

Sygn. akt: KIO 2410/17

**WYROK**  
**z dnia 1 grudnia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aleksandra Patyk**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2017 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Jasienica Rosielna**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „**INSTALBUD**” **Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie** oraz „**FAMBUD**” **J.P. Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2410/17 po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu – **Gminie Jasienica Rosielna** unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części 3, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w ww. części, w tym wezwanie Odwołującego – wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie** do uzupełnienia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej odnoszącego się do doświadczenia osoby wskazanej przez ww. wykonawcę na stanowisko kierownika budowy robót sanitarnych w związku z postanowieniami działu V pkt 1 ppkt 1 lit. b SIWZ,

2. zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp uznaje za niezasadniony,
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – **Gminę Jasienica Rosielna** i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od Zamawiającego – **Gminy Jasienica Rosielna** na rzecz Odwołującego - wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie** 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 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krośnie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Jasienica Rosielna [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *budowę kanalizacji sanitarnej – Jasienica Rosielna, Wola Jasienicka, Stara Wieś; przebudowa kanalizacji sanitarnej – Blizne, budowa sieci wodociągowej – Jasienica Rosielna przebudowa gminnej oczyszczalni ścieków - Blizne* (znak postępowania: BFP.271.6.2017) z podziałem na 4 części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 lipca 2017 r. pod numerem 2017/S 124-251286.

W dniu 16 listopada 2017 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie w zakresie części 3 – Rozbudowa i przebudowa oczyszczalni ścieków w Bliznem, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez nieprzeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy;
2. art. 91 ustawy Pzp poprzez ocenę oferty Odwołującego w kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy Robót Sanitarnych (D)” w sposób nieprawidłowy, niezgodny z kryteriami oceny ofert wskazanymi w SIWZ, polegającą na nieprzyznaniu Odwołującemu dodatkowych 5 punktów w kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy Robót Sanitarnych (D)”, co skutkowałoby przyznaniem wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o. 10 punktów w kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy Robót Sanitarnych (D)” zamiast 5 punktów;
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonanie ponownego badania i oceny ofert;
3. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
4. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że jego interes prawny we wniesieniu odwołania polega na tym, iż w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert w sposób prawidłowy, uwzględniający wymogi SIWZ i całego zakresu przedłożonej przez Odwołującego dokumentacji, oferta Odwołującego powinna zostać uznana, uwzględniając wszystkie kryteria oceny ofert, za ofertę najkorzystniejszą. W ten sposób Odwołujący zachowałby realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający dokonał niezgodnej z przepisami ustawy czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie części 3, polegającej na dokonaniu nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego w kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy Robót Sanitarnych (D)”, podejmując decyzję o przyznaniu Odwołującemu 5 zamiast 10 należących mu się punktów w ww. kryterium.

Wskazywał, że Odwołujący w załączniku nr 11 wykazał doświadczenie Kierownika Budowy Robót Sanitarnych na 3 inwestycjach, a zatem Odwołującemu należało przyznać 10 punktów w ww. kryterium.

Zamawiający powinien przyjąć wykazane w załączniku nr 11 do SIWZ, stanowiącym oświadczenie wykonawcy, inwestycje, zgodnie z prawem, jako inwestycje służące ustaleniu punktacji w kryterium oceny ofert, czyli dodatkowe doświadczenie osoby przedstawionej przez wykonawcę, nie zaś za spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami, skierowanymi do realizacji zamówienia, na którego potwierdzenie Odwołujący przedstawiłby w załączniku nr 5, odrębną inwestycję. Fakt spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca potwierdza samym załączeniem do oferty podpisanego oświadczenia w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ), szczególnie zapis JEDZ w części IV, kryteria kwalifikacji: Ogólne oświadczenie dotyczące wszystkich kryteriów kwalifikacji, w którym Odwołujący oświadczył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 listopada 2017 r. wniósł o jego oddalenie w całości, argumentując w następujący sposób.

Zamawiający podkreślał, że w przedmiotowym postępowaniu została zastosowana tzw. „procedura odwrócona”, uregulowana w art. 24aa ustawy Pzp, której istota polega na tym, iż w jej toku Zamawiający w pierwszej kolejności sprawdza czy w stosunku do oferty zachodzą przesłanki do jej odrzucenia zgodnie z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, a następnie dokonuje oceny ofert na podstawie kryteriów oceny. Dopiero w stosunku do najwyższej ocenionej oferty, ale

przed jej wyborem, Zamawiający przeprowadza badanie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz podleganie wykluczeniu z postępowania.

Podkreślał, iż w sposób jednoznaczny wskazał w SIWZ, iż „do punktacji nie wliczają się inwestycje wskazane w JEDZ w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu”.

Wobec powyższego, już na pierwszym etapie postępowania, prowadzonego w trybie „procedury odwróconej”, przy określeniu kryteriów oceny, Zamawiający zobligowany był do zweryfikowania czy nie zachodzi sytuacja „dublowania się” inwestycji wymienionych w JEDZ w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, z inwestycjami wymienionymi w Załączniku nr 11 do SIWZ, bowiem fakt wskazania tożsamyh inwestycji w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz w celu uzyskania dodatkowej punktacji oceny ofert, wykluczał możliwość naliczenia dodatkowej punktacji za taką inwestycję. Trzeba przy tym zaznaczyć, że Zamawiający na tym etapie badał JEDZ jedynie pod kątem spełnienia kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, nie dokonywał oceny podmiotowej Wykonawcy, która dokonywana jest jedynie w stosunku do Wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, a która na tym etapie byłaby niedopuszczalna.

Zamawiający argumentował, że zapisy SIWZ dotyczące spornego przetargu były przejrzyste i w sposób jasny formułowały kryteria podlegające ocenie. Zauważał, że wykonawca mógł wystąpić do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SIWZ, a skoro Odwołujący takiego wniosku nie złożył, wnioskować zatem można, iż zapisy SIWZ były dla niego przejrzyste i zrozumiałe.

Zamawiający podał, że wskazana w części IV sekcja C pkt 1a) JEDZ Odwołującego inwestycja została wymieniona przez Odwołującego w JEDZ celem wykazania spełnienia jednego z warunków udziału w postępowaniu, tj. warunku o którym mowa w pkt. V 1a) SIWZ dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej.

Podnosił, że w załączniku nr 11 do SIWZ – Informacji o zrealizowanych kontraktach/zadaniach/budowach w celu ustalenia punktacji w kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie Kierownika Budowy Robót Sanitarnych”, w którym Odwołujący wskazał doświadczenie posiadane przez Pana P.P., pełniącego funkcję Kierownika Budowy Robót Sanitarnych, w jednej z pozycji również znalazła się inwestycja pn. „Przebudowa istniejącej oczyszczalni ścieków zlokalizowanej w miejscowości Blachownia”. Wobec faktu, iż inwestycja została wskazana przez Odwołującego w JEDZ, celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, słusznym było działanie Zamawiającego, który mając na względzie treść SIWZ, nie przyznał Odwołującemu dodatkowych 5 punktów w kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy Robót Sanitarnych (D)”.

W kontekście wyznaczonych kryteriów oceny ofert, w tym w szczególności oznaczenia sposobu naliczania punktów w zależności od liczby przeprowadzonych inwestycji, Zamawiający nie mógł postąpić inaczej, jak tylko przyznać Odwołującemu jedynie 5 punktów

w przedmiotowej kategorii, bowiem na uwzględnienie w punktacji zasługiwały wyłącznie dwie z trzech inwestycji przedstawionych w Załączniku nr 11 do SIWZ. Wobec faktu, iż trzecia inwestycja, została wymieniona zarówno w JEDZ, jak i w Załączniku nr 11 do SIWZ, nie mogła zostać wzięta pod uwagę przy naliczaniu punktacji. Zgodnie z jednoznacznym brzmieniem treści SIWZ, w części dotyczącej przyznawania punktacji w kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy Robót Sanitarnych (D)”, niedopuszczalnym było przyznanie dodatkowej punktacji za prowadzenie tejże inwestycji w analizowanym kryterium. Z powyższych względów nie miał racji Odwołujący twierdząc, iż Zamawiający powinien przyznać Przedsiębiorstwu Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o. 10 punktów w kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy Robót Sanitarnych (D)”. Zamawiający dokonał oceny ofert z zastosowaniem kryteriów przyjętych w SIWZ, w których wskazano, iż do punktacji nie wliczają się inwestycje wykazane w JEDZ w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Skoro inwestycja pn. „Przebudowa istniejącej oczyszczalni ścieków zlokalizowanej w miejscowości Blachownia” dotyczyła wykazania warunku udziału w postępowaniu, to w myśl nie budzących wątpliwości zapisów SIWZ, Zamawiający nie mógł przyznać za jej realizację dodatkowych punktów w kategorii kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy Robót Sanitarnych (D)”. Warunkiem uzyskania 10 punktów w przedmiotowej kategorii było zatem wskazanie w Załączniku nr 11 do SIWZ, innych inwestycji, aniżeli powołane w JEDZ.

W końcu podkreślał, że wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający nie miał ani prawnej możliwości ani obowiązku wezwania Odwołującego do uzupełnienia braków czy też udzielenia wyjaśnień. Wezwanie do uzupełnienia, w procedurze odwróconej może mieć miejsce jedynie w odniesieniu do Wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, w tym przypadku najkorzystniejsza była natomiast oferta Przystępującego.

Przedłożony przez Odwołującego się dokument JEDZ był kompletny i nie zawierał błędów. Powołano się w nim jedynie na taką inwestycję, służącą ustaleniu punktacji w kryterium spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, którą wskazano też w celu uzyskania dodatkowej punktacji w kryterium oceny ofert, co w świetle zapisów SIWZ było niedopuszczalne. To ewentualne zaniedbanie po stronie Odwołującego doprowadziło do wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej nie zaś dokonanie niezgodnej z PZP czynności Zamawiającego, jak zarzuca Odwołujący.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika 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 wykazał 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.

Zamawiający w dniu 16 listopada 2017 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „INSTALBUD” Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie oraz „FAMBUD” J.P. Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 20 listopada 2017 r. po stronie Zamawiającego. W piśmie procesowym z dnia 28 listopada 2017 r., jak również w trakcie rozprawy Przystępujący przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w SIWZ przewidział zastosowanie procedury odwróconej, o której mowa w art. 24 aa ustawy Pzp.

W dziale V pkt 1 ppkt 1) lit. b SIWZ określającym warunki udziału w postępowaniu Zamawiający postanowił, że o udzielenie części 3 zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy dysponujący osobami, skierowanymi do realizacji zamówienia, w tym: kierownikiem budowy - co najmniej 1 osobą posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych i wodno – kanalizacyjnych, odpowiadające wymaganiom określonym w ustawie Prawo budowlane lub odpowiadające im obowiązujące uprawnienia, w zakresie adekwatnym do zawartego w niniejszym punkcie opisu, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów lub przepisów niebędących prawem krajowym. Kierownik budowy musiał wykazać co najmniej 2 letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika budowy, przy czym w tym okresie pełnił funkcje przy realizacji co najmniej 1 (jednej) roboty budowlanej, polegającej na budowie lub przebudowie oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej 1000 m<sup>3</sup>/d i o wartości robót nie mniejszej niż 4 000 000 PLN brutto.

W dziale XV SIWZ Zamawiający zamieścił opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. W zakresie części 3 zamówienia Zamawiający przewidział następujące kryteria oceny ofert: 1) cena o wadze 60%, 2) gwarancja o wadze 30% oraz 3) doświadczenie Kierownika Budowy Robót Sanitarnych o wadze 10%.

W zakresie kryterium nr 3) Zamawiający sformułował następujący opis sposobu oceny ofert: ocenie zostanie poddana liczba robót budowlanych (inwestycji) wykonanych przez osobę wskazaną na stanowisko Kierownika Budowy Robót Sanitarnych w okresie ostatnich 10 lat jako: Kierownika Budowy Robót Sanitarnych posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych i wodno – kanalizacyjnych, nad robotami budowlanymi polegającymi na budowie lub przebudowie oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej 1000 m<sup>3</sup>/d i o wartości robót nie mniejszej niż 4 000 000 PLN brutto.

Zamawiający przewidział, że w przypadku jednej ww. inwestycji przyzna 0 punktów, w przypadku 2 inwestycji – 5 punktów, a w przypadku 3 i więcej inwestycji – 10 punktów.

Do oferty należało dołączyć zestawienie inwestycji, danych adresowych inwestora, wartość inwestycji, termin realizacji – zgodnie z załącznikiem nr 11 do SIWZ pn. Informacja o zrealizowanych kontraktach/zadaniach/budowach w celu ustalenia punktacji w kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie Kierownika Budowy Robót Sanitarnych”, do punktacji nie wliczają się inwestycje wykazane w JEDZ w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W pouczeniu załącznika nr 11 do SIWZ, Zamawiający wskazał, że: 1) maksymalna liczba punktów przyznanych przez Zamawiającego może wynieść łącznie: 10 pkt, co odpowiada maksymalnie: 10 punktom przyznanym za dodatkowe doświadczenie osoby proponowanej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy Robót Sanitarnych, 2) do punktacji nie zalicza się doświadczenia wskazanego przez wykonawcę dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których jest mowa w pkt V pkt 1 ppkt 1) lit. b SIWZ i wymienionych w części IV sekcja C pkt 2 złożonego wraz z ofertą JEDZ, 3) niniejszy załącznik nie podlega uzupełnieniu lub poprawieniu na mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz 4) w niniejszym załączniku należy wskazać tą samą osobę, która została wskazana przez wykonawcę w celu spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt V pkt 1 ppkt 1) lit. b SIWZ i wymienionych w części IV sekcja C pkt 2 złożonego wraz z ofertą JEDZ.

W części 3 przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia oferty złożyło dwóch wykonawców, tj. Odwołujący, który uzyskał łącznie 86,99 pkt (cena – 51,99 pkt, gwarancja – 30 pkt i doświadczenie Kierownika Budowy Robót Sanitarnych - 5 pkt). Z kolei oferta Przystępującego otrzymała łącznie 90 pkt (cena – 60 pkt, gwarancja – 30 pkt i doświadczenie Kierownika Budowy Robót Sanitarnych - 0 pkt).

W dniu 6 listopada 2017 r. za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę Przystępującego.



Izba zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ocenę oferty Odwołującego w kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy Robót Sanitarnych (D)” w sposób niezgodny z kryteriami oceny ofert wskazanymi w SIWZ, polegający na nieprzyznaniu Odwołującemu dodatkowych 5 punktów w ww. kryterium, a w konsekwencji wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, w ocenie Izby, potwierdził się.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z kolei stosownie do treści art. 24aa ustawy Pzp, zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zdaniem Izby, istota przedmiotowej sprawy sprowadzała się do rozstrzygnięcia kwestii, czy Zamawiający w sposób prawidłowy przyznał Odwołującemu w kryterium pozacenowym stanowiącym doświadczenie kierownika budowy robót sanitarnych 5 punktów, zamiast maksymalnych 10 punktów.

Nie było sporne, iż analiza wyłącznie załączonego przez Odwołującego wraz z ofertą załącznika nr 11 do SIWZ, wskazywała na zasadność przyznania Odwołującemu 10 punktów w kryterium oceny ofert dotyczącym doświadczenia kierownika budowy robót sanitarnych.

Osią sporu była natomiast interpretacja postanowień SIWZ dotyczących ww. kryterium oceny ofert oraz pouczenia zawartego pod tabelą wskazaną w załączniku nr 11 do SIWZ z uwagi na postawiony przez Zamawiającego wymóg, by doświadczenie kierownika budowy robót sanitarnych punktowane w ramach ww. kryterium oceny ofert dotyczyło innych zadań/ inwestycji niż wskazane w JEDZ w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Rozstrzygnięcie powyższego determinowało następnie ustalenie zasadności przyznania Odwołującemu dodatkowych 5 punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert dotyczącym doświadczenia kierownika budowy robót sanitarnych za wskazaną przez Odwołującego w załączniku nr 11 do SIWZ inwestycję polegającą na przebudowie istniejącej oczyszczalni ścieków zlokalizowanej w miejscowości Blachownia, która została przez Odwołującego wskazana również w części IV sekcji C pkt 1a JEDZ.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do interpretacji postanowień SIWZ, wskazać należy, iż w ocenie Izby treść ww. postanowień należało czytać łącznie. Zdaniem Izby, postanowienia zawartego w dziale XV SIWZ stanowiącego „do punktacji nie wliczają się inwestycje wykazane w JEDZ w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu” nie można interpretować w oderwaniu od zawartego pod tabelą zamieszczoną w załączniku nr 11 do SIWZ pouczenia, zgodnie z którym „do punktacji nie zalicza się doświadczenia wskazanego przez wykonawcę dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których jest mowa w pkt V pkt 1 ppkt 1) lit. b SIWZ i wymienionych w części IV sekcja C pkt 2 złożonego wraz z ofertą JEDZ”. Tym samym w ocenie Izby, aby uzyskać maksymalną liczbę punktów w ww. kryterium oraz wykazać się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego, wykonawca obowiązany był wykazać w załączniku nr 11, że osoba dedykowana na stanowisko kierownika budowy robót sanitarnych brała udział przy realizacji co najmniej 4 różnych spełniających wymogi Zamawiającego inwestycji, w tym 3 w celu uzyskania maksymalnej punktacji w ww. kryterium oceny ofert oraz 1 w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału osobowego.

Wskazać należy, iż gdyby przyjąć stanowisko prezentowane przez Zamawiającego, iż pod pojęciem „warunku udziału w postępowaniu” należało rozumieć jakikolwiek warunek, to takie rozumienie SIWZ byłoby wprost sprzeczne z treścią zawartego w załączniku nr 11 do SIWZ pouczenia, w którym Zamawiający wyraźnie odesłał do warunku dotyczącego potencjału kadrowego, nie zaś doświadczenia wykonawcy. Ponadto zauważyć należy, iż jeżeli celem Zamawiającego był wybór oferty wykonawcy, który dysponował lepiej wykwalifikowaną kadrą, czemu Zamawiający dał wyraz ustanawiając kryterium oceny ofert dotyczące doświadczenia kierownika budowy robót sanitarnych, to nielogicznym byłoby odnoszenie ww. kryterium oceny ofert do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia wykonawcy, a nie do doświadczenia jego kadry. Co więcej wskazać trzeba, iż zgodnie z art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w tym organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Niedopuszczalne jest natomiast formułowanie przez zamawiającego kryteriów oceny ofert dotyczących właściwości samego wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (arg. z art. 91 ust. 3 ustawy Pzp).

Konsekwencje sposobu rozumienia powyższych postanowień SIWZ miały szczególnie doniosłe znaczenie. Wskazać bowiem należy, iż Zamawiający prowadził przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem tzw. „procedury odwróconej”, o której mowa w art. 24aa ustawy Pzp, której istota sprowadza się w pierwszej

kolejności do zbadania, czy w stosunku do oferty danego wykonawcy nie zachodzą podstawy do jej odrzucenia, a następnie do dokonania oceny oferty w świetle ustanowionych kryteriów oceny ofert. Dopiero w stosunku do najwyższej ocenionej oferty, ale przed jej wyborem, Zamawiający dokonuje oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada wstępne oświadczenie, a następnie żąda złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie należy mieć jednak na uwadze, iż opis sposobu oceny ofert w kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy Robót Sanitarnych (D)” był ściśle związany z postawionym przez Zamawiającego warunkiem udziału w postępowaniu dotyczącym potencjału kadrowego. Tym samym, zdaniem Izby, obowiązkiem Zamawiającego, w celu prawidłowej oceny oferty Odwołującego w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, było jednoznaczne ustalenie, doświadczenia osoby wskazanej przez Odwołującego na stanowisko kierownika budowy robót sanitarnych. Inaczej rzecz ujmując, w przedmiotowej sprawie, aby Zamawiający w sposób prawidłowy mógł zbadać ofertę Odwołującego w świetle ustanowionych kryteriów oceny ofert, to winien był zbadać również JEDZ Odwołującego w zakresie potencjału kadrowego wykonawcy dotyczącego osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy robót sanitarnych.

Podkreślić należy, iż zastosowanie trybu odwróconego nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku ustalenia pre-rankingu ofert w sposób należyty, zwłaszcza w sytuacji gdy kryteria oceny ofert są nierozdzielnie związane z warunkiem udziału w postępowaniu. Ponadto zauważyć należy, iż skorzystanie przez Zamawiającego z procedury odwróconej jest uprawnieniem Zamawiającego, które nie może być wytłumaczeniem dla odstąpienia od badania określonego zakresu JEDZ (nie całości) wszystkich wykonawców w ww. okolicznościach, mimo obowiązującej w trybie odwróconym zasady, iż weryfikacji wstępnego oświadczenia wykonawcy poddawany jest tylko ten wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza.

Przechodząc następnie do analizy wstępnego oświadczenia Odwołującego zawartego w JEDZ w zakresie zdolności technicznej i zawodowej Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż JEDZ Odwołującego w ww. zakresie był kompletny i nie zawierał błędów. Zauważyć bowiem należy, iż Odwołujący w części IV sekcji C pkt 1a) – Zdolność techniczna i zawodowa jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia wskazał dwukrotnie jedną, tą samą robotę budowlaną polegającą na budowie, przebudowie i rozbudowie oczyszczalni ścieków w Blachowni o określonej przepustowości i wartości, realizowanej w okresie od dnia 6 grudnia 2012 r. do dnia 2 grudnia 2014 r. na rzecz Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Okręgu Częstochowskiego Spółka Akcyjna w Częstochowie. Z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego wynika, że Zamawiający zwrócił się do ww. inwestora z prośbą o udzielenie informacji, czy osoba wskazana przez Odwołującego na

stanowisko kierownika budowy robót sanitarnych pełniła funkcję kierownika budowy w branży sanitarnej podczas realizacji ww. inwestycji, uzyskując odpowiedź twierdzącą na powyższe.

W punkcie 2) ww. sekcji Odwołujący wskazał dane osobowe pięciu osób dedykowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego wraz z określeniem ich funkcji, wśród których znajdowała się również osoba wskazana na stanowisko kierownika budowy robót sanitarnych. Nadto w punkcie 6) ww. sekcji Odwołujący wskazał posiadane przez wymienione w pkt 2 osoby uprawnienia budowlane.

Brak jest jednak w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia Odwołującego informacji dotyczących doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy robót sanitarnych, tj. potwierdzających, że ta osoba posiadała 2 letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika budowy pełniąc, w tym okresie funkcję przy realizacji co najmniej 1 (jednej) roboty budowlanej, polegającej na budowie lub przebudowie oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej 1000 m<sup>3</sup>/d i o wartości robót nie mniejszej niż 4 000 000 PLN brutto, zgodnie z postanowieniami działu V pkt 1 ppkt 1 lit. b) SIWZ.

Analiza tak wypełnionego przez Odwołującego JEDZ w zakresie dotyczącym zdolności technicznej i zawodowej, w ocenie Izby, nie pozwalała na jednoznaczne ustalenie, czy wskazana przez Odwołującego ww. inwestycja miała na celu potwierdzenie doświadczenia wykonawcy stosownie do postanowienia działu V pkt 1 ppkt 1 lit. a) SIWZ, czy też wykonawca dążył do wykazania, iż kadra, którą dysponuje zdobyła doświadczenie przy realizacji ww. inwestycji zgodnie z wymogami określonymi w dziale V pkt 1 ppkt 1 lit. b) SIWZ. Zauważyć należy, iż sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 listopada 2017 r. przyznał, że *„powyższa inwestycja została zatem wymieniona przez Odwołującego w JEDZ celem wykazania spełnienia jednego z warunków udziału w postępowaniu, tj. warunku o którym mowa w pkt. V 1 a) SIWZ warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej.”*, a mimo to stał na stanowisku, że doświadczenie wykonawcy zdobyte przy realizacji ww. inwestycji, uniemożliwiło przyznanie Odwołującemu dodatkowych punktów z tytułu dysponowania kadrą o określonym doświadczeniu.

Podkreślić należy, iż nie jest rolą Zamawiającego „poszukiwanie” w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia informacji mających potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego, czy też domniemywanie, że wskazane w JEDZ oświadczenie własne wykonawcy zostało złożone w celu potwierdzenia spełniania doświadczenia wykonawcy, czy też doświadczenia jego kadry. Z kolei rolą wykonawców nie jest celowe pomijanie informacji w JEDZ, z zamiarem ich wykazania dopiero na wezwanie zamawiającego, w sytuacji uznania złożonych przez nich ofert za najwyższej ocenioną. Zauważyć należy, iż informacje zawarte w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu (arg. z art. 25a ust. 1 ustawy Pzp).

Wskazać należy, iż treść wypełnionego przez Odwołującego jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia w części IV sekcji C dotyczącej sytuacji technicznej i zawodowej powinna w sposób jednoznaczny potwierdzać wstępne oświadczenie wykonawcy, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu dotyczące zarówno wiedzy i doświadczenia, jak i potencjału kadrowego wykonawcy, który winien był również legitymować się stosownym doświadczeniem zgodnie z wymogami Zamawiającego określonymi w SIWZ, a które to warunki składają się łącznie na warunek dotyczący zdolności technicznej i zawodowej.

Podkreślić należy, iż czym innym jest doświadczenie wykonawcy zdobyte podczas realizacji danej inwestycji/roboty budowlanej, a czym innym jest doświadczenie jego potencjału kadrowego. Nie można bowiem doświadczenia zdobytego przez wykonawcę – osobę prawną, utożsamiać z doświadczeniem osób przeznaczonych do realizacji danego zamówienia. Zmiana obowiązującej przed nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z czerwca 2016 r. nomenklatury dotyczącej warunków udziału w postępowaniu rozdzielającej warunek wiedzy i doświadczenia wykonawcy oraz potencjału kadrowego wykonawcy, które obecnie stanowią jedną kategorię warunku „zdolności technicznej i zawodowej”, pozostaje bez wpływu na praktyczne uszczegóławianie przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu, czemu też w niniejszym postępowaniu Zamawiający dał wyraz, ustanawiając osobno warunek dotyczący doświadczenia wykonawcy oraz wykształcenia i doświadczenia jego kadry.

W świetle powyższych okoliczności, Zamawiający w celu jednoznacznego ustalenia, czy oferta Odwołującego winna otrzymać maksymalną liczbę punktów w ww. kryterium pozacenowym, obowiązany był wezwać Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia JEDZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej odnoszącego się do doświadczenia osoby wskazanej przez Odwołującego na stanowisko kierownika budowy robót w branży sanitarnej. Zgodnie bowiem z ww. przepisem, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Brak bowiem wskazania przez Odwołującego w JEDZ doświadczenia zawodowego osoby przeznaczonej na stanowisko kierownika budowy robót w branży sanitarnej uniemożliwił Zamawiającemu prawidłową ocenę oferty Odwołującego w świetle kryteriów oceny ofert przewidzianych w SIWZ.

Jedynie na marginesie Izba zauważa, iż w odniesieniu do pozostałych osób dedykowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia, dla których Zamawiający wymagał posiadania określonego doświadczenia, brak jest również w JEDZ Odwołującego wstępnego oświadczenia w tym zakresie.

W końcu, za nietrafioną, należy uznać argumentację Zamawiającego i Przystępującego, iż wskazanie przez Odwołującego nowej inwestycji w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego stanowiłoby niedopuszczalną zmianę treści oferty. W myśl art. 66 §1 KC, oferta stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Zauważyć bowiem należy, iż ze zmianą treści oferty mielibyśmy do czynienia, gdyby dotyczyła ona inwestycji wskazanych w załączniku nr 11 do SIWZ, a nie w sytuacji uzupełnienia niekompletnego JEDZ Odwołującego o brakujące oświadczenie dotyczące spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego kadry wykonawcy.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż brak jest podstaw do jego uwzględnienia. Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do udzielenia zamówienia, gdyż postępowanie znajduje się na etapie poprzedzającym podpisanie umowy (po ocenie i badaniu ofert). Wyrażona w powyższym przepisie norma prawna może być wzorcem kontroli w przypadku udzielenia zamówienia i zawarcia umowy w celu ustalenia, czy zostały spełnione przesłanki skutkujące jej unieważnieniem (np. w przypadku udzielenia zamówienia z wolnej ręki lub w innych trybach niekonkurencyjnych). Tym samym nie sposób wskazać, iż doszło do wyczerpania hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, a zatem by doszło do naruszenia uregulowanego w ww. przepisie wymogu.

Wobec powyższego 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, zaś zgodnie 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), Izba zasądziła

od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika stanowiące łącznie kwotę 23 600 zł.

**Przewodniczący:** .....