

WYROK

z dnia 26 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie **22 sierpnia 2022 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **2 sierpnia 2022 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Arkadis sp. z o.o. S1 sp.k. z siedzibą w Czudecu** [„Odwołujący”]

w postępowaniu pn. *Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania pn. Przebudowa Parku Kultury w Starachowicach* (nr ZP.271.32.2022.HE)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Starachowice** [„Zamawiający”]

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a przy powtarzaniu czynności w prowadzonym postępowaniu – uwzględnienie przyznania dwudziestu punktów ofercie Odwołującego w kryterium doświadczenia inspektora nadzoru branży sanitarnej wod.-kan.**
- 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:**
 - 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego 10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) odpowiadającą wysokości uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Uzasadnienie

Gmina Starachowice {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania pn. Przebudowa Parku Kultury w Starachowicach* (nr ZP.271.32.2022.HE).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 20 czerwca 2022 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00219243/01.

Wartość tego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

28 lipca 2022 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o rozstrzygnięciu powyższego postępowania – wyborze jako najkorzystniejsze oferty oraz o punktacji przyznanej poszczególnym ofertom według kryteriów oceny określonych w specyfikacji warunków zamówienia {dalej również: „SWZ”}.

2 sierpnia 2022 r. Arkadis sp. z o.o. S1 sp.k. z siedzibą w Czudecu {dalej: „Arkadis” lub „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 16 pkt 1 – przez brak równego traktowania.
2. Art. 17 pkt 1 – przez nieudzielenie zamówienia zgodnie z ustawą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert.

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

Choć w pkt 4 ppkt 3 formularza oferty wpisane zostało: *doświadczenie inspektora nadzoru w branży mostowej sanitarnej będącego w dyspozycji wykonawcy wyznaczonego do realizacji zadania na poziomie »5« wykonanych nadzorów w branży sanitarnej polegających na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru robót branży elektrycznej o wartości na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru robót branży sanitarnej o wartości 200.000,00 zł brutto każda*, wystarczy usunąć nadpisaną frazę: *na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru robót branży elektrycznej o wartości*, aby otrzymać prawidłową informację.

Co istotne, takie doświadczenie dla wskazanego do pełnienia funkcji inspektora nadzoru branży sanitarnej wod-kan. P. W. wprost wynika z wykazu zamieszczonego na str. 9.

oferty, gdzie bezpośrednio pod zapisem w brzmieniu: *Dysponowanie => bezpośrednio – pracownik własny wykonawcy; Posiadający następujące doświadczenie w nadzorze nad robotami branży sanitarnej wod-kan o wartości minimum 200,000,00 zł brutto każda.*, w ośmiu punktach wyszczególniono nazwy inwestycji, przy których osoba ta nabyła doświadczenie w takim wymiarze.

Tym samym oferta Arkadisu powinna otrzymać w tym kryterium maksymalną liczbę punktów tj. 20 pkt, co sprawiłoby że łącznie otrzymałaby w końcowej punktacji 100 pkt i byłaby najkorzystniejsza, a wykonawca, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą, powinien zostać sklasyfikowany na 2. miejscu z 92. pkt.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wyraził pogląd, że użycie określenia „branża sanitarna” zamiast „branża sanitarna wod.-kan.” o tyle nie ma znaczenia, o ile w rozdziale 6. pkt II pkt 1. lit. b) oraz w rozdziale 7. pkt 2. lit. e) wyszczególniono na potrzeby tego postępowania stanowiska inspektorów nadzoru w branżach: (1) konstrukcyjno-budowlanej, (2) sanitarnej wod.-kan., (3) instalacji wentylacji i klimatyzacji, (4) elektro-energetycznej, (5) telekomunikacyjnej. Innymi słowy nawet sformułowanie „branża sanitarna” nie mogło być pomyłone z żadną inną branżą, zarówno z opisu warunków udziału w postępowaniu i podmiotowych środków dowodowych, jak i opisu pozacenowych kryteriów oceny ofert.

Według Odwołującego przywołany przez Zamawiającego w ramach uzasadnienia odrzucenia oferty Arkadis wyrok w sprawie sygn. akt KIO 884/17 dotyczył całkiem odmiennej sytuacji.

W odpowiedzi na odwołanie z 19 sierpnia 2022 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, przedstawiając następującą argumentację.

Zamawiający uzupełniając lub odmiennie w stosunku do odwołania podał, że:

- w rozdziale 16 SWZ dotyczącym sposobu oceny ofert zastrzegł m.in., że w przypadku gdy wykonawca poda zakres zrealizowanych usług, który nie będzie precyzyjnie odpowiadał wymaganiom określonym przez Zamawiającego – zostanie mu przyznane w tym kryterium 0 pkt, co dodatkowo zostało powtórzone w formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ;
- Arkadis sporządził własny formularz ofertowy i załączniki, w których sam sformułował rozbieżne oświadczenie na potrzeby oceny w kryterium doświadczenia inspektora nadzoru w branży sanitarnej wod.-kan.;
- na str. 9. oferty odnośnie P. W., bezpośrednio przed sformułowaniem zacytowanym w odwołaniu, podano, że legitymuje się on uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej.

W ocenie Zamawiającego dokonanie poprawy oferty Arkadis w zakresie odnoszącym

się do kryteriów oceny ofert, polegające na wykreśleniu części informacji, a następnie dodaniu sformułowania „wod.-kan.”, stanowiłoby niedopuszczalną ingerencję w treść oferty. Ponieważ bez wyjaśnień ze strony Wykonawcy, czy w ofercie wskazał inspektora nadzoru w branży mostowej, sanitarnej, sanitarnej wod.-kan. czy elektrycznej, Zamawiający nie byłby w stanie samodzielnie poprawić treści oferty, nie można tego zakwalifikować jako zaniechanie poprawienia omyłki pisarskiej.

Zamawiający zacytował za uzasadnieniem wyroku Izby z 16 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1787/21: *...w żadnym razie za poprawienie omyłki pisarskiej nie może być uznane wprowadzenie jakiegokolwiek zmiany, która wpłynie na zmianę treści oświadczenia woli. Oczywistość omyłki polega ponadto nie tylko na łatwości jej dostrzeżenia, ale również na braku wątpliwości, jak powinna ona zostać poprawiona (J. Jerzykowski, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII, Warszawa 2018, art. 87, LEX).*

Zamawiający powołał się na to, że w orzecznictwie Izby wykształciła się jednolita linia orzecznicza, wedle której niedopuszczalne jest uzupełnianie, poprawianie czy wyjaśnianie informacji podlegających ocenie w kryterium oceny ofert:

1. *Biorąc pod uwagę kształt postanowienia SIWZ informacja o doświadczeniu kierownika robót nie jest dokumentem uzupełnianym czy podlegającym modyfikacji w trybie określonym w art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp. Skoro sam Zamawiający określił, że doświadczenie kierownika robót stanowi element oceniany na podstawie kryteriów oceny ofert i wskazywany w treści formularza ofertowego, to nie ulega wątpliwości, że nie stanowi ono dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Oświadczenie złożone w formularzu ofertowym nie powinno również podlegać zmianie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, bowiem prowadziłoby to do niedopuszczalnych negocjacji treści oferty w zakresie odnoszącym się do kryteriów oceny ofert [z uzasadnienia wyroku z 18 maja 2017 r. sygn. akt KIO 884/17 w sprawie, w której stroną był Zamawiający].*
2. *Rację ma również Zamawiający, że w zamówieniach publicznych od lat istnieje zasada, iż treść oferty w zakresie podlegającym punktacji w ramach oceny ofert nie podlega uzupełnieniu w ramach art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (a nawet jeśli z jakichś przyczyn dokumenty były uzupełniane, nie dopuszczano się, aby skutkowało to przyznaniem ofercie jakichkolwiek dodatkowych punktów), zaś jej ewentualne wyjaśnienie w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wprawdzie nie jest wykluczone, ale musi być wykonywane bardzo ostrożnie, tak, aby nie prowadziło do zmiany oferty: w tym także jej niedozwolonego uzupełnienia. Nie może także prowadzić do wrażenia negocjowania przez zamawiającego i wykonawcę treści oferty: w szczególności w celu przyznania jej dodatkowych punktów. Część oferty podlegająca*

punktacji jest bowiem szczególnie wrażliwa, gdyż prowadzi bezpośrednio do wartościowania ofert wykonawców, które następnie skutkuje wyborem jednej z nich. Zatem w tym zakresie konieczne jest szczególne zachowanie zasad równego traktowania wykonawców... [z uzasadnienia wyroku z 22 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 290/17].

- 3. Zakres oferty służący do jej oceny w ramach kryteriów oceny ofert, nie podlega uzupełnieniu po upływie terminu składania ofert. Oczekiwane przez Odwołującego uzupełnienie oferty o informacje służące ocenie w kryterium oceny ofert pozostawałoby w sprzeczności z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców [z uzasadnienia wyroku z 28 maja 2020 r. sygn. akt KIO 459/20].*
- 4. W tym miejscu należy wyraźnie podkreślić, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie może być stosowany do uzupełnienia, poprawienia, wyjaśnienia, złożenia informacji, które są oceniane w kryteriach oceny ofert, co wynika zarówno z treści tego przepisu w powiązaniu z art. 25 ust. 1 i art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, jak też dodatkowo z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przewidującego podstawowe zasady udzielania zamówień [z uzasadnienia wyroku z 8 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1115/20].*

Ponadto Zamawiający stwierdził, że ponieważ jego rolą jest weryfikacja, czy w istocie wykonawcy spełniają kryteria określone w SWZ, nie może dokonywać nadinterpretacji oświadczeń wykonawców, po to tylko, aby doprowadzić do zgodności ich oferty z wymaganiami SWZ. Osoba wskazana przez Arkadis może posiadać doświadczenie w branży sanitarnej, a nie posiadać doświadczenia w branży sanitarnej wod.-kan. Zamawiający nie posiadał wiedzy, czy była to jedynie omyłka Odwołującego, czy też celowy zabieg, mający na celu obejście konieczności posiadania doświadczenia w branży sanitarnej wod.-kan.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Zamawiający podtrzymał dotychczasowe stanowisko i argumentację, w imieniu Odwołującego nikt się nie stawił, o czym Odwołujący uprzedził, nie wnosząc o odroczenie rozpoznania odwołania.

W szczególności Izba na posiedzeniu uznała za oczywiście niezasadny zawarty na wstępie odwołania wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy pzp, czyli z uwagi na nieprzekazanie Zamawiającemu odwołania albo jego kopii zgodnie z art. 514 ust 2 ustawy pzp, który stanowi, że odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu

do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

Przy czym Zamawiający podał, że odwołanie otrzymał pocztą elektroniczną w ostatnim dniu terminu na wniesienie odwołania, który upływał 2 sierpnia 2022 r., o godz. 23:16, podczas gdy na mocy zarządzenia nr 609/2021 Prezydenta Miasta Starachowic z 8 grudnia 2021 r. w sprawie regulaminu pracy pracowników Urzędu Miejskiego w Starachowicach wszyscy prawnicy pracują od poniedziałku do piątku w godz. 7:30-15:30, a pora nocna obejmuje 8 godzin pomiędzy godz. 22:00 a 6:00.

Umknęło Zamawiającemu, że zgodnie z art. 514 ust. 3 ustawy pzp domniemywa się, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że żadna instytucja zamawiająca na potrzeby prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia nie może własną czynnością skrócić, choćby o sekundę, terminu na wniesienie odwołania, który został określony w przepisach ustawy pzp. Przy czym zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a pzp w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

W tej sprawie Arkadis wniosło odwołanie do Prezesa Izby 2 sierpnia 2022 r. o godz. 23:32, czyli przed upływem tego terminu, a uprzednio przesłało odwołanie Zamawiającemu.

Izba nie uwzględniła również zgłoszonego na posiedzeniu do protokołu wniosku Zamawiającego o rozważenie zwrotu odwołania z uwagi na nieuiszczenie wpisu do upływu terminu na jego wniesienie, gdyż w aktach tej sprawy odwoławczej znajduje się potwierdzenie uiszczenia wpisu w tej sprawie 2 sierpnia 2022 r.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie

Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż nieprzyznanie mu większej liczby punktów uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Brzmienie mających znaczenie dla sprawy postanowień Specyfikacji warunków zamówienia zatwierdzonej przez kierownika Zamawiającego 22 czerwca 2022 r. {dalej: „SWZ”}:

(...)

6. Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia Wykonawcy z postępowania.

(...)

II. Wykonawcy muszą spełnić następujące warunki:

1) posiadać zdolność techniczną lub zawodową tj.:

(...)

b) wymagane jest dysponowanie osobami o odpowiednich kwalifikacjach zawodowych, doświadczeniu i wykształceniu niezbędnym do wykonania przedmiotu zamówienia tj. wymagane jest dysponowanie:

- *Koordynatorem inspektorów nadzoru – Inspektor branża konstrukcyjno-budowlana – osoba posiadająca uprawnienia budowlane do nadzorowania robót konstrukcyjno-budowlanych, posiadająca doświadczenie w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru tej branży, przy robotach o wartości minimum 500.000,00 zł brutto każda.
Minimalne wymagane doświadczenie inspektora – dwa nadzory.*
- *Inspektorem nadzoru – branża sanitarna wod-kan – osoba posiadająca uprawnienia budowlane do nadzorowania robót sanitarnych w zakresie sieci i instalacji wod-kan, posiadająca doświadczenie w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru tej branży przy robotach o wartości minimum 200.000,00 zł brutto każda.
Minimalne wymagane doświadczenie inspektora – dwa nadzory.*
- *Inspektorem nadzoru – branża instalacji wentylacji i klimatyzacji – osoba posiadająca uprawnienia budowlane do nadzorowania robót w zakresie wentylacji i klimatyzacji, posiadająca doświadczenie w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru tej branży przy robotach o wartości minimum 200.000,00 zł brutto każda.
Minimalne wymagane doświadczenie inspektora – dwa nadzory.*
- *Inspektorem nadzoru – branża elektro-energetyczna osoba posiadająca uprawnienia budowlane do nadzorowania robót w zakresie instalacji elektrycznych, posiadająca doświadczenie w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru tej branży przy robotach o wartości*

minimum 50.000,00 zł brutto każda.

Minimalne wymagane doświadczenie inspektora – dwa nadzory.

- *Inspektorem nadzoru – branża telekomunikacyjna osoba posiadająca uprawnienia budowlane do nadzorowania robót w zakresie teletechnicznym, posiadająca doświadczenie w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru tej branży przy robotach o wartości minimum 50.000,00 zł brutto każda.*
- *Minimalne wymagane doświadczenie inspektora – dwa nadzory.*
- *Specjalistą w zakresie kosztorysowania, pomiarów i obmiarów robót – osoba posiadająca wiedzę w dziedzinie kosztorysowania, pomiarów i obmiarów robót według uznanych standardów*

(...)

7. Informacja o podmiotowych środkach dowodowych.

UWAGA! Dokumenty wymienione:

- *w pkt 1) Wykonawca składa wraz z ofertą,*
- *w pkt 2) składa na wezwanie Zamawiającego w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania jedynie Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona.*

1) W celu wstępnego potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 108. ust. 1 ustawy Pzp, Wykonawca składa wraz z ofertą oświadczenia zawarte w załącznikach nr 2 i 3 do SWZ

(...)

2) Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, aktualnych na dzień złożenia nw. Podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów

(...)

e) wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, 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 wg załącznika – WYKAZ OSÓB.

(...)

16. Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów, i sposobu oceny ofert.

Przy wyborze ofert Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami:

1) cena ofertowa – 60 %

2) inne kryteria:

a) doświadczenie inspektora nadzoru w branży konstrukcyjno-budowlanej – 20%

b) doświadczenie inspektora nadzoru w branży sanitarnej wod-kan - 20%

(...)

2) inne kryteria – doświadczenie zespołu nadzorującego - waga kryterium łącznie 40 % w tym:

a) doświadczenie inspektora nadzoru w branży konstrukcyjno-budowlanej – 20%

W kryterium oceniane będzie doświadczenie wskazanej w ofercie osoby do pełnienia funkcji: inspektora nadzoru w branży konstrukcyjno-budowlanej.

Punkty w kryterium będą przyznawane za doświadczenie zawodowe tej osoby, polegające na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru robót branży konstrukcyjno-budowlanych o wartości minimum 500.000,00 zł brutto każda.

Minimalne wymagane doświadczenie inspektora – dwa nadzory.

W kryterium można otrzymać od 0 pkt do 20 pkt.

Punktacja w kryterium – doświadczenie inspektora nadzoru w branży konstrukcyjno-budowlanej:

0 pkt – za pełnienie 2 nadzorów

7 pkt – za pełnienie 3 nadzorów

14 pkt – za pełnienie 4 nadzorów

20 pkt – za pełnienie 5 i większej liczby nadzorów

(...)

b) doświadczenie inspektora nadzoru w branży sanitarnej wod-kan – 20%

W kryterium oceniane będzie doświadczenie wskazanej w ofercie osoby do pełnienia funkcji: inspektora nadzoru w branży sanitarnej wod-kan.

Punkty w kryterium będą przyznawane za doświadczenie zawodowe tej osoby, polegające na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru robót branży sanitarnej wod-kan o wartości minimum 200.000,00 zł brutto każda.

Minimalne wymagane doświadczenie inspektora – dwa nadzory.

W kryterium można otrzymać od 0 pkt do 20 pkt.

Punktacja w kryterium - doświadczenie inspektora nadzoru w branży sanitarnej wod-kan:

0 pkt – za pełnienie 2 nadzorów

7 pkt – za pełnienie 3 nadzorów

14 pkt – za pełnienie 4 nadzorów

20 pkt – za pełnienie 5 i większej liczby nadzorów

(...)

Imię i nazwisko inspektora musi być zgodne z podanym w formularzu „Wykaz osób”, składanym po ocenie ofert na wezwanie Zamawiającego. Przy braku zgodności Zamawiający przyjmie wiążące rozstrzygnięcia podjęte w treści oferty złożonej w terminie składania ofert.

Zamawiający dopuszcza zmianę inspektora przed podpisaniem umowy, tylko w przypadku wystąpienia okoliczności niemożliwych do przewidzenia (np. śmierci, choroby lub innych zdarzeń losowych), na osobę, która będzie musiała wykazać tyle samo realizacji ile wskazano w ofercie. W takim przypadku Wykonawcy zostanie przyznane w tym kryterium 0,00 punktów. Zmianę należy zgłosić Zamawiającemu na piśmie wraz z podaniem wyżej wymienionych informacji.

(...)

Oferta, która otrzyma największą łączną ilość punktów w oparciu o ustalone kryteria, zostanie uznana za najkorzystniejszą, pozostałe oferty zostaną sklasyfikowane zgodnie z ilością uzyskanych punktów

(...)

Zamawiający udzieli zamówienia Wykonawcy, którego oferta odpowiada wszystkim wymaganiom przedstawionym w Prawie zamówień publicznych oraz SWZ i została oceniona jako najkorzystniejsza w oparciu o podane kryteria wyboru.

Zamawiający po dokonanej ocenie punktowej zwróci się do Wykonawcy, który otrzymał największą ilość punktów, o złożenie w wyznaczonym terminie podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych.

(...)

We wzorze formularza oferty, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, w wyodrębnionej części pn. „Inne kryteria oceny ofert” przewidziano miejsce na wpisanie imion i nazwisk osób przewidzianych do pełnienia funkcji inspektorów nadzoru branży konstrukcyjno-budowlanej oraz branży sanitarnej wod.-kan. (przy czym powtórzono klauzulę, że muszą być to te same osoby, co podane w „Wykazie osób”, składanym na odrębne wezwanie Zamawiającego) oraz wpisanie doświadczenia przez podanie szczegółowego zakresu nadzorowanych w danej branży robót i ich wartości.

Z kolei wzór „Wykazu osób”, stanowiący załącznik nr 5 do SWZ, zawiera tabelę, w której oprócz wskazania imienia i nazwiska osoby proponowanej do pełnienia danej funkcji oraz jej doświadczenia zawodowego przewidziano również podanie informacji co do jej wykształcenia oraz pełnej nazwy i nr uprawnień budowlanych (a także podstawy prawnej, na jakiej wykonawca dysponuje daną osobą).

Reasumując, z przywołanych powyżej postanowień SWZ wynika w szczególności,

co następuje.

Po pierwsze – dodatkowe ponad obligatoryjnie wymagane doświadczenie osób spośród personelu, którego dysponowanie jest wymagane w ramach warunków udziału w tym postępowaniu, czyli inspektora w branży konstrukcyjno-budowlanej oraz inspektora w branży sanitarnej wod-kan., jest punktowane w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert. Dla każdego z tych dwóch stanowisk doświadczenie na poziomie wymaganym w ramach warunków udziału w postępowaniu jest punktowane na 0 pkt, a większe doświadczenie jest punktowane według przyjętej skali, z tym że maksymalnie może być przyznane 20 pkt.

Po drugie – na etapie oceny ofert w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert w celu ustalenia, która spośród złożonych ofert powinna zostać najwyżej oceniona, przedmiotem badania jest wyłącznie doświadczenie w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru danej branży nad robotami o skali określonej przez wskazanie ich wartości. Dopiero na odrębne wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych wykonawca, którego oferta uzyskała największą liczbę punktów, jest zobligowany do podania informacji co do wykształcenia i uprawnień zawodowych wskazanych w ofercie inspektorów branż konstrukcyjno-budowlanej i sanitarnej wod.-kan.

Po trzecie – ponieważ formularz ofertowy (zawierający imiona i nazwiska tych dwóch inspektorów oraz opis ich doświadczenia) na potrzeby przyznania punktacji w ramach kryteriów oceny ofert) i wykaz osób (zawierający dodatkowo w szczególności opis wykształcenia i uprawnień) na potrzeby potwierdzenia spełniania warunków udziału co do dysponowania wymaganym personelem nie są składane jednocześnie, Zamawiający wprowadził postanowienia obligujące do wskazania w obu tych dokumentach tych samych inspektorów branży konstrukcyjno-budowlanej i branży sanitarnej wod.-kan. Zamawiający posunął się w zabezpieczeniu tożsamości tych osób tak daleko, że nawet zmiana z powodów losowych którejs z osób wskazanych w ofercie przed zawarciem umowy ma skutkować odebraniem przyznanych uprzednio punktów. W konsekwencji może się zatem okazać, że konieczne będzie ponowne ustalenie, która oferta jest najkorzystniejsza według kryteriów oceny ofert.

Odnośnie treści oferty Arkadis ustalono, że nie została ona sporządzona z wykorzystaniem formularza oferty załączonego do SWZ, w szczególności informacje deklarowane na potrzeby pozacenowych kryteriów oceny ofert zamieszczone zostały w dwóch miejscach. Zakres informacji odpowiadających części załącznika nr 1 do SWZ pn. „Inne kryteria oceny ofert”, czyli imiona i nazwiska osób przewidzianych do pełnienia funkcji odpowiednio inspektora nadzoru w branży konstrukcyjno-budowlanej czy inspektora

w branży sanitarnej wod.-kan. oraz opis doświadczenia zawodowego tych osób, został zamieszczony w załączniku nr 6 do formularza oferty pn. „Wykaz doświadczenia inspektorów nadzoru”. Natomiast na pierwszej stronie formularza oferty, bezpośrednio pod ceną, zamieszczono jedynie podsumowanie informacji z tego załącznika, sprowadzające się do wskazania, że każdy z inspektorów (tu nie podano żadnych danych osobowych) ma doświadczenie w pięciokrotnym nadzorowaniu robót danej branży o wymaganej wartości, czyli doświadczenie w wymiarze, za który przewidziano maksymalną liczbę punktów.

Taki sposób sporządzenia oferty wynikał z tego, że Arkadis przy złożeniu oferty zarówno dane osobowe tych osób, jak i szczegółowy opis ich doświadczenia, zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Dla porządku odnotować należy, że ostatecznie Zamawiający nie uznał tego zastrzeżenia za uzasadnione i odtajnił te informacje.

Jednakże kluczowe znaczenie dla tej sprawy ma oczywisty fakt, że opis doświadczenia zawarty w tym załączniku ma charakter źródłowy, czyniący zadość zakresowi informacji, których podania oczekiwał Zamawiający na potrzeby oceny oferty w ramach pozacenowych kryteriów. Natomiast informacje zaprezentowane na pierwszej stronie oferty stanowią li tylko podsumowanie tych informacji źródłowych. Co istotne, w odniesieniu do P. W. w załączniku jednoznacznie wskazano, że posiada on opisane tam doświadczenie w ośmiokrotnym nadzorowaniu nad robotami branży sanitarnej wod.-kan. o każdorazowej wartości minimum 200 tys. zł (przy czym za każdym razem podano szczegółowe dane identyfikujące każde z tych przedsięwzięć budowlanych).

W konsekwencji oczywiste jest, że w niefortunnie sformułowanym zdaniu z pierwszej strony oferty [*...doświadczenie inspektora nadzoru w branży mostowej sanitarnej będącego w dyspozycji wykonawcy wyznaczonego do realizacji zadania na poziomie »5« wykonanych nadzorów w branży sanitarnej polegających na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru robót branży sanitarnej o wartości 200.000,00zł brutto każda*] słowo „mostowej” i fraza „na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru robót branży elektrycznej o wartości” zostały zamieszczone omyłkowo, gdyż osoba zgłoszona na stanowisko inspektora nadzoru robót sanitarnych wod.-kan. ma takie doświadczenie w pełnieniu tej samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, jakie zostało szczegółowo opisane w załączniku nr 6 do oferty.

Z kolei nie ma znaczenia inna oczywista omyłka, tym razem popełniona w tym załączniku, polegająca na powtórzeniu w odniesieniu do A. W. tych samych informacji dotyczących uprawnień, co dla wskazanej powyżej osoby do funkcji inspektora nadzoru robót w branży konstrukcyjno-budowlanej, zwłaszcza że informacje o kwalifikacjach i doświadczeniu każdej z osób wchodzących w skład personelu wymaganego na potrzeby realizacji tego zamówienia mają być obligatoryjnie podane w ramach wykazu osób składanego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w tym postępowaniu. Innymi

słowy na etapie badania spełniania przez Arkadis warunków udziału w postępowaniu Zamawiający będzie mógł zweryfikować, czy osoba ta posiada wymagane uprawnienia budowlane.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności wymaga przypomnienia, że zgodnie z art. 555 ustawy pzp (art. 192 ust. 7 poprzednio obowiązującej ustawy pzp; dalej: „popzp”) Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) – tylko i aż – przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności, przede wszystkim faktycznych, a także, choć w mniejszym stopniu, prawnych. Okoliczności te mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Taka interpretacja tej normy prawnej jest zgodna z linią orzeczniczą konsekwentnie prezentowana przez Krajową Izbę Odwoławczą i została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

Powyższe rozważania służą z jednej strony wskazaniu, że w przypadku odwołania się od czynności zamawiającego, nie może on uzupełniać w toku postępowania odwoławczego uzasadnienia, które uprzednio podał, gdyż wykonawcy mają prawo i obowiązek odwołać się od niej w takim kształcie, w jakim została im zakomunikowana, czyli zobowiązani są do zakwestionowania wyłącznie tych okoliczności faktycznych i prawnych, które znalazły odzwierciedlenie w treści przekazanego im pisemnego zawiadomienia.

Z drugiej strony uwzględniając powyższą zasadę Izba stwierdziła, że choć w odwołaniu wskazano wprost tylko przepisy art. 16 pkt 1 pzp i art. 17 ust. 1 pzp [w tym drugim przypadku z dalszego opisu wynika, że chodzi jednak o art. 17 ust. 2 pzp], zawarte w odwołaniu okoliczności faktyczne oraz zgłoszone żądania pozwalają na zidentyfikowanie również innych przepisów, których naruszenie legło u podstaw zarzutów sformułowanych w odwołaniu. Oczywiście jest bowiem, że istotą odwołania jest zakwestionowanie dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty Arkadisu w jednym z dwóch kryteriów pozacenowych,

wyrażające się w nieprzyznaniu w nim punktacji, pomimo że informacje zawarte w ofercie powinny skutkować przyznaniem w tym zakresie maksymalnej punktacji, co z kolei wpływa na wynik tego postępowania o udzielenie zamówienia. Przy czym z uzasadnienia odwołania wynika również, że pomimo wystąpienia omyłek w treści oferty, zaniechanie przyznania punktacji jawi się jako nieproporcjonalne do rzeczywistej wagi tego uchybienia.

Z art. 17 ust. 2 ustawy pzp wynika, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami tej ustawy. Przy czym zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Z kolei art. 16 ustawy pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Kluczowe znaczenie dla tej sprawy ma jednak, znajdujący zastosowanie na zasadzie art. 8 ust. 1 ustawy pzp [zgodnie z którym do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1360); dalej: „kc”], przepis art. 65 § 1 kc, który stanowi, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Zamawiający zaniechał bowiem ustalenia wykładni treści oświadczenia woli zawartego w ofercie co do doświadczenia zawodowego posiadanego przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji inspektora nadzoru w branży sanitarnej wod.-kan., zasłaniając się skrajnym formalizmem, rzekomo znajdującym uzasadnienie w orzecznictwie Izby. Umknęło przy tym uwadze Zamawiającego, że już z przywołanych przez niego fragmentów uzasadnień orzeczeń, na które powołał się w odpowiedzi na odwołanie, wynika, że każda z tych spraw dotyczyła nie tylko odmiennych stanów faktycznych, ale i innych instytucji prawnych (uzupełnienia czy wyjaśniania dokumentów). Co więcej, sens przytoczonej części uzasadnienia wyroku z 22 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 290/17 jest taki, że o ile dopuszczalne jest wyjaśnianie treści oferty w zakresie informacji podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, o tyle nie może to prowadzić do zmiany lub uzupełnienia wynikającego z niej oświadczenia woli wykonawcy. Tymczasem w tej sprawie wystraszające było uważne zapoznanie się z treścią wszystkich informacji podanych w ofercie na potrzeby punktacji w pozacenowych kryteriach oceny, aby dojść do takich ustaleń, jak poczynione powyżej. Natomiast skrajnie formalistyczne podejście Zamawiającego nie tylko wypaczyło wynik prowadzonego przez niego postępowania, ale stanowi również przejaw naruszenia zasady proporcjonalności.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 3 oraz art. 17 ust. 2 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia – wobec czego – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania, orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając nimi Zamawiającego.