

Sygn. akt: KIO 2394/17

KIO 2409/17

WYROK
z dnia 6 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

A. w dniu 13.11.2017 r. przez wykonawcę ECM Group Polska S.A., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa (KIO 2394/17);

B. w dniu 16.11.2017 r. przez wykonawcę Biuro Projektów Gospodarki Wodnej i Ściekowej BIPROWOD – Warszawa Spółka z o.o., ul. Broniewskiego 3, 01-785 Warszawa (KIO 2409/17)

B. KIO 2409/17

przy udziale wykonawcy **ECM Group Polska S.A., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego (w sprawie KIO 2409/17).

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Wodociągi Miejskie w Radomiu Spółka z o.o., ul. Filtrowa 4, 26-600 Radom** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Kontrakt nr 66 „Nadzór na realizacja robót budowlanych – Inżynier Projektu” (numer referencyjny DZ/66/2017).

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 2394/17 i nakazuje Zamawiającemu - Wodociągi Miejskie w Radomiu Spółka z o.o. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego ECM Group Polska S.A na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz nakazuje powtórzenie czynności badania, oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego przy zaliczeniu dla kryteriów oceny ofert w zakresie kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia danych ujętych z wykazu osób złożonego pierwotnie wraz z ofertą Odwołującego;

2 uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 2409/17 i nakazuje Zamawiającemu – Wodociągi Miejskie w Radomiu Spółka z o.o. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego - Biuro Projektów Gospodarki Wodnej i Ściekowej BIPROWOD – Warszawa Spółka z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również nakazuje Zamawiającemu dokonanie poprawienie stwierdzonej w ofercie Odwołującego omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ww. ustawy i nakazuje dokonanie czynności badania, oceny oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

3. kosztami postępowania w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2394/17 w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - Wodociągi Miejskie w Radomiu Spółka z o.o., ul. Filtrowa 4, 26-600 Radom i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ECM Group Polska S.A., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,**

- 2) zasądza od Zamawiającego - **Wodociągi Miejskie w Radomiu Spółka z o.o., ul. Filtrowa 4, 26-600 Radom** na rzecz **ECM Group Polska S.A., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa** kwotę w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania i zastępstwa przed Izbą.
4. kosztami postępowania w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2409/17 w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - **Wodociągi Miejskie w Radomiu Spółka z o.o., ul. Filtrowa 4, 26-600 Radom** i:
- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Biuro Projektów Gospodarki Wodnej i Ściekowej BIPROWOD – Warszawa Spółka z o.o., ul. Broniewskiego 3, 01-785 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od Zamawiającego - **Wodociągi Miejskie w Radomiu Spółka z o.o., ul. Filtrowa 4, 26-600 Radom** na rzecz Odwołującego **Biuro Projektów Gospodarki Wodnej i Ściekowej BIPROWOD – Warszawa Spółka z o.o., ul. Broniewskiego 3, 01-785 Warszawa** kwotę w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania.
5. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., 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 w Radomiu**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 6 grudnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2394/17 i KIO 2409/17

Zamawiający – Wodociągi Miejskie w Radomiu Spółka z o.o., ul. Filtrowa 4, 26-600 Radom prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Kontrakt nr 66 „Nadzór na realizacja robót budowlanych – Inżynier Projektu” (numer referencyjny DZ/66/2017).

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 30.06.2017 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE;

W dniu 05.07.2017 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2017/S 126 - 256855.

KIO 2394/17

W dniu **06.11.2017** r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu przedmiotowego postępowania.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **13.11.2017** r. przez wykonawcę **ECM Group Polska S.A., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa** wobec następujących czynności oraz zaniechania Zamawiającego:

- 1) badania i oceny ofert;
- 2) bezpodstawnego unieważnienia postępowania;
- 3) odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp;
- 4) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Powyższym czynnościom Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez błędne uznanie, że w postępowaniu brak jest ofert niepodlegających odrzuceniu, podczas gdy prawidłowa ocena oferty Odwołującego winna prowadzić do wniosku, że oferta ta nie podlega odrzuceniu, a zatem brak jest podstaw do unieważnienia postępowania;

2) art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez błędne uznanie, że Odwołujący zmienił treść oferty zmieniając osobę na stanowisko inspektora nadzoru robót sanitarnych, podczas gdy zmiana osoby nie stanowi zmiany treści oferty i jest dopuszczalna w świetle przepisów ustawy Pzp;

3) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień w zakresie zmiany osoby na stanowisku inspektora nadzoru robót sanitarnych;

z ostrożności procesowej

4) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia wykazu w zakresie osoby na stanowisko inspektora nadzoru robót sanitarnych.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 2) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, co może prowadzić do powstania po stronie Odwołującego szkody w przypadku utrzymania decyzji Zamawiającego w mocy. W przypadku prawidłowego przeprowadzenia przez Zamawiającego badania i oceny ofert, to oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Tym samym Odwołujący posiada interes w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, a utrzymanie w mocy decyzji Zamawiającego prowadzi do powstania szkody po stronie Odwołującego.

W ramach uzasadnienia odwołania zostało wskazane, że w dniu 07.11.2017r., Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty z powodu jej niezgodności z przepisami ustawy Pzp wskazując, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia, Odwołujący dokonał zmiany treści swojej oferty poprzez zmianę osoby wskazanej na stanowisko inspektora nadzoru robót sanitarnych.

W treści uzasadnienia ww. czynności, Zamawiający wskazał, że w pierwotnej ofercie na stanowisko inspektora nadzoru robót sanitarnych wskazany był J.O. za którego Zamawiający przyznał odpowiednią ilość punktów w kryterium Doświadczenie personelu. Z uwagi na fakt, że oferta Odwołującego została oceniona najwyżej, Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący w odpowiedzi na to wezwanie, zmienił osobę na stanowisku inspektora nadzoru robót sanitarnych, w związku z

czym Zamawiający uznał, że doszło do zmiany treści oferty, co jest niedopuszczalne w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji, oraz w związku z odrzuceniem oferty drugiego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. z powodu braku ofert nie podlegających odrzuceniu.

W ocenie Odwołującego wskazane powyżej decyzje są błędne i sprzeczne z ustawą Pzp.

Odnosząc się do odrzucenia oferty Odwołującego wskazał on, że w żaden sposób dokonana zmiana nie jest sprzeczna z przepisami ustawy Pzp, a mogła ona jedynie skutkować obniżeniem ilości przyznanych punktów, przy czym Odwołujący wskazuje, że nawet w przypadku braku odrzucenia drugiej oferty, brak przyznania punktów nie miał najmniejszego znaczenia, gdyż i tak oferta Odwołującego znajdowałaby się na pierwszym miejscu.

Następnie Odwołujący wskazał, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, dokonana zmiana nie jest zmianą treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W realiach przedmiotowej sprawy, Zamawiający winien w pierwszej kolejności wezwać Wykonawcę do wyjaśnienia w tym zakresie, a następnie wezwać do uzupełnienia odpowiednich dokumentów, w przypadku uznania, że ustawa Pzp nie przewiduje samodzielnego uzupełniania dokumentów. Wskazać bowiem należy, że podstawowym celem wskazania danej osoby jest wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu i w takim kontekście Zamawiający winien dokonywać oceny tego co się zdarzyło w przedmiotowym postępowaniu. Zmiana osoby powinna więc jedynie spowodować brak przyznania punktów za tę osobę, ale nie powinna powodować odrzucenia oferty.

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że idąc tokiem rozumowania należałoby uznać, że w sytuacji, gdyby Zamawiający w wyniku oceny oferty stwierdził, że przypisane danej osobie doświadczenie nie spełnia wymogów punktowania, to przyjmując, że jest to część oferty sensu stricte czyli mieszczącej się w dyspozycji art. 87 ustawy Pzp, musiałby każdorazowo taką ofertę odrzucać. Patrząc dalej, w sytuacji gdyby osoba wskazana na takie stanowisko zmarła, również należałoby wykluczyć takiego wykonawcę, pomimo, że posiada on inną osobę na to stanowisko w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Takie stanowisko jest sprzeczne z przepisami ustawy Pzp, a jedyną konsekwencją zaistniałego stanu rzeczy winno być obniżenie punktów.

KIO 2409/17

W dniu **06.11.2017** r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu przedmiotowego postępowania.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **16.11.2017** r. w formie pisemnej przez wykonawcę **Biuro Projektów Gospodarki Wodnej i Ściekowej BIPROWOD – Warszawa Spółka z o.o., ul. Broniewskiego 3, 01-785 Warszawa** wniósł odwołanie na czynności oraz zaniechania Zamawiającego obejmujące:

- 1) badanie i ocenę ofert,
- 2) bezzasadne unieważnienie postępowania,
- 3) odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Ustawy,
- 4) zaniechanie zastosowania art. 87 ust 2 pkt 3 Ustawy poprzez brak poprawienia przez Zamawiającego treści omyłki oferty Odwołującego, która nie powoduje istotnej zmiany treści tej oferty,
- 5) zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Działaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił:

- 1) naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 Ustawy poprzez błędne uznanie, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ Odwołujący wskazał w ofercie, że Kierownik Zespołu Inżyniera będzie pracował średnio 0,6 etatu, podczas gdy zarówno z treści oferty jak i złożonych przez Odwołującego wyjaśnień z dnia 28.09.2017 wynika, że Odwołujący zamierza wykonać zadanie zgodnie z warunkami przetargowymi, a wszelkie rozbieżności treści oferty w stosunku do SIWZ należy uznać za nieważne i dostosować ofertę do treści SIWZ. Odwołujący w treści pisma z dnia 28.09.2017 r, wyjaśnił również logikę sporządzenia swojej oferty tzn. pojęcie Kierownik Zespołu w dokumencie „Organizacja i metodologia dla usługi „Nadzór nad realizacją robót budowlanych - Inżynier Projektu” był rozumiany jako funkcja co wobec faktu, że osoba Kierownika Zespołu „wyposażona” jest w 2 zastępców o tych samych uprawnieniach powoduje, że łączny czas pracy osób pełniących funkcję Kierownika przekracza 1 etat. Niezależnie wskazano jednak, że jeżeli Zamawiający nie podziela tego wnioskowania to te zapisy oferty należy uznać za nieważne i dostosować ofertę do wymogów SIWZ.
- 2) naruszenie treści art. 87 ust 2 pkt 3 Ustawy poprzez jego niezastosowanie i brak poprawienia przez Zamawiającego omyłki w treści oferty Odwołującego poprzez dostosowanie (zgodnie z wolą Odwołującego zawartą w treści oferty) treści stosownej rubryki

dokumentu „Organizacja i metodologia dla usługi „Nadzór nad realizacją robót budowlanych - Inżynier Projektu” do treści SIWZ. Zgodnie z wolą Odwołującego złożył on ofertę zgodną z wymaganiami SIWZ i zamierzał wykonać przyszłą umowę w całości po cenie wskazanej w ofercie, a jeżeli któryś z elementów oferty były niezgodny z SIWZ to należy go traktować jak nieważny i dostosować ofertę do SIWZ.

3) naruszenie art. 93 ust 1 pkt 1 Ustawy poprzez błędne uznanie, że w postępowaniu brak jest ofert niepodlegających odrzuceniu, podczas gdy oferta Odwołującego była prawidłowa i powinna zostać uwzględniona w toku postępowania.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
2. dokonanie ponownej oceny oferty Odwołującego i wyboru oferty Odwołującego jako jedynej prawidłowej oferty złożonej w postępowaniu,
3. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ w przypadku stwierdzenia niezasadności odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty, oferta ta (wobec odrzucenia także oferty drugiego z oferentów) okazałaby się najkorzystniejszą i powinna zostać wybrana przez Zamawiającego. Odwołujący ma więc interes gospodarczy we wniesieniu odwołania i mógłby ponieść szkodę w związku z brakiem udzielenia mu zamówienia. Gdyby nie nieprawidłowe działanie Zamawiającego Odwołujący uzyskał zamówienie.

Odwołujący podniósł, że otrzymał od Zamawiającego drogą elektroniczną pismo zatytułowane „Wynik postępowania przetargowego” w dniu 06.11.2017 r., a oryginał pisma doręczono Odwołującemu w dniu 13.11.2017 r., a więc termin do wniesienia odwołania wynikający z art. 182 ust 1 pkt 1 Ustawy został zachowany.

UZASADNIENIE

Dnia 6 listopada 2017 r, drogą elektroniczną Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu przetargu z powodu braku ofert niepodlegających odrzuceniu. Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Ustawy z uwagi na okoliczność, iż jej treści nie odpowiada SIWZ. W uzasadnieniu pisma podniesiono, że w dokumencie „Organizacja i metodologia dla usługi „Nadzór nad realizacją robót budowlanych - Inżynier Projektu” Odwołujący wskazał, że Kierownik Zespołu Inżyniera będzie pracował średnio 0,6 etatu, podczas gdy z treści pkt 5,4 Opisu Przedmiotu

zamówienia oraz zgodnie z par 6 ust 5 wzoru umowy Kierownik Zespołu ma pracować 8 godzin dziennie.

Ponieważ oferta drugiego z oferentów tj. ECM Group Polska S.A. również została odrzucona to Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. art. 93 ust 1 pkt 1 Ustawy.

W opinii Odwołującego działanie Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienia postępowania są bezpodstawne. Oferta Odwołującego była prawidłowa, a jej ew. niezgodności z treścią SIWZ (wynikające z różnego rozumienia pojęć „Kierownik Zespołu Inżyniera” tj. w ujęciu funkcjonalnym i ujęciu personalnym), wobec pozostałych oświadczeń Odwołującego nie powinny prowadzić do odrzucenia oferty, a jej poprawienia przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 Ustawy.

Odwołujący deklaruje w treści swojej oferty, że jest ona zgodna z warunkami SIWZ i zamierza wykonać przedmiot zamówienia za wskazaną cenę zgodnie z warunkami SIWZ. W treści oferty zawarto również oświadczenie (na str. 3 dokumentu „Organizacja i metodologia dla usługi „Nadzór nad realizacją robót budowlanych - Inżynier Projektu”, że gdyby któryś z elementów oferty był rozbieżny z treścią SIWZ to należy go uznać za nieważny i dostosować ofertę do treści SIWZ.

Takie deklaracje i wyjaśnienia Odwołujący skierował do Zamawiającego również w treści pisma z dnia 28.09.2017 r. Wyjaśnienia te zostały opatrzenie zrozumiane przez Zamawiającego, który uznał, że Odwołujący w wyjaśnieniach potwierdził, że będzie wykonywał funkcje Kierownika Zespołu Inżyniera w wymiarze mniejszym niż wymagany, podczas gdy intencją Odwołującego było wskazanie, że funkcja Kierownika Zespołu będzie pełniona w wymiarze przekraczającym 1 pełny etat.

Abstrahując od rozumienia przez każdą ze stron wyjaśnień Odwołującego, w ocenie Odwołującego stwierdzona przez Zamawiającego rozbieżność w treści oferty w stosunku do SIWZ powinna być przez niego poprawiona, albowiem omyłka ta świetle oświadczeń o zgodności oferty z wymaganiami SIWZ i deklaracją wykonania zamówienia zgodnie z warunkami SIWZ (oświadczenie zawarte w pkt 6 ppkt 2 Oferty - na stronie 2) oznaczała, że poprawienie tej omyłki nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Niezależnie od treści oferty w tym zakresie Odwołujący był gotowy i byłby zobowiązany do wykonywania zamówienia zgodnie z treścią SIWZ.

W tym zakresie (braku poprawienia przez Zamawiającego oferty Odwołującego) również obniżenie punktacji oferty Odwołującego podczas oceny kryteriów zgodnie z pkt 26 SIWZ

było nieuprawnionym działaniem Zamawiającego. Wobec powyższego odwołanie należy uznać za zasadne, dlatego wnoszę jak na wstępie.

Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający pismem z dnia 2 grudnia 2017 r w sprawie o sygn. akt KIO 2394/17 wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie w całości odwołania wykonawcy ECM Group Polska S.A.

W uzasadnieniu zostało wskazane, co następuje.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Kontrakt 66 „Nadzór nad realizacją robót budowlanych — Inżynier Kontraktu” DZ/66/2017r wszczęte zostało 30 czerwca 2017r. otwarcie ofert nastąpiło 10 sierpnia 2017 r.

W obecnym stanie prawnym, z uwagi na brzmienie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zastosował tzw. „procedurę odwróconą”, o której mowa w art. 24 aa ust. 1 ustawy, postępowanie miało charakter dwu etapowy. pierwszym etapie Zamawiający dokonał oceny oferty, w tym oferty Odwołującego natomiast w drugim etapie badaniu podlegało spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia w stosunku do Wykonawcy, który w pierwszym etapie otrzymał najwyższą ilość punktów obliczonych w oparciu o przyjęte kryteria oceny ofert.

W niniejszym postępowaniu jednym z kryteriów oceny ofert była ocena kwalifikacji i doświadczenia zawodowego osób wyznaczonych. Zamawiający określił to kryterium w oparciu o przepis art. 91 ust.2 pkt. 6 ustawy, wskazując jednocześnie na jakiej podstawie będzie dokonywał oceny oferty w tym zakresie — załącznik nr 8 — Tabela oceny kwalifikacji i doświadczenia personelu Inżyniera Projektu.

Doświadczenie inspektora nadzoru robót sanitarnych stanowiło kryterium oceny oferty, a co za tym idzie nie jest dopuszczalne uzupełnienie lub zmiana formularza ofert w tym zakresie już po otwarciu ofert i dokonaniu oceny ofert, poprzez podmienienie uprzednio wskazanej osoby (wyrok KIO 884/17 z 18.05.2017r).

Odwołujący po otwarciu ofert i ocenie ofert wskazał inną osobę wyznaczoną, Oznacza to, zdaniem Zamawiającego, że oferta Wykonawcy różni się w swojej treści patrząc od strony wyżej omówionych etapów. Zamawiający stoi bowiem na stanowisku, że dokumenty (w tym przypadku załącznik nr 8 wraz z wykazem ocenianego personelu) jest integralnym elementem oferty (oświadczeniem woli) ponieważ analiza tego dokumentu bezpośrednio przekłada się na ocenę oferty w ramach innych niż cena kryteriów oceny ofert. W skutek tego działania oferta otrzymuje konkretną ocenę punktową oraz plasuje się w rankingu ofert

na odpowiednim miejscu. W takim duchu wypowiedziała się również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 426/15 z dnia 20 marca 2015r.

Odwołujący na etapie konstruowania oferty winien dołożyć należytej staranności i w sposób nie budzący wątpliwości zapewnić sobie współpracę ze wskazanym w ofercie specjalistą.

Zamawiający dopuszczając do zmiany w opisanym zakresie naruszyłby fundamentalne zasady ustawy to jest uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - art. 7 ustawy. Zezwolenie na takie działanie umożliwiłby dowolnie zmieniać lub uzupełniać wykonawcom złożoną ofertę już po jej otwarciu po zapoznaniu się z nimi. Takie działanie nie znajduje oparcia w przepisach ustawy zwłaszcza w art. 87 ustawy zakazującym dokonywania jakichkolwiek zmian w ofercie poza wskazanymi w powyższym przepisie.

Zamawiający prowadząc jakiegokolwiek postępowanie o zamówienie publiczne musi oceniać ofertę — jej kondycję prawnoproceduralną - patrząc przez pryzmat przepisów ustawy a nie przez pryzmat okoliczności, jakie ukształtowały się podczas prowadzenia procedury. Innymi słowy zdaniem Zamawiającego bez znaczenia jest wbrew twierdzeniom Odwołującego się ilu wykonawców złożyło ofertę w postępowaniu o zamówienie publiczne. Błędów nie można relatywizować w zależności od okoliczności, łatwo sobie przecież wyobrazić, że w tym postępowaniu było więcej ofert, oferta konkurencyjna nie została odrzucona czy różnica punktowa była minimalna np., 0,5 pkt,

Odnosząc się do stwierdzenia zawartego w odwołaniu; „Z uwagi na fakt, że oferta Odwołującego została oceniona najwyżej, Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący w odpowiedzi na to wezwanie, zmienił osobę na stanowisku inspektora nadzoru robót sanitarnych, w związku z czym Zamawiający uznał, że doszło do zmiany treści oferty, co jest niedopuszczalne w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp”.

Kryterium oceny ofert, o którym mowa w art. 91 ustawy nie jest okolicznością, o której mowa w art. 25 ust. 1, a więc nie podlega potwierdzeniu w drodze przedłożenia na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1. Zastosowanie takiego kryterium wiąże się więc z koniecznością żądania stosownych dokumentów już na etapie składania ofert.

W tym stanie rzeczy Zamawiający wnosi o oddalenie w całości odwołania

Zamawiający pismem z dnia 2 grudnia 2017 r. wniósł odpowiedź na odwołanie o sygn. akt KIO 2409/17. Działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu ww. pisma wskazał, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Kontrakt 66 „Nadzór nad realizacją robót budowlanych — Inżynier Kontraktu” DZ/66/2017r wszczęte zostało 30 czerwca 2017r., otwarcie ofert nastąpiło 10 sierpnia 2017r.

Wymóg zatrudnienia, z określeniem dotyczącym czasu pracy i terminu w jakim ma być wykonywana, Kierownika Zespołu Inżyniera postawiony został przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia pkt.5.4 str. 32 i powtórzony we wzorze umowy w S 6 ust.5.

Z treści oferty złożonej przez Odwołującego wynika, że Kierownik Zespołu Inżyniera będzie pracował średnio 0,6 etatu podczas, gdy Zamawiający wskazał, że ten ekspert winien pracować przez co najmniej 8 godzin dziennie przez okres związania umową, Jak wskazuje Odwołujący, z treści pisma z dnia 28.09.2017r wynika, że zgodnie z logiką sporządzania swojej oferty pojęcie Kierownika Zespołu w dokumencie „Organizacja metodologia dla usługi „Nadzór nad realizacją robót budowlanych — Inżynier Projektu” był rozumiany jako funkcja co wobec faktu, że osoba Kierownika Zespołu „wyposażona jest w 2 zastępców o tych samych uprawnieniach powoduje, że łączny czas pracy osób pełniących funkcję kierownika przekracza jeden etat.

Odwołujący niesłusznie uznaje, że na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2017 poz. 1579 tj.)dalej „ustawa”, Zamawiający jest obowiązany do poprawienia omyłki w treści oferty poprzez dostosowanie zgodnie z jego wolą zapisów oferty do wymogów Zamawiającego.

Jak wskazał Zamawiający zgodnie z treścią art. 87 ust. 1 niedopuszczalne jest dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści złożonej oferty z wyjątkiem sytuacji opisanych w ust 2 przepisu. Możliwość dokonania zmian w trybie ust 2 pkt. 3 jest może być wykorzystana jedynie przy spełnieniu kumulatywnym dwóch przesłanek. Po pierwsze zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści. Po drugie - poprawienie niezgodności nie może spowodować istotnych zmian w treści oferty. Analizując pierwszą przesłankę w świetle dokumentów zgromadzonych w toku postępowania, a zwłaszcza wskazywanego przez Odwołującego pisma z dnia 28.09.2017r, Zamawiający doszedł do słusznego wniosku, że Odwołujący celowo i świadomie złożył oświadczenie o zatrudnieniu Kierownika Zespołu — Inżyniera Rezydenta w wymiarze 0,6 etatu. Wskazanie, że funkcja Kierownika Zespołu — Inżyniera Rezydenta będzie wyposażona w dwóch zastępców wynika z samej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia IDW załącznik nr 8 - Tabela oceny kwalifikacji i doświadczenia personelu Inżyniera Projektu, a więc pochodzi od Zamawiającego.

Trudno więc, w ocenie Zamawiającego, przypisać Odwołującemu niezamierzony błąd w tym zakresie można pokusić się o stwierdzenie, że w pełni świadomie przygotował taki a nie inny zapis oferty.

W związku z tym analizowanie przesłanki dotyczącej istotnej zmiany oferty jest już, zdaniem Zamawiającego, zbędne, choć można się pokusić o domniemanie, że zmiana w zakresie czasu pracy Kierownika Zespołu rzutować mogłaby na cenę oferty, a tego również Zamawiający nie mógłby zmienić nie mając danych po temu.

Zamawiający dokonując więc żądanej przez Odwołującego zmiany oferty w opisanym stanie faktycznym naruszyłby fundamentalne zasady ustawy to jest uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - art. 7 ustawy.

W tym stanie rzeczy Zamawiający wniósł o oddalenie w całości odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertami złożonymi w postępowaniu przez wykonawców ECM Group Polska S.A. oraz Biprowod Warszawa Spółka z o.o. oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z treścią wniesionych odwołań, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że odwołującym się wykonawcom przysługiwało prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wykonawcy wnoszący odwołania złożyli w przedmiotowym postępowaniu oferty, zaś zarzuty podniesione w treści obu odwołań zostały skierowane wobec czynności Zamawiającego obejmującej odrzucenie obu ofert z postępowania oraz w konsekwencji do jego unieważnienia. W przypadku zaś uwzględnienia odwołań Odwołujący mają on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępujących, jak

również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w obu odwołaniach Izba stwierdziła, że odwołania te zasługują na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią Rozdziału 4 SIWZ zatytułowanego „Opis przedmiotu zamówienia” przedmiotem zamówienia wg klasyfikacji CVP jest: 71.24.70.00-1 Nadzór nad robotami budowlanymi 71.24.80.00-8 Nadzór nad projektem i dokumentacją 71.31.00.00-4 Doradcze usługi inżynierskie i budowlane 71.31.10.00-1 Usługi doradcze w zakresie inżynierii lądowej i wodnej 71.34.00.00-3 Zintegrowane usługi inżynierskie 71.35.62.00-0 Usługi pomocy technicznej 71.52.00.00-9 Usługi nadzoru budowlanego 71.54.00.00-5 Usługi zarządzania budową 71.54.10.00-2 Usługi zarządzania projektem budowlanym

Zakres rzeczowy przedsięwzięcia obejmuje nadzór, usługi doradcze, usługi zarządzania nad prowadzonymi robotami budowlanymi w ramach Projektu pn.: „Modernizacja i rozbudowa gospodarki wodno – ściekowej na terenie aglomeracji Radom – III etap”. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia przedstawiony został w Części III niniejszej SIWZ.

W pkt 10b SIWZ Zamawiający określił Warunki udziału w postępowaniu

1. W zakresie warunków wskazanych w art. 22 ust. 1b u.p.z.p. Zamawiający wymaga, aby Wykonawcy spełniali warunki dotyczące:

3. Wykonawca w celu potwierdzenia, że spełnia warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej (dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia) obowiązany jest wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, tj. pełnić następujące funkcje:

(a) Ekspert nr 1 – Kierownik Zespołu – Inżynier Rezydent – niniejsza osoba ma posiadać następujące kwalifikacje:

- wyższe wykształcenie techniczne lub ekonomiczne lub menadżerskie;
- co najmniej 10 lat doświadczenia zawodowego w zarządzaniu projektami inwestycyjnymi przy koordynacji/zarządzaniu prac związanych z realizacją inwestycji w zakresie budowy, przebudowy lub modernizacji kanalizacji sanitarnej lub deszczowej o długości minimum 30 km w terenie zurbanizowanym tj. na obszarze miasta oraz budowie, przebudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków o przepustowości min. 20 000 m³/d dla przepływu średniodobowego. Usługi te winny zostać zrealizowane w ramach co najmniej jednego Projektu o wartości całkowitej nadzorowanych robót minimum 100 000 000 PLN netto każdy; Usługi wymienione wyżej mogą być wykonane w ramach jednej lub dwóch umów.

(b) Eksperti nr 2, 3 – Z-cy Kierownika Zespołu - Inspektorzy nadzoru robót sanitarnych – 2 osoby, każda z tych osób ma posiadać następujące kwalifikacje: – wyższe wykształcenie techniczne; – uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych (wydane na podstawie aktualnie obowiązujących przepisów prawa lub uprawnienia w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa wystarczające do realizacji przedmiotu zamówienia); – co najmniej 7 letnie doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu bądź kierowaniu robotami w tym min. 4 letnie doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu bądź kierowaniu robotami dla co najmniej dwóch inwestycji obejmujących budowę, przebudowę lub modernizację kanalizacji sanitarnej lub deszczowej o długości ok. 20 km w terenie miejskim; - co najmniej 4 letnie doświadczenie zawodowe w zarządzaniu projektami inwestycyjnymi przy koordynacji/zarządzaniu prac związanych z realizacją inwestycji w zakresie gospodarki wodno – ściekowej w tym min. jednej inwestycji o wartości robót min. 30 000 000 PLN;

(c) Eksperti nr 4, 5 – Inspektorzy nadzoru robót sanitarnych – 2 osoby, każda z tych osób ma posiadać następujące kwalifikacje: – średnie lub wyższe wykształcenie techniczne; – uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych (wydane na podstawie aktualnie obowiązujących przepisów prawa lub uprawnienia w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa wystarczające do realizacji przedmiotu zamówienia); – co najmniej 7 letnie doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu bądź kierowaniu robotami w tym min. 4 letnie doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu bądź kierowaniu robotami dla co najmniej dwóch inwestycji obejmujących budowę, przebudowę lub modernizację kanalizacji sanitarnej lub deszczowej o długości ok. 20 km w terenie miejskim;

(d) Ekspert nr 6 – Inspektor nadzoru robót sanitarnych – niniejsza osoba ma posiadać następujące kwalifikacje: – średnie lub wyższe wykształcenie techniczne; – uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych (wydane na podstawie aktualnie obowiązujących przepisów prawa lub uprawnienia w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa wystarczające do realizacji przedmiotu zamówienia); – co najmniej 7 letnie doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu bądź kierowaniu robotami w tym min. 4 letnie doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu bądź kierowaniu robotami dla co najmniej dwóch inwestycji obejmujących budowę, rozbudowę lub modernizację oczyszczalni ścieków o przepustowości min. 250 000 RLM;

(e) Ekspert nr 7 – Inspektor nadzoru robót sanitarnych – niniejsza osoba ma posiadać następujące kwalifikacje: – średnie lub wyższe wykształcenie techniczne; – uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych (wydane na podstawie aktualnie obowiązujących przepisów prawa lub uprawnienia w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa wystarczające do realizacji przedmiotu zamówienia);

– co najmniej 7 letnie doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu bądź kierowaniu robotami w tym min. 4 letnie doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu bądź kierowaniu robotami dla co najmniej dwóch inwestycji obejmujących budowę lub rozbudowę lub modernizację stacji uzdatniania wody o wydajności nie mniejszej niż 50 m³/h;

(f) Ekspert nr 8 – Inspektor nadzoru robót konstrukcyjno – budowlanych – niniejsza osoba ma posiadać następujące kwalifikacje: – średnie lub wyższe wykształcenie techniczne; – uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjnobudowlanej bez ograniczeń (wydane na podstawie aktualnie obowiązujących przepisów prawa lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa wystarczające do realizacji przedmiotu zamówienia); – co najmniej 7 letnie doświadczenie zawodowe jako kierownik robót lub inspektor nadzoru, w tym minimum 4 letnie doświadczenie przy inwestycjach z zakresu gospodarki wodno - ściekowej;

(g) Ekspert nr 9, 10, 11 – Inspektorzy nadzoru robót drogowych – 3 osoby, każda z tych osób ma posiadać następujące kwalifikacje: – średnie lub wyższe wykształcenie techniczne; – uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej (wydane na podstawie aktualnie obowiązujących przepisów prawa lub odpowiadające im

ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa wystarczające do realizacji przedmiotu zamówienia); – co najmniej 7 letnie doświadczenie zawodowe jako kierownik robót lub inspektor nadzoru;

(h) Ekspert nr 12 – Inspektor nadzoru robót elektrycznych – niniejsza osoba ma posiadać następujące kwalifikacje: – średnie lub wyższe wykształcenie techniczne; – uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (wydane na podstawie aktualnie obowiązujących przepisów prawa lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa wystarczające do realizacji przedmiotu zamówienia);

– co najmniej 7 letnie doświadczenie zawodowe jako kierownik robót lub inspektor nadzoru w zakresie robót elektrycznych w tym: przy co najmniej dwóch robotach, których przedmiotem była budowa lub rozbudowa lub modernizacja oczyszczalni ścieków o przepustowości min. 100 000 RLM;

(i) Ekspert nr 13 – Specjalista w zakresie automatyki i AKPiA – niniejsza osoba ma posiadać następujące kwalifikacje: – średnie lub wyższe wykształcenie techniczne w specjalności automatyki;

– co najmniej 7 letnie doświadczenie zawodowe jako kierownik robót lub inspektor nadzoru w zakresie automatyki i AKPiA w tym: przy co najmniej dwóch robotach, których przedmiotem była budowa lub rozbudowa lub modernizacja oczyszczalni ścieków o przepustowości min. 100 000 RLM;

(j) Ekspert nr 14 – Specjalista ds. kosztorysowania i rozliczeń – niniejsza osoba ma posiadać następujące kwalifikacje: – średnie lub wyższe wykształcenie techniczne lub ekonomiczne; – co najmniej 7 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku specjalisty zajmującego się łącznie kosztorysowaniem, obmiarami i rozliczeniem zadań inwestycyjnych, w tym doświadczenie w rozliczeniu co najmniej dwóch robót, których przedmiotem były inwestycje z zakresu gospodarki wodno – ściekowej o wartości całkowitej co najmniej 50 000 000 PLN każda;

(k) Ekspert nr 15 – Projektant – niniejsza osoba ma posiadać następujące kwalifikacje: – średnie lub wyższe wykształcenie techniczne; – uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych (wydane na podstawie aktualnie obowiązujących przepisów prawa lub uprawnienia w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa wystarczające do realizacji przedmiotu zamówienia); – co najmniej 7 letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku projektanta branży sanitarnej na przynajmniej 2 usługach polegających na wykonaniu dokumentacji projektowej (na którą w zakresie projektu budowlanego uzyskano pozwolenie na

budowę/zgłoszenie) obejmujących budowę, rozbudowę lub modernizację kanalizacji sanitarnej lub deszczowej o długości min. 20 km w terenie miejskim.

Uwaga: W przypadku gdy ww. osoby, biorące udział w realizacji zamówienia, nie znają języka polskiego wymagane jest aby Wykonawca zapewnił pełną usługę tłumaczenia na i z języka polskiego.

Zamawiający zakazuje łączenia funkcji przez w/w ekspertów.

Powyższy skład zespołu specjalistów jest zespołem podstawowym (kluczowym). Wykonawca powinien przeanalizować jeżeli jest to konieczne możliwość zatrudnienia dodatkowego personelu w celu zapewnienia należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający co do zasady zakazuje zmian przedstawionego w ofercie personelu. Zmiany takie będą możliwe jedynie po zaistnieniu okoliczności niezależnych od Wykonawcy (np. zdarzeń losowych).

W takim przypadku wszelkie zmiany personelu muszą uzyskać zgodę Zamawiającego i być zgodne z wymaganiem SIWZ.

Zamawiający określając wymogi dla potencjału kadrowego w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych, dopuszcza odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów oraz odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom państw członkowskich Unii Europejskiej, Konfederacji Szwajcarskiej oraz państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o wolnym Handlu (EFTA). W celu udokumentowania posiadania wymaganych uprawnień przez w/w osoby, do oferty należy dołączyć zaświadczenie/ decyzję potwierdzające/ą posiadanie kwalifikacji zawodowych, o których mowa w art. 12 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ust. 1 z zastrzeżeniem art. 12a ustawy Prawo Budowlane (tekst jednolity: Dz.U. z 2016 r., poz. 290 z póź. zm.) oraz ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (tekst jednolity: Dz.U. z 2016 r. poz. 1725 z późn. zm.) oraz ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. z 2016 r., poz. 65 z póź. zm.).

Zamawiający może, na każdym etapie postępowania uznać, że Wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych Wykonawcy w inne przedsięwzięcie gospodarcze Wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację niniejszego zamówienia.

W kolejnym punkcie oznaczonym numerem 10c i zatytułowanym „Oświadczenia i dokumenty, jakie zobowiązani są dostarczyć Wykonawcy w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia oraz potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” Zamawiający wskazał, że:

1. Do oferty Wykonawca zobowiązany jest dołączyć aktualny na dzień składania ofert Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) (forma dokumentu oryginał) w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w niniejszej IDW. Informacje zawarte w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia będą stanowiły wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w pkt. 10a i b niniejszej IDW. Jednolity Europejski Dokument Zamówienia przygotowany wstępnie przez Zamawiającego dla przedmiotowego postępowania jest dostępny na stronie internetowej Zamawiającego w miejscu zamieszczenia niniejszej IDW – załącznik nr 2 do niniejszej IDW.

Wykonawca, zamieszcza w Części II sekcja C JEDZ informację o tym, czy powołuje się na zasoby innego podmiotu w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli tak, zaleca się podanie nazw (firm) podmiotów na zasoby których powołuje się Wykonawca.

6. Na wezwanie Zamawiającego Wykonawca zobowiązany jest złożyć następujące oświadczenia lub dokumenty:

6.1 W celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu:

e) wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za nadzór nad robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacji o podstawie do dysponowania tymi osobami. Powyższe nastąpi wg wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do niniejszej IDW. f) oświadczenie, że osoba(y) o której(ych) mowa w ppkt. e) posiada(ją) wymagane przez Zamawiającego uprawnienia budowlane. Powyższe nastąpi wg wzoru stanowiącego załącznik nr 4a do niniejszej IDW.

15. Opis sposobu przygotowania oferty

1. Wymagania podstawowe

- 1) Każdy Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę.
- 2) Oferta musi być sporządzona w języku polskim.
- 3) Ofertę składa się pod rygorem nieważności, w formie pisemnej.
- 4) Zamawiający nie dopuszcza złożenia oferty w postaci elektronicznej.
- 5) Ofertę należy przygotować ściśle według wymagań określonych w niniejszej SIWZ.
- 6) Ofertę stanowi prawidłowo wypełniony Formularz Ofertowy wraz z załącznikami.
- 7) Oferta powinna być podpisana przez osobę upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy, zgodnie z formą reprezentacji Wykonawcy określoną w rejestrze lub innym dokumencie, właściwym dla danej formy organizacyjnej Wykonawcy albo przez upoważnionego przedstawiciela Wykonawcy.

8) Wszelkie miejsca w ofercie, w których Wykonawca naniósł poprawki lub zmiany wpisywanej przez siebie treści (czyli wyłącznie w miejscach, w których jest to dopuszczone przez Zamawiającego) muszą być parafowane przez osobę (osoby) podpisującą (podpisujące) ofertę.

9) Zamawiający zwróci Wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane, na ich wniosek, złożone przez nich plany, projekty, rysunki, modele, próbki, wzory, programy komputerowe oraz inne podobne materiały. Żadne inne dokumenty wchodzące w skład oferty, w tym również te przedstawiane w formie oryginałów, nie podlegają zwrotowi przez Zamawiającego.

10) Wykonawca ponosi wszelkie koszty związane z przygotowaniem i złożeniem oferty.

11) Wykonawca jest świadomy, że na podstawie ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (tekst jednolity Dz.U. 2016 r., poz. 1137 z późn. zm.), art. 297 § 1. „Kto, w celu uzyskania dla siebie lub kogo innego, od banku lub jednostki organizacyjnej prowadzącej podobną działalność gospodarczą na podstawie ustawy albo od organu lub instytucji dysponujących środkami publicznymi - kredytu, pożyczki pieniężnej, poręczenia, gwarancji, akredytywy, dotacji, subwencji, potwierdzenia przez bank zobowiązania wynikającego z poręczenia lub z gwarancji lub podobnego świadczenia pieniężnego na określony cel gospodarczy, instrumentu płatniczego lub zamówienia publicznego, przedkłada podrobiony, przerobiony, poświadczający nieprawdę albo nierzetelny dokument albo nierzetelne, pisemne oświadczenie dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania wymienionego wsparcia finansowego, instrumentu płatniczego lub zamówienia, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”.

2. Forma oferty 1) Oferta musi być sporządzona w języku polskim, w 3 egzemplarzach (1 oryginał i 2 kopie - kopie mogą być kserokopiami oryginału), mieć formę pisemną i format nie większy niż A4. Arkusze o większych formatach należy złożyć do formatu A4. 2) Wzory dokumentów dołączonych do niniejszej IDW powinny zostać wypełnione przez Wykonawcę i dołączone do oferty bądź też przygotowane przez Wykonawcę w zgodnej z niniejszą IDW formie. 3) Stosowne wypełnienia we wzorach dokumentów stanowiących załączniki do niniejszej IDW i wchodzących następnie w skład oferty mogą być dokonane komputerowo, maszynowo lub ręcznie. 4) We wszystkich przypadkach, gdzie jest mowa o pieczętkach, Zamawiający dopuszcza złożenie czytelnego zapisu o treści pieczęci zawierającego, co najmniej oznaczenie nazwy Wykonawcy i siedziby. 5) Zamawiający zaleca przy sporządzaniu oferty wykorzystanie wzorów stanowiących załączniki do SIWZ. Dopuszcza się złożenie w ofercie dokumentów opracowanych przez Wykonawców pod warunkiem, że będą one zgodne co do treści z formularzami określonymi przez Zamawiającego. 6) Dokumenty przygotowywane samodzielnie przez Wykonawcę na podstawie wzorów

stanowiących załączniki do niniejszej IDW powinny mieć formę wydruku komputerowego lub maszynopisu. 7) Całość oferty powinna być złożona w formie uniemożliwiającej jej przypadkowe zdekompletowanie – arkusze (kartki) oferty muszą być zszyte, zbindowane lub trwale połączone w jedną całość inną techniką. 8) Wszystkie zapisane strony oferty wraz z załącznikami powinny być ponumerowane. Strony te powinny być parafowane przez osobę (lub osoby jeżeli do reprezentowania Wykonawcy upoważnione są dwie lub więcej osoby) podpisującą (podpisujące) ofertę zgodnie z treścią dokumentu określającego status prawny Wykonawcy lub treścią załączonego do oferty pełnomocnictwa. Strony zawierające informacje nie wymagane przez Zamawiającego (np.: prospekty reklamowe o firmie, jej działalności, itp.) nie muszą być numerowane i parafowane. 9) Wymagania określone w pkt. 15.4 niniejszej IDW nie stanowią o treści oferty i ich niespełnienie nie będzie skutkowało odrzuceniem oferty. Wszelkie negatywne konsekwencje mogące wynikać z niezachowania tych wymagań będą obciążały Wykonawcę.

3. Zawartość oferty 1) Kompletna oferta musi zawierać:

a) Formularz Oferty, sporządzony na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do niniejszej IDW, b) Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) wymagany postanowieniami pkt. 10c pkt. 1 niniejszej IDW sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do niniejszej IDW, c) Tabelę oceny kwalifikacji i doświadczenia personelu Inżyniera Projektu – jako podstawa do oceny oferty w kryterium „Kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zadania”, przygotowaną na podstawie załącznika nr 8 do niniejszej IDW, d) Opracowanie pn.: „Organizacja i metodologia zespołu Inżyniera Projektu” zawierające informacje będące podstawą oceny oferty w kryterium „Organizacja i Metodologia”, przygotowaną na podstawie załącznika nr 9 do niniejszej IDW i zawierająca informacje nt.: - schemat organizacyjny zespołu Inżyniera Projektu z uwzględnieniem zależności i komunikacji oraz usytuowania w organizacji firmy, organizacja pracy Inżyniera uwzględniająca kluczowe obowiązki, w tym: archiwizacji dokumentów, metodyka sporządzania dokumentów OT, zapobieganie sporom, rozstrzyganie sporów i roszczeń; - dyspozycyjność personelu – dostępność komunikacyjna i czas reakcji przez cały okres realizacji Projektu; zaangażowanie personelu kluczowego i pomocniczego (obsługa administracyjna biura) określone etatem; przewidywane czasy pobytu na budowie Kierownika Zespołu i Inspektorów Nadzoru; - usytuowanie i wyposażenie biura Inżyniera (miejsce usytuowania biura w granicach administracyjnych miasta Radom, wyposażenie w stanowiska biurowe, sprzęt komputerowy z oprogramowaniem, salę narad z wyposażeniem), e) Dokumenty, z których wynika prawo do podpisania oferty (oryginał lub kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem przez notariusza) względnie do podpisania innych dokumentów składanych wraz z ofertą, chyba, że Zamawiający może je uzyskać w szczególności za

pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu Ustawy z dnia 17 lutego 2005r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, tekst jednolity: Dz.U. z 2017 r., poz. 570), a Wykonawca wskazał to wraz ze złożeniem oferty. f) Pełnomocnictwo do reprezentowania wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, ewentualnie umowa o współdziałaniu, z której będzie wynikać przedmiotowe pełnomocnictwo. Pełnomocnik może być ustanowiony do reprezentowania Wykonawców w postępowaniu albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy. Pełnomocnictwo winno być załączone w formie oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii. 2) Pożądane przez Zamawiającego jest złożenie w ofercie spisu treści z wyszczególnieniem ilości stron wchodzących w skład oferty.

Następnie Izba ustaliła, że zgodnie z rozdziałem 25. Zatytułowanym „Opis sposobu obliczenia ceny” Zamawiający wskazała m.in.:

1. Cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia należy przedstawić w Formularzu ofertowym stanowiącym załącznik do niniejszej IDW. 2. Ceną oferty jest kwota wymieniona w Formularzu Oferty i powinna wynikać z dokumentów stanowiących opis przedmiotu zamówienia. 3. Z uwagi na ryczałtowy charakter zamówienia wszystkie usługi, które nie zostały ujęte w szeroko rozumianym opisie przedmiotu zamówienia ale są naturalną konsekwencją nadzoru nad robotami budowlanymi i w naturalny sposób z niego wynikają muszą zostać wykonane przez Wykonawcę w ramach zaoferowanego wynagrodzenia. 4. W celu prawidłowej wyceny przedmiotu zamówienia Zamawiający zaleca, aby Wykonawca dokonał inspekcji miejsca wykonywania przedmiotu umowy i jego otoczenia w celu oszacowania na własną odpowiedzialność, na własny koszt i ryzyko wszystkich danych, jakie mogą okazać się niezbędne do przygotowania Oferty i realizacji przedmiotu umowy.

W rozdziale 26. Zatytułowanym „Kryteria oceny ofert wraz z podaniem znaczenia wskazanych kryteriów i sposobu oceny ofert” Zamawiający ujął następujące postanowienia:

1. Zamawiający oceni i porówna jedynie te oferty, które:
 - 1) zostaną złożone przez Wykonawców nie wykluczonych przez Zamawiającego z niniejszego postępowania;
 - 2) nie zostaną odrzucone przez Zamawiającego.
2. Ocena ofert zostanie przeprowadzona na podstawie kryteriów:
 1. Cena ofertowa 50%
 2. Organizacja zespołu Inżyniera i metodologia 25%
 3. Kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia

25%

3. Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która otrzymała największą ilość punktów P_x liczoną wg wzoru:

$$P_x = \frac{C_{\min}}{C_x} \times 100 \times 50\% + m_x \times 25\% + k_x \times 25\%$$

gdzie: P_x – sumaryczna ilość punktów, którą otrzymała badana oferta C_{\min} – cena najniższej oferty C_x – cena badanej oferty

m_x – liczba punktów w skali od 1 – 100, które uzyskała badana oferta w kryterium „Organizacja i Metodologia” – zgodnie z załącznikiem 9 do niniejszej IDW

k_x – liczba punktów w skali od 1 – 100, które uzyskała badana oferta w kryterium „Kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zadania” – zgodnie z załącznikiem 8 do niniejszej IDW 4. W przypadku Wykonawcy, który ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, który w swojej ofercie poda cenę netto (bez podatku VAT = 23%), do ceny netto oferowanej przez takiego Wykonawcę, na etapie oceny i porównania ofert, Zamawiający doliczy podatek od towarów i usług VAT w wysokości 23% zgodnie z art. 2 pkt. 1 u.p.z.p. mówiącym o cenie w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U. poz. 915). Powyższe wynika z konieczności odprowadzenia przez Zamawiającego podatku VAT od wartości niniejszego przedmiotu zamówienia. 5. Zamawiający udzieli niniejszego zamówienia temu(tym) Wykonawcy(Wykonawcom), którego(ych) oferta(ty) odpowiada wszystkim wymaganiom SIWZ i zostanie oceniona jako najkorzystniejsza

Zamawiający w części II SIWZ zawierającej opis przedmiotu zamówienia w pkt 5.4. zatytułowanym „czas pracy” wskazał, że „podczas trwania całego projektu, łącznie z okresem zgłaszania wad Kierownik Zespołu zobowiązany jest do pracy przez co najmniej 8 godzin dziennie”.

Izba ustaliła również, że analogiczny wymóg został ujęty w § 6 ust. 5 wzoru umowy (część II do SIWZ – wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego).

Załącznikiem nr 4 do SIWZ jest wzór wykazu osób, które będą wykonywać niniejsze zamówienie, gdzie pod tytułem tego załącznika zawarto wzmiankę „składany na wezwanie Zamawiającego”.

Izba ustaliła, że wykonawca ECM Group Polska S.A. wraz z ofertą złożył, przy wykorzystaniu załącznika nr 4 wykaz osób (objęty zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa), w którym wskazał w poz. 2, 3 6 oraz 7 osoby na stanowiska inspektorów nadzoru w branży sanitarnej.

Izba ustaliła, że wykonawca BIPROWOD Warszawa Spółka z o.o. w złożonej ofercie na str. 23 (str. 3 dokumentu zatytułowanego „Organizacja i metodologia dla usługi pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu dla Projektu pn. „Modernizacja i rozbudowa gospodarki wodno – ściekowej na terenie aglomeracji Radom – III etap”) złożył oświadczenie o następującej treści: „Oferta Wykonawcy odpowiada wymaganiom postawionym przez Zamawiającego w SWIZ dla w/w/ zamówienia. W przypadku wystąpienia w niniejszym opracowaniu zapisów rozbieżnych w stosunku do w/w SIWZ, odpowiednie zapisy opracowania uznaje się za nieważne. Metodyka pracy Inżyniera kontraktu będzie dostosowana do zapisów umownych”.

Izba ustaliła następnie, że wykonawca BIPROWOD Warszawa Spółka z o.o. w złożonej ofercie na str. 56 (str. 36 dokumentu zatytułowanego „Organizacja i metodologia dla usługi pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu dla Projektu pn. „Modernizacja i rozbudowa gospodarki wodno – ściekowej na terenie aglomeracji Radom – III etap”) wskazał dla Kierownika zespołu Inżynier: średnio 0,6 etatu, a jego zastępcy, tj. inspektor nadzoru branży sanitarnej – 1 etat Na str. 56 - 57 złożonej oferty (str. 36 - 37 metodyki) zostało nadto wskazane, że: „Jest oczywiste, że zaangażowanie poszczególnych specjalistów będzie różne na poszczególnych etapach realizacji Projektu. Dlatego też wymagana jest stosowna dyspozycyjność i elastyczność u pracowników zespołu. W przypadku pracowników „BIPROWOD – WARSZAWA” Sp. z o.o. jest to wieloletnia codzienna praktyka, uwzględniona również w umowach o pracę, a w przypadku pracowników kontraktowych jest to warunek zawarcia umowy. Zwracamy szczególną uwagę na proporcje czasu pracy poświęconego na prace kameralne oraz na inspekcje placu budowy. Bezwzględnie wymagamy codziennej inspekcji placu budowy przez inspektorów branży sanitarnej – z-ców kierownika co najmniej przez połowę dziennego czasu pracy oraz minimum cotygodniowej inspekcji budowy przez kierownika zespołu.(...) Ponadto aby wyeliminować ryzyko zdarzeń losowych, które mogły by niekorzystnie wpłynąć na realizację Projektu zostaną w ramach personelu firmy „BIPROWOD WARSZAWA” wyznaczeni dublerzy spełniający wymogi SIWZ na kluczowe

stanowiska w zespole Inżyniera. Dublerzy będą raz na kwartał zapoznawani z przebiegiem realizacji Projektu”.

Zamawiający pismem z dnia 21.09.2017 r. wezwał wykonawcę ECM Group Polska S.A. na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w przedmiocie osób wskazanych w wykazie (załącznik nr 4 złożony wraz z ofertą) i ich doświadczenia wskazując jednocześnie, że prosi o potwierdzenie domniemania Zamawiającego, że brak wskazania ekspertów 4 i 5, eksperta 11 oraz 13 oznacza, iż osoby te spełniają warunki udziału w postępowaniu natomiast nie posiadają kwalifikacji za które wykonawca otrzymałby dodatkowe punkty.

Zamawiający pismem z dnia 26.09.2017 r. wezwał wykonawcę Biprowod Warszawa Spółka z o.o. na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dlaczego w dołączonym do oferty opisie dot. organizacji i metodologii usługi Inżyniera Projektu na str. 36 (str. 56 oferty) jest zapis, że Kierownik Zespołu Inżyniera będzie pracował średnio 0,6 etatu podczas gdy wymóg zapisany we wzorze umowy oraz w SIWZ odnosi się do czasu obejmującego 8 godzin dziennie.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Biprowod Warszawa Spółka z o.o. w piśmie datowanym na dzień 28.09.2017 r. wskazał na str. 3 opracowania „Organizacja i metodologia dla usługi „Nadzór nad realizacją robót budowlanych – Inżyniera Projektu „Modernizacja i rozbudowa gospodarki wodno – ściekowej na terenie aglomeracji Radom – II etap””, gdzie zawarto wzmiankę następującej treści „Oferta Wykonawcy odpowiada wymaganiom postawionym przez Zamawiającego w SIWZ dla w/w zamówienia. W przypadku wystąpienia w niniejszym opracowaniu zapisów rozbieżnych w stosunku do w/w SIWZ, odpowiednie zapisy opracowania uznaje się za nieważne. Metodyka pracy Inżyniera kontraktu będzie dostosowana do zapisów umownych”.

Dodatkowo wykonawca Biprowod Warszawa Spółka z o.o. przedstawił swoją interpretację postanowień metodologii wskazując, że jeżeli jest ona nieprzekonująca to zgodnie z ww. postanowieniem zostanie w rzeczywistości doprowadzona do literalnej zgodności z zapisami SIWZ. Wskazał również, że Kierownik zespołu był przez niego traktowany jako funkcja i będzie ona obsadzona w wymiarze przekraczającym pełny etat przez kilka osób składających się na zespół (kierownik i jego zastępcy).

Zamawiający pismem z dnia 05.10.2017 r. wezwał wykonawcę ECM Group Polska S.A. w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1

ustawy Pzp. Wezwanie w swojej treści obejmowało m.in. wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia zgodnie z pkt 10b.3 SIWZ powtarzając zastrzeżenia zawarte w tym zakresie w SIWZ (postanowienia odnoszące się do warunku udziału w postępowaniu str. 12 – 13 SIWZ). Zamawiający wskazał, że potwierdzenie spełnienia tego warunku ma nastąpić przy wykorzystaniu załącznika nr 4 do SIWZ.

W pouczeniu zawartym w ww. piśmie na str. 6 (tekst podkreślony) Zamawiający wskazał m.in., że wskazany w treści SIWZ skład zespołu jest składem podstawowym i wykonawca powinien przeanalizować, możliwość zatrudnienia dodatkowego personelu w celu zapewnienia należytego wykonania zamówienia.

Wykonawca ECM Group Polska S.A. pismem z dnia 12.10.2017 r. złożył dokumenty na wezwanie Zamawiającego, w tym przedłożył załącznik nr 4 do SIWZ (wykaz osób), w którym na stanowisko inspektora robót sanitarnych i jego zastępcy przedstawił w sumie 6 osób (poz. 2 – 7) w tym dokonał zmiany osób pierwotnie wskazanych w dołączonym do oferty wykazie w poz. 6.

Zamawiający pismem z dnia 06.11.2017 r. poinformował wykonawców, iż w związku z zakończeniem postępowania unieważnia postępowanie przetargowe na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W punkcie drugim ww. pisma Zamawiający podniósł, że odrzucił ofertę złożoną przez wykonawcę ECM Group Polska S.A., Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 — oferta jest niezgodna z ustawą w związku z art. 87 ust. 1 — wskazując, że: „(...) niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści” oraz w związku z art. 7 ust. 1 nakazujący Zamawiającemu przeprowadzenie postępowania w oparciu o zachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców.

W ramach uzasadnienia faktycznego Zamawiający podniósł, że zgodnie z warunkami przetargu Wykonawcy zobligowani byli do przedłożenia wraz z ofertą załącznika nr 8 z opisanym przez Zamawiającego wykazem personelu mającego wykonywać przedmiotowe zamówienie. Dokument ten podlegał ocenie punktowej w kryterium oceny ofert pn. „kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”

Komisja przetargowa po przeanalizowaniu wszystkich dokumentów dokonała oceny ofert. Z działania tego wynikało jednoznacznie, że firma ECM Group otrzymała najwyższą ilość punktów obliczonych w oparciu o przewidziane kryteria. Tym samym, firma ta została trybie art. 26 ust. 1 wezwana do złożenia kompletu dokumentów mających na celu potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu. Z otrzymanych dokumentów wyniknął fakt, że

Wykonawca na tym etapie przedłożył zmieniony wykaz personelu niż ten przedłożony na etapie dokonywania oceny ofert (w/w załącznik nr 8), Zmiana dotyczy inspektora nadzoru robót sanitarnych (z oferty zniknęła osoba inspektora nadzoru robót sanitarnych). W tym miejscu podkreślić, że informację z załącznika nr 8 miały kluczowe znaczenie przy przyznawaniu punktów dla danej oferty i jej pozycji w rankingu i tym samym, zdaniem Zamawiającego, nie mogą ulec zmianie w dalszej części postępowania. Zamawiający stoi na stanowisku, że dokument (w tym przypadku załącznik nr 8 wraz z wykazem osób) stanowiący element oceny ofert w kryterium innym niż cena jest integralną częścią oferty i stanowi część zobowiązania Wykonawcy. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że Wykonawca dokonał nieuprawnionego działania polegającego na zamianie treści swojej oferty w trakcie trwania postępowania.

W dalszej kolejności Zamawiający wskazał, że odrzucił ofertę złożoną przez Biuro Projektów Gospodarki Wodnej i Ściekowej „Biprowod — Warszawa” Sp. z o.o., ul. Broniewskiego 3, 01-785 Warszawa na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy — „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia” W ramach uzasadnienia faktycznego Zamawiający podniósł, że Firma - Biuro Projektów Gospodarki Wodnej i Ściekowej „ Biprowod — Warszawa” Sp. z o.o. składając ofertę załączyła obowiązkowy dokument pn. „ Opis dotyczący organizacji i metodologii usługi inżyniera projektu”. Na stronie 36 tego dokumentu (strona 56 oferty) Wykonawca stwierdził, że Kierownik Zespołu inżyniera będzie pracował średnio 0,6 etatu. Natomiast zgodnie z par. 6 ust. 5 wzoru umowy oraz pkt 5.4 Opisu Przedmiotu Zamówienia Kierownik Zespołu Inżyniera ma pracować 8 godzin dziennie przez cały okres trwania projektu łącznie z okresem zgłaszania wad. Zapis ten był również przedmiotem wyjaśnień jakie zostały skierowane do firmy „Biprowod — Warszawa” sp. z o.o. w dniu 26.09.2017 r.

W odpowiedzi (pismo z dn. 28.09.2017, znak : NM/600/2017) Wykonawca potwierdził jednoznacznie, że istotnie przygotowując ofertę przewidział zaangażowanie przedmiotowego specjalisty na poziomie 0,6 etatu. Jak wskazał Zamawiający w tym miejscu należy nadmienić, że każdy dokument będący elementem oferty, a będący przedmiotem oceny tej oferty w kryterium innym niż cena stanowi integralną część zobowiązania Wykonawcy i jako taki musi odpowiadać wymogom postawionym przez Zamawiającego.

W punkcie czwartym pisma z dnia 06.11.2017 r. Zamawiający wskazał, że oferty w przedmiotowym postępowaniu złożyli:

- 1) ECM Group Polska S.A., Rondo ONZ I , 00-124 Warszawa — oferta odrzucona
- 2) Biuro Projektów Gospodarki Wodnej i Ściekowej „Biprowod — Warszawa” Sp. z o.o. ul, Broniewskiego 3, 01 -785 Warszawa — oferta odrzucona

5. W niniejszym zadaniu obowiązywały następujące kryteria oceny ofert: najniższa cena 50 0/0, organizacja zespołu Inżyniera i metodologia 25%, Kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia 25%.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołujących zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołania zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba, odnosząc się do zakresu sporu nakreślonego w obu odwołaniach, wskazuje, że przedmiotem tego sporu nie były okoliczności faktyczne, lecz ich ocena w kontekście przepisu regulującego przesłanki odrzucenia ofert (wskazanego jako podstawy czynności podmiotu zamawiającego w stosunku do wykonawcy ECM Group Polska S.A. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz wskazanego jako podstawy czynności wobec wykonawcy BIPROWOD Spółka z o.o. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) i możliwości jego zastosowania, jak również w konsekwencji unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Wykonawca ECM Group Polska S.A. potwierdził, iż doszło z jego inicjatywy w wyniku uzupełnienia dokumentów do zmiany osoby na stanowisko inspektora nadzoru branży sanitarnej, zaś wykonawca BIPROWOD Spółka z o.o. potwierdził, że określił w dokumencie zawierającym organizację i metodykę pracy w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia czas pracy Kierownika Zespołu Inżyniera został określony na poziomie 0,6 etatu, gdy natomiast zgodnie z par. 6 ust. 5 wzoru umowy oraz pkt 5.4 Opisu Przedmiotu Zamówienia Kierownik Zespołu Inżyniera ma pracować 8 godzin dziennie przez cały okres trwania projektu łącznie z okresem zgłaszania wad. W tym zakresie kwestią sporną była także interpretacja stanowiska Odwołującego – BIPROWOD Spółka z o.o. wyrażonego w ramach wyjaśnień w piśmie z dnia 28.09.2017 r.

KIO 2394/17

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp podniesionego przez wykonawcę ECM Group Polska S.A. Izba uznała, że zasługuje on na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że jedynie w części podzieliła argumentację Zamawiającego zawartą w powiadomieniu o unieważnieniu postępowania, informacji o odrzuceniu ofert obu wykonawców oraz w odpowiedzi na odwołanie.

Tym samym w pierwszej kolejności Izba za konieczne uznała przedstawienie kilku argumentów natury ogólnej. W wyniku ostatniej nowelizacji ustawy Pzp doszło do daleko idącej odformalizowania postępowania. Po pierwsze, na wstępnym etapie badania i oceny ofert podmioty zamawiające dokonują kwalifikacji wykonawców w oparciu o oświadczenia własne tych ostatnich składane na standardowych formularzach, w tym Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (dalej JEDZ). Kolejną możliwość odformalizowania postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, z której to możliwości Zamawiający skorzystał w niniejszym przypadku, jest zastosowanie tzw. procedury odwróconej na podstawie art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp. Oznacza to, że w takiej formule procedowania podmiot zamawiający po dokonaniu wstępnej oceny ofert (pod kątem braku podstaw do odrzucenia) i opracowaniu rankingu ofert może dokonać weryfikacji złożonych przez wykonawców oświadczeń w zakresie spełnienia warunków i braku podstaw do wykluczenia ograniczając tę weryfikację tylko do oferty, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny oraz pozostałych kryteriów oceny ofert (tj. oferty najkorzystniejszej ekonomicznie).

Taki sposób procedowania stanowi odformalizowanie postępowania i ułatwia jego prowadzenie, jednakże cechuje się też kilkoma mankamentami, w tym brakiem kompleksowej podmiotowej weryfikacji wszystkich wykonawców pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Powyższe zatem może doprowadzić do sytuacji, że Izba rozpoznając odwołanie w ramach prowadzonego postępowania nie będzie w stanie, w przypadku uwzględnienia choćby jednego z podniesionych zarzutów mających wpływ na udział któregośkolwiek z wykonawców w postępowaniu, ustalić wpływu tej okoliczności na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Wspomniany wyżej brak kompleksowej podmiotowej oceny wszystkich wykonawców przy jednoczesnym przywróceniu oferty do postępowania w ramach rozpoznania środka ochrony prawnej skutkować winien uwzględnieniem odwołania, gdyż to rolą podmiotu zamawiającego jest prowadzenie postępowania i ustalanie rankingu oferty w oparciu o zawarte w SIWZ kryteria.

Przechodząc na kanwę niniejszego sporu w pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż wszelkie wymagania podmiotu zamawiającego winny zostać wyrażone w dokumentacji postępowania, w tym w treści SIWZ oraz załączników do niej. Jest zatem oczywiste, że dokumenty te wiążą zarówno samego Zamawiającego, wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak również Izbę rozpoznającą w ramach danego postępowania środek ochrony prawnej. Stanowią one zatem ramy prowadzonego postępowania. Izba zwraca uwagę na tę oczywistą okoliczność, gdyż bez szczegółowej analizy tej dokumentacji niemożliwa jest kontrola działań Zamawiającego w ramach podniesionych zarzutów.

Nie ulega zatem wątpliwości, iż Zamawiający w ramach przedmiotowego postępowania wprowadził kryterium pozacenowe obejmujące (pkt 26.2 SIWZ – IDW) kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Jednocześnie Izba ustaliła, iż Zamawiający celem wskazania osób na potrzeby tego kryterium na etapie składania ofert, nie przewidział żadnego odrębnego załącznika. Dołączone do SIWZ dwa załączniki opatrzone numerami 4 i 4a pełnią, w ocenie Izby, rolę wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. O powyższy świadczy całościowa analiza postanowień SIWZ – IDW, w szczególności pkt 15 ppkt 1 – 3 SIWZ str. 23 – 25 (opis przygotowania oferty), gdzie wskazano, że wraz z ofertą mają być składane m.in. formularz oferty (załącznik nr 1 do IDW), JEDZ oraz załączniki nr 8 i 9 (tabela ocen kwalifikacji i doświadczenia personelu oraz opracowanie w postaci organizacji i metodologii zespołu Inżyniera Projektu). Dodatkowo na brak obowiązku złożenia wraz z ofertą załączników nr 4 i 4a świadczy ich sama treść, w ramach której zawarto wzmiankę „składany na wezwanie Zamawiającego”. Dodatkowo w załączniku nr 4 wskazano, że wykonawca podaje informacje potwierdzające kwalifikacje wymagane w pkt 10b.1c) ppkt 3 IDW (a więc na potrzeby wykazania spełnienia warunku). Te elementy dokumentacji postępowania wskazują zatem, że miały one zostać złożone na wezwanie Zamawiającego na okoliczność oceny spełnienia warunków udziału.

Jednocześnie Izba ustaliła, że Zamawiający w treści SIWZ – IDW nie zawarł nigdzie wzmianki, że osoby wskazywane na etapie składania ofert celem oceny w ramach kryterium pozacenowego powinny być tożsame z osobami wskazywanymi na potwierdzenie spełnienia warunków. Co istotne Zamawiający miał świadomość, że wykazy te mogą się od siebie różnić – co wprost wynika z treści pisma z dnia 21.09.2017 r. wzywającego wykonawcę ECM Group Polska S.A. do złożenia wyjaśnień, gdzie Zamawiający wskazał, że brak wskazania ekspertów 4 i 5 – inspektorzy nadzoru robót sanitarnych i eksperta nr 11 oraz 13 odczytuje jako wynikającą z faktu, że osoby te spełniają warunki udziału w postępowaniu natomiast nie posiadają kwalifikacji, za które wykonawca otrzymałby dodatkowe punkty.

Co prawda Zamawiający w treści SIWZ – IDW zawarł wzmiankę o braku możliwości zmiany wskazanego personelu (str. 12 i 13 SIWZ – IDW) jednakże zostało ono umiejscowione w pkt 10b tego dokumentu odnoszącego się do warunków udziału w

postępowaniu i, co niezwykle istotne, zostało powtórzone w piśmie z dnia 05.10.2017 r. (str. 6) wzywającym wykonawcę ECM Group Polska S.A. do złożenia dokumentów, w tym wykazu na załącznikach nr 4 i 4a, potwierdzających spełnienie warunków udziału. Dodatkowo Zamawiający w tym samym piśmie (str. 6), w ślad za treścią SWIZ – IDW (str. 12 pkt 10d) sugerował wykonawcom, aby poddali analizie zakres czynności celem zatrudnienia dodatkowego personelu ponad minimalny wskazany w treści SIWZ. Tym samym zawarty w treści SIWZ na str. 12 i 13 oraz powtórzony w piśmie z dnia 05.10.2017 r. oznacza, że zakaz ten odnieść należy do etapu realizacji, gdyż przeciwne jego rozumienie byłoby sprzeczne z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który wprost umożliwia uzupełnianie dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków.

W tak zakreślonych wymaganiach Zamawiającego obaj wykonawcy, na etapie składania oferty, celem wyliczenia punktacji i ustalenia rankingu ofert wskazali personel dla oceny jego kwalifikacji w ramach kryterium pozacenowego, wykorzystując do tego załącznik nr 4. Nie oznacza to jednak, że wykonawcy w taki sposób wykazywali spełnienie warunków udziału w postępowaniu – co wynika wprost z treści SIWZ – IDW oraz treści załącznika nr 4 i 4a i czego świadomość miał sam Zamawiający – vide treść wezwania z dnia 21.09.2017 r. str. 3 (przedostatni akapit). Co istotne wykonawca BIPROWOD Warszawa Spółka z o.o. nie był w ogóle wzywany do złożenia tego wykazu – a zatem na tym etapie postępowania ocena spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nastąpiła na podstawie samego oświadczenia zawartego w JEDZ.

Tym samym, w tych okolicznościach faktycznych i przy takim brzmieniu SIWZ – IDW, oświadczenie odnoszące się do kryterium pozacenowego należy rozpatrywać odrębnie od oświadczenia składanego na potrzeby spełnienia warunków. Taki wniosek jest bowiem jedyną logiczną konsekwencją, czytanych kompleksowo w całości, wymagań Zamawiającego ujętych w treści dokumentacji postępowania.

Powyższe oznacza wprost, że Zamawiający nie miał żadnych prawnych i faktycznych podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego ECM Group Polska S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp ze względu, jak wskazał w piśmie z dnia 06.11.2017 r. na niedopuszczalne prowadzenie pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty.

W niniejszym stanie faktycznym wskazanie osób na poszczególne stanowiska miało dwojakie znaczenie. Po pierwsze pozwalało wykonawcom na potwierdzenie spełniania minimalnych warunków udziału w postępowaniu i jednocześnie stanowiło punktowane w

ramach oceny ofert kryterium pozacenowe o wadze 25% (Kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia).

Zamawiający na podstawie pierwotnie złożonego przez Odwołującego wraz z ofertą załącznika nr 4 i 8 przyznał temu wykonawcy określoną ilość punktów ustalając tym samym ranking ofert. Powyższe poskutkowało wezwaniem tego wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia kompletu dokumentów mających na celu potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z otrzymanych dokumentów, jak wskazał Zamawiający w piśmie z dnia 06.11.2017 r., wynikał fakt, że Wykonawca na tym etapie przedłożył zmieniony wykaz personelu niż ten przedłożony na etapie dokonywania oceny ofert (w/w załącznik nr 4). Załącznik ten w obu przypadkach został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa, które to zastrzeżenie nie było dotychczas kwestionowane. Tym samym Izba jedynie wskazuje, że w załączniku nr 4 złożonym na wezwanie Zamawiającego nie wskazano p. J.O. – inspektora nadzoru robót sanitarnych. Dodano zaś 3 kolejne osoby posiadające uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w branży sanitarnej. Zmiana ta zatem dotyczy jednego z inspektorów nadzoru robót sanitarnych, który nie znalazł się w uzupełnionym wykazie. Powyższą okoliczność potwierdził na rozprawie Odwołujący argumentując, że zmiana ta była wynikiem faktu, że osoba ta nie spełniała, w jego ocenie, minimalnych warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby jedyną konsekwencją takiego stanu rzeczy, co częściowo znajduje odzwierciedlenie w argumentacji Zamawiającego zawartej w piśmie z dnia 06.11.2017 r. i jest zgodne z postulatem Odwołującego jest brak możliwości przyznania temu wykonawcy punktów w oparciu o ten nowy wykaz. Takie działanie bowiem kłóciłoby się z naczelnymi zasadami systemu zamówień publicznych wyrażonymi w treści art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i mogłoby skutkować manipulowaniem postępowaniem przez wykonawców po terminie składania ofert. Wykonawcy wówczas znając ranking ofert mogliby przez składanie nowych dokumentów wpływać na przyznaną im punktację celem uzyskania wyższego miejsca w tym rankingu.

Stąd ten Izba w ramach sentencji orzeczenia celem wyliczenia punktacji na potrzeby rankingu ofert nakazał uwzględnienie pierwotnie złożonego przez Odwołującego ECM Group Polska S.A. wykazu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp oraz wskazanego z ostrożności art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uznała, że nie zasługują one na uwzględnienie. Co do kwestii wyjaśnień nie ma podstaw do stwierdzenia, że po stronie Zamawiającego istnieje w tych okolicznościach faktycznych obowiązek ich przeprowadzenia. Zamawiający, jak wynika

z treści pisma z dnia 21.09.2017 r. w sposób prawidłowy odczytał cel i zakres złożenia wraz z ofertą załącznika nr 4 (wykaz osób).

Co do zarzutu z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp to w gestii Zamawiającego pozostaje czynność badania i oceny ofert, która w tym wypadku została ograniczona do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe z dokumentacji postępowania wynika, że nie doszło do oceny spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Tym samym Izba uznała ten zarzut za przedwczesny.

KIO 2409/17

W ramach podniesionego przez wykonawcę Biprowod Warszawa Spółka z o.o. zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż zarzuty te zasługują na uwzględnienie.

Kwestią bezsporną pomiędzy stronami była okoliczność wskazania przez Odwołującego – Biprowod Warszawa Spółka z o.o. w dokumencie zatytułowanym „Opis dotyczący organizacji i metodologii usługi inżyniera projektu” na stronie 36 tego dokumentu (strona 56 oferty), że Kierownik Zespołu inżyniera będzie pracował średnio 0,6 etatu. Kwestią bezsporną była również okoliczność, że zgodnie z § 6 ust. 5 wzoru umowy oraz pkt 5.4 Opisu Przedmiotu Zamówienia Kierownik Zespołu Inżyniera ma pracować 8 godzin dziennie przez cały okres trwania projektu łącznie z okresem zgłaszania wad.

Odstępstwo to było również przedmiotem wyjaśnień jakie zostały skierowane przez Zamawiającego do wykonawcy „Biprowod — Warszawa” sp. z o.o. w dniu 26.09.2017 r. W odpowiedzi (pismo z dn. 28.09.2017, znak: NM/600/2017) Wykonawca złożył wyjaśnienia, które zostały przez Zamawiającego odczytane jako jednoznaczne przyznanie przez wykonawcę, że przygotowując ofertę przewidział zaangażowanie przedmiotowego specjalisty na poziomie 0,6 etatu.

Odnosząc się do podstawowej tezy odwołania Izba wzięła pod uwagę, że przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp pozwalający Zamawiającemu na poprawienie innej omyłki stanowi wyjątek od ogólnej zasady określonej w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którą niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. W zakresie objętym dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 3 Zamawiający uprawniony jest do ingerencji w treść oferty pod warunkiem, że nie dokona w ten sposób

zmiany nie będą istotne. Do oceny czy niezgodność ta ma charakter istotny należy wziąć pod uwagę rodzaj popełnionej omyłki, przedmiot oraz zakres oferty złożonej przez wykonawcę. Omyłką jest błąd wykonawcy przy sporządzaniu oferty nie noszący znamion celowego działania polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej, niezgodnej z żądaniami Zamawiającego treści. Niezgodność treści oferty z wymaganiami wyrażonymi w SIWZ nie może wynikać ze świadomego działania wykonawcy - w takim bowiem przypadku traci ona przymiot omyłki, a tym samym nie może zostać poprawiona w trybie określonym powołanym przepisem ustawy. Zamawiający dokonując poprawy omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp musi mieć również na uwadze ogólną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp, tj. zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Przechodząc do analizy stanu faktycznego w kontekście podniesionego zarzutu wskazać należy, że ujęty w dokumencie „Opis dotyczący organizacji i metodologii usługi inżyniera projektu” sposób realizacji świadczenia stanowi treści oferty w ścisłym tego słowa znaczeniu. Wykonawcy, na potrzeby oceny w ramach podkryteriów cenowych (kryterium: organizacja zespołu Inżyniera i metodologia o wadze 25%) mieli opracować ten dokument, który był przedmiotem oceny przez Komisję przetargową. Jednocześnie dokument ten zawierał i dookreślał zakres świadczenia - a więc winien on być zgodny z minimalnymi wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w treści SIWZ – IDW (w szczególności zawartych w opisie przedmiotu zamówienia oraz projekcie umowy). Niespełnienie minimalnych warunków odnoszących się do zakresu przedmiotowego świadczenia, w tym sposobu realizacji usługi stanowiło o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W przypadku stwierdzenia takiej niezgodności podmiot zamawiający jest zobligowany do odrzucenia oferty na podstawie powyższego przepisu z tym zastrzeżeniem, że winien uprzednio ocenić, czy istnieje możliwość poprawienia stwierdzonej niezgodności na zasadzie określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby stwierdzona niezgodność winna podlegać takiej poprawie, gdyż spełnia wszystkie przesłanki warunkujące taką możliwość. Po pierwsze, w ocenie Izby, mamy do czynienia z omyłką w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodzić się bowiem należy z Odwołującym, że w treści wyjaśnień zawartych w piśmie z dnia 28.09.2017 r. zostały przez niego wskazane jedynie powody takiego ujęcia czasu pracy Kierownika Zespołu Inżyniera. Nie możemy zatem mówić o podtrzymaniu przez Odwołującego takiego sposobu określenia wymiaru jego pracy a jedynie wskazaniu, jakie było źródło przyjęcia takiej a nie innej wartości w kontekście postanowień SIWZ.

Jeżeli zatem mamy do czynienia z omyłką kolejnym elementem, który winien być spełniony aby mogło dojść do jej poprawienia, zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem

Krajowej Izby Odwoławczej, jest możliwość samodzielnej poprawy takiej omyłki przez podmiot zamawiający. W tym wypadku niewątpliwie taka możliwość istnieje, gdyż niezgodność została przez Zamawiającego stwierdzona po skonfrontowaniu treści dokumentu zawierającego organizację i metodologię usługi inżyniera projektu z postanowieniami SIWZ (opis przedmiotu zamówienia oraz projekt umowy). W ocenie Izby na przeszkodzie dokonaniu takiej poprawy nie stoi konieczność przeliczenia wynagrodzenia. Jak słusznie wskazywał Odwołujący – BIPROWOD Warszawa Spółka z o.o. w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym. Ponadto wyjaśniając źródło swojej omyłki, tj. podstawę przyjęcia dla ustalenia wymiaru pracy Kierownika Zespołu Inżyniera wartości 0,6 etatu, Odwołujący w treści pisma z dnia 28.09.2017 r, wyjaśnił bowiem logikę sporządzenia swojej oferty tzn. pojęcie Kierownik Zespołu w dokumencie „Organizacja i metodologia dla usługi „Nadzór nad realizacją robót budowlanych - Inżynier Projektu” był przez niego rozumiany jako funkcja co wobec faktu, że osoba Kierownika Zespołu „wyposażona” jest w 2 zastępców o tych samych uprawnieniach powoduje, że łączny czas pracy osób pełniących funkcję Kierownika przekracza 1 etat. Już tylko ten element pozwala na przyjęcie nie tylko okoliczności, że mamy do czynienia z omyłką, lecz pozwala na przyjęcie, że kwestia wyceny minimum pełnego etatu dla tej funkcji została ujęta w obliczonym wynagrodzeniu.

W ocenie Izby zatem poprawienie tej omyłki było możliwe do dokonania bez jakichkolwiek „konsultacji”, czy też „negocjacji” pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym. Jej poprawienie nie spowodowało również istotnej zmiany treści oferty – a jedynie doprowadziło do usunięcia formalnej niezgodności przez swego rodzaju przeniesienie obowiązków przypisanych z całego zespołu podległego Kierownikowi Zespołu Inżyniera (Kierownik + dwóch zastępców) do funkcji Kierownika Zespołu Inżyniera jako jednej osoby funkcyjnej. Tym samym nie uległo zmianie ani wynagrodzenie, ani zasadniczy sposób spełnienia świadczenia, czy też kluczowe elementy zobowiązania wykonawcy.

Co niezwykle istotne Odwołujący w dokumencie zatytułowanym „Organizacja i metodologia dla usługi „Nadzór nad realizacją robót budowlanych - Inżynier Projektu” zawarł swego rodzaju postanowienie kolizyjne dające Zamawiającemu wprost uprawnienie do takiej ingerencji w treść złożonej oferty. Poprawienie tej omyłki byłoby zatem zgodnie z wolą Odwołującego zawartą w treści oferty przez wypełnienie swoistego upoważnienia dla Zamawiającego zawartego w treści stosownej rubryki ww. dokumentu. W dokumencie tym na str. 3 Odwołujący zawarł bowiem następujące oświadczenie woli: „Gdyby któryś z elementów oferty był rozbieżny z treścią SIWZ to należy go uznać za nieważny i dostosować ofertę do treści SIWZ”.

Ta swego rodzaju „norma kolizyjna” stanowi wartościowy mechanizm, zarówno chroniący wykonawcę przed złożeniem oferty niezgodnej z treścią SIWZ, jak również, co

najistotniejsze, dający Zamawiającemu wprost prawo do usuwania stwierdzonych omyłek z wykorzystaniem dopuszczalnych prawem mechanizmów. Do takich mechanizmów zaliczyć należy instytucję uregulowaną w treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. To właśnie ten przepis znajduje zastosowanie do usuwania tego rodzaju odstępstw treści oferty od treści SIWZ i gdyby przyjąć, za Zamawiającym, że nie ma on w zaistniałym stanie faktycznym zastosowania stały się instytucją martwą, gdyż trudno sobie wyobrazić bardziej odpowiednią sytuację do jego zastosowania.

Co do postulowanego przez Zamawiającego wpływu tej czynności na ocenę dokumentu „Organizacja i metodologia dla usługi „Nadzór nad realizacją robót budowlanych - Inżynier Projektu”, w oparciu o kryteria oceny ofert, Izba w tym miejscu jedynie na marginesie wskazuje, że ocenie w oparciu o kryteria podlega merytoryczna wartość takiego dokumentu w zakresie przekraczającym minimalne wymagania narzucone przez Zamawiającego. Spełnienie zaś wymagań minimalnych było obowiązkiem wykonawców i skutkowało jedynie brakiem podstaw do odrzucenia oferty. Uznanie zatem, że stwierdzona niezgodność jest możliwa do konwalidacji w oparciu o treść art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powoduje jedynie, że dokument ten podlega ocenie w oparciu o kryteria oceny ofert – jednak bez wpływu na jego merytoryczną ocenę.

Tym samym Zamawiający powinien nadać oświadczeniu woli Odwołującego pożądaną przez siebie kształt i po upływie 3 dni, stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, poddać jego ofertę ocenie w oparciu o kryteria oceny ofert.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego – BIPROWOD Warszawa Spółka z o.o. na skutek zaniechania zastosowania przez Zamawiającego instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W konsekwencji, na skutek uwzględnienia zarzutów wskazanych w obu odwołaniach, doszło również do naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż w stwierdzonych okolicznościach faktycznych i prawnych brak było podstaw do unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ

na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba uwzględniła oba odwołania mając na uwadze, po pierwsze prowadzenie przez Zamawiającego postępowania w oparciu o treść art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp (procedura odwrócona), w ramach której podmiot zamawiający ogranicza się jedynie do badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia jedynie do oferty, która została uznana za najkorzystniejszą. Po drugie w ramach przedmiotowego postępowania będzie istniała konieczność przeliczenia punktów przyznanych poszczególnym wykonawcom i opracowania od nowa rankingu ofert stosownie do wyniku powyższej czynności. Tym samym potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniach o sygn. akt KIO 2394/17 oraz KIO 2409/17 powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....