

Sygn. akt: KIO 1884/20

WYROK
z dnia 22 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **AJ Profibud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa**, Chmielnik 277B, 36-016 Chmielnik w postępowaniu prowadzonym przez **Politechnikę Rzeszowską im. Ignacego Łukasiewicza**, al. Powstańców Warszawy 12, 35-959 Rzeszów,

przy udziale wykonawcy **M. P.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: **MAGBUD M. P.**, ul. Baczyńskiego 9, 35-210 Rzeszów zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego: **AJ Profibud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa**, Chmielnik 277B, 36-016 Chmielnik, i:
 - 2.1. 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;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 561 zł 94 gr (słownie: pięćset sześćdziesiąt jeden złotych dziewięćdziesiąt cztery groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa i dojazdu pełnomocnika strony na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. 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 Rzeszowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Politechnika Rzeszowska im. Ignacego Łukasiewicza (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp” pn. „Budowa budynku Uczelnianego Archiwum Politechniki Rzeszowskiej przy ul. Akademickiej w Rzeszowie”, numer referencyjny: NA/P/133/2020. 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 w dniu 25 maja 2020 r. nr ogłoszenia: 543410-N-2020.

W dniu 4 sierpnia 2020 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę M. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: MAGBUD M. P. . W dniu 10 sierpnia 2020 r. wykonawca AJ PROFIBUD sp. z o.o. sp. k. (dalej: „Odwołujący” lub „AJ PROFIBUD”) wniósł odwołanie na tę czynność, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - przez wybór oferty złożonej przez MAGBUD pomimo, iż oferta Odwołującego powinna zostać sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert, a tym samym winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza;
- 2) art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty MAGBUD z uwagi na dokonanie niewłaściwej oceny tej oferty, polegającej na przyznaniu maksymalnej liczby punktów w kryterium "Kierownik robót w branży elektrycznej", gdzie z podanych przez MAGBUD wyjaśnień wynika, iż proponowana osoba nie posiada doświadczenia powyżej 10 lat, a tym samym oferta MAGBUD została nieprawidłowo sklasyfikowana na pierwszym miejscu;
- 3) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania MAGBUD do złożenia wyjaśnień, co do treści załączników do oferty w zakresie przedłożonych referencji, bowiem z ich treści nie wynika jakoby odpowiadały one treści SIWZ oraz potwierdzały wiedzę i doświadczenie MAGBUD wymagane przez Zamawiającego;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez nierówne traktowanie oferentów, w szczególności przyznanie maksymalnych punktów ofercie MAGBUD i pobieżną analizę tej oferty, podczas gdy nie powinna jej zostać przyznana maksymalna liczba punktów w kryterium "Doświadczenie kierownika robót w branży elektrycznej" i przyznanie punktów, które nie powinny być przyznane, co spowodowało ewidentnie różne traktowanie oferentów, w tych samych

okolicznościach opartych na takim samym brzmieniu specyfikacji istotnych warunków udzielania zamówienia;

- 5) art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez uwzględnienie przez Zamawiającego nieprawidłowo wypełnionego, zgodnie z postanowieniami SIWZ formularza ofertowego w zakresie wszystkich wymaganych przez Zamawiającego danych dotyczących kryterium oceny ofert, pomimo tego, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć jak tego wymagają okoliczności, w których zostało złożone.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty MAGBUD;
- 2) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na przyznaniu maksymalnej ilości punktów ofercie MAGBUD,

oraz nakazanie Zamawiającemu wykonanie - zgodnie z przepisami prawa - czynności:

- 3) przyznania ofercie MAGBUD w kryterium "Kierownik robót w branży elektrycznej" 5 pkt za pełnienie przez Pana W. B. funkcji kierownika w branży elektrycznej,
- 4) wezwania MAGBUD do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia spełniania warunków umożliwiających udział w przedmiotowym postępowaniu,
- 5) dokonania powtórnej oceny ofert, a w konsekwencji dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

ponadto Odwołujący wniósł o:

- 6) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego,
- 7) w przypadku powzięcia przez Izbę wątpliwości co do prawdziwości dokumentów wskazanych jako dowody w niniejszej sprawie - zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia oryginałów lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem następujących dokumentów:
 - a) pismo Zamawiającego - powiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 4.08.2020 r. - oryginał w aktach Zamawiającego;
 - b) treść SIWZ wraz ze wzorem oferty - oryginał w aktach Zamawiającego;
 - c) wyjaśnienia MAGBUD z dnia 10.07.2020 r. - oryginał w aktach Zamawiającego;
 - d) treść oferty MAGBUD - oryginał w aktach Zamawiającego;
 - e) treść referencji MAGBUD stanowiących załącznik do oferty - oryginał w aktach Zamawiającego.

W uzasadnieniu odwołania w zakresie zarzutów dotyczących nieprawidłowego przydzielenia punktacji w zakresie personelu, Odwołujący wskazał m.in., że w pkt 18 SIWZ Zamawiający zamieścił opis kryteriów oceny ofert. Zgodnie z pkt 18.2. ppkt 2 SIWZ Zamawiający przyzna Wykonawcom punkty w tym kryterium, jeśli osoba wskazana do realizacji zamówienia, jako kierownik robót w branży elektrycznej wykaże się na dzień składania ofert doświadczeniem w posiadanej specjalności: 3-5 lat -0 pkt; 6-10 lat -5 pkt; powyżej 10 lat -10 pkt. Nadto w treści oferty, której wzór stanowił załącznik do SIWZ, Zamawiający w pkt 3 ppkt a) w sposób jednoznaczny zredagował treść oświadczenia, tj.: „Oświadczamy, że osoby skierowane do realizacji zamówienia, o których mowa w pkt 6.2.2. B. SIWZ legitymują się następującym doświadczeniem zawodowym w uzyskanej specjalności: kierownik robót w branży elektrycznej (...)”. Pkt 6.2.2.B. SIWZ odnosi się do warunków udziału w postępowaniu, zaś w zakresie zdolności technicznej i zawodowej stanowi jednoznacznie: „dysponuje lub będzie dysponował osobami posiadającymi uprawnienia budowlane do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalnościach (...) instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Zamawiający poinformował wprost, iż zgodnie z art. 12a - ustawy Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r. poz. 148) samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, określone wart. 12 ust. 1, mogą również wykonywać osoby, których odpowiednie kwalifikacje zawodowe zostały uznane na zasadach określonych w przepisach odrębnych.

Odwołujący stwierdził, iż nie budzi zatem żadnych wątpliwości, iż celem Zamawiającego zarówno w zakresie określenia warunków ubiegania się o zamówienie, jak również przyjęcia zasad kryterium ocenego w zakresie posiadanego potencjału kadrowego, było wykazanie się przez oferentów stażem kadry rozumianym jako długość posiadania uprawnień umożliwiających sprawowanie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Zgodnie z art. 17 ustawy z 7.07.1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2019 r. poz. 1186) - dalej PB, uczestnikami procesu budowlanego, w rozumieniu ustawy, są: 1) inwestor; 2) inspektor nadzoru inwestorskiego; 3) projektant; 4) kierownik budowy lub kierownik robót. Ustawodawca w Rozporządzeniu Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, jednoznacznie określa m.in. również warunki, których spełnienie umożliwia sprawowanie samodzielnej funkcji technicznej na stanowisku kierownika robót w branży elektrycznej. W szczególności warunkiem takim jest odbycie stosownej praktyki, pozytywne zdanie egzaminu państwowego. Po uzyskaniu pozytywnego wyniku kandydat na podstawie decyzji administracyjnej otrzymuje uprawnienia budowlane i zostaje wpisany do centralnego rejestru osób posiadających uprawnienia prowadzonego przez GINB. Krajowa Izba

Odwoławcza w wyroku z 26.06.2015 r. (sygn. akt KIO 1271/15) jednoznacznie wskazała także, że osoby o przypisanej w umowie o pracę funkcji kierownika robót czy kierownika budowy nie można uznać tylko z tego powodu za uczestnika procesu budowlanego danej inwestycji w rozumieniu art. 17 pkt 4 p.b., pełniącego samodzielnie funkcję techniczną.

Następnie Odwołujący podał, że w toku postępowania przetargowego powziął wątpliwość, co do rzetelności oświadczenia MAGBUD złożonego w treści oferty i pismem z dnia 2 czerwca 2020 r., zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wezwanie tego wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w powyższym zakresie, w tym do przedłożenia dokumentu umożliwiającego zweryfikowanie daty uzyskania uprawnień budowlanych przez Pana W. B., jako kierownika robót w branży elektrycznej.

W wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego, MAGBUD udzielił informacji, iż Pan W. B. wykonywał działalność gospodarczą związaną z wykonywaniem instalacji elektrycznych przez okres 6 lat, jednakże w pozostałym zakresie z przedłożonych dowodów wynika, iż był zatrudniony na podstawie umowy o pracę na stanowisku inżyniera budowy przez okres 3 lat i 8 miesięcy. W treści wyjaśnień MAGBUD oświadczył także, że dopiero dnia 31.12.2010 r. Pan W. B. otrzymał decyzję administracyjną dotyczącą uzyskania uprawnień budowlanych do sprawowania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie. Nie zmienia to jednak faktu, że w dacie 31.12.2010 r. nie dysponował on wpisem do odpowiedniej izby umożliwiający wykonywanie takiej funkcji. Tym samym na dzień złożenia oferty przez MAGBUD, Pan W. B. nie dysponował co najmniej 10-letnim doświadczeniem na stanowisku kierownika robót w branży elektrycznej. (Dowód: Wyjaśnienia MAGBUD z dnia 10.07.2020 r.)

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający niedostatecznie wyjaśnił treść złożonej przez MAGBUD oferty, w tym w szczególności mimo powziętych wątpliwości nie ustalił czasu sprawowania przez Pana W. B. funkcji kierownika robót w branży elektrycznej. Tym samym, naruszył art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, jak również art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania MAGBUD do złożenia dalszych wyjaśnień.

Odwołujący przytoczył art 91 ust. 2d ustawy Pzp i stwierdził, że uprzedzając polemikę, iż jest to zarzut spóźniony, poinformował, że powyższa okoliczność została dostrzeżona dopiero na etapie oceny ofert. Odwołujący wypełniając swoją tabelę w ofercie nawet nie przypuszczał, iż jego interpretacja w zakresie kryteriów oceny ofert będzie tak różna od interpretacji Zamawiającego. Przyznanie MAGBUD z tego tytułu 10 pkt zgodnie z kryteriami oceny oferty stanowi istotne naruszenie wskazanych wyżej przepisów ustawy. AJ PROFIBUD przywołał wyroki Izby z dnia 21 sierpnia 2018 r. sygn. KIO 1547/18 oraz sygn. akt KIO 483/08 (bez wskazania daty) i stwierdził, że omyłkowe uznanie przez Zamawiającego, iż dla wykazania doświadczenia na stanowisku kierownika robót w branży elektrycznej, będącym samodzielnie

funkcją techniczną w budownictwie, nie jest wystarczające posiadanie doświadczenia jako inżynier budowy, czy też prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie wykonawstwa robót elektrycznych.

Uzasadniając zarzuty dotyczące nieprawidłowej wykładni treści oferty złożonej przez MAGBUD, Odwołujący wskazał, że biorąc pod uwagę fakt, iż jak wynika z okoliczności postępowania, treści SIWZ i samej treści oferty (tabeli), w tym wyjaśnień złożonych przez MAGBUD w toku postępowania, Zamawiający powinien dokonać interpretacji tego oświadczenia - wypełnienia tabeli w ofercie MAGBUD zgodnie z przepisem art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z tym przepisem oświadczenie - złożenie oferty należy tak tłumaczyć jak wymagają tego okoliczności, w jakich zostało złożone, czyli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego celem jest złożenie ważnej oferty, obejmującej prawdziwe informacje. Z samego przywołanego faktu (rozbieżności pomiędzy wyjaśnieniami MAGBUD, a treścią oferty MAGBUD) wynika, iż Zamawiający powinien powziąć wątpliwości i wyjaśnić ofertę w tym zakresie, w szczególności poprzez przedłożenie dokumentu zaświadczającego uzyskanie przez Pana W. B. uprawnień budowlanych umożliwiających sprawowanie niezależnej funkcji technicznej w budownictwie tj. kierownika robót w branży elektrycznej. Wyjaśnienia takie byłyby zgodne z przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W podsumowaniu uzasadnienia ww. zarzutów Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w świetle wyjaśnień przedłożonych przez MAGBUD, dokonał nieprawidłowej wykładni treści oferty, uznając, że oferta MAGBUD w 3 ppkt c została wypełniona prawidłowo.

Uzasadniając zarzuty dotyczące zaniechania wezwania MAGBUD do złożenia wyjaśnień, co do treści załączników do oferty w zakresie przedłożonych referencji, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający określił w pkt 6 pkt 6.2.1.A. SIWZ warunki, które ubiegający się o zamówienie musi spełniać, tj. m.in. posiadanie doświadczenia zawodowego rozumianego, jako należyte wykonanie dwóch podobnych robót w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) polegających na realizacji budowy budynków w technologii żelbetowej o wartości co najmniej 2 000 000,00 zł każda z nich.

Zgodnie z art. 6 pkt 6 ustawy Prawo budowlane, przez pojęcie budowy należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego, opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Treść referencji przedłożonych przez MAGBUD w toku postępowania potwierdza, iż wykonawca ten realizował prace polegające na rozbudowie i nadbudowie obiektu budowlanego. Zamawiający zastrzegł w treści SIWZ, iż budowa taka winna być wykonana w technologii żelbetowej. Z

przedłożonych przez MAGBUD referencji nie wynika jednak, iż realizowane przez MAGBUD przebudowy i nadbudowy wykonywane były w technologii żelbetowej, zaś powyższe Odwołujący poddaje w wątpliwość (Dowód: Treść referencji MAGBUD stanowiących załącznik do oferty).

Zdaniem wykonawcy AJ PROFIBUD, z uwagi na to, iż z treści przedłożonych przez MAGBUD referencji nie wynika w jakiej technologii realizowane były prace przez MAGBUD, zaś wykazanie się stosownym doświadczeniem stanowi warunek udziału w postępowaniu, Zamawiający powinien był na etapie postępowania przetargowego wyjaśnić powyższe nieścisłości poprzez skierowanie do MAGBUD wniosku o złożenie dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał na orzeczenie Izby z dnia 3 marca 2020 r., sygn. KIO 368/20, zgodnie z którym Zamawiający w toku badania i oceny ofert zobowiązany jest zweryfikować wszystkie wymagania, które sformułował w dokumentacji postępowania wobec przedmiotu zamówienia, a także stwierdził, że oraz przepis art. 87 ust. 1 Pzp pozwala na wyjaśnienie treści oferty w przyjętym kształcie i często jest sposobem na uzyskanie dodatkowych informacji, rozwianie wątpliwości co do rzeczywistej treści oferty. Granicą zastosowania tego przepisu jest niezmienność treści oferty i zakaz złożenia i przyjęcia przez zamawiającego takich wyjaśnień, które prowadziłyby do istotnych zmian w treści oferty lub zmierzały do prowadzenia negocjacji między wykonawcą a zamawiającym - tak KIO w wyroku z dnia 5 grudnia 2019 r., sygn. KIO/KD 73/19.

Uzasadniając zarzut nierównego traktowania oferentów oraz naruszenia art. 91. ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, że mając na uwadze powyższe okoliczności, postępowanie obarczone jest licznymi wadami. W konsekwencji szereg powyżej wykazanych uchybień doprowadził do wybrania oferty MAGBUD jako najkorzystniejszej, podczas gdy najkorzystniejszą ofertą była oferta Odwołującego. W ocenie AJ PROFIBUD nie może być uzasadnieniem takiej błędnej decyzji, twierdzenie pracownika Polskiego Związku Inżynierów i Techników Budownictwa, na które powołuje się MAGBUD, niezaznajomionego w treścią SIWZ oraz pozostałymi dokumentami postępowania przetargowego, iż wedle jego subiektywnej i niewnikliwej oceny, bez zaznajomienia się z dokumentacją przetargową, doświadczenie w zawodzie można by „ewentualnie” przyjąć jako nierównoznaczne z uprawnieniami.

Uzasadniając pozostałe wnioski, zawarte w odwołaniu Odwołujący wskazał, iż oryginały dokumentów, w tym wskazanych, jako dowody w treści odwołania, związane z postępowaniem znajdują się w aktach postępowania Zamawiającego, toteż niemożliwym jest ich poświadczenie za zgodność z oryginałem przez Odwołującego. W przypadku, gdyby Izba kwestionowała prawdziwość przedłożonych przez Zamawiającego dokumentów, Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia oryginałów przedmiotowych dokumentów lub ich kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem.

Pismem z dnia 8 września 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść SIWZ, korespondencję z Przystępującym oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także przedstawione dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Uzasadniając swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in., że doznał szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, które miały wpływ na wynik postępowania. Odwołujący złożył ofertę, która winna być sklasyfikowana na pierwszym miejscu, natomiast Zamawiający zawyżył punktację oferty MAGBUD, która obecnie jest na pierwszym miejscu. Odwołujący utracił możliwość pozyskania przedmiotowego zamówienia pomimo spełnienia wszystkich, postawionych w SIWZ warunków i zaoferowania warunków umożliwiających uzyskanie najwyższej punktacji. Oferta Odwołującego uzyskała 99,28 pkt, zaś Zamawiający wskutek naruszenia przepisów Pzp wybrał jako najkorzystniejszą ofertę oferenta - MAGBUD, który uzyskał 100 pkt. Nieuzasadnione oraz bezpodstawne uwzględnienie przez Zamawiającego, w wyniku oceny kryterium "Kierownika robót w branży elektrycznej", a tym samym przyznanie MAGBUD, w związku z uznaniem doświadczenia kierownika robót w branży elektrycznej - 10 pkt zgodnie z opisaniem w SIWZ (pkt. 18.2.) kryterium oceny ofert, skutkowało brakiem wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej. Odwołujący winien uzyskać maksymalną liczbę w kryteriach oceny ofert, a jego oferta winna być wybrana, jako najkorzystniejsza.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania Odwołujący mógłby liczyć na udzielenie zamówienia.

Wykonawca M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: MAGBUD M. P. (w treści również: „Przystępujący”), który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wypełnił wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i stał się uczestnikiem postępowania. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Stosownie do pkt 6 pkt 6.2.2.A. SIWZ ubiegający się o zamówienie musi spełniać warunek w postaci posiadania doświadczenia zawodowego rozumianego, jako należyte wykonanie dwóch podobnych robót w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) polegających na realizacji budowy budynków w technologii żelbetowej o wartości co najmniej 2 000 000,00 zł każda z nich.

W pkt 6.2.2.B SIWZ Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej odnoszący się do personelu wskazując, że o zamówienie może się ubiegać wykonawca, który dysponuje lub będzie dysponował osobami posiadającymi uprawnienia budowlane do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalnościach konstrukcyjno-budowlanych, instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, posiadającej co najmniej 3-letnie doświadczenie w uzyskanej specjalności na dzień składania ofert lub przedstawi pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający wskazał również na art. 12a ustawy Prawo budowlane i podał informacje dotyczące wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie.

W pkt 18.1. SIWZ Zamawiający wskazał, że będzie oceniał oferty według kryteriów: cena – 60%, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia- 30%, okres gwarancji i rękojmi – 10%.

Stosownie do pkt 18.2.2. SIWZ „Zamawiający przyzna Wykonawcom punkty w tym kryterium, jeżeli osoba wskazana do realizacji zamówienia (kierownicy robót w branżach: konstrukcyjno-budowlanej, sanitarnej, elektrycznej) wykażą się na dzień składania ofert doświadczeniem w posiadanej specjalności: 3-5 lat -0 pkt; 6-10 lat -5 pkt; powyżej 10 lat -10 pkt – każdy w swojej branży.”

Nadto w treści oferty, której wzór stanowił załącznik nr 1 do SIWZ, Zamawiający w pkt 3 lit c) zawarł wymóg złożenia oświadczenia, że osoby skierowane do realizacji zamówienia, o których mowa w pkt 6.2.2. B. SIWZ legitymują się następującym doświadczeniem zawodowym w uzyskanej specjalności: kierownik robót w branży elektrycznej (...).”

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 3 lipca 2020 r. do wyjaśnienia treści oferty w zakresie doświadczenia zawodowego kierownika robót elektrycznych Pana W. B., wykonawca MAGBUD w piśmie z dnia 10 lipca 2020 r. podał m.in., że ww. w okresie od 1 czerwca 2007 r. do 5 września 2008 r. oraz d 8 września 2008 r. do 12 września 2013 r. zdobywał doświadczenie będąc zatrudnionym na umowę o pracę jako inżynier budowy branży

elektrycznej, a od 1 października 2014 r. prowadzi działalność gospodarczą w zakresie usług elektrycznych prowadząc nadzór i kierownictwo nad robotami elektrycznymi. W dniu 31 grudnia 2010 r. ww. otrzymał decyzję o uprawnieniach budowlanych do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Do wyjaśnień zostały załączone dwa świadectwa pracy oraz zaświadczenie z CEIDG.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Ad. Zarzuty dotyczące nieprawidłowej punktacji w kryterium oceny ofert dotyczącym doświadczenia kierownika robót branży elektrycznej (pkt 1,2,4 i 5 odwołania).

Stosownie do art. 91 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z 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.

Na wstępie zauważenia wymaga, iż w zakresie omawianego zarzutu kluczowa jest treść SIWZ, która jest wiążąca zarówno dla Zamawiającego jak i wykonawców. Oznacza to, że po otwarciu ofert treść SIWZ nie może być zmieniana, a jej interpretacja nie może odbiegać od jej postanowień. W sytuacji, gdyby z uwagi na brak jednoznaczności postanowień SIWZ pojawiły się wątpliwości, co do sposobu jej rozumienia, zgodnie z ukształtowanym w tym zakresie orzecznictwem, nie mogłyby one być rozstrzygane na niekorzyść wykonawcy. To Zamawiający jest bowiem autorem SIWZ i to jego obciążają ewentualne negatywne konsekwencje niejednoznaczności SIWZ.

W ocenie Izby w omawianym zakresie SIWZ jest jasna i nie powinna budzić wątpliwości interpretacyjnych. Porównanie ww. postanowień pkt 6.2.2.B oraz pkt 18.2.2 SIWZ wskazuje na różnice pomiędzy opisem warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia osoby skierowanej do kierowania robotami branży elektrycznej, a opisem kryterium oceny ofert w odniesieniu do takiej osoby.

Dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawca był obowiązany wykazać, że dysponuje osobą posiadającą uprawnienia budowlane do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w m.in. w branży elektrycznej, posiadającą, co najmniej 3-letnie doświadczenie w uzyskanej

specjalności na dzień składania ofert. W tym zakresie Zamawiający odniósł się również do treści art. 12a ustawy Prawo budowlane, dotyczącego wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Z ww. pkt 6.2.2.B SIWZ wynika zatem, że warunek udziału w postępowaniu odnosi się do poziomu doświadczenia na stanowisku kierownika robót w danej branży i określa minimalny wymagany okres sprawowania funkcji kierownika robót.

Natomiast zgodnie z pkt 18.2.2 SIWZ ilość możliwych do uzyskania punktów w kryterium oceny ofert, uzależniona jest od ilości lat doświadczenia w posiadanej specjalności, przy czym, co istotne, w opisie kryterium nie ma wskazania, że okres doświadczenia będzie liczony od daty nabycia uprawnień. Nie ma także odesłania do art. 12 czy art. 12a ustawy Prawo budowlane. Z tych względów należy uznać, że punktacji podlegało doświadczenie w pracy w danej specjalności, także to, które poprzedzało nabycie uprawnień.

Z treści oferty Przystępującego wynika, że na kierownika robót elektrycznych został wskazany Pan W. B. posiadający ponad 10 - letnie doświadczenie. Ta sama osoba została wskazana w wykazie osób złożonym przez tego wykonawcę na wezwanie Zamawiającego, celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Tej osoby także dotyczą wyjaśnienia MAGBUD, z których wynika, że ww. posiada ponad 10 - letnie doświadczenie w swojej specjalności, a zatem zasadnie Zamawiający przyznał ofercie Przystępującego 10 pkt w tym kryterium oceny ofert.

Jak stwierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, jego intencją było premiowanie doświadczenia, jako nabywanego podczas wykonywania określonych czynności profesjonalnych w danej jednostce czasowej, co w ocenie Izby znalazło wyraz w treści SIWZ. W związku z tym Zamawiający zasadnie przyjął, że sprawowanie funkcji inżyniera budowy branży elektrycznej przez Pana W. B. jest czynnością profesjonalną, prowadzącą do nabywania doświadczenia w specjalności w branży elektrycznej. Z uwagi na powyższe Zamawiający zasadnie uznał, że ww. doświadczenie nabyte przez Pana W. B. winno być uwzględnione. Podobnie należy ocenić okres prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie wykonawstwa robót elektrycznych. Zamawiający nie wyłączył w SIWZ możliwości legitymowania się doświadczeniem zdobywanym w ramach samodzielnie prowadzonej działalności, nie ograniczył w tym zakresie wymogu jedynie do umów o pracę. Odwołujący nie uzasadnił, dlaczego, jego zdaniem prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie wykonawstwa robót elektrycznych nie jest wystarczające do zdobycia doświadczenia.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby w okresie wymaganym dla uzyskania 10 pkt w kryterium oceny ofert, ww. Pan W. B. nie wykonywał prac z zakresu branży elektrycznej i w związku z tym nie mógł zdobyć doświadczenia. Odwołujący, w sposób sprzeczny z SIWZ, warunek udziału w postępowaniu w części dotyczącej posiadania uprawnień umożliwiających

sprawowanie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie odnosi do kryterium oceny ofert, pomimo odmiennych postanowień SIWZ w tym zakresie.

Izba nie podziela także stanowiska Odwołującego, że Zamawiający wobec treści ww. wyjaśnień Przystępującego dotyczących doświadczenia zawodowego Pana W. B., dokonał nieprawidłowej wykładni treści oferty złożonej przez tego wykonawcę. W ocenie Izby, w przedstawionej w tym zakresie argumentacji, Odwołujący dał wyraz, iż błędnie utożsamia ocenę przedmiotową oferty z uwzględnieniem kryteriów oceny przyjętych w SIWZ z oceną podmiotową tj. badaniem spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Jak wynika z przytoczonego przez Odwołującego art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego oświadczenia woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostały złożone, zasady współzycia społecznego i ustalone zwyczaje. W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo ocenił złożone przez Przystępującego oświadczenie woli. Wbrew stanowisku Odwołującego nie ma rozbieżności pomiędzy wyjaśnieniami złożonymi przez Przystępującego, a treścią oferty tego wykonawcy. W wyjaśnieniach Przystępujący potwierdził bowiem to, co oświadczył w ofercie, tj. ponad 10 - letnie doświadczenie w danej specjalności ww. osoby skierowanej do realizacji zamówienia. Legitymowanie się uprawnieniami budowlanymi w danej specjalności przez co najmniej 3 lata było wymagane jedynie na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący w odwołaniu nie sformułował zarzutu, dotyczącego niespełnienia przez Przystępującego tego warunku udziału w postępowaniu i nie wnosił o nakazanie Zamawiającemu wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, a jedynie o zmianę punktacji oferty tego wykonawcy. W związku z tym oczekiwanie na przedłożenie zaświadczenia o nabyciu uprawnień jest bezzasadne.

Ponadto przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym: *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści*, stanowi podstawę do wyjaśnień treści oferty, a nie podstawę do wyjaśnień kwestii podmiotowych, w zakresie których znaczenie ma data nabycia uprawnień, związanych z potwierdzaniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Jak jednak wyżej zaznaczono, SIWZ przy opisie kryteriów oceny ofert, nie zawiera wskazania, że osoba sprawująca funkcję kierownika budowy specjalności elektrycznej musi się legitymować dziesięcioletnim okresem posiadania uprawnień do pełnienia funkcji kierownika budowy. W związku z tym, mając na uwadze literalne brzmienie SIWZ, należy uznać, że zarzuty odwołania w odniesieniu do oceny kryterium oceny ofert nie potwierdziły się. W ocenie Izby uwzględnienie w tym przypadku interpretacji zastosowanej przez Odwołującego

doprowadziłoby do naruszenia podstawowych zasad obowiązujących na gruncie zamówień publicznych, w tym zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie potwierdził się także zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji poprzez przyznanie ofercie Przystępującego maksymalnej ilości punktów w kryterium doświadczenie kierownika robót branży elektrycznej. W szczególności zauważenia wymaga, iż Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający w odmienny sposób potraktował wykonawców znajdujących się w identycznej sytuacji prawnej i faktycznej.

Ad. zarzut dotyczący „*zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień, co do treści załączników do oferty w zakresie przedłożonych referencji*” (pkt 3 odwołania).

Jak wyżej wskazano przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie służy do wyjaśniania okoliczności związanych z potwierdzeniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W związku z tym wbrew stanowisku Odwołującego przepis ten nie mógł zostać naruszony na skutek braku jego zastosowania przez Zamawiającego w odniesieniu do dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

W przypadku potwierdzenia, że podane przez Odwołującego okoliczności faktyczne wskazują na zaniechanie wystąpienia o wyjaśnienia, mógłby ewentualnie być brany pod uwagę przepis art. 26 ust. 3 lub ust. 4 ustawy Pzp. W ocenie Izby jednak takie okoliczności nie zostały przedstawione przez Odwołującego.

Zauważenia wymaga, że pismem z dnia 22 lipca 2020 r. Zamawiający wezwał wykonawcę MAGBUD do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia z postępowania. W odpowiedzi na to wezwanie w dniu 27 lipca 2020 r. Przystępujący złożył wymagane dokumenty, w tym wykaz robót budowlanych wraz z dwoma referencjami.

Wykaz złożony przez Przystępującego zawiera dwie roboty budowlane o wymaganej wartości i wymaganym okresie, z podaniem, że zostały wykonane w technologii żelbetowej, w tym kwestionowana przez Odwołującego robota dotycząca rozbudowy, przebudowy i nadbudowy salonu i serwisu samochodowego SUZUKI. Załączone referencje potwierdzają ich należyte wykonanie. Zamawiający nie miał zatem podstaw do powzięcia wątpliwości, co do oświadczenia wykonawcy złożonego w wykazie, który został złożony na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Zgodnie z ukształtowaną linią orzecniczą wykaz robót budowlanych służy potwierdzeniu przez wykonawcę spełniania warunku udziału w postępowaniu, natomiast referencje służą potwierdzeniu ich należytego wykonania. Dokumenty te są wystawiane przez podmiot trzeci, niezależnie od szczegółowych wymagań poszczególnych zamawiających. W związku z tym

nie oczekuje się, że muszą zawierać wszystkie informacje, o których jest mowa w SIWZ. Muszą one przede wszystkim zawierać treść, która pozwala na zidentyfikowanie zadania i jego powiązanie z wymienionym w wykazie, oraz na potwierdzenie należytego jego wykonania. Te wymogi w okolicznościach analizowanej sprawy zostały spełnione.

Nadto Odwołujący nie wykazał, że robota, co do której, zgłosił w odwołaniu wątpliwości, wskazując, że nie spełniała wymogu w zakresie wykonania jej w technologii żelbetowej, pomimo, iż to na nim zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie.

Na potwierdzenie zasadności tego zarzutu, Odwołujący do odwołania nie załączył żadnego dowodu, natomiast na rozprawie złożył jedynie wydruk w postaci niepodpisanego wyciągu z projektu budowlanego - opisu projektu budowlanego, w tym opisu technicznego do projektu konstrukcyjnego: *Rozbudowa, przebudowa, nadbudowa salonu i serwisu samochodowego „SUZUKI” wraz z rozbudową doziemnej instalacji kanalizacji deszczowej, lokalizacja hydrantu ppoż na istniejącym przyłączy wodociągowym, zmiana trasy przyłącza gazu, likwidacją odcinka kanalizacji deszczowej, odcinka przyłącza wodociągowego i zbiornika bezodpływowego oraz budową wewnętrznych instalacji prądu, gazu, kanalizacji sanitarnej, wody, c.o., sprężonego powietrza, wentylacji mechanicznej i instalacji hydrantowej.*

Powyższego wydruku w ocenie Izby nie można uznać za wiarygodny dowód potwierdzający zarzut odwołania. Po pierwsze, należy m.in. wskazać, iż został złożony jedynie sam ww. niepodpisany wydruk, przy czym brak podpisów dotyczy także strony tytułowej. Nie jest to dokument złożony np. w poświadczony za zgodność z oryginałem kserokopii projektu, który potwierdzałby, że stanowił podstawę do uzyskania pozwolenia na budowę, brak jest m.in. stosownych adnotacji urzędu. Po drugie, nie zostały złożone rysunki techniczne.

Niezależnie od ww. względów formalnych, nawet jeśli przyjąć, że zgodnie z takim projektem zostały wykonane roboty budowlane, to uwagi wymaga, iż ze złożonych kart wynika, że konstrukcja budynku obejmuje elementy żelbetowe. Odnośnie układu konstrukcyjnego obiektu jest wskazanie m.in.: *„fundamenty i ściany fundamentowe żelbetowe”*. Odnośnie ścian fundamentowej jest wskazanie: *„monolityczna żelbetowa zbrojona (...)*, zaś odnośnie stropu międzykondygnacyjnego: *„monolityczny żelbetowy”*. Opis stanu projektowanego zawarty w opisie do projektu konstrukcyjnego zawiera min.: *„Projektuje się likwidację stropodachu oraz ścian na parterowej części serwisu, wykonanie nowych ścian w innej lokalizacji (z układem rdzeni oraz żeber) - konstrukcja żelbetowa (...). W części salonu projektuje się żelbetową antresolę-niepowiązaną konstrukcyjnie z pozostałą pierwotną konstrukcją.”*

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i pkt 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. z 2018 r. poz. 972), zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 561 zł 94 gr stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, której dowód uiszczenia został złożony i dojazdu pełnomocnika strony na posiedzenie i rozprawę samochodem osobowym, co potwierdza przedstawione przez pełnomocnika strony przed zamknięciem rozprawy wyliczenie kosztów z tym związanych. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kwoty 3 600 zł 00 gr tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony, ponieważ nie został złożony przez niego rachunek na tę kwotę, potwierdzający poniesienie tego kosztu, który jest wymagany stosownie do § 3 ww. rozporządzenia.

Przewodniczący: