL - Partner, c/Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madryt zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Odwołującego, wezwania Zamawiającego dotyczącego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 13 września 2016r., odpowiedzi Odwołującego na powyższe wezwanie z dnia 19 września 2016r. wraz z załączonymi dokumentami, zawiadomienia o odrzuceniu oferty z dnia 19 grudnia 2016r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 17 stycznia 2017r., pism procesowych Przystępującego i Odwołującego z dnia 19 stycznia 2017r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt. 14.4. Tomu I - Instrukcja dla Wykonawców wraz z Formularzami ustanowił Kryterium „Zatrudnienie na umowę o pracę”, w którym postanowił, że w ramach kryterium „Zatrudnienie na umowę o pracę” Zamawiający może przyznać od 1 do 18 punktów w zależności od deklaracji Wykonawcy zawartej w Formularzu „Zatrudnienie na umowę o pracę”. Punkty zostaną przyznane w przypadku, gdy Wykonawca zadeklaruje, że zatrudni na podstawie umowy o pracę na pełny etat personel przeznaczony do pełnienia następujących funkcji:

1. Inżynier Kontraktu

2. Inżynier Rezydent
3. Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej
4. Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej
5. Specjalista do spraw rozliczeń
6. Technolog

Punkty zostaną przyznane wg następujących zasad:

2 punkty - jeśli wykonawca zadeklaruje, że zatrudni na podstawie umowy o pracę personel do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu (niezależnie od liczby odcinków nad którymi sprawowany będzie nadzór)

4 punkty - jeśli wykonawca zadeklaruje, że zatrudni na podstawie umowy o pracę personel do pełnienia funkcji Inżyniera Rezydenta (po 2 punkty za każdą osobę wyznaczoną do pełnienia tej funkcji)

4 punkty - jeśli wykonawca zadeklaruje, że zatrudni na podstawie umowy o pracę personel do pełnienia funkcji Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej (po 2 punkty za każdą osobę wyznaczoną do pełnienia tej funkcji)

4 punkty - jeśli wykonawca zadeklaruje, że zatrudni na podstawie umowy o pracę personel do pełnienia funkcji Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej (po 2 punkty za każdą osobę wyznaczoną do pełnienia tej funkcji)

2 punkty - jeśli wykonawca zadeklaruje, że zatrudni na podstawie umowy o pracę personel do pełnienia funkcji Specjalista do spraw rozliczeń (po 1 punkcie za każdą osobę wyznaczoną do pełnienia tej funkcji)

2 punkty - jeśli wykonawca zadeklaruje, że zatrudni na podstawie umowy o pracę personel do pełnienia funkcji Technolog (po 1 punkcie za każdą osobę wyznaczoną do pełnienia tej funkcji)

Łącznie wykonawca może otrzymać 18 punktów.

Punkty zostaną obliczone wg wzoru

$$UoP = \frac{\text{otrzymana liczba punktów}}{\text{maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania w kryterium}} \times 10\%$$

W przypadku, gdy wykonawca nie zadeklaruje, że do pełnienia którejkolwiek z ww. funkcji będzie zatrudniał personel na podstawie umowy o pracę na pełny etat wówczas nie otrzyma punktów w kryterium „Zatrudnienie na umowę o pracę”.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Zamawiający w ramach SIWZ stworzył Formularz 2.3. - Formularz zatrudnienie na umowę o pracę, gdzie wykonawcy mieli złożyć następujące oświadczenie: Składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktami pn.:

- „Projekt i budowa węzła „Lubelska” na przecięciu dróg ekspresowych S17 i S2 do autostrady A2 wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi” (Kontrakt 1)
- „Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 na odcinku węzeł „Zakręt” (z węzłem) – węzeł „Lubelska” (bez węzła) o długości około 2,5 km”. (Kontrakt 2) oświadczamy,(...).

Poniżej została przedstawiona tabela zatrudnienia na umowę o pracę m.in. Specjalisty ds. rozliczeń i Technologa, gdzie wykonawcy mieli złożyć deklarację - TAK/NIE.

Ostatecznie w Tomie II - Istotne dla stron postanowienia umowy Zamawiający sporządził wiążący wzór projektu umowy postanawiając w § 10 dotyczącym potencjału kadrowego i zasobów administracyjnych w ust.2, że Zamawiający wymaga, aby Personel Kluczowy (Inżynier Kontraktu i Inżynier Rezydent, Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej, Specjalista ds. rozliczeń oraz Technolog) pełnił obowiązki, co najmniej 5 dni w tygodniu, zaś w ust.15, że Konsultant zobowiązuje się do zapewnienia, aby osoby wchodzące w skład Personelu Kluczowego Konsultanta oraz inni Ekspertzi zatwierdzeni przez Kierownika Projektu w HPPK do wykonywania Umowy (z wyłączeniem innych Ekspertów, których planowany czas pracy określony w zatwierdzonym HPPK, w danym miesiącu, nie przekracza 50% planowanego czasu pracy Inżyniera Kontraktu) nie będą w okresie trwania Umowy podejmowali innych zajęć zarobkowych, zarówno w formie stosunku pracy, umowy zlecenia, umowy o dzieło lub w innej formie prawnej, chyba że Zamawiający wyrazi na to pisemną zgodę. Zamawiający nie wyrazi zgody, o której mowa powyżej, jeżeli charakter zajęć zarobkowych lub ich rozmiar uniemożliwi lub utrudni należyte wykonanie obowiązków przewidzianych w Umowie lub spowoduje wystąpienie konfliktu interesów.

Według Izby postanowienie pkt. 14.4 SIWZ, na które powołał się Zamawiający dotyczyło kryterium oceny ofert, w którym nie było wymogu zatrudnienia na umowę o pracę na pełny etat, lecz została w nim sformułowana taka możliwość.

Izba stanęła przy tym na stanowisku, że powyższe postanowienia pkt. 14.4 SIWZ mogły mieć znaczenie prawne jedynie w aspekcie wartościowania złożonej oferty, a nie powinny stanowić podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu przypuszczenia, że ten nie zapewni personelu w pełnym wymiarze czasu pracy, pięć dni w tygodniu. Należy także zauważyć, że w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie było odniesienia do żadnego innego postanowienia SIWZ. Zamawiający w żaden sposób nie przywoływał treści projektu umowy, w tym ani § 10 ust.2, czy też ust. 15. Nie wskazywał także na jakąkolwiek odpowiedź na zadane pytanie. Wszelkie więc wskazania czy to Zamawiającego, czy też Przystępującego nie mieszczą się w podstawie faktycznej dokonanego odrzucenia. Należy także zauważyć, że nie jest rolą Izby zastępowanie Zamawiającego w ocenie oferty Odwołującego, jej zadaniem jest ocena czynności Zamawiającego.

W związku z tym, Izba uznała, że deklaracja Odwołującego wykonania zamówienia w oparciu o personel na podstawie umowy o pracę na pełny etat w spornym zakresie nie mogła być potraktowana, jako kolidująca z pkt.14.4 SIWZ regulującym ocenę Zamawiającego w zakresie kryterium oceny ofert.

Wszelkie zatem rozważania zarówno Zamawiającego, jak i Przystępującego na temat braku pełnego zaangażowania kadry na kontrakcie w czasie jego realizacji są bezprzedmiotowe z racji tego, że Zamawiający, jako podstawę do rozstrzygnięcia o odrzuceniu oferty Odwołującego przyjął okoliczność wystąpienia sprzeczności złożonego przez niego oświadczenia woli o zatrudnieniu na pełnym etapie w zakresie dwóch stanowisk z postanowieniem pkt.14.4 SIWZ odnoszącym się do kryterium oceny ofert.

Nadto, Izba przyjęła wyjaśnienia Odwołującego, jako precyzujące oświadczenie woli w zakresie spornych stanowisk personelu za odpowiadające treści SIWZ.

W świetle powyższego Zamawiający nie miał dostatecznej podstawy prawnej do odrzucenia oferty Odwołującego na zasadzie art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy z powodu sprzeczności jej treści z treścią SIWZ.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 ze zm.).

Przewodniczący:.....

.....

.....