

Sygn. akt: KIO 2562/20

WYROK
z dnia 5 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Rokom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Rokom Infrastruktura Sp. z o.o., Sp.k. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Mazowiecki Urząd Wojewódzki w Warszawie,**

przy udziale wykonawcy **Multi Energy Service Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego oceny oferty wykonawcy Multi Energy Service Sp. z o.o. i nakazać Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności oceny ofert w ten sposób, że w kryterium „doświadczenie kierownika budowy” punktacji podlega doświadczenie za liczbę miesięcy pełnienia funkcji kierownika budowy, bez sumowania okresów, w których funkcja ta była pełniona równoległe w ramach więcej niż jednego zadania;
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddać;
3. Kosztami postępowania obciążyć wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Rokom Sp. z o.o., Rokom Infrastruktura Sp. z o.o., Sp.k. w części ½ i Mazowiecki Urząd Wojewódzki w części ½ i;

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5.000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy).

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 Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Mazowiecki Urząd Wojewódzki w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonanie robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Modernizacja pomieszczeń budynku przy ul. Kruczej Warszawa, mazowieckie”*. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 7 września 2020 r. pod numerem 582082-N-2020.

W dniu 7 października 2020 r. Konsorcjum: Rokom Sp. z o.o., Rokom Infrastruktura Sp. z o.o. Sp. k. wniosło odwołanie wobec wyboru oferty wykonawcy Multi Energy Service Sp. z o.o. i zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania ze względu na podanie nieprawdziwych informacji dotyczących kryterium oceny ofert. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 24 ust 1 pkt 17 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdz. XII SIWZ jednym z kryteriów oceny ofert było kryterium odnoszące się do doświadczenia zawodowego kierownika budowy opisane w następujący sposób:

Punkty w kryterium „doświadczenie kierownika budowy” (D) będą przyznane w przypadku, gdy Wykonawca zaoferuje doświadczenie kierownika budowy dłuższe niż 24 miesiące (tj. powyżej wymaganego minimalnego doświadczenia kierownika budowy) wg formuły (dla zakresu 12 miesiące < doświadczenie kierownika budowy < 120 miesięcy): $G = \frac{\text{doświadczenie kierownika budowy} - 12 \text{ miesięcy (wymagane minimalne doświadczenie)}}{120 \text{ miesięcy (maksymalne doświadczenie)} - 12 \text{ miesięcy (wymagany doświadczenie)}} \times 10$ pkt.

Zaoferowanie doświadczenia kierownika budowy krótszego niż 12 miesiące będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto doświadczenia kierownika budowy dłuższego niż 120 miesięcy skutkować będzie przyznaniem takiej liczby punktów, jak dla 120-miesięcznego doświadczenia kierownika budowy, tj. 10 pkt.

Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z Załącznikiem nr 2 Formularz ofertowy, Zamawiający w odniesieniu do kierownika budowy wymagał od wykonawców podania następujących informacji:

Kierownik budowy posiada następujące doświadczenie: miesięcy (podać w miesiącach)

Zaproponowanie doświadczenia kierownika budowy krótszego niż 12 miesięcy spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 o. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zaproponowanie doświadczenia kierownika budowy dłuższego niż 72 miesiące będzie skutkowało przyznaniem punktów tak jak dla okresu 72-miesięcznego.

Doświadczenie kierownika budowy musi być zgodne z doświadczeniem wskazanym przez wykonawcę w załączniku nr 7a.

Zamawiający wymagał złożenia wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (*wzór wykazu osób stanowi załącznik nr 7a do SIWZ – dokument stanowi treść oferty*).

Odwołujący podniósł, że dokonując oceny oferty w zakresie kryterium doświadczenie kierownika budowy Zamawiający posiadał pełne informacje w przedmiocie wykazanego doświadczenia zawodowego kandydata na kierownika budowy i miał obowiązek dokonać weryfikacji, czy wartość zadeklarowana przez wykonawcę w Formularzu ofertowym jest potwierdzona w Załączniku nr 7a, a dodatkowo czy jest prawdziwa i spójna z wartością zadeklarowaną w Formularzu ofertowym, Odwołujący podkreślił, że ponieważ informacje odnoszące się do doświadczenia kierownika budowy stanowią treść oferty, za niedopuszczalną uznać należy zastosowanie do niej procedury uzupełnienia, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, która nie dotyczy treści oferty a wyłącznie dokumentów dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz podstaw wykluczenia.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią Formularza Ofertowego wykonawcy Multi Energy Service oświadczył on, że kandydat na kierownika budowy wskazany w treści oferty posiada doświadczenie zawodowe na poziomie 149 miesięcy. Wykonawca złożył wraz z ofertą także Załącznik nr 7a – Wykaz osób w zakresie odnoszącym się do kandydatki na stanowisko Kierownika budowy, której dotyczy podana w Formularzu ofertowym liczba miesięcy doświadczenia zawodowego. Poza identyfikacją danych osobowych i numeru uprawnień zawodowych, wykaz zawiera prezentację doświadczenia zawodowego, które

stanowi podstawę do ustalenia zadeklarowanego w formularzu ofertowym doświadczenia zawodowego wskazanej osoby. Wykaz zawiera identyfikację konkretnych robót budowlanych, ich inwestorów oraz okresu trwania usług. Według dokumentu:

Lp.	Nazwa roboty budowlanej	Podmiot na rzecz którego realizowano usługę	Okres w jakim pełniona była funkcja kierownika budowy (w miesiącach)	Data realizacji
1	Budynek usługowy przy ul. Morskiej w Siedlcach	K. R.	53	03.2016-nadal
2	Budynki inwentarskie szt. 3 w miejscowości Łuszki gm. Huszlew	R. Ł.	34	01.2017-12.2019
3	Budynki inwentarskie szt. 2 w miejscowości Kolonia Mordy	A. C.	28	01.2018-06.2020
4	Wymiana stolarki okiennej i drzwiowej w budynku biurowym zlokalizowanym w Siedlcach przy ul. Piłsudskiego 38	Mazowiecki Urząd Wojewódzki w Warszawie	4	08.2019-12.2019
5	Budowa świetlicy wiejskiej w Głuchowie	Urząd Miasta i Gminy Mordy	27	04.2018-08.2020
6	Budowa świetlicy wiejskiej w miejscowości Piury Wielkie	Urząd Miasta i Gminy Mordy	3	05.2020-nadal

Odwołujący wskazał, że suma miesięcy pełnienia funkcji kierownika budowy zawarta w kolumnie 3 (okres w jakim pełniona była funkcja kierownika budowy w miesiącach) zawiera zadeklarowane wartości, które sumują się do wartości podanej w Formularzu ofertowym, wynoszących 149 miesięcy. Podniósł, że zaprezentowane w kolumnie „data realizacji” okresy trwania czynności świadczenia usług kierownika budowy jednoznacznie wskazując, że mamy do czynienia z okresami nakładającymi się robót kierowanych w tym samym czasie, po drugie zaś z podaniem informacji nieodpowiadających prawdzie.

Zdaniem Odwołującego niemożliwe jest, aby od 2016 r. do sierpnia 2020 r. zdobyć 149 miesięcy doświadczenia zawodowego. Jest to fizycznie niemożliwe, skoro zliczając miesiące od wykazanej daty pierwszej z wykazanych inwestycji, można doliczyć się maksymalnie okresu 54 miesięcy. W ocenie Odwołującego doświadczenie zawodowe stanowiące podstawę punktacji w ramach kryterium oceny ofert odnoszące się do czasu pełnienia wskazanej funkcji przez kandydata na stanowisko kierownika budowy nie może podlegać multiplikacji. Tego rodzaju zabiegi służą wyłącznie manipulacji w zakresie kryterium oceny ofert, nawet bowiem fakt pełnienia funkcji za 2 robotach nakładających się nie powoduje, że kierownik przykładowo w okresie 12 miesięcy nabywa 24 miesiące doświadczenia zawodowego. Faktycznie dane zawarte w treści Załącznika nr 7a złożonego

wraz z ofertą potwierdzają, że doświadczenie zawodowe wskazanej osoby wynosi maksymalnie 54 miesiące. W konsekwencji, uwzględniając wagę kryterium oceny ofert Doświadczenie zawodowe kierownika budowy, wykonawca nie uzyskałby w ramach tego kryterium oceny 10 pkt przyznanych przez Zamawiającego. Mając na uwadze marginalną różnicę w cenach oferty Odwołującego i wykonawcy Multi Energy Service powyższa ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący stwierdził, że w odniesieniu sposobu obliczania doświadczenia zawodowego także obowiązujące przepisy są jednoznaczne, gdyż zgodnie z art. 14 ust. 3 pkt 5 ustawy Prawo budowlane, w przypadku uprawnień do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń, doświadczenie to wynosi odpowiednio 1 rok praktyki przy sporządzaniu projektów i 1,5 roku praktyki na budowie.

Odwołujący podniósł, że gdyby kierować się koncepcją wykonawcy Multi Energy Service, także uprawnienia zawodowe można byłoby uzyskać poprzez praktykę zawodową np. 3 krotnie krótszą niż wymagana, ponieważ uzyskaną na równoległej budowie.

Odwołujący podkreślił, że SIWZ nie przewidywało i nie dopuszczało tego rodzaju specyficznego sposobu obliczania czasookresu doświadczenia zawodowego personelu, zatem w powyższym zakresie znajdują zastosowanie zasady ogólne obliczania terminów przewidziane przez Kodeks cywilny. W konsekwencji także Zamawiający nie miał podstaw, aby dokonywać punktacji oferty w przedmiotowym kryterium oceny w sposób niezgodny z SIWZ. Dokonanie oceny w sposób wynikający z zasad oceny ofert w tym kryterium zgodnych z SIWZ skutkowałoby nieuzyskaniem przez wykonawcę Mufti Energy Service punktacji, jaką przyznał Zamawiający. Przyznanie przez Zamawiającego punktacji zgodnie z faktycznym łącznym wykazanym w ofercie Multi Energy Service czasem doświadczenia skutkowałoby uzyskaniem przez niego w łącznej punktacji ofert 93,89 pkt. przy punktacji Odwołującego w takim przypadku wynoszącej 99,94 pkt, zatem wpłynęłoby to na wynik postępowania,

Ponadto Odwołujący podniósł, że według posiadanej przez niego wiedzy, mamy do czynienia z podaniem przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania bowiem dotyczą kryteriów oceny ofert. W szczególności dotyczy to poz. 1 wykazu, gdzie podany jest wręcz nieprawdopodobny czas ciągłego procesu kierowania budową przez wskazaną osobę od marca 2016 r. do dnia dzisiejszego dla Budynku usługowego przy ul. Morskiej w Siedlcach (53 miesiące). W ocenie Odwołującego informacje powyższe są nieprawdziwe, a wykonawca w ten sposób zamierzał wyłącznie wyłudzić dodatkową i nienależną punktację w kryterium oceny ofert. Obiekt ten jest faktycznie od dłuższego czasu użytkowany przez szereg podmiotów gospodarczych, co

potwierdzają dostępne informacje, a tymczasem zgodnie z oświadczeniem wykonawcy jest cały czas w trakcie budowy.

W odniesieniu do poz. 5 Wykazu Odwołujący podniósł, że zgodnie z wykazem budowa została rozpoczęta od kwietnia 2018 r., natomiast z dostępnych publicznie informacji wynika, że wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu nastąpił dopiero w grudniu 2019 r. Tym samym mamy do czynienia z kolejnym nieuprawnionym dodaniem przez wykonawcę miesięcy doświadczenia zawodowego w sytuacji, gdy wskazana osoba nie mogła posiadać doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy, skoro nie było jeszcze ani wybranego wykonawcy tego zamówienia ani tym bardziej budowy. Skoro faktycznie wybór wykonawcy zamówienia nastąpił w grudniu 2019 r. (zgodnie z ogłoszeniem o udzieleniu zamówienia, umowa zawarta w dniu 17.12.2019 r.), to wskazana osoba mogła uzyskać na tej budowie najwyżej 8 miesięcy doświadczenia zawodowego, podczas gdy deklarowany okres to aż 27 miesięcy. W konsekwencji mamy do czynienia z nieuprawnionym „dodaniem” aż 19 miesięcy doświadczenia zawodowego w celu uzyskania punktów w ramach kryteriów oceny ofert.

W zakresie dotyczącym pozycji nr 6 Wykazu Odwołujący podniósł, że dostępne informacje publiczne dotyczące zamówień publicznych zleczanych przez Gminę Mordy nie potwierdzają, aby w ogóle taka budowa świetlicy w miejscowości Piury Wielkie w Gminie Mordy miała miejsce

W odniesieniu do poz. 4 Wykazu Odwołujący podniósł, że zgodnie z udostępnionymi danymi wybór oferty wykonawcy robót nastąpił 8 sierpnia 2019 r., zaś wg umowy realizacja zamówienia miała trwać do 29 listopada 2019 r., co oznacza nieuprawnione doliczenie co najmniej 2 miesięcy doświadczenia zawodowego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty wykonawcy Multi Energy Service, ewentualnie powtórzenia czynności oceny ofert przy dokonaniu oceny w kryterium Doświadczenie kierownika budowy w sposób zgodny z SIWZ i ofertą wykonawcy, co spowoduje wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego o braku po stronie Odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania, w związku z tym, że cena oferty Odwołującego przekracza kwotę, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Odnosząc się do tego stanowiska wskazać należy, że unieważnienie postępowania z tego powodu jest na obecnym etapie jedynie ewentualnością, która nie może pozbawiać wykonawcy prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej.

Izba dopuściła do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcę Multi Energy Service Sp. z o.o., który wykazał interes w rozstrzygnięciu sprawy na korzyść Zamawiającego.

W związku z wycofaniem przez Odwołującego zarzutów związanych z wprowadzeniem Zamawiającego błąd poprzez podanie informacji o zadaniach wskazanych w poz. 4 i 6 wykazu, zarzuty w tym zakresie nie podlegały merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W ramach warunku udziału w postępowaniu (pkt IV.1.1 SIWZ) Zamawiający wymagał wykazania, że wykonawca *dysponuje lub będzie dysponował minimum jedną osobą na stanowisku kierownika budowy, która posiada minimum 12-miesięczne doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy.*

Zgodnie z punktem XIII.3 SIWZ jedynym z kryteriów oceny ofert o wadze 10 punktów jest doświadczenie kierownika budowy. Punkty w ramach tego kryterium będą przyznane w przypadku, gdy Wykonawca zaoferuje *doświadczenie kierownika budowy dłuższe niż 24 miesiące (tj. powyżej wymaganego minimalnego doświadczenia kierownika budowy)* wg formuły (dla zakresu 12 miesiące < doświadczenie kierownika budowy < 120 miesięcy): $G = \frac{\text{doświadczenie kierownika budowy} - 12 \text{ miesięcy (wymagane minimalne doświadczenie)}}{120 \text{ miesięcy (maksymalne doświadczenie)} - 12 \text{ miesięcy (wymagany doświadczenie)}} \times 10$ pkt.

Zamawiający podał, że: *zaoferowanie doświadczenia kierownika budowy krótszego niż 12 miesiące będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto doświadczenia kierownika budowy dłuższego niż 120 miesięcy skutkować będzie przyznaniem takiej liczby punktów, jak dla 120-miesięcznego doświadczenia kierownika budowy, tj. 10 pkt.*

W załączniku nr 2 do SIWZ Zamawiający określił wzór formularza oferty, w którym należało określić doświadczenie kierownika budowy w miesiącach. Zamawiający zamieścił we wzorze formularza zastrzeżenie, że: *zapropozowanie doświadczenia kierownika budowy krótszego niż 12 miesięcy spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 p. 2*

ustawy Prawo zamówień publicznych. Zaproponowanie doświadczenia kierownika budowy dłuższego niż 72 miesiące będzie skutkowało przyznaniem punktów tak jak dla okresu 72-miesięcznego. Doświadczenie kierownika budowy musi być zgodne z doświadczeniem wskazanym przez wykonawcę w załączniku nr 7a.

W załączniku nr 7a do SIWZ (Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego) Zamawiający w odniesieniu do kierownika budowy wymagał podania następujących informacji: imię i nazwisko, informacje na temat kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia, podstawa dysponowania, nazwa roboty budowlanej, podmiot na rzecz którego realizowano usługę, okres w jakim pełniona była funkcja kierownika budowy (w miesiącach), data realizacji.

W złożonych ofertach zadeklarowano następujące doświadczenie kierowników budowy:

- 1) Oferta Inter-Profil Sp. z o.o.: 72 miesiące,
- 2) Oferta Odwołującego: 122 miesiące,
- 3) Oferta Przystępującego: 143 miesiące.

Przystępujący w załączniku nr 7a do SIWZ wskazał na stanowisko Kierownika budowy A. P., przedstawiając następujące doświadczenie:

Lp.	Nazwa roboty budowlanej	Podmiot na rzecz którego realizowano usługę	Okres w jakim pełniona była funkcja kierownika budowy (w miesiącach)	Data realizacji
1	Budynek usługowy przy ul. Morskiej w Siedlcach	K. R.	53	03.2016-nadal
2	Budynki inwentarskie szt. 3 w miejscowości Łuszki gm. Huszlew	R. Ł.	34	01.2017-12.2019
3	Budynki inwentarskie szt. 2 w miejscowości Kolonia Mordy	A. C.	28	01.2018-06.2020
4	Wymiana stolarki okiennej i drzwiowej w budynku biurowym zlokalizowanym w Siedlcach przy ul. Piłsudskiego 38	Mazowiecki Urząd Wojewódzki w Warszawie	4	08.2019-12.2019
5	Budowa świetlicy wiejskiej w Głuchowie	Urząd Miasta i Gminy Mordy	27	04.2018-08.2020
6	Budowa świetlicy wiejskiej w miejscowości Piury Wielkie	Urząd Miasta i Gminy Mordy	3	05.2020-nadal

Według sporządzonego przez Zamawiającego streszczenia oceny i porównania złożonych ofert, oferty zostały ocenione w następujący sposób:

Oferta	Liczba pkt w kryterium: cena	Liczba pkt w kryterium: okres gwarancji	Liczba pkt w kryterium: doświadczenie kierownika budowy	Razem
Inter-Profil Sp. z o.o.	41,53 %	20,00%	5,56%	67,08 %
Odwolujący	59,94 %	30,00%	10,00%	99,94 %
Przystępujący	60,00 %	30,00%	10,00%	100,00 %

Pismem z 25 września 2020 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Zarzut dotyczący nieprawidłowej oceny oferty Przystępującego

Zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Istotą przedmiotowego zarzutu jest interpretacja postanowień SIWZ opisujących kryterium oceny ofert dotyczące doświadczenia kierownika budowy. Odwołujący twierdził, że nakładające się na siebie okresy pełnienia funkcji kierownika budowy nie podlegają sumowaniu, Zamawiający i Przystępujący prezentowali stanowisko przeciwne. W ocenie Izby interpretacja przedstawiona przez Odwołującego jest prawidłowa.

Po pierwsze wskazać należy na konieczność wykładni postanowień opisujących kryteria oceny ofert w sposób jak najbardziej odpowiadający ich literalnemu znaczeniu, tylko taka wykładnia zapewni bowiem uczciwą konkurencję między wykonawcami i ich równe traktowanie. Dopuszczenie odstępstw od takiego sposobu interpretacji kryteriów, w tym ich rozszerzająca wykładnia na etapie oceny ofert, dopuszczająca punktację za spełnienie określonych warunków niewyrażonych w SIWZ (nawet jeśli można by je uznać za świadczące o lepszej jakości oferowanych świadczeń), stwarzałoby ryzyko dowolności działań Zamawiającego, a dowolność ta mogłaby się przekładać na ranking ofert.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający postanowił przyznawać dodatkowe punkty za doświadczenie kierownika budowy dłuższe niż minimum wymagane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Kluczowe jest tu słowo „dłuższe”, które oznacza, że kryterium odwołuje się wyłącznie do czasu pełnienia funkcji kierownika budowy, tj. do okresu, w jakim dana osoba nabywała doświadczenie w pełnieniu tej funkcji. Kryterium to natomiast w żaden sposób nie odwołuje się do jakości czy stopnia złożoności zdobytej

praktyki, z punktu widzenia kryterium istotna jest długość okresu pełnienia funkcji, nie zaś intensywność zdobywania w tym czasie doświadczenia.

Skoro kryterium oceny ofert odnosiło się tylko do długości okresu, w którym zdobywane było doświadczenie kierownika budowy, to należy dojść do wniosku, że długość okresu pełnienia funkcji przez osobą, która przykładowo przez 3 miesiące była kierownikiem budowy w ramach dwóch inwestycji, nie wynosi 6 miesięcy, ale 3 miesiące. Można niewątpliwie twierdzić, że osoba taka zdobyła w tym czasie doświadczenie większe, ale nie sposób obronić tezy, że okres zdobywania tego doświadczenia jest dłuższy – a tylko taki podlegał punktowaniu w świetle literalnej wykładni SIWZ.

Należy więc stwierdzić, że Zamawiający, przyznając ofercie Przystępującego punkty za doświadczenie kierownika budowy obliczone w sposób polegający na zsumowaniu miesięcy, w których funkcja kierownika budowy sprawowana była w ramach więcej niż jednego zadania, odszedł od brzmienia SIWZ, rozszerzając podstawy przyznawania punktów. Takie działanie stwarza ryzyko nieuzasadnionej dowolności po stronie Zamawiającego, mogącej wpływać na ostateczny ranking ofert. Co więcej, nie można wykluczyć, że gdyby Zamawiający wprost opisał w SIWZ taki sposób punktacji, jaki zastosował na etapie oceny ofert, to wykonawcy inaczej ocenialiby swoje szanse na uzyskanie zamówienia, co mogłoby wpłynąć nie tylko na decyzję o udziale w postępowaniu, ale też na pozostałe warunki składanych ofert.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że w świetle przepisów ustawy Pzp dopuszczalne jest premiowanie większego doświadczenia np. projektanta czy kierownika budowy. Zamawiający mógł opisać kryterium w taki właśnie sposób, należałoby to nawet uznać za celowe i zasadne. W rozpoznawanej sprawie jednak kryterium oceny ofert nie odnosiło się do tego, czy osoba mająca pełnić funkcję kierownika budowy posiada doświadczenie lepsze, w znaczeniu bogatsze czy bardziej złożone, a odwoływało się jedynie do długości takiego doświadczenia. Takie brzmienie kryterium sugeruje, że Zamawiający uznał za miernik doświadczenia kierownika budowy to, jak długo zdobywał on doświadczenie, nie zaś to, jakie to doświadczenie było. Jeżeli Zamawiający zamierzał premiować również złożoność tego doświadczenia, to powinien to wprost wskazać w SIWZ, chociażby dodając w opisie kryterium postanowienie wskazujące, że okresem pełnienia funkcji kierownika budowy jest suma miesięcy z każdego z zadań realizowanych równoległe.

Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Zamawiającego, że o dopuszczalności sumowania doświadczenia zdobywanego równoległe świadczy kształt załącznika nr 7a do SIWZ, w którym należało wskazać dla poszczególnych robót daty określające długość ich trwania. W tym zakresie wskazać należy, że wykaz w załączniku nr 7a do SIWZ, który służył

przedstawieniu informacji na temat doświadczenia kierownika budowy, nie może być traktowany jako nadający opisowi kryterium inną treść, niż określona w punkcie XIII.3 SIWZ, i pozwalający na punktowanie ofert w szerszym zakresie. Z kolei wskazany przez Zamawiającego wzór formularza oferty wymagał podania doświadczenia kierownika budowy w miesiącach, co jest spójne z punktem XIII.3 SIWZ i tylko potwierdza tezę, że podstawą punktacji był wyłącznie czas, w jakim pełniona była funkcja kierownika budowy, bez względu na złożoność doświadczenia zdobytego w tym okresie, w tym bez względu na to, czy kierowanie budową w danym czasie odnosiło się do jednej czy do kilku inwestycji.

Podsumowując należy stwierdzić, że sposób oceny oferty Przystępującego nie odpowiadał opisowi kryterium odnoszącego się do doświadczenia kierownika budowy. Zamawiający naruszył więc przepis art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Ponieważ naruszenie to może mieć istotnym wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało w tym zakresie uwzględnieniu, a Izba nakazała Zamawiającemu ponowną ocenę oferty Przystępującego z uwzględnieniem samej długości okresu pełnienia funkcji kierownika budowy, bez względu na to, w ramach ilu zadań funkcja ta była pełniona w danym okresie.

Jednocześnie Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że podana w ofercie Przystępującego liczba miesięcy określająca okres zdobywania doświadczenia przez kierownika budowy, była wynikiem manipulacji ze strony Przystępującego. Taka intencja nie została przez Odwołującego wykazana, a sposób obliczenia tego okresu mógł być wynikiem jedynie nieprawidłowej interpretacji przez Przystępującego postanowień SIWZ.

Na koniec dostrzeżenia wymaga kwestia nieobjęta zakresem zarzutów, którą Izba w związku z tym wskazuje jedynie na marginesie – tj. kwestia jakości redakcyjnej postanowień SIWZ i wynikającej z nich sprzeczności w treści tego dokumentu. Po pierwsze Zamawiający wymagał w ramach warunków udziału w postępowaniu minimalnego doświadczenia kierownika budowy wynoszącego 12 miesięcy, a w opisie kryterium oceny ofert wskazał, że punkty w ramach tego kryterium będą przyznane w przypadku, gdy wykonawca zaoferuje *doświadczenie kierownika budowy dłuższe niż 24 miesiące (tj. powyżej wymaganego minimalnego doświadczenia kierownika budowy)*. Ponadto, co istotniejsze – Zamawiający podał w punkcie XIII.3 SIWZ, że doświadczenie kierownika budowy dłuższe niż 120 miesięcy skutkować będzie przyznaniem takiej liczby punktów, jak dla 120-miesięcznego doświadczenia kierownika budowy, tj. 10 pkt, podczas gdy analogiczne postanowienie zawarte w formularzu oferty określiło maksymalny okres doświadczenia podlegający punktacji na 72 miesiące. O ile pierwsza ze wskazanych wyżej rozbieżności mogłaby być potraktowana jako omyłka, o tyle druga z nich stanowi wyraźną sprzeczność postanowień określających zasady przyznawania punktów.

Zarzut dotyczący przedstawienia informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba stwierdziła, że sformułowane w odwołaniu okoliczności faktyczne będące podstawą zarzutów, nie zostały przez Odwołującego – na którym spoczywał ciężar dowodu – w żadnej mierze wykazane.

W odniesieniu do zadania wskazanego w poz. 1 złożonego przez Przystępującego wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, Odwołujący podniósł w odwołaniu, że podany tam okres pełnienia funkcji jest nieprawdopodobny, obiekt jest od dłuższego czasu użytkowany, a Przystępujący zamierzał wyłącznie wyłudzić dodatkową i nienależną punktację w kryterium oceny ofert.

W zakresie zadania wskazanego w poz. 5 wykazu Odwołujący podniósł w odwołaniu, że nieprawdą jest, iż budowa została rozpoczęta w kwietniu 2018 r., gdyż z dostępnych publicznie informacji wynika, że wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu nastąpił dopiero w grudniu 2019 r.

Okoliczności podniesione w ramach zarzutu odwołania nie zostały przez Odwołującego potwierdzone dowodami. Zamawiający natomiast przedstawił oświadczenie inwestora dotyczące robót budowlanych z poz. 1 wykazu oraz zaświadczenie z Zakładu Gospodarki Komunalnej w Mordach dotyczące okresu pełnienia funkcji kierownika budowy przez panią A. P. w ramach robót z poz. 5 wykazu.

Z kolei Odwołujący w piśmie procesowym oraz na rozprawie dokonał zmiany okoliczności faktycznych stanowiących podstawę zarzutu przedstawienia informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd.

W odniesieniu do zadania z poz. 1 wykazu Odwołujący wskazał w piśmie procesowym z 3 listopada 2020 r. (i podtrzymał te twierdzenia podczas rozprawy), że pozyskane w trybie dostępu do informacji publicznej informacje wskazują, że faktycznie to doświadczenie jest nabywane w ramach samowoli budowlanej. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący złożył pismo z Urzędu Miasta Siedlce.

Natomiast w odniesieniu do zadania z poz. 5 wykazu Odwołujący wskazał w piśmie procesowym z 3 listopada 2020 r. (i podtrzymał te twierdzenia podczas rozprawy), że prace w ramach tej inwestycji były prowadzone w dwóch etapach (stan surowy od 12.03.2018 r. do

8.10.2018 r., prace wykończeniowe od 17.12.2019 r. do 19.08.2020 r.), a pomiędzy tymi etapami wystąpiła 10-miesięczna przerwa, która nie mogła być wliczona do doświadczenia kierownika budowy. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przedstawił pismo z Urzędu Miasta i Gminy Mordy, w którym poinformowano, że:

Budowa świetlicy wiejskiej w miejscowości Głuchów w stanie surowym otwartym (roboty rozbiórkowe, ławy, ściany, podkłady pod posadzki, stropy, konstrukcja i pokrycie dachu) realizowana była przez Zakład Gospodarki Komunalnej w Mordach w terminie od 12.03.201 Br. (data podpisania zamówienia) do dnia 08.10.2018 r. Kierownikiem budowy zatrudnionym przez Zakład Gospodarki Komunalnej w Mordach była Pani A. P. .

Budowa świetlicy wiejskiej w miejscowości Głuchów (stolarka, tynki z malowaniem, posadzki, elewacja, instalacje wodnokanalizacyjne, elektryczne i teletechniczne) realizowana była przez Zakład Remontowo Budowlany W. A. w terminie od 17.12.2019 r. (data podpisania umowy) do dnia 19.08.2020 r. (data protokołu odbioru). Kierownikiem budowy zatrudnionym przez tą firmę była Pani A. P. .

Odnosząc się do powyższego należy stwierdzić, że Odwołujący nie tylko przedstawił na rozprawie dowody na potwierdzenie swoich twierdzeń (przedstawienie dowodów dopuszczalne jest do czasu zamknięcia rozprawy), ale też dokonał modyfikacji zarzutów w zakresie ich podstawy faktycznej.

Teza o samowoli budowlanej dotyczącej budynku wskazanego w poz. 1 wykazu pojawiła się dopiero w piśmie procesowym Odwołującego, strona przeciwna nie miała zatem możliwości przygotować się do tak sformułowanego zarzutu i przedstawić ewentualnych dowodów przeciwnych.

W zakresie poz. 5 wykazu Odwołujący złożył dowód, który wręcz zaprzecza tezie podniesionej w odwołaniu, według której roboty rozpoczęły się nie wcześniej niż w grudniu 2019 r., bo dopiero wtedy dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej na wykonanie tego zadania. Złożony na rozprawie dowód potwierdza natomiast, że inwestycja nie była realizowana od grudnia 2019 r., gdyż pierwszy etap rozpoczął się w już marcu 2018 r. Zarzut oparty na twierdzeniu, że Przystępujący niezasadnie zaliczył do doświadczenia kierownika budowy okres przerwy między etapem 1 i 2 inwestycji, zasadniczo różni się od zarzutu opartego na tym, że inwestycja rozpoczęła się znacznie później niż to wskazano w wykazie.

W odniesieniu do obu kwestionowanych pozycji wykazu należy więc stwierdzić, że Odwołujący dokonał modyfikacji zarzutów po upływie terminu na wniesienie odwołania. Podkreślenia wymaga, że zakres rozstrzygnięcia Izby, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów,

które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem zarzuty muszą być skonkretyzowane w terminie na wniesienie odwołania. Zakres zarzutu wyznacza nie tylko określenie w odwołaniu czynności lub zaniechania Zamawiającego i wskazanie kwalifikacji prawnej, ale też treść okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Powyższe oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Jak wynika z wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt. X Ga 110/09, granice rozpoznania sprawy przez zarówno KIO, jak i Sąd, są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej.

Reasumując, odwołanie powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań, wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów. Powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza, że po pierwsze niewystarczające jest ogólne twierdzenie o wystąpieniu określonego rodzaju nieprawidłowości, ale konieczne jest określenie ich zakresu faktycznego, po drugie – ten zakres faktyczny nie może ulegać zmianie w toku postępowania odwoławczego.

W związku z powyższym Izba uznała zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp za niezasadne.

W odniesieniu do kosztów postępowania wskazać należy, że zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada

odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 830/18 i postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 1123/18. W tym ostatnim postanowieniu Sąd Okręgowy wskazał, co następuje: *Nie budziło zatem wątpliwości, że odwołanie zostało uwzględnione jak i oddalone w równych (co do ilości zarzutów) częściach, w tym uwzględnione co do obu zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, co do której to czynności został wniesiony sprzeciw. Odwołujący (...) i wnoszący sprzeciw przystępujący Wykonawca TPF Sp. z o. o. wygrali zatem i jednocześnie przegrali w połowie. Sąd Okręgowy przychylił się do zarzutu skargi na wyrok KIO i głównej tezy jej uzasadnienia, zgodnie z którą wynik sprawy winien być badany w odniesieniu do ilości uwzględnionych i oddalonych zarzutów. Na przyjęcie takiego stanowiska, w ocenie Sądu Okręgowego, pozwala przepis 5 ust. 4 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, zgodnie z brzmieniem którego w przypadkach nieuregulowanych w 5 ust. 1-3 Izba powinna orzec o kosztach postępowania uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jednocześnie zauważyć należało, że żaden przepis nie reguluje wprost sytuacji, w której odwołanie odwołującego lub wnoszącego sprzeciw zostało uwzględnione dokładnie w połowie. Przepisy § 5 ust. 2 jak i ust. 3 rozporządzenia dotyczą bowiem uwzględnienia lub oddalenia odwołania w całości, a zatem nie mogły stanowić oparcia dla rozstrzygnięcia o kosztach niniejszego postępowania. W tym stanie rzeczy koszty postępowania należało rozliczyć proporcjonalnie do wyniku postępowania wywołanego odwołaniem wniesionym przez Odwołującego (...). Takie rozwiązanie jest zgodne z art. 192 ust. 10 pzp ustanawiającym zasadę orzekania stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.*

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia - częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. W ocenie Izby odwołanie okazało się zasadne w 1/2 z uwagi na liczbę i wagę zarzutów uznanych za zasadne i za niezasadne. Kosztami postępowania po obciążono zatem Zamawiającego w części 1/2 i Odwołującego w części 1/2. Na koszty

postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 10.000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł oraz koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600 zł (łącznie 17.200,00 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 13.600,00 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (10.000 + 3.600), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 8.600,00 zł (17.200,00 zł x50%). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5.000,00 zł (13.600,00 – 8.600,00), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący: