

**Sygn. akt: KIO 544/19**

**WYROK**  
**z dnia 10 kwietnia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2019 r. przez wykonawcę Keller Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Gminę Dąbrowa Górnicza

przy udziale wykonawcy Menard Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Keller Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Keller Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

I. Gmina Dąbrowa Górnicza (dalej: Zamawiający), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Kompleksowe przygotowanie terenów inwestycyjnych na potrzeby działalności gospodarczej w Dąbrowie Górniczej”.

Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 28 marca 2019 r. wykonawca Keller Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez błędną ocenę oferty Odwołującego w ramach kryterium doświadczenie kierownika budowy a w konsekwencji nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej.

2. art. 7 Prawa zamówień publicznych poprzez nierówne traktowanie wykonawców, w szczególności nadmierny i nieuzasadniony rygoryzm w toku oceny oferty Odwołującego, pozbawienie go możliwości złożenia wyjaśnień lub zaniechanie rzetelnego ustalenia warunków realizacji robót budowlanych wskazanych przez Wykonawcę w kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy”,

z ostrożności:

3. art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści oferty w zakresie kryterium Doświadczenie Kierownika Budowy.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i naruszenia art. 7 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu swojego rozstrzygnięcia z 18 marca 2019 roku Zamawiający wskazał, że wykonawca Keller Polska uzyskała 0 (zero) punktów w kryterium „doświadczenie kierownika budowy”, a także przedstawił argumentację, w której stwierdził:

„należy zauważyć, że Zamawiający zastrzegł definitywnie w pkt. 6 formularza ofertowego uwagę, że w przypadku gdy opis doświadczenia będzie niejednoznaczny lub niepozwalający na jego ocenę, Zamawiający nie będzie przyznawał punktów za tak wykazane doświadczenie>>. Z treści informacji należy także wnioskować, że SIWZ - zdaniem Zamawiającego - zawierała jednoznaczne wskazanie - że należy wskazać w wykazie powierzchnię terenu, na której wykonano zagęszczenie gruntu.

Odwołujący w pierwszej kolejności podnosił, że wszystkie roboty budowlane wskazane przez Keller Polska w formularzu oferty spełniały warunki postawione przez Zamawiającego, co potwierdzają załączone Odwołania referencje. Powierzchnia objęta zagęszczeniem w robotach budowlanych wykazanych dla kryterium doświadczenia kierownika budowy przewyższała wielokrotnie minimalny próg postawiony przez Zamawiającego (odpowiednio: 67790 m<sup>2</sup>, 62 147 m<sup>2</sup>, 50 779m<sup>2</sup>). W konsekwencji Zamawiający mógł we własnym zakresie ocenić, czy zaoferowane roboty budowlane spełniają warunki postawione w Postępowaniu, np. odwołując się do źródeł internetowych czy zwracając do Zamawiających wskazane przez Odwołującego roboty budowlane z wnioskiem o udzielenie stosownych wyjaśnień.

Po drugie, w żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie wskazał, że oczekuje od wykonawców sprecyzowania powierzchni terenu, na którym wykonane zostanie zagęszczenie. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający określił, jakie roboty będą kwalifikowały wykonawcę do uzyskania dodatkowych punktów w kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” podając minimalną powierzchnię, nie zawarł jednak żadnych wskazówek, ani wytycznych co do tego, aby parametr konkretnej powierzchni terenu wskazywać w treści oferty. Również sama tabela w formularzu oferty zaoferowanym przez Zamawiającego nie zawierała kolumny :”powierzchnia terenu”, ani w żadnym miejscu nie sugerowała, że należało tę powierzchnię podać. Zamawiający nie sprecyzował również obowiązku co do dołączenia jakichkolwiek dokumentów, które pozwoliłyby mu na weryfikację oświadczenia wykonawcy co do robót budowlanych wskazanych do oceny w ramach kryterium.

W konsekwencji prawidłową interpretacją treści SIWZ było zdaniem Odwołującego przyjęcie, że Zamawiający dokona oceny robót budowlanych w oparciu o oświadczenie wykonawców, że wskazane w punkcie 6 formularza oferty roboty budowlane spełniają wymogi Zamawiającego i są prezentowane do przyznania punktów. W tabeli - zgodnie z wzorem zaoferowanym przez Zamawiającego - znaleźć się miały natomiast poniższe informacje:

- Nazwa zadania,
- Zakres roboty/ wartość roboty brutto/ pełniona funkcja,
- „Poprzedni Zamawiający”.

Ani zaoferowany przez Zamawiającego wzór tabeli zawarty w formularzu oferty, ani zapisy SIWZ odnoszące się do kryteriów oceny ofert nie pozwalają przyjąć, jakoby Zamawiający wymagał podania powierzchni. Co więcej nawet jej podanie przez poszczególnych wykonawców nie zmieniałoby nic w układzie punktów - Zamawiający nie przyznawał punktów w oparciu o wzór „więcej tym lepiej”, każda robota wskazana w wykazie uprawniała do uzyskania dodatkowych 10 punktów, bez względu na to, czy powierzchnia wynosiła 10.000 m<sup>2</sup>, czy 100.000 m<sup>2</sup>. Wreszcie oświadczenia wykonawcy Zamawiający nie zamierzał w żaden sposób weryfikować - nie postawił wymogu co do przedłożenia referencji, ani żadnych innych dokumentów potwierdzających fakt należytego wykonania robót budowlanych, zakresu tych robót, czy też - powierzchni terenu na której określone prace były wykonywane. Reasumując w sensie logicznym nie ma żadnej różnicy pomiędzy: wykonawcą który złożył oświadczenie o spełnieniu przez oferowane roboty budowlane wymogów Zamawiającego poprzez wpisanie do tabeli danych explicite w niej wskazanych, wykonawcą który złożył oświadczenie o spełnieniu przez oferowane roboty budowlane wymogów Zamawiającego poprzez wpisanie do tabeli danych explicite w niej wskazanych dodatkowo adnotacji, że powierzchnia wynosiła „ponad 10.000 m<sup>2</sup>” i wykonawcą który złożył oświadczenie o spełnieniu przez oferowane roboty budowlane wymogów Zamawiającego poprzez wpisanie do tabeli danych explicite w niej wskazanych dodatkowo konkretnej informacji o powierzchni terenu, na której wykonywano zagęszczenie.

W sensie logicznym w każdej z tych sytuacji, według Odwołującego, Zamawiający nie ma możliwości weryfikowania prawdziwości powyższego oświadczenia, Zamawiający wskutek określonego sposobu sformułowania SIWZ nie ma możliwości oceny prawdziwości tych oświadczeń w żaden inny sposób. Za nieuczciwe traktowanie wykonawców należy także przyjąć interpretację zaoferowaną przez Zamawiającego w piśmie z 18 marca 2019 roku, zgodnie z którym poprzez uwagę zawartą pod tabelą przzerzucą on na wykonawców wszelkie konsekwencje braku precyzyjności SIWZ. Zamawiający nie może oczekiwać od wykonawców, że przewidzą oni każdą wątpliwość Zamawiającego i złożą wyjaśnienia, które tę wątpliwość usuną obarczając tę uwagę sankcją polegającą na pozbawieniu możliwości wykonania zamówienia mimo złożenia poprawnej oferty, z najniższą ceną oraz dysponowania kierownikiem budowy z najlepszymi wymaganymi kwalifikacjami.

Oferta Keller Polska w ocenie Odwołującego zawiera wszystkie informacje, jakich Zamawiający wymagał zgodnie z treścią formularza oferty, a sam zapis uwagi, na który powołuje się Zamawiający nie może być interpretowany w ten sposób, że informuje wykonawców o wymogu co do podania powierzchni terenu objętego robotami budowlanymi.

Co do nazwy zadania, zakresu roboty, wartości brutto, funkcji i nazwy poprzedniego zamawiającego, Zamawiający w przedmiotowym Postępowaniu nie może mieć żadnych wątpliwości, dane te nie są niejednoznaczne, pozwalają na ocenę, a zatem nie można mówić, że ta uwaga stanowi podstawę pozbawienia Keller Polska punktów w kryterium „doświadczenie kierownika budowy”, a w konsekwencji - zamówienia.

Również w punkcie 24.2.3 nie sposób, zdaniem Odwołującego, doszukać się wymogu wskazania powierzchni, na której wykonano zagęszczenie terenu. Za „minimum informacji o każdym zadaniu istotnym z punktu widzenia kryterium” Zamawiający uznał:

- Nazwa zadania,
- Zakres roboty,
- Wartość roboty,
- Pełniona funkcja,
- Poprzedni Zamawiający.

Samo użycie sformułowania „minimum informacji” prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie oczekiwał pełnych danych i opiera się na oświadczeniu wykonawcy, zamiast dokumentów (np. Zamawiający nie żąda referencji). Można mieć uwagi do takiego sformułowania kryterium oceny ofert, można zastanawiać się, czy Zamawiający z należytą starannością opracował SIWZ, w którym nie zapewnił sobie możliwości weryfikacji prezentowanych robót budowlanych. Nie zmienia to jednak faktu, że wyraźnie wskazał wykonawcom, jakie minimum informacji należy podać, a w zakresie tego minimum informacji nie znalazła się powierzchnia terenu.

Sprecyzowanie, że punkty będą przyznawane za roboty: „obejmujące swoim zakresem każda: wykonanie zagęszczenia gruntu metodą zagęszczenia dynamicznego o wartości min. 1 000 000,00 PLN brutto w ramach każdej roboty, na terenach przeznaczonych pod budownictwo kubaturowe i ub przemysłowe, o powierzchni terenu min. 10 000m<sup>2</sup> w ramach każdej roboty”, należy rozumieć jedynie w ten sposób, że Wykonawca takie właśnie roboty winien wskazać w tabeli punktu 6 Formularza Oferty, i Keller Polska zaoferował Zamawiającemu roboty budowlane o oczekiwanym zakresie.

Po trzecie, o poprawności i logiczności interpretacji przyjętej przez Keller Polska świadczyć może fakt, że w identyczny sposób wymóg Zamawiającego zrozumieli inni wykonawcy. W poprzednim Postępowaniu prowadzonym pod sygnaturą Nr ZP.WIM.271.4.38.2018, unieważnionym przez Zamawiającego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy prawo zamówień publicznych. W postępowaniu tym Zamawiający w dokładnie taki sam sposób określił kryterium „doświadczenie kierownika budowy”, złożone zostały 2 oferty, z czego w jednej w ogóle nie wskazano robót budowlanych dla kryterium, a w drugiej, złożonej przez konsorcjum firm: „JUSTMAR” T. M., Terra-Mix sp. z o.o., zostały wskazane 3 roboty budowlane bez podania powierzchni. Zamawiający nie dokonał co prawda oceny powyższych ofert, z uwagi na konieczność unieważnienia postępowania, jednak fakt, że jedyny wykonawca, który w poprzednim postępowaniu zaoferował roboty budowlane dla oceny w kryterium w sposób analogiczny do Keller Polska zrozumiał zapisy SIWZ sugeruje jednoznacznie, że nie są one na tyle precyzyjne, aby przyjąć, że Zamawiający wymaga podania powierzchni.

#### Uzasadnienie zarzutu w zakresie zaniechania zastosowania art. 87 ust 1 Prawa zamówień publicznych.

Po czwarte, zdaniem Odwołującego, nawet jeśli Zamawiający uznał, że oczekuje podania powierzchni terenu objętego zagęszczeniem wskazaną w SIWZ metodą i nawet jeśli uważa (z czym nie można się zgodzić), że zapisy SIWZ są precyzyjne, jednoznacznie wskazując na ten wymóg, pozbawienie Keller Polska punktów w zakresie tego kryterium winno zostać poprzedzone wezwaniem do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych. Najnowsze orzecznictwo KIO potwierdza, że wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie kryteriów pozacenowych jest dopuszczalne na gruncie prawa zamówień publicznych, chociaż istotnie powinno być stosowane z pewną ostrożnością. Nie można jednak zdaniem Keller Polska uznać za właściwe przyjęcie rozstrzygnięcia, w którym Zamawiający nie zapewnił sobie narzędzi do weryfikacji zakresu robót poprzez chociażby wskazanie wykonawcom, że zobowiązani są podać kluczowy dla Zamawiającego parametr powierzchni, czy sformułowanie wymogu dołączenia referencji, a jednocześnie w sposób arbitralny dokonuje przetasowania w rankingu wykonawców, nie tylko pozbawiając Keller Polska możliwości wykonania zamówienia, ale także - decydując się na wyłonienie wykonawcy, którego oferta jest droższa o niemal 30% od oferty Keller Polska. W takiej sytuacji Zamawiający bezwzględnie powinien wezwać do złożenia wyjaśnień. Dopuszczalność wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie pozacenowych kryteriów oceny ofert na podstawie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 24 stycznia 2019 roku, KIO 20/19. Podnoszony jako ewentualny zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych zasługuje w ocenie Odwołującego również na uzasadnienie. Jakkolwiek prowadzenie negocjacji dotyczących kryteriów oceny ofert jest istotnie niedopuszczalne, to nie

sposób twierdzić, że w żadnej sytuacji Zamawiający nie może wezwać wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do treści oferty, skoro literalnie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych pozwala na wyjaśnianie wszystkich zawartych w ofercie informacji. W przedmiotowej sprawie przedmiotem wyjaśnienia nie mogłaby być z pewnością prezentacja innych robót budowlanych, czy próba zmiany informacji, które w ofercie zostały już zawarte. Nie ma natomiast w ocenie Odwołującego żadnych przeszkód, aby Wykonawca potwierdził, że wymóg „co najmniej 10.000 m<sup>2</sup>” brał pod uwagę wybierając roboty budowlane, które wskazał w formularzu oferty.

Wreszcie Zamawiający nie powinien tracić z pola widzenia, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, a także przeważającym stanowiskiem doktryny, wszelkie nieścisłości SIWZ, zapisy które mogą powodować wątpliwości interpretacyjne, Zamawiający winien interpretować na korzyść wykonawców. Powyższe potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyrokach: z 20 grudnia 2017, KIO 2654/17; 24 stycznia 2014 - KIO 47/14; 3 lipca 2014 - KIO 1256/14, 28 stycznia 2015 - KIO 110/15; 11 lipca 2016 - KIO 1130/16 i wielu innych. Reasumując w sytuacji, gdy Zamawiający nigdzie w SIWZ nie sformułował precyzyjnego wymogu co do podania przez wykonawcę określonej informacji - w przedmiotowym postępowaniu powierzchni terenu, na którym wykonano zagęszczenie, nie może oczekiwać od wykonawców podania tej danej, a tym bardziej pozbawiać wykonawcy zamówienia z tego powodu, że nie zawarł on tej informacji w formularzu oferty. Nie ma przy tym znaczenia fakt, że Zamawiający oczekiwał podania takiej informacji, gdyż nie znajduje to potwierdzenia w dokumentacji. Nie ma tu również znaczenia brak staranności w opracowaniu SIWZ polegający na tym, że Zamawiający nie zapewnił sobie możliwości weryfikacji robót budowlanych innej niż oświadczenie wykonawcy. To Zamawiający jako gospodarz postępowania ma obowiązek określić, jakie dane są mu niezbędne dla przyznania punktów w ramach kryteriów oceny ofert oraz - skąd te dane będzie czerpał, to jest czy należy je wskazać w formularzu oferty, czy też złożyć określone dokumenty pozwalające na weryfikację. Zaniechanie w tym zakresie nie może obciążać wykonawcy, który w dobrej wierze i zgodnie z prawdą złożył oświadczenie wiedzy co do tego, że roboty budowlane wskazane w wykazie spełniają brzegowy wymóg minimalnej powierzchni (z tego powodu umieścił je w wykazie) a także- podał wszystkie wymagane zgodnie z SIWZ informacje, tj. nazwę zamawiającego, na rzecz którego roboty wykonano, nazwę i zakres zadania oraz wartość roboty budowlanej brutto.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie Zamawiającemu ponowne badanie ofert i wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.



Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Menard Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Przystępujący).

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

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie należy oddalić.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający w SIWZ wskazał, że obok ceny, kryterium oceny ofert będzie stanowiło m.in.. doświadczenie Kierownika Budowy (pkt 24.2.3 SIWZ; odpis SIWZ i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu w aktach sprawy). Zamawiający podał, że w ramach kryterium doświadczenie Kierownika Budowy (D) ocena będzie dokonana na podstawie informacji o doświadczeniu osoby wyznaczonej do pełnienia tej funkcji i wskazanej w Formularzu ofertowym, przy czym Zamawiający zastrzegł, że do potrzeb oceny niezbędne jest podanie minimum informacji o każdym zadaniu istotnym z punktu widzenia kryterium, w którym wskazana osoba pełniła funkcję Kierownika Budowy lub Kierownika Robót tj. nazwa zadania, zakres roboty, wartość roboty, pełniona funkcja, poprzedni Zamawiający. Zamawiający dalej określił, że „Za wykazane doświadczenie, polegające na pełnieniu funkcji Kierownika Budowy lub Kierownika Robot przy realizacji robót obejmujących swoim zakresem każda: wykonanie zagęszczenia gruntu metodą zagęszczenia dynamicznego o wartości min. 1 000 000,00 PLN brutto w ramach każdej roboty, na terenach przeznaczonych pod budownictwo kubaturowe lub przemysłowe, o powierzchni terenu min. 10 000m<sup>2</sup> w ramach każdej roboty. Wykonawca może otrzymać maksymalnie 30 pkt.”

2. We wzorze formularza ofertowego, stanowiącego załącznik do SIWZ, Zamawiający zawarł w pkt. 4 tabelę, która miała, po wypełnieniu przez wykonawców, stanowić podstawę do

oceny w kryterium doświadczenie kierownika budowy. Tabela zawierała kolumny: nazwa zadania, zakres roboty, wartość roboty brutto, pełniona funkcja, poprzedni Zamawiający.

Pod tabelą umieszczono pouczenie, w którym Zamawiający podał, że „W przypadku, gdy opis doświadczenia będzie niejednoznaczny lub niepozwalający na jego ocenę, Zamawiający

nie będzie przyznawał punktów za tak wykazane doświadczenie”.

3. Odwołujący wypełnił tabelę w pkt 4 formularza ofertowego w sposób następujący:

1) Projekt T2B – Etap 1 rozbudowy terminalu T2 (kolumna - nazwa zadania); Wzmocnienie podłoża w technologii zagęszczania dynamicznego pod konstrukcję placów składowych oraz manewrowych i dróg dojazdowych w ramach rozbudowy terminalu T2 na terenie DCT w Gdańsku/ 1 180 459,41 zł/ Kierownik robót (kolumna - zakres roboty/ wartość roboty brutto/

pełniona funkcja);

2) Rozbudowa Pomorskiego Centrum Logistycznego w Gdańsku przy ul. Kontenerowej. Budowa hali magazynowej nr 2 dla Goodman (kolumna - nazwa zadania); Kompleksowe wzmocnienie podłoża w technologii zagęszczania dynamicznego pod konstrukcję hali magazynowej nr 2 Centrum Logistycznego w Gdańsku/ 1 636 588,80 zł/Kierownik robót

3) Rozbudowa Pomorskiego Centrum Logistycznego w Gdańsku przy ul. Kontenerowej. Budowa hali magazynowej nr 3 dla Goodman (kolumna - nazwa zadania); Kompleksowe wzmocnienie podłoża w technologii zagęszczania dynamicznego pod konstrukcję hali magazynowej nr 3 Centrum Logistycznego w Gdańsku/ 1 482 150,00 zł/Kierownik robót (kolumna - zakres roboty/ wartość roboty brutto/pełniona funkcja).

4. Zamawiający przyznał ofercie Odwołującego 0 pkt w kryterium doświadczenie kierownika budowy, z czym Odwołujący się nie zgodził i wniósł odwołanie.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący argumentował, że wypełnił tabelę, będącą podstawą do oceny doświadczenia kierownika budowy, zgodnie z wskazówkami zawartymi w tabeli (nazwami poszczególnych kolumn), tym samym ocena doświadczenia kierownika budowy powinna się opierać wyłącznie na oświadczeniu Odwołującego, zawartemu w tabeli. Jeżeli Zamawiający miałby jakiegokolwiek wątpliwości, powinien dokonać ustaleń we własnym zakresie bądź zwrócić się do Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych z wezwaniem do złożenia wyjaśnień (przy czym należy zauważyć, że Odwołujący nie wywodził w żaden sposób, że wielkość powierzchni, na której wykonano prace określoną metodą, mogła wynikać z innych informacji, podanych przez niego w tabeli, w sposób pośredni).

Z argumentacją Odwołującego nie można się zgodzić. Zamawiający w SIWZ jednoznacznie określił zakres doświadczenia kierownika budowy, za które będzie przyznawał punkty w jednym z pozacenowych kryteriów oceny ofert: „Za wykazane doświadczenie, polegające na pełnieniu funkcji Kierownika Budowy lub Kierownika Robot przy realizacji robót obejmujących swoim zakresem każda: wykonanie zagęszczenia gruntu metodą zagęszczenia dynamicznego o wartości min. 1 000 000,00 PLN brutto w ramach każdej roboty, na terenach przeznaczonych pod budownictwo kubaturowe lub przemysłowe, o powierzchni terenu min. 10 000m<sup>2</sup> w ramach każdej roboty” (pkt. 24.2.3 SIWZ, drugi akapit). W tabeli należało podać zakres robót w taki sposób, aby doświadczenie podlegało ocenie. Punkty miały być przyznane nie za jakiegokolwiek doświadczenie, ale takie doświadczenie, które ma określony zakres. Odwołujący nie wskazał w ramach zakresu robót powierzchni terenu, dla której wykonano zagęszczenie gruntu. Zamawiający nie miał więc podstaw, aby przyznać Odwołującemu punkty za doświadczenie kierownika budowy – w opisie zakresu zadań nie wskazano wszystkich elementów, pozwalających na przyznanie punktów; zgodnie z pouczeniem pod tabelą, w takim przypadku Zamawiający nie mógł przyznać Odwołującemu punktów. Rację miał Odwołujący, w odwołaniu zauważając, że Zamawiający nie zamierzał doświadczenia kierownika budowy weryfikować w żaden sposób, a ocena opierała się wyłącznie o oświadczenie wykonawcy zawarte w tabeli. Stąd właśnie doniosła rola oświadczenia wykonawcy co do zakresu posiadanego przez kierownika robót doświadczenia.

W takich okolicznościach powstaje pytanie, czy Zamawiający, wbrew zapowiedzi w SIWZ, powinien wezwać Odwołującego do wyjaśnień bądź dokonywać ustaleń we własnym zakresie odnośnie powierzchni wykonanych robót.

Na tak postawione pytanie skład orzekający udzielił odpowiedzi przeczącej: Zamawiający nie miał podstaw do wzywania Odwołującego do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. W ocenie Izby, wobec postanowień SIWZ, takie wezwanie do uzupełnienia informacji, podanych w tabeli mającej stanowić podstawę do oceny w pozacenowym kryterium oceny ofert, byłoby naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, przewidzianej w art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający zapowiedział bowiem w sposób kategoryczny, że za doświadczenie opisane w sposób niepełny – a więc niepokrywający się z zakresem robót, określonym w pkt 24.2.3 SIWZ, nie będzie przyznawał punktów. Odwołujący nie dowodził, że wielkość powierzchni, na której zrealizowano prace, można wywieść z innych informacji, które zostały podane w tabeli, w sposób pośredni (np. biorąc pod uwagę wartość wykonanych robót), a więc nie było podstaw do procedury wyjaśniającej, przewidzianej w art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Należy zauważyć, że Zamawiający nie mógł skorzystać z art. 26 ust. 1 Prawa

zamówień publicznych, ponieważ było to doświadczenie oceniane w ramach kryterium oceny ofert, a nie w ramach spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Reasumując, Zamawiający prawidłowo przyznał Odwołujący 0 punktów w kryterium pozacenowym oceny ofert.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych wskazywanych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.972).

**Przewodniczący:**

.....