

Sygn. akt: KIO 1624/20

WYROK
z dnia 4 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2020 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowlane „MODUŁ” Sp. z o.o. z siedzibą w Stróżówce** w postępowaniu prowadzonym przez **Spółkę Komunalną „Dorzecze Białej” Sp. z o.o. z siedzibą w Tuchowie,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części III zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w ww. części, w tym przyznanie ofercie Odwołującego maksymalnej ilości punktów w kryterium „dodatkowe doświadczenie kierownika budowy” w części III.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **Spółkę Komunalną „Dorzecze Białej” Sp. z o.o. z siedzibą w Tuchowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowlane „MODUŁ” Sp. z o.o. z siedzibą w Stróżówce** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego - **Spółki Komunalnej „Dorzecze Białej” Sp. z o.o. z siedzibą w Tuchowie** na rzecz Odwołującego - wykonawcy **Przedsiębiorstwa Budowlanego „MODUŁ” Sp. z o.o. z siedzibą w Stróżówce** kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Tarnowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Spółka Komunalna „Dorzecze Białej” Sp. z o.o. z siedzibą w Tuchowie [dalej „Zamawiający”] prowadzi sektorowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania pn. „Budowa sieci kanalizacyjnej i wodociągowej wraz z przyłączami w gminie Tuchów”* z podziałem na trzy części (znak postępowania: ZP-5/20).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 kwietnia 2020 r. pod numerem 2020/S 078-185115.

W dniu 13 lipca 2020 r. Przedsiębiorstwo Budowlane „MODUŁ” Sp. z o.o. z siedzibą w Gorlicach [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie w zakresie części III zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprzyznanie maksymalnej ilości punktów w kryterium *„dodatkowe doświadczenie kierownika budowy wyznaczonego do realizacji zamówienia dla części III”*, a w konsekwencji zaniechanie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego,
2. z ostrożności procesowej art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie doświadczenia kierownika budowy, wskazanego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3. a także innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania oraz
2. nakazanie Zamawiającemu:
 - a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej w części III zamówienia,
 - b) przyznania Odwołującemu maksymalnej ilości punktów w kryterium *„dodatkowe doświadczenie kierownika budowy wyznaczonego do realizacji zamówienia dla części III”*,
 - c) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy. Wskazał, że odwołanie składane jest w części III zamówienia, choć zarzuty odwołania pozostają także aktualne dla czynności oceny oferty w części I i II. Tym samym przy uwzględnieniu przez Izbę odwołania będą oddziaływać na poprawność wyboru oferty w części II postępowania.

Odwołujący wskazał, że nie zgadza się ze stanowiskiem prezentowanym przez Zamawiającego w zakresie dotyczącym sposobu przyznawania punktów. W jego ocenie Zamawiający w sposób nieuprawniony uznał, iż Odwołujący nie wykazał dodatkowego doświadczenia, skoro w dokumentach składanych na wezwanie Zamawiającego, dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu ponownie przywołał doświadczenie, które pierwotnie zostało wskazane w ramach kryterium oceny ofert, pomijając, że powtórzenie to pozostawało bez wpływu na spełnianie warunku udziału w postępowaniu, nie dublując go.

Odwołujący przywołał postanowienia punktu 13.1. lit. c SIWZ. Odwołujący złożył wraz z ofertą wypełniony Załącznik nr 7c do SIWZ, w którym wskazał, że funkcję kierownika budowy przy realizacji przedmiotowego zamówienia będzie pełnił pan P. B., posiadający doświadczenie przy realizacji dwóch inwestycji (gmina Zawoja oraz gmina Michałów). Następnie w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący złożył wykaz sporządzony wg Załącznika 4c do SIWZ - wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, w którym jako doświadczenie pana P. B. wskazano następujące realizacje: w miejscowości Gnojno i Glinka – jako nowe wobec przedstawionego dla potrzeb kryterium doświadczenia i wystarczające do wypełnienia warunku oraz stanowiące powtórzenie doświadczenia z kryterium dotyczące inwestycji w gminie Zawoja oraz gminie Michałów.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający porównując wyżej wymienione wykazy (załącznik nr 7c do SIWZ oraz 4c do SIWZ) i wskazane w nich realizacje uznał, iż Odwołujący nie wykazał dodatkowego doświadczenia kierownika budowy, skoro dwie realizacje („Budowa kanalizacji sanitarnej w msc. Pawłowice oraz części Michałowa” oraz „Budowa systemu kanalizacji sanitarnej w części miejscowości Zawoja oraz likwidacji oczyszczalni Zawoja Centrum” wskazano w obu Załącznikach.

Zamawiający pominął okoliczność, iż w Załączniku 4c do SIWZ powołano się na realizację, która nie była pierwotnie wskazana w treści oferty tj. w Załączniku nr 7c do SIWZ, a która w wystarczający sposób potwierdza, iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, tj. realizację inwestycji pn. „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Gnojno i Glinka wraz z przebudową oczyszczalni ścieków w systemie Zaprojektuj – Wybuduj”. Inwestycja ta została wskazana jako pierwsza na liście zrealizowanych zamówień potwierdzających wymagane doświadczenie i tylko ta realizacja powinna podlegać ocenie w zakresie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący przywołał brzmienie pkt 5.2 cz. III lit. b) tiret drugi SIWZ i wskazał, że Zamawiający wymagał, aby osoba dedykowana do pełnienia funkcji Kierownika budowy pełniła funkcję kierownika budowy lub inspektora nadzoru na co najmniej jednej ukończonej robocie budowlanej, polegającej na budowie lub przebudowie sieci kanalizacji sanitarnej i/lub wodociągowej i/lub deszczowej o łącznej długości sieci co najmniej 7 km.

Uzasadniał, że wykazał zatem, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu. Skoro Zamawiający wymagał na warunki udziału w postępowaniu wykazanie się jedną realizacją to nie ma żadnych racjonalnych podstaw do odmówienia przyznania punktów, w sytuacji, gdy realizacji wskazane na kryterium oceny ofert, zostały nadmiarowo wskazane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji Zamawiający winien był pominąć w ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nadmiarowo wskazane realizacje, bowiem Odwołujący wskazując na inwestycję „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Gnojno i Glinka wraz z przebudową oczyszczalni ścieków w systemie Zaprojektuj – Wybuduj” wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący nie wykazał zatem doświadczenia potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu tymi samymi realizacjami. Próżno szukać w ofercie Odwołującego oświadczenia, iż doświadczenie zdobyte przy realizacji inwestycji „Budowa kanalizacji sanitarnej w msc. Pawłowice oraz części Michałowa” oraz „Budowa systemu kanalizacji sanitarnej w części miejscowości Zawoja oraz likwidacji oczyszczalni Zawoja Centrum”, wykazywane jest wyłącznie na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie zastąpił doświadczenia na kryterium oceny ofert, doświadczeniem na warunki, bowiem aby wykazać się wymaganym doświadczeniem w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wystarczającym było wykazanie się jedną realizacją o określonych przez Zamawiającego parametrach. Odwołujący zatem w prawidłowy sposób wykazał, iż p. P. B. spełnia warunki udziału w postępowaniu, a dodatkowo posiada doświadczenie, które zobowiązuje Zamawiającego do przyznania dodatkowych punktów.

Odwołujący wskazał, że kryteria oceny ofert określone przez Zamawiającego w istocie zapewniają udział w realizacji zamówienia tych wykonawców, którzy dają rękojmię jego należytego wykonania, jednakże cel ten będzie zrealizowany wyłącznie wtedy, gdy Zamawiający w sposób racjonalny dokonana oceny oświadczeń i dokumentów złożonych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak i kryterium oceny ofert. Na potwierdzenie prezentowanego stanowiska przywołał wyrok KIO z 18 lipca 2018 r., sygn. akt 1233/18.

Reasumując wskazał, iż w ramach warunków udziału w postępowaniu Zamawiający określił minimalny zakres kwalifikacji, którym musi legitymować się personel wykonawcy. Odwołujący składając wykaz doświadczenia osoby dedykowanej do realizacji zamówienia, spełnił minimalne warunki udziału w postępowaniu. Ocenie w tym zakresie winna podlegać wyłącznie pierwsza ze wskazanych realizacji. W ramach kryterium oceny Zamawiający zaś winien punktować dodatkowo posiadanie przez personel wykonawcy kwalifikacje wyższe niż niezbędne minimum. Podkreślenia wymaga, iż bez znaczenia pozostaje powtórzenie doświadczenia wskazanego jako dodatkowe doświadczenie w kryterium oceny ofert, skoro

doświadczenie to zostało wskazane jako nadmiarowe w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto Odwołujący wskazał, że składając niniejsze odwołanie w Części III zamówienia, wyżej zidentyfikowane uchybienia dotyczą także Części I oraz Części II zamówienia. W Części I i II zamówienia Odwołujący złożył ofertę w ramach Konsorcjum firm tj. Przedsiębiorstwo Budowlane „MODUŁ” Sp. z o. o. - Lider konsorcjum oraz MV Projekt M. V. - Partner konsorcjum oraz „GUZKOP” B. G. - Partner konsorcjum, przy czym w zakresie Części I jego oferta została wybrana jako oferta najkorzystniejsza, zaś w Części II (analogicznie do Części III) Zamawiający nie przyznał ww. Konsorcjum maksymalnej ilości punktów w kryterium „dodatkowe doświadczenia kierownika budowy”. W uzasadnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty w Części I i II zamówienia, Zamawiający przedstawił taką samą argumentację jak w zakresie Części III co do nieprzyznania maksymalnej ilości punktów. O ile w zakresie Części I zamówienia okoliczność ta nie ma znaczenia bowiem nawet w przypadku przyznania maksymalnej ilości punktów, oferta ww. Konsorcjum nadal pozostanie ofertą najkorzystniejszą, o tyle zaniechanie przyznania odpowiedniej ilości punktów w Części II i III zamówienia ma wpływ na wynik postępowania. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego polegającego na przyznaniu maksymalnej ilości punktów w kryterium „dodatkowe doświadczenie kierownika budowy” oferta ww. Konsorcjum w Części II zamówienia czy też oferta Odwołującego w Części III zamówienia, zostałyby uznana za najkorzystniejszą w ww. częściach zamówienia.

Odwołujący podniósł, że akceptacja stanowiska Zamawiającego w kształcie wynikającym z uzasadnienia wyboru najkorzystniejszej oferty dla Części III (jak również na marginesie - Części I i II zamówienia) prowadzi do wypaczenia istoty kryterium oceny ofert, zwłaszcza w sytuacji, gdy Zamawiający prowadzi postępowanie przy uwzględnieniu art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w pkt 2.2 SIWZ wskazał, iż „w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający będzie stosował tzw. „procedurę odwróconą” (o której mowa w art. 24aa ustawy Pzp). Tym samym, Zamawiający najpierw dokona oceny złożonych ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust 1 ustawy Pzp) oraz kryteriów oceny ofert, określonych w pkt. 13 niniejszej SIWZ, a następnie zbada czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu”.

Mając na uwadze powyższe wskazał, iż skoro Zamawiający zbadał ofertę Odwołującego m. in. w zakresie dotyczącym kryterium oceny ofert, w tym doświadczenie kierownika budowy, to wskazanie tego samego doświadczenia, jednakże jako doświadczenie nadmiarowe ponad minimalne wymagania w zakresie warunków udziału w postępowaniu, nie może prowadzić nieuzasadnionej odmowy przyznania maksymalnej ilości punktów.

Odwołujący z ostrożności wskazał, iż Zamawiający w przypadku wątpliwości co do

przedstawionego doświadczenia i jego celu, uprawniony był do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w oparciu o przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w celu ustalenia czy Odwołujący na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu legitymuje się jedną czy trzema realizacjami, o których mowa w Załączniku nr 4c do SIWZ. W ten sposób Zamawiający dokonałby właściwego ustalenia stanu faktycznego, a w ślad za tym przyznałby ofercie Odwołującego maksymalną liczbę punktów.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz wskazanego z ostrożności - art. 26 ust. 4 ustawy Pzp prowadzi w rezultacie do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający zobowiązany jest do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie zasady równego traktowania wykonawców i zapewnienia uczciwej konkurencji. Oznacza to tyle, iż Zamawiający winien przestrzegać reguł wynikających z dokumentacji postępowania, w tym dokonania racjonalnej oceny ofert w ustanowionych kryteriach.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 września 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu ww. pisma Zamawiający wskazał, że oceniając ofertę Odwołującego kierował się zasadą, że przyznawanie punktacji w ramach kryteriów oceny ofert nie może prowadzić do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i braku zachowania pomiędzy nimi uczciwej konkurencji. Zamawiający postępował zgodnie z zasadami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym w załączniku nr 4c i 7c do SIWZ.

Zamawiający określił, iż skoro dodatkowe doświadczenie Kierownika budowy stanowi element oceniany na podstawie kryteriów oceny ofert i wskazywane jest w treści załącznika nr 7c, to nie ulega wątpliwości, że załącznik ten nie stanowi dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Oświadczenie złożone w załączniku nr 7c nie powinno również podlegać zmianie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem prowadziłoby to do niedopuszczalnych negocjacji treści oferty w zakresie odnoszącym się do kryteriów oceny ofert. Wobec powyższego nie było podstaw do wezwania Wykonawcy do wyjaśnień w tym zakresie, gdyż takie działanie stanowiłoby niedopuszczalne negocjacje treści oferty pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą i miałyby wpływ na punktację oferty.

Podkreślał, że zakres oferty służący do jej oceny w ramach kryteriów oceny ofert, nie podlega uzupełnieniu po upływie terminu składania ofert. Treść oferty może być wyjaśniana wyłącznie w trybie wynikającym z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wskazującym uprawnienie zamawiającego w tym zakresie. Na potwierdzenie prezentowanego stanowiska przywołał wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu sygn. akt X Ga 7/10, wyrok KIO sygn. akt: KIO 412/18, wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi sygn. akt: III Ca 731/18.

Zamawiający wskazał, że nie zwracał się o wyjaśnienia, ponieważ treść złożonych wykazów, tj. załączników nr 7c i 4c, a w szczególności załącznika 4c dotyczącego spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie budziła jego wątpliwości. Podstawę wykładni oświadczeń woli mających formę pisemną stanowi tekst dokumentu, w którym ujęto oświadczenie woli, lecz uwzględnieniu podlegają także okoliczności, w jakich oświadczenie woli zostało złożone, oraz cel oświadczenia woli wskazany w tekście bądź możliwy do ustalenia na podstawie postanowień umowy. Niebagatelne znaczenie ma przy ocenie omawianego zarzutu zasada *clara non sunt interpretanda*. Odwołujący zaś jeżeli uważał, że Zamawiający powinien być wezwać do wyjaśnień treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, to w odwołaniu powinien był zawrzeć zarzut z art. 87 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp oraz z art. 7 ust. 3 w zw. z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący zaniechał jednakże przedstawienia powyższych zarzutów, wobec czego twierdzenia Odwołującego co do obowiązku wezwania do wyjaśnień oferty przez Zamawiającego na powyższych podstawach prawnych nie powinny być w ogóle rozpatrywane w ramach niniejszego postępowania odwoławczego, wykraczają bowiem poza zarzuty przedmiotowego odwołania i są bezzasadne w niniejszym stanie faktycznym.

Zamawiający wskazał, że nie miał również tutaj zastosowania art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, który dotyczy wezwania do udzielenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Wezwanie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie dotyczy dokumentów składanych w celu oceny w ramach kryteriów oceny ofert - w tym przypadku załącznika nr 7c. Nie było także konieczności do wzywania do złożenia wyjaśnień w zakresie załącznika nr 4c - Wykazu osób skierowanych do realizacji, ponieważ Wykonawca wykazał spełnianie warunku udziału w zakresie doświadczenia kierownika budowy. Zamawiający nie miał także podstaw do wezwania do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp załącznika nr 4c, tj. Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia. Zamawiający przywołał również fragment opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych „Dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Aktualność dokumentów w świetle nowelizacji ustawy Pzp” i wskazał, że skoro Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia wykonawcy, nie zachodziła podstawa do wzywania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków. Natomiast nie można wzywać do uzupełnienia dokumentu, który został złożony (tak KIO w wyroku sygn. akt: KIO 2607/19).

Wskazał, że nie stanowią oferty dokumenty potwierdzające spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, których zamawiający żąda jako podmiotowych środków dowodowych (patrz wyrok KIO sygn. akt: 1207/13).

Uzasadniał, że w przedmiotowej sprawie najważniejsze znaczenie należy przypisać postanowieniom SIWZ i je należy wziąć pod uwagę jako punkt wyjścia. Zamawiający w sposób jasny i niebudzący wątpliwości wskazał w SIWZ, że ocena doświadczenia kierownika budowy dokonana będzie na podstawie załącznika nr 7c i że wykonawca nie może podać tych samych danych co w wykazie osób, składanym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. w załączniku nr 4c. Takie podejście nie stanowi przejawu nadmiernego formalizmu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest sformalizowane, przy czym formalizm postępowania nie jest celem samym w sobie, ale służy przede wszystkim realizacji zasad udzielenia zamówień określonych w rozdziale II, dziale I ustawy Pzp. O nadmiernym formalizmie postępowania można mówić w sytuacji, gdy co najmniej nie ma on wpływu na określone ww. przepisach zasady lub wpływ ten powoduje ich naruszenie.

Zamawiający przy dokonywaniu oceny oferty jest zobowiązany uwzględnić tylko te okoliczności i treści, które wykonawca był zobowiązany przedłożyć w celu dokonania tejże oceny. Szczególnie dotyczy to przedmiotowego postępowania, w którym Zamawiający w sposób wyraźny wskazał na podstawie jakiego dokumentu będą oceniane oferty w ramach przedmiotowego kryterium - tj. załącznika nr 7c. Tym samym, wykazanie przez Odwołującego w załączniku nr 4c tożsamego doświadczenia co w załączniku 7c, co jest niezgodne z postanowieniami specyfikacji w zakresie możliwości przyznania dodatkowej punktacji, spowodowało, iż Zamawiający nie miał podstaw do przyznania dodatkowej punktacji Odwołującemu w kryterium dodatkowe doświadczenie. Przeciwnie działanie prowadziłyby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ale przede wszystkim powodowałyby niezgodność treści oferty ze specyfikacją i stanowiłyby podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ musi polegać na niestosowaniu się do wymogów zawartych i ujętych w SIWZ (zob. wyrok KIO sygn. akt: KIO 1902/13). W niniejszym przypadku Odwołujący nie zastosował się do wymogów zawartych i ujętych w SIWZ, podając tożsame doświadczenie w załączniku 4c co w załączniku 7c. W tym sensie treść oferty Odwołującego była sprzeczna z treścią specyfikacji, i nie było podstaw do przyznania dodatkowej punktacji Odwołującemu w ramach kryterium dodatkowe doświadczenie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz zmianami, ofertę Odwołującego złożoną w części III oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 8 lipca 2020 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron postępowania odwoławczego złożone pisemnie oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 4 września 2020 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podzielone zostało na trzy części. Część trzecia postępowania obejmowała zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania pn. „Budowa sieci wodociągowej i kanalizacyjnej wraz z przyłączami w Kielanowicach oraz w ul. Rzecznej i Owocowej w msc. Tuchów, gm. Tuchów”.

Zgodnie z punktem 5.2 cz. III lit. b tiret drugi SIWZ, Zamawiający wymagał, by wykonawcy wykazali, iż dysponują lub będą dysponować osobą zdolną do wykonania zamówienia, która będzie uczestniczyć w realizacji przedmiotu zamówienia tj.: osobą posiadającą uprawnienia określone przepisami Prawa budowlanego do pełnienia funkcji Kierownika budowy w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych.

Zamawiający wymagał, aby osoba dedykowana do pełnienia funkcji Kierownika budowy:

- posiadała doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy lub inspektora nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych,
- pełniła funkcję kierownika robót lub kierownika budowy lub inspektora nadzoru na co najmniej jednej (1) ukończonej robocie budowlanej, polegającej na budowie lub przebudowie sieci kanalizacji sanitarnej i/lub wodociągowej i/lub deszczowej o łącznej długości sieci co najmniej 7 km.

W punkcie 13.1 lit. c) SIWZ – Kryteria oceny ofert – Zamawiający ustanowił kryterium dodatkowego doświadczenia kierownika budowy – 8%.

Zamawiający wskazał, iż w ramach niniejszego kryterium Zamawiający będzie oceniać dodatkowe doświadczenie kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy lub inspektora nadzoru w powyższej specjalności i przyznawać punkty jeżeli osoba ta pełniła funkcję kierownika budowy lub inspektora nadzoru przy ukończonych robotach budowlanych polegających na budowie lub przebudowie sieci kanalizacji sanitarnej i/lub wodociągowej i/lub deszczowej o łącznej długości sieci co najmniej 7 km.

Punktacja za dodatkowe doświadczenie kierownika budowy przyznawana będzie w następujący sposób:

1. pełnienie funkcji kierownika robót lub kierownika budowy lub inspektora nadzoru przy kolejnej, drugiej (2) ukończonej robocie budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie sieci kanalizacji sanitarnej i/lub wodociągowej i/lub deszczowej o łącznej długości sieci co najmniej 7 km – 4 punkty,
2. Pełnienie funkcji kierownika robót lub kierownika budowy lub inspektora nadzoru przy kolejnej, trzeciej (3) ukończonej robocie budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie sieci kanalizacji sanitarnej i/lub wodociągowej i/lub deszczowej o łącznej długości sieci co najmniej 7 km – 8 pkt.

Dalej Zamawiający wskazał, że jeżeli osoba dedykowana przez wykonawcę do pełnienia funkcji kierownika budowy nie posiada dodatkowego doświadczenia w realizacji robót wskazanych w ramach niniejszego kryterium tj. wykonawca nie wykaże dodatkowego doświadczenia kierownika budowy – Zamawiający w takim przypadku przyzna wykonawcy 0 pkt.

Zamawiający przyzna również wykonawcy 0 pkt w ramach niniejszego kryterium w następujących sytuacjach:

- nieprzedłożenia przy ofercie wypełnionego wykazu z robotami dodatkowymi stanowiącego załącznik nr 7c do SIWZ,
- nieprzedłożenia przy ofercie dowodów, potwierdzających że wykazane roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone oraz że dedykowana osoba pełniła przy ich realizacji funkcje kierownika robót lub kierownika budowy lub inspektora nadzoru zgodnie z wymaganiami Zamawiającego,
- z treści przedłożonych dokumentów nie wynika, że roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone oraz że dedykowana osoba pełniła funkcję kierownika robót lub kierownika budowy lub inspektora nadzoru.

W przypadku podzielenia pojedynczego kontraktu wykonanego w ramach jednej (1) umowy z Inwestorem, na którym wskazana przez Wykonawcę osoba pełniła funkcję

kierownika robót lub kierownika budowy lub inspektora nadzoru na mniejsze odcinki spełniające wymóg 7 km celem uzyskania większej ilości punktów – Zamawiający będzie traktował ją jako jedną (1) robotę budowlaną i tylko za jedną będzie ją premiował.

UWAGA: W ramach niniejszego kryterium wykonawca nie może wykazywać doświadczenia kierownika budowy w kierowaniu robotą budowlaną, stanowiącą potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.2 cz.III) lit.b) SIWZ.

Zgodnie z treścią załącznika nr 7c do SIWZ stanowiącego wykaz dodatkowego doświadczenia kierownika budowy skierowanego do realizacji zamówienia, w ramach niniejszego wykazu, wykonawca nie może wykazywać doświadczenia kierownika budowy w kierowaniu robotą budowlaną, stanowiącą potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.2 cz.III) lit. b) SIWZ.

Odwołujący złożył ofertę w części III przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący złożył wraz z ofertą wypełniony Załącznik nr 7c do SIWZ, w którym wskazał, że funkcję kierownika budowy przy realizacji przedmiotowego zamówienia będzie pełnił p. P. B., posiadający uprawnienia wymagane przepisami Prawa budowlanego w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz posiadający doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub inspektora nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz posiadający następujące doświadczenie zawodowe przy realizacji następujących inwestycji:

1. „Budowa kanalizacji sanitarnej w msc. Pawłowice oraz części Michałowa”. Budowa oraz rozbudowa sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej oraz ciśnieniowej. Kanalizacja sanitarna DN 200 PVC - 6780 mb. Kanalizacja tłoczna DN 50 PE-DN 180 PE - 2292 mb. Przyłącza grawitacyjne DN 160 PVC - 1820 mb;

2. „Budowa systemu kanalizacji sanitarnej w części miejscowości Zawoja oraz likwidacji oczyszczalni Zawoja Centrum”. Wykonanie kanalizacji sanitarnej (grawitacyjnej i ciśnieniowej) w msc. Zawoja o łącznej długości 25912 mb.

W części C – zdolność techniczna i zawodowa JEDZ Odwołujący wskazał na stanowisko kierownika budowy p. P. B. . Jednocześnie Odwołujący podał, iż ww. osoba posiada doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Kierownika budowy w tym między innymi na ukończonej robocie budowlanej pn. „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Gnojno i Glinka wraz z przebudową oczyszczalni ścieków” gdzie zakres robót dla wykonania sieci kanalizacji sanitarnej wynosiło 8595 mb.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, złożył załącznik nr 4c do SIWZ – Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, w którym jako doświadczenie p. P. B. wskazał następujące realizacje:

1. „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Gnojno i Glinka wraz z przebudową oczyszczalni ścieków w systemie Zaprojektuj – Wybuduj”. Wykonanie robót budowlanych i prac projektowych polegających na budowie sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Gnojno i Glinka wraz z przebudową oczyszczalni ścieków. Wykonano: przyłącza grawitacyjne 160PVC 125 szt. (698,58 m), kanalizacja sanitarna DN200 PVC (7 410 m), kanalizacja tłoczna DN 75PE-DN160PE (1 185 m);

2. „Budowa kanalizacji sanitarnej w msc. Pawłowice oraz części Michałowa”. Budowa oraz rozbudowa sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej oraz ciśnieniowej. Kanalizacja sanitarna DN 200 PVC - 6780 mb. Kanalizacja tłoczna DN 50 PE-DN 180 PE - 2292 mb. Przyłącza grawitacyjne DN 160 PVC - 1820 mb;

3. „Budowa systemu kanalizacji sanitarnej w części miejscowości Zawoja oraz likwidacji oczyszczalni Zawoja Centrum”. Wykonanie kanalizacji sanitarnej (grawitacyjnej i ciśnieniowej) w msc. Zawoja o łącznej długości 25912 mb.

W dniu 8 lipca 2020 r. za najkorzystniejszą w części III zamówienia Zamawiający uznał ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „MULTIKOP” Sp. z o.o. Sp.k. oraz Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „MULTIKOP” J. S., która otrzymała 98,89 punktów. Na drugim miejscu w rankingu ofert uplasowała się oferta Odwołującego z 92 punktami, w tym 0 punktów w kryterium dodatkowe doświadczenie kierownika budowy.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Zamawiający wskazał, że jednym z kryteriów wyboru oferty Zamawiającego było dodatkowe doświadczenie kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż w ramach niniejszego kryterium wykonawca nie może wykazywać doświadczenia kierownika budowy w kierowaniu robotą budowlaną, stanowiącą potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.2 cz. III) lit. b) SIWZ. Uwaga o tożsamej treści pojawiła się bezpośrednio we wzorze załącznika nr 7c. Pomimo wyraźnego zakazu Zamawiającego, Wykonawca wskazał w załączniku 7c tożsame zrealizowane roboty budowlane w których udział brał p. P. B., co w załączniku nr 4c, tj. inwestycje w gminie Zawoja: 25 912 m oraz inwestycje w gminie Michałów o łącznej długości 10 892,0 mb. Stąd też Zamawiający oceniając ofertę Konsorcjum nie może przyznać w tej kategorii dodatkowych punktów, gdyż Wykonawca nie wykazał dodatkowego doświadczenia kierownika budowy.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprzyznanie ofercie Odwołującego maksymalnej ilości punktów w kryterium „dodatkowe doświadczenie kierownika budowy wyznaczonego do realizacji zamówienia dla części III”.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednocześnie w myśl art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Osią sporu między Stronami postępowania odwoławczego było rozstrzygnięcie, czy czynność Zamawiającego polegająca na nieprzyznaniu ofercie Odwołującego w części III zamówienia 8 punktów w kryterium pozacenowym dotyczącym doświadczenia osoby dedykowanej na stanowisko kierownika budowy była prawidłowa. Jak wynika z zawiadomienia o wyniku postępowania, Zamawiający odmówił przyznania punktów ofercie Odwołującego w ww. kryterium, ponieważ „wykonawca wskazał w załączniku 7c tożsame zrealizowane roboty budowlane w których udział brał p. P. B., co w załączniku nr 4c, tj. inwestycje w gminie Zawoja: 25 912 m oraz inwestycje w gminie Michałów o łącznej długości 10 892,0 mb.”, co było niedopuszczalne w świetle postanowień SIWZ.

W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący wykazał, iż p. P. B. spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego oraz posiada dodatkowe doświadczenie punktowane przez Zamawiającego w ramach kryterium pozacenowego, tym samym Zamawiający obowiązany był przyznać maksymalną ilość punktów ofercie Odwołującego w omawianym kryterium.

Po pierwsze wskazać należy, iż nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż Odwołujący w załączniku nr 7c i 4c wskazał tożsame zrealizowane roboty budowlane, w których brał udział p. P. B. . Słusznie argumentował Odwołujący, że w załączniku nr 4c do SIWZ wykonawca powołał się na realizację pn. „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Gnojno i Glinka wraz z przebudową oczyszczalni ścieków w systemie zaprojektuj – wybuduj”, która nie była pierwotnie wskazana w treści oferty, tj. w załączniku nr 7c do SIWZ i która potwierdzała spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału kadrowego. Błędne było zatem stanowisko Zamawiającego, iż Odwołujący wykazał dodatkowe doświadczenie kierownika budowy oceniane w ramach kryteriów oceny ofert tymi samymi realizacjami wskazanymi na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Okoliczność, iż wykazanie się przez Odwołującego ww. robotą budowlaną było wystarczające dla uznania, iż Odwołujący

spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego została przyznana przez Zamawiającego w toku rozprawy przed Izbą.

W tym miejscu wskazać należy, iż Zamawiający tak w rozstrzygnięciu przedmiotowego postępowania oraz podczas rozprawy przed Izbą pominął okoliczność, iż Odwołujący w treści załącznika nr 4c do SIWZ powołał się na inwestycję w miejscowości Gnojno i Glinka. Co szczególnie istotne, Zamawiający pominął i nie odniósł się do stanowiska Odwołującego, że ww. inwestycja została wskazana przez wykonawcę w treści JEDZ – sekcja C zdolność techniczna i zawodowa na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Tym samym już z treści tego dokumentu wynikało jaką inwestycje Odwołujący przedstawił celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie personelu wykonawcy.

Po drugie, w świetle stanowiska Zamawiającego wynikającego z zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania oraz zaprezentowanego w toku rozprawy, za przyznaną należało uznać okoliczność, iż inwestycje przy realizacji, których brał udział p. P. B. pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w msc. Pawłowice oraz części Michałowa” oraz „Budowa systemu kanalizacji sanitarnej w części miejscowości Zawoja oraz likwidacji oczyszczalni Zawoja Centrum” zawarte w treści oferty (załączniku nr 7c do SIWZ), zasługiwały na przyznanie ofercie Odwołującego maksymalnej ilości punktów w kryterium doświadczenie kierownika budowy w części III zamówienia.

Po trzecie, okoliczność, iż Odwołujący w uzupełnionym na wezwanie Zamawiającego - w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp - załączniku nr 4c do SIWZ przywołał dwie inwestycje, w których uczestniczył p. P. B., pierwotnie wskazane w ramach kryterium oceny ofert (załącznik nr 7c do SIWZ) nie mogła stanowić – w świetle wymogów SIWZ - podstawy do odmowy przyznania ofercie Odwołującego punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert. W szczególności stanowiska Zamawiającego nie uzasadniało dokonane w postanowieniach SIWZ zastrzeżenie, iż wykonawca w ramach kryterium oceny ofert dotyczącego doświadczenia osoby dedykowanej na stanowisko kierownika budowy nie może wykazywać doświadczenia kierownika budowy w kierowaniu robotą budowlaną, stanowiącą potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.2 cz. III) lit. b) SIWZ. Izba wskazuje, iż Odwołujący w ramach ww. kryterium oceny ofert nie wykazał się doświadczeniem kierownika budowy w kierowaniu robotą budowlaną, stanowiącą potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Powyższą ocenę umożliwiała komparatystyczna analiza złożonych przez Odwołującego dokumentów, tj. załącznika nr 4c i 7c do SIWZ oraz JEDZ, której Zamawiający nie przeprowadził w sposób prawidłowy ograniczając się tylko do dostrzeżenia, iż Wykonawca powielił w treści załącznika nr 4c do SIWZ dwie (z trzech) inwestycje zawarte w załączniku nr 7c do SIWZ. Wskazać należy, iż w okolicznościach niniejszej sprawy działanie Zamawiającego powinno sprowadzać się do porównania ww. dokumentów i ustalenia, czy wykonawca na potwierdzenie spełnienia

warunku udziału w postępowaniu wskazał inną robotę budowlaną przy realizacji, której uczestniczył dedykowany kierownik budowy, niż ta podana w celu uzyskania dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert, a następnie zweryfikować, czy inwestycja ta odpowiada postawionemu warunkowi. Nietrafione było stanowisko Zamawiającego, który wskazywał, iż nie jest rolą Zamawiającego domyślanie się, która z trzech inwestycji wskazanych przez Odwołującego w załączniku nr 4c do SIWZ, miała zostać poddana badaniu pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu, skoro okoliczność ta wynikała wprost z jednolitego dokumentu. Co więcej, sam Zamawiający przyznał w toku rozprawy przed Izbą, że każda z trzech inwestycji podanych w załączniku nr 4c do SIWZ potwierdzała spełnienie warunku dotyczącego kadry wykonawcy.

Podsumowując Izba wskazuje, iż działanie Zamawiającego stanowiło przejaw nadmiernego formalizmu, oderwanego od realiów niniejszej sprawy prowadzącego w istocie - po pierwsze - do wypaczenia ustanowionego kryterium oceny, którego celem przecież był wybór oferty wykonawcy, który wykazał się dysponowaniem personelem o szerszym doświadczeniu niż określone w ramach warunków udziału w postępowaniu minimum, a po drugie - pozbawienia zamówienia wykonawcy, który wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący potencjału kadrowego oraz wykazał, iż osoba przewidziana na stanowisko kierownika budowy legitymuje się dodatkowym doświadczeniem wykraczającym poza przewidziane w SIWZ minimum.

Wziąwszy pod rozwagę powyższe okoliczności brak było podstaw do ewentualnego wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w przedmiocie doświadczenia kierownika budowy w zakresie złożonego załącznika nr 4c do SIWZ.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, iż zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp potwierdził się i nakazała Zamawiającemu w ramach powtórnej oceny ofert w części III zamówienia przyznanie ofercie Odwołującego maksymalnej ilości punktów w kryterium pozacenowym pn. „dodatkowe doświadczenie kierownika budowy” w tej części.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku. Zgodnie zaś z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 ze zm.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz

wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie złożonej do akt faktury, stanowiące łącznie kwotę 23 600 zł.

Przewodniczący: