

Sygn. akt: KIO 2454/17

WYROK

z dnia 6 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 grudnia 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 listopada 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **M. W.** - prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Kształtowania Terenów Zielonych M. W., ul. Nasielska 26, 05-140 Serock i **T. Ś.** - prowadząca działalność gospodarczą pod firmą T. Ś. TESTA, ul. Wańkowicza 4 lok. 116, 02-798 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **KZB Legionowo Spółka z o.o.**, ul. marsz. Józefa Piłsudskiego 3, 05-120 Legionowo

przy udziale wykonawcy **AG-COMPLEX Sp. z o.o.**, ul. Płytowa 14, 03-046 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **M. W.** - prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Kształtowania Terenów Zielonych M. W. i **T. Ś.** - prowadząca działalność gospodarczą pod firmą T. Ś. TESTA i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: **siedem tysięcy pięćset złotych 00 groszy**) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **M. W.** - prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Kształtowania Terenów Zielonych M. W. i **T. Ś.** - prowadząca działalność gospodarczą pod firmą T. Ś. TESTA tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **M. W.** - prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Kształtowania Terenów Zielonych M. W. i **T. Ś.** - prowadząca działalność gospodarczą pod firmą T. Ś. TESTA na rzecz Zamawiającego - **KZB Legionowo Spółka z o.o.** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: **trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy**) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity 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 Warszawa – Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

KZB Legionowo Sp. z o.o. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawa Pzp” postępowanie o zamówienie publiczne pod nazwą „ Utrzymanie czystości Targowiska Miejskiego przy ul. Jana III Sobieskiego w Legionowie ” (znak postępowania: DOP-ZP- 15/2017).

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówienie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 609549-N-2017 z dnia 31 października 2017 r. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 17 listopad 2017 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez AG-Complex Sp. z o.o. ul. Płytowa 14, 03-046 Warszawa (zwany dalej: „AG-Complex Sp. z o.o.”).

W dniu 21 listopada 2017 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: M. W. działający pod firmą: Zakład Kształtowania Terenów Zielonych M. W. oraz T. Ś. działająca pod firmą: T. Ś. TESTA (zwani dalej: „Odwołującym”) wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, w tym na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy AG-Complex Sp. z o.o, pomimo, iż to oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza,
- 2) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez niewłaściwą ocenę i zaniżenie punktacji oferty Odwołującego w kryterium „Zatrudnienie na podstawie umowy o pracę”, pomimo, iż z całej oferty wynika, iż do realizacji zamówienia Odwołujący skieruje 10 osób,
- 3) naruszenie art.87 ust.2 ustawy Pzp poprzez niepoprawienie oczywistej omyłki,
- 4) naruszenie art. 87 ust.1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) unieważnienie czynności oceny ofert
- 3) powtórzenie czynności wyboru i oceny ofert, w tym z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 4) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej

Odwołujący podał, iż posiada interes w złożeniu odwołania, ponieważ czynności Zamawiającego doprowadziły do błędnej oceny jego oferty oraz zaniechania wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej. Gdyby nie czynność Zamawiającego, polegająca na wadliwej ocenie oferty Odwołującego, Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie, ponieważ uzyskałby najwyższą ilość punktów. Natomiast brak właściwej oceny oferty Odwołującego skutkuje szkodą w postaci utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny jego oferty i nie przyznał punktów w ramach kryterium: „Zatrudnienie na podstawie umowy o pracę”. Zamawiający oceniał ofertę na podstawie ilości osób skierowanych do realizacji zamówienia, zatrudnionych na podstawie umowy o pracę zarówno, jako warunek udziału (min. 4 osoby) jak i na podstawie kryterium oceny ofert, przyznając 20 pkt za skierowanie do pracy, co najmniej 8 osób, zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Odwołujący stwierdził, iż postawienie zarazem warunku jak i kryterium oceny ofert w zakresie zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę, mogło spowodować niezamierzoną omyłkę podczas przygotowania oferty. Zamawiający natomiast nie wystąpił o wyjaśnienia i nie przyznał żadnych punktów ofercie Odwołującego, a w konsekwencji wybrał ofertę konkurencji, zaś ofertę Odwołującego sklasyfikował na drugiej pozycji. Właściwa ocena oferty Odwołującego i przyznanie maksymalnej ilości 20 punktów w tym kryterium spowodowałoby uznanie oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszą.

Odwołujący podał, iż w postępowaniu zostały złożone dwie oferty - oferta AG-Complex Sp. z o.o. oraz oferta Odwołującego. Zamawiający przyznał 87,37 punktów ofercie AG-Complex Sp. z o.o., natomiast ofercie Odwołującego przyznał tylko 80 punktów. Większą ilość punktów Zamawiający przyznał ofercie Odwołującego w kryterium cena — 60 punktów, natomiast oferta AG-Complex Sp. z o.o. otrzymała 47,37 punktów. Odwołujący zaoferował cenę 29 160 zł, natomiast AG-Complex Sp. z o.o. zaoferowała cenę 39 936 zł. Odwołujący wyjaśnił, iż cena ofert dotyczy usługi wykonywanej przez 1 miesiąc, natomiast usługa będzie wykonywana przez okres 12 miesięcy, dlatego wartość zamówienia przekracza 30 000 euro. Oferta Odwołującego została oceniona na drugiej pozycji, ponieważ uzyskała mniejszą ilość punktów (o 20 pkt) w kryterium „Zatrudnienie na podstawie umowy o pracę”.

Odwołujący wyjaśnił, iż w formularzu oferty Odwołujący wskazał, że do realizacji zamówienia skieruje 4 pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, ponieważ potraktował tę ilość pracowników, jako potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, natomiast w wykazie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia wskazał 10 osób. Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający w formularzu oferty nie zaznaczył, czy wskazana ilość pracowników ma być podana na potwierdzenie spełnienia warunku, czy także do oceny w ramach kryteriów oceny ofert.

W ocenie Odwołującego ofertę należy rozpatrywać w całości, Zamawiający nie może brać pod uwagę tylko formularza oferty. Wykaz dotyczy osób skierowanych do realizacji zamówienia i jest to, zdaniem Odwołującego, jednoznaczne, że dotyczy to treści oferty i realizacji przyszłej umowy oraz stanowi treść oferty. Odwołujący stwierdził, iż w ramach tego kryterium powinien uzyskać 20 punktów, natomiast Zamawiający, w przypadku wątpliwości, mógł wystąpić o wyjaśnienie, ewentualnie dokonać poprawienia omyłki, jeśli uważał, że w formularzu oferty należało podać łączną ilość pracowników, tj. zarówno na potwierdzenie spełnienia warunku jak i do oceny w ramach kryterium. W ramach udzielonych wyjaśnień, według Odwołującego, nie nastąpiłaby zmiana treści oferty, natomiast Zamawiający uzyskałby pewność, że do realizacji zamówienia Odwołujący skieruje wskazaną w wykazie ilość osób tj. 10 pracowników.

Odwołujący stwierdził, iż ustawa Pzp nie zakazuje wyjaśnień treści oferty, nawet, jeśli dotyczy to kryterium oceny ofert. Wykonawca zatrudnia wskazane 10 osób na podstawie umowy o pracę i skieruje je do realizacji zamówienia. Zamawiający nie może podchodzić do ofert tylko formalistycznie, nie zważając na to, w jaki sposób będzie faktycznie realizowana umowa. Przez takie formalistyczne i subiektywne podejście, Zamawiający dokonał wyboru oferty droższej, w której będzie mniejsza ilość pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę (8 osób), natomiast Odwołujący zatrudnia i skieruje do realizacji umowy 10 osób. Według Odwołującego Zamawiający mógł dokonać poprawienia omyłki, co nie powodowałoby zmian w treści oferty, ponieważ Odwołujący zadeklarował właściwą ilość pracowników w wykazie osób, albo powinien wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień i przyznać 20 punktów, ponieważ Odwołujący zatrudnia i faktycznie skieruje do realizacji 10 osób, wskazanych w ofercie, rozumianej jako całość dokumentów stanowiących o treści oferty. Natomiast akceptacja stanowiska Zamawiającego oznacza wybór nie tylko droższej oferty, ale także oferty Wykonawcy, który skieruje do realizacji umowy mniejszą ilość pracowników.

Pismem z dnia 23 listopada 2017 r., złożonym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2017 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do treści odwołania Zamawiający podał m.in., iż w odpowiedzi na pismo z dnia 16.11.2017 r., dotyczące sprostowania oczywistej omyłki w formularzu ofertowym KZB Legionowo Sp. z o.o., poinformował Odwołującego, że powyższe działanie jest niedopuszczalne zgodnie przepisami ustawy Pzp oraz opinią Urzędu Zamówień Publicznych. Zasadą wynikającą z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych jest brak możliwości dokonywania zmian w treści złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty po upływie terminu wyznaczonego do składania ofert, co wynika z art. 87 ust.1 ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, iż od tej zasady ustawa przewiduje dwa wyjątki: pierwszy dotyczy trybu dialogu konkurencyjnego, w którym wykonawca może sprecyzować i doprecyzować treść oferty oraz przedstawić informacje dodatkowe, a drugi - możliwości poprawiania przez zamawiającego omyłek określonych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Stosownie do treści przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie: oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Brzmienie tej regulacji, zdaniem Zamawiającego, nie pozostawia wątpliwości co do braku swobody Zamawiającego w zakresie poprawienia omyłki, jeśli tylko można ją zaliczyć do katalogu określonego w przywołanym wyżej przepisie. Nie jest przy tym konieczne podjęcie przez wykonawcę działania w tym celu. Poprawienie przez zamawiającego oczywistych omyłek pisarskich oraz rachunkowych i konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek nie wymaga uzyskania zgody wykonawcy. Wykonawca może nie wyrazić zgody na poprawienie przez zamawiającego innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Oświadczenie w tym zakresie musi złożyć w terminie 3 dni od dnia otrzymania o dokonaniu poprawki w treści jego oferty.

Zamawiający wskazał, co rozumie przez omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp podając, iż:

- 1) Oczywistą omyłką pisarską, zdaniem Sądu Okręgowego w Gdańsku, jest niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Może to być błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu, czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Oczywistą omyłką pisarską jest nie tylko taka omyłka, która wynika z treści formularza ofertowego, ale również taka, którą można zidentyfikować na podstawie porównania pozostałych dokumentów stanowiących treść oferty. Istotne jest przy tym, żeby w wyniku poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej nie zmieniła się treść oferty rozumianej jako treść oświadczenia woli wykonawcy.

- 2) Oczywiście omyłką rachunkową jest omyłka wynikająca z błędnej operacji rachunkowej na liczbach. Stwierdzenie omyłki może mieć miejsce w sytuacji, w której przebieg działania matematycznego może być prześledzony i na podstawie reguł rządzących tym działaniem możliwe jest stwierdzenie błędu w jego wykonaniu. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, nie tylko wtedy, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka. Tę cechę można przypisać wyłącznie omyłkom dotyczącym prostych działań na małych liczbach. Zamawiający stwierdził, iż w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej dla uznania, że omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, wystarczającym jest fakt jej ustalenia podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z podanym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny oferty oraz możliwość jej jednoznacznego stwierdzenia. Nie stanowi przy tym ograniczenia dla poprawy oczywistej omyłki rachunkowej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp ilość omyłek rachunkowych występujących w ofercie, ani też ich istotność.
- 3) Trzecią grupę omyłek stanowią omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Możliwość ich poprawiania wprowadzona została nowelizacją ustawy Pzp, która miała miejsce w 2008 r. Celem tej regulacji - jak wynika z uzasadnienia rządowego projektu tej ustawy - było umożliwienie poprawienia błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Intencją ustawodawcy było usprawnienie procedury udzielania zamówień publicznych, zmniejszenia liczby odrzuconych ofert i unieważnienia postępowań. Z analizy orzecznictwa wynika, że cel powyższej regulacji został osiągnięty, bowiem liczba ofert odrzucanych, z powodu omyłek w ich treści, uległa znacznemu zmniejszeniu. Poprawienie tych omyłek uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek:
- a) zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy, polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści; jak wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie: „artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp”;
 - b) poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że zmiana

miałyby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (*essentialia negotii*) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałyby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Przywołany przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp określa również granice w zakresie możliwości poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wskazując, iż niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. A zatem, nie jest możliwe poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w sytuacji, w której prowadziłoby to do negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.

Odnosząc się do stanu faktycznego sprawy, Zamawiający wyraził pogląd, że poprawienie ilości zatrudnionych pracowników na umowę o pracę w formularzu ofertowym, nie mieści się w katalogu omyłek stosownie do treści przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Zamawiający wskazał, iż zastosował procedurę odwróconą, w związku z czym w pierwszej kolejności dokonana była ocena ofert, a następnie zbadanie, czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Procedura odwrócona, o której mowa w art. 24aa Pzp jest swego rodzaju uproszczeniem etapu badania ofert. Od procedury standardowej różni się tylko tym, że pod kątem przesłanek wykluczenia bada się wyłącznie wykonawcę, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, a nie wszystkich wykonawców.

Zamawiający na poparcie swojego stanowiska przywołał m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2017 r. sygn. akt KIO 954/17, w wyroku z dnia 13 marca 2017, sygn. akt KIO 359/17, wyrok Sądu Okręgowego w Koninie z dnia 4 kwietnia 2017 r., sygn. akt II Ca 51/17.

Zamawiający poinformował, iż postępowanie zostało wszczęte po raz drugi, bowiem pierwsze postępowanie zostało unieważnione w dniu 30.10.2017r. na podstawie Art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp z uwagi na to, iż cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W związku z powyższym Odwołujący miał wystarczająco dużo czasu aby zapoznać się

z warunkami postępowania ewentualnie, w razie wątpliwości, prosić o wyjaśnienie zapisów SIWZ.

Zamawiający wskazał także, iż postępowanie pod nazwą "Utrzymanie czystości targowiska miejskiego przy ul. Jana III Sobieskiego w Legionowie" było przeprowadzane w 2016 r. i warunki pozostały bez zmian. Odwołujący złożył w 2016 r. prawidłową ofertę, która została najwyżej oceniona, co skutkowało zawarciem umowy na wykonanie zadania.

Pismem złożonym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2017 r. wykonawca – AG-COMPLEX Sp. z o.o. (dalej: „Przystępujący”) zgłosił swoje przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości i wskazał, iż ma interes w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie Zamawiającego, ponieważ jego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertami złożonymi w postępowaniu, po przeprowadzeniu rozprawy i wysłuchaniu stanowisk i oświadczeń Stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba stwierdza, iż wpis został wniesiony w ustawowym terminie. Tym samym odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba stwierdza, iż Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej, ponieważ została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w postaci interesu w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która według przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert, w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Wybór oferty konkurencyjnej skutkuje pozbawieniem Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, a w konsekwencji możliwością poniesienia szkody.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia Przystępującego do postępowania po stronie Zamawiającego. Przystąpienie nastąpiło z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, w tym z wykazaniem interesu Przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w Rozdziale XIV SIWZ przewidział trzy kryteria oceny ofert: cenę z wagą 60%, czas reakcji na usunięcie zgłoszonych nieprawidłowości, z wagą maksymalnie 20% przy najkrótszym z podanych w SIWZ przedziałów czasu, tj. czasem 30 minut i mniej oraz zatrudnienie na podstawie umowy o pracę z wagą maksymalnie 20% - w przypadku zaoferowania przez wykonawcę zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób w liczbie równej lub większej niż 8. Zamawiający jednocześnie określił, iż w przypadku zatrudnienia na umowę o pracę minimalnej liczby osób, tj. 4 osoby, Wykonawca nie otrzyma punktów w tym kryterium.

W rozdziale XIII pkt 4 SIWZ znajduje się zapis: „*Zamawiający na podstawie art. 24aa ust. 1 PZP – informuje, że w pierwszej kolejności dokona oceny ofert w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a następnie zbada, czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.*”

Z rozdziału X pkt 14 SIWZ wynika, iż na potrzeby oceny ofert oferta musi zawierać:

- a) wypełniony formularz ofertowy sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ,
- b) oświadczenia w zakresie wskazanym w załącznikach 3 i 4 do SIWZ tj. dotyczącym przesłanek wykluczenia z postępowania oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu z zaznaczeniem, iż informacje zawarte w oświadczeniu będą stanowić wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.
- c) dowód wpłaty wadium,

oraz - o ile dotyczy:

- d) pełnomocnictwo,
- e) zobowiązanie podmiotu trzeciego

W pkt 4 formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, znajduje się oświadczenie wykonawcy: „*Oświadczam/y, że do realizacji zamówienia skierujemy pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę oraz zobowiązujemy się do utrzymania deklarowanej liczby pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę przez cały okres obowiązywania umowy*”.

Składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wypełniając ten Formularz wstawił cyfrę 4.

W Rozdziale III zawierającym opis przedmiotu zamówienia w pkt 6 Zamawiający, powołując się na art. 29 ust. 3a ustawy Pzp oraz art. 22 §1 Kodeksu pracy, zawarł wymóg

zatrudnienia przez wykonawcę/ podwykonawcę na podstawie umowy o pracę co najmniej 4 osób wykonujących w zakresie realizacji zamówienia, czynności związane z utrzymaniem czystości Targowiska Miejskiego.

SIWZ w Rozdziale V określającym warunki udziału w postępowaniu ust. 1 lit. c) pkt 2) zawiera zapis, iż wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, m.in. jeżeli wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował co najmniej 4 osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W Rozdziale VI SIWZ „Wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia” w pkt. 3 lit. c) znajduje się zapis wskazujący, iż Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie *„wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług 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 – sporządzonego zgodnie z załącznikiem nr 7 do SIWZ.”*

Odwołujący, pomimo ww. postanowień SIWZ, złożył wraz z ofertą wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, sporządzony według załącznika nr 7 do SIWZ, zawierający 10 osób, przy których widnieje wskazanie, iż są zatrudnione na umowę o pracę i stanowią zasób Odwołującego.

Pismem z dnia 16 listopada 2017 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o poprawienie w jego ofercie omyłki, polegającej na tym, iż w Formularzu ofertowym powinna być wstawiona liczba 10 w miejsce cyfry 4 tj. liczba podana w załączniku nr 7, zawierającym wykaz osób skierowanych przez Odwołującego do realizacji zamówienia. W odpowiedzi, powtórzonej następnie w piśmie stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający podał m.in., iż w jego ocenie poprawienie wnioskowanej przez Odwołującego omyłki nie mieści się w katalogu omyłek, o którym mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

Przystępujący na rozprawie stwierdził m.in., że według jego oceny treść SIWZ jest jasna i wynika z niej, że dokumentem, w którym powinna być podana liczba pracowników zatrudnionych na umowę o pracę służąca ocenie oferty jest formularz ofertowy, ponieważ to na podstawie tego dokumentu Zamawiający dokonuje oceny ofert, a dopiero po jej dokonaniu występuje o przedłożenie między innymi wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia. W ocenie Przystępującego ofertą jest formularz ofertowy, a nie wykaz osób skierowanych do

realizacji zamówienia, co potwierdza także informacja zawarta w załączniku numer 7, zawierającym wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, dotycząca możliwości spełnienia warunków udziału w postępowaniu, poprzez poleganie na zdolności technicznych lub zawodowych lub sytuacji zawodowej lub ekonomicznej innych podmiotów, która przesądza o charakterze wykazu jako dokumentu służącego potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nadto Przystępujący zwrócił uwagę, iż przedmiotowy wykaz osób Odwołujący przedłożył wraz z ofertą samodzielnie, natomiast zgodnie z przepisami ustawy Zamawiający jest zobowiązany do wysłania wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona wezwania do złożenia takiego wykazu, o ile go przewidział w SIWZ. Art. 26 ust 2 ustawy Pzp nie przewiduje odstępstwa od takiego wezwania w sytuacji. Ponadto, zdaniem Przystępującego, Zamawiający nie mógłby wywieść, iż wykonawca przedłoży analogiczny wykaz w przypadku wezwania do jego złożenia. Z wykazu nie wynika zobowiązanie do realizacji zamówienia na konkretnych warunkach - takie zobowiązanie wynika z formularza ofertowego.

Na potwierdzenie swojego stanowisko Przystępujący przywołał m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt: KIO 117/12, KIO 2050/15 i KIO 2051/15.

Z orzeczeń tych wynika, iż jeśli dany dokument służy potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu to nie można z niego wywodzić treści dalej idących, niż jedynie potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przystępujący podaje, iż SIWZ wskazuje na to, iż w postępowaniu została zastosowana procedura odwrócona, a ta charakteryzuje się szybkością postępowania i związku z tym nie można do niej stosować interpretacji, jak miało to miejsce przed nowelizacją ustawy, jak również w przypadku, gdy nie jest zastosowana procedura odwrócona. W ocenie Przystępującego samodzielne przedkładanie dokumentów przez wykonawcę nie rodzi skutków prawnych, ponieważ i tak Zamawiający musi zrealizować procedurę wezwania do złożenia dokumentów w stosunku do oferty uznanej za najkorzystniejszej. W ocenie Przystępującego treść formularza ofertowego Odwołującego zawierająca konkretną cyfrę nie wskazuje na oczywista omyłkę, bo nie jest to ani ominięcie ani niedokładność, czy błąd słowny. Przystępujący zwrócił uwagę, iż w przypadku omyłki pisarskiej nie zmienia się treść oferty, natomiast w przedmiotowym przypadku, gdyby Zamawiający uwzględnił oczekiwania Odwołującego i dokonał poprawy, czyli cyfrę 4 zamienił na 10, nastąpiłaby zmiana treści oferty, a tym samym oświadczenie woli wykonawcy. Nie jest to też omyłka rachunkowa, ponieważ nie ma żadnej operacji na liczbach. Jeśli chodzi o inną omyłkę tj. polegającą na niezgodności oferty z SWIZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, to w ocenie Przystępującego, nie zachodzi tego typu sytuacja, ponieważ ewentualna zmiana dotyczy istotnego elementu oferty, będącego kryterium oceny oferty i w związku z tym nie może być dokonana poprawa.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu.

Odwołujący, jakkolwiek zarzuca Zamawiającemu m.in. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy AG-Complex Sp. z o.o., to jednak nie formułuje zarzutu do tej oferty, lecz wiąże go z niewłaściwą oceną i zaniżeniem punktacji oferty Odwołującego w kryterium: „Zatrudnienie na podstawie umowy o pracę”, będącą skutkiem braku wystąpienia o wyjaśnienia i poprawienia oczywistej, zdaniem Odwołującego, omyłki, tj. skutkiem naruszenia art.87 ust.1 i 2 ustawy Pzp.

W związku z tym kluczowym w przedmiotowej sprawie jest rozstrzygnięcie: Czy Zamawiający, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, powinien wystąpić o wyjaśnienia złożonej przez Odwołującego oferty, a następnie czy powinien dokonać jej poprawy w taki sposób, że w formularzu ofertowym w pkt 4, w miejsce wstawionej przez Odwołującego cyfry: „4” miałby wstawić liczbę: „10”, pozyskaną ze złożonego przez wykonawcę samodzielnie wykazu osób, skierowanych do realizacji zamówienia i w konsekwencji tych czynności miałby przyznać Odwołującemu maksymalną liczbę punktów w kryterium: „Zatrudnienie na podstawie umowy o pracę”, skutkiem czego oferta Odwołującego miałaby uzyskać najwyższą liczbę punktów?

W ocenie Izby odpowiedź jest negatywna. Wynika to z następujących okoliczności:

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przewidział zastosowanie procedury odwróconej, o której mowa w art. 24aa ustawy Pzp, który w ust. 1 stanowi, iż *zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu.*

Zasadniczo treść oferty stanowią informacje dotyczące przedmiotu zamówienia, cena, termin wykonania, jak również informacje odnoszące się do kryteriów oceny ofert.

W przedmiotowym postępowaniu wszystkie te elementy zawiera formularz oferty, który winien być złożony w terminie składania ofert, co jednoznacznie wynika z Rozdziału X pkt 14 SIWZ.

Zamawiający, stosownie do art. 26 ust. 2 ustawy Pzp przewidział również w SIWZ, iż dokumenty potwierdzające okoliczności wskazane w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w tym spełnianie warunków udziału w postępowaniu, będą składane dopiero po dokonaniu oceny ofert, na jego żądanie, skierowane do wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona.

Tym samym, w ocenie Izby, wbrew stanowisku Odwołującego, z SIWZ jasno wynika, iż na etapie oceny ofert Zamawiający nie oczekiwał innych dokumentów, niż te, które przewidział do złożenia przez wykonawców na potrzeby tej oceny. Jest zatem oczywiste, że to w tych dokumentach tj. w tym przypadku w formularzu ofertowym, który w ocenie Izby jest spójny z postanowieniami SIWZ, powinny znaleźć się informacje służące ocenie oferty z uwzględnieniem zastosowanych w SIWZ kryteriów oceny ofert. Zasady te były znane wykonawcom przed terminem składania ofert.

Gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest Zamawiający i to on, z godnie z obowiązującymi przepisami prawa, określa w SIWZ reguły obowiązujące zarówno wszystkich wykonawców jak i Zamawiającego.

Z tych względów, mając na uwadze postanowienia SIWZ, Zamawiający, na równych zasadach, winien oceniać takiego samego rodzaju dokumenty, złożone przez wykonawców zgodnie z SIWZ, natomiast nie brać pod uwagę dodatkowych dokumentów, samodzielnie złożonych przez wykonawcę, nadto służących innym celom, w tym przypadku potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu a nie ocenie oferty.

Tymczasem Odwołujący oczekuje aby Zamawiający dokonał oceny jego oferty z uwzględnieniem dodatkowo złożonego dokumentu, tj. wykazu osób, który powinien być złożony dopiero na wezwanie Zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu i uznał, że to w wykazie jest podana prawidłowa liczba osób i wstawił tę liczbę do oferty w miejsce cyfry wstawionej przez Odwołującego, albo wystąpił o wyjaśnienia i przyznał Odwołującemu 20 punktów z uwagi na to, że Odwołujący aktualnie zatrudnia on 10 pracowników.

W ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, spełnienie oczekiwań Odwołującego, prowadziłyby do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, które stanowią odpowiednio, iż *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości oraz zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Po pierwsze w procedurze odwróconej ocena ofert jest dokonywana wyłącznie w oparciu o treść oferty, a ta w tym zakresie została jasno określona w pkt 14 Rozdziału X SIWZ. Nie można zatem podzielić stanowiska Odwołującego, który twierdzi, iż na ofertę w przedmiotowym postępowaniu i – jak należy sądzić – na tym etapie postępowania, składa się także samodzielnie złożony przez Odwołującego wykaz osób służący potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykaz ten winien być złożony dopiero na wezwanie Zamawiającego skierowane do wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona i dopiero na tym etapie poddany analizie przez Zamawiającego. W związku z tym, w ocenie Izby, wykaz ten w żaden sposób nie mógł wpływać na ocenę treści złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli, zawartego w pkt 4 Formularza ofertowego, tym bardziej, że oświadczenie wykonawcy złożone w tym punkcie Formularza ofertowego, dotyczyło także utrzymywania podanej w nim liczby pracowników przez cały czas realizacji umowy, natomiast z oczywistych względów, związanych z celem jego składania, wykaz nie zawierał takiego oświadczenia. Z tych względów Izba uznała, iż przeprowadzenie dowodu z poświadczonych za zgodność z oryginałem kserokopii umów o pracę złożonych przez Odwołującego na rozprawie jest bezprzedmiotowe.

Wykaz złożony przez Odwołującego wbrew zasadom określonym w SIWZ nie mógł być zatem brany pod uwagę przy ocenie jego oferty, powinien być pominięty przy tej ocenie. Inaczej, w ocenie Izby, Zamawiający naraziłby się na zasadny zarzut naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Po drugie, treść oferty Odwołującego, rozumianej w sposób określony w ww. 14 pkt Rozdziału X SIWZ jest jasna i nie budzi wątpliwości, które by uzasadniały zastosowanie art. 87 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp. Nie sposób dopatrzeć się w niej oczywistych omyłek, do których poprawienia byłby zobowiązany Zamawiający stosownie do art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Oferta Odwołującego jest zgodna z SIWZ. Okoliczność, iż oświadczenie woli złożone w ofercie, dotyczy minimalnej liczby pracowników przewidzianych w SIWZ, nie oznacza ani oczywistej omyłki pisarskiej czy rachunkowej ani innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ. W ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, dokonanie ingerencji przez Zamawiającego w treść pkt 4 formularza ofertowego i wstawienie w nim liczby 10 zamiast istniejącej cyfry 4 oznaczałoby niedozwoloną zmianę treści oferty.

Po trzecie, w ocenie Izby, nie jest wiarygodne twierdzenie Odwołującego, iż wypełniając formularz ofertowy, miał na uwadze potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Istnieje różnica pomiędzy sformułowaniem w SIWZ warunku udziału w postępowaniu a przedmiotowym kryterium oceny ofert. Warunek dotyczy dysponowania co najmniej 4 osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a zatem także na podstawie umowy zlecenia czy polegania na zasobach innego podmiotu, przy czym co najmniej 4 osoby muszą

być zatrudnione na podstawie umowy o pracę, natomiast w kryterium oceny ofert oceniana ma być wyłącznie liczba dodatkowych, tj. przekraczająca 4 osoby i nie więcej niż 8, pracowników zatrudnionych na umowę o pracę. Nadto z prostego zestawienia postanowień SIWZ, tj. określonych w Rozdziale X pkt 14, w Rozdziale XIII pkt 4, w Rozdziale IV pkt 1-5 z treścią formularza oferty wynika, iż liczba wstawiona w pkt 4 formularza oferty będzie brana przez Zamawiającego pod uwagę w pierwszej kolejności przy ocenie oferty, natomiast z treści Rozdziału VI zatytułowanego „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia” pkt 3 lit. c) jasno wynika, iż potwierdzeniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V pkt 1. ppkt 2) lit. c) pkt 2) tj. dysponowania co najmniej 4 osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest *wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług 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 – sporządzonego zgodnie z załącznikiem nr 7 do SIWZ*. Powyższe oznacza, że zarówno formularz ofertowy jak i wykaz osób może zawierać więcej osób niż 4, z tym, że o ile w formularzu ofertowym może być podana wyłącznie liczba osób zatrudnionych na umowę o pracę, przy czym każdy dodatkowy pracownik ponad 4 (nie więcej niż 8) ma wpływ na przyznaną ofercie liczbę punktów, to w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia mogą być podane dodatkowe osoby (ponad 4) także zatrudnione np. na umowę zlecenia lub stanowiące udostępniony wykonawcy zasób podmiotu trzeciego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem uzasadnionych kosztów zastępstwa prawnego Zamawiającego, na podstawie rachunku, złożonego przed zamknięciem rozprawy, w wysokości określonej w § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

