

WYROK
z dnia 14 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2020 r. przez Odwołującego – wykonawcę PRE-FABRYKAT sp. z o.o. z siedzibą w Miłkowie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Świdnickie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Świdnicy sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy, przy udziale:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Jacewie, ALSTAL Development sp. z o.o. z siedzibą w Jacewie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego;
2. wykonawcy MTM Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.685,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset osiemdziesiąt pięć złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i zwrotu uiszczonych opłat od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia

jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Świdnicy.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Świdnickie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Świdnicy sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy (dalej „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Przebudowa i rozbudowa założenia basenowego przy ul. Śląskiej w Świdnicy”, zwane dalej „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 11 października 2019 r., pod nr 2019/S 197-477378.

21 stycznia 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o dokonaniu ponownej oceny ofert.

30 stycznia 2020 r. wykonawca PRE-FABRYKAT sp. z o.o. z siedzibą w Miłkowie (dalej „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „Izba” lub „KIO”) odwołanie od czynności polegających na wadliwym stosowaniu procedury odwróconej i dokonaniu powtórnego wadliwego i niezgodnego z przyjętymi w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu kryteriami oceny ofert, przeliczenia punktów dla Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie powtórnego wadliwego w zakresie wynikającym z zarzutów z pkt 3 i 4 przyznania punktów dla Odwołującego, tj. zaniżenie o 5 liczby punktów przyznanych dla Odwołującego w kryterium doświadczenie kierownika budowy;
2. art. 24aa ust. 1 Pzp oraz pkt VIII.11 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) przez nieuprawnione powtórne ustalenie rankingu ofert;
3. art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp w zw. z pkt XVIII SIWZ przez zmianę znaczenia i przyznanie za drugim razem punktacji niezgodnie z zasadami przyjętym w SIWZ;
4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia Postępowania, który utrudnia uczciwą konkurencję przez manipulowanie oceną ofert czemu służy m. in. niedostępnienie protokołu Postępowania w części opisującej sposób przydziału punktów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności powtórnej oceny oferty Odwołującego w kryterium doświadczenie Kierownika budowy, w której to Zamawiający dokonał obniżenia oceny oferty Odwołującego o 5 pkt.

Odwołujący podał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem przetargu, gdyż złożył ofertę z najkorzystniejszą wg przyjętych w SIWZ kryteriów, co potwierdza pismo zamawiającego z dnia 18.12.2019 r.

Odwołujący przytoczył okoliczności stanu faktycznego podając, że zgodnie z pkt II.5 SIWZ Postępowanie jest prowadzone w procedurze odwróconej. Za ofertę najkorzystniejszą miała zostać uznana oferta zawierająca najkorzystniejszy bilans punktów w kryteriach:

1. Cena ofertowa brutto – 60 %;
2. Doświadczenie projektanta w specjalności architektonicznej opisane w rozdz. VI. pkt 1.2.2 lit. a) 1. – 15 %;
3. Doświadczenie kierownika budowy opisane w rozdz. VI. Pkt. 1.2.2 lit. a) 3. – 15 %;
4. Okres gwarancji – 10 %.

Odnosnie doświadczenia kierownika budowy Zamawiający przewidział w SIWZ następujący sposób przydzielania punktów:

1. Doświadczenie kierownika budowy opisane w rozdz. VI pkt 1.2.2 lit. a) 3 – 0 pkt;
2. Doświadczenie kierownika budowy – kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, który posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, minimum 5 lat doświadczenia w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, wykształcenie wyższe oraz co najmniej jeden raz pełnił funkcję kierownika budowy przy inwestycji obejmującej wykonanie niecek basenowych ze stali nierdzewnej – 5 pkt;
3. Doświadczenie kierownika budowy – kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, który posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, minimum 5 lat doświadczenia w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, wykształcenie wyższe oraz co najmniej dwa razy pełnił funkcję kierownika budowy przy inwestycji obejmującej wykonanie niecek basenowych ze stali nierdzewnej – 10 pkt;
4. Doświadczenie kierownika budowy – kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, który posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej,

minimum 5 lat doświadczenia w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, wykształcenie wyższe oraz co najmniej trzy razy pełnił funkcję kierownika budowy przy inwestycji obejmującej wykonanie niecek basenowych ze stali nierdzewnej – 15 pkt.

W tabeli określającej sposób przydzielania punktów zawarta była uwaga, że aby uzyskać punkty w przedmiotowym kryterium wykonawca musi wykazać się inwestycją przy której wskazany kierownik budowy pełnił funkcję kierownika budowy, inną niż ta przedstawiona na potwierdzenie spełniania warunku dot. zdolności zawodowej w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (rozd. VI pkt 1.2.2 lit. a) 3 SIWZ).

Doświadczenie kierownika budowy należało wpisać do zał. nr 1, tj. formularza oferty w pkt b. Zawarty w SIWZ wzór formularza posiadał jednak tylko pkt a, skutkiem czego właśnie tam Odwołujący te dane wpisał. Odwołujący formularz wypełnił wpisując następujące realizacje potwierdzające doświadczenie kierownika budowy :

1. Przebudowa basenów otwartych ROSIR Rzeszów – niecki basenowe ze stali nierdzewnej, łączna powierzchnia lustra wody ponad 1000 m²;
2. Budowa krytej pływalni w Sokołowie Małopolskim – niecka basenowa ze stali nierdzewnej;
3. Budowa Centrum Sportów Wodnych Chełm – niecka basenowa ze stali nierdzewnej;
4. Budowa krytej pływalni przy szkole podstawowej nr 2 w Hrubieszowie – niecka basenowa ze stali nierdzewnej.

Realizacja z poz. 1 odpowiadała wymogowi z rozdz. VI pkt 1.2.2 lit. a) 3 SIWZ, co oznacza, że nie podlegała punktowaniu, co wydaje się być logiczne z tej przyczyny, że doświadczenie w realizacji tego rodzaju obiektu stanowiło warunek udziału w Postępowaniu.

Pismem z dnia 18.12.2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że jego oferta została oceniona najwyżej i wezwał do złożenia dokumentów.

Dokumenty zostały złożone w dniu 20.12.2019 r. Odwołujący zakładał zatem, że na etapie oceny ofert w trybie art. 24aa Pzp otrzymał:

1. w kryterium cena – 60 punktów;
2. w kryterium doświadczenie projektanta w specjalności architektonicznej – 15 punktów;
3. w kryterium doświadczenie kierownika budowy – 15 punktów;
4. w kryterium o kres gwarancji – 10 punktów;

co powodowało, że jego oferta była najkorzystniejsza.

Odwołujący opiera się na wyżej opisanym założeniu z tego powodu, że pomimo złożenia wniosku w oparciu o przepis art. 96 ust. 3 Pzp oraz § 4 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, do dnia wniesienia odwołania, nie otrzymał protokołu o zamówienie publiczne (bez załączników). Protokół powinien odzwierciedlać czynność przyznania punktów.

W dniu 10.01.2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów i wyjaśnień. W wezwaniu zaznaczył, że Odwołujący został najwyżej oceniony w kryterium doświadczenie kierownika budowy. Z pisma wynikało, że punkty zostały przyznane w kryterium doświadczenia za pierwsze trzy realizacje – 15 punktów. Należało wyjaśnić czy pierwsza z wymienionych w formularzu oferty realizacji jest na potwierdzenie warunku udziału w Postępowaniu z rozdz. VI pkt 1.2.2 lit. a) 3 SIWZ a o ile nie, to przedstawić inną. Zamawiający zapowiedział przy tym, że ostatnia z realizacji mających służyć przyznaniu punktów w kryterium doświadczenie kierownika budowy, nie będzie brana pod uwagę, gdyż realizacja zadania jest w początkowej fazie, przez co inwestycja nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że stwierdzenie to jawi się być nieuprawnionym, gdyż przy odwróconej ocenie punkty już zostały przyznane, skutkiem czego było wystąpienie o dostarczenie dokumentów.

Odwołujący złożył żądane dokumenty oraz wyjaśnił, że cyt.:

„SIWZ obligowała go do wypełnienia jedynie sekcji alfa w JEDZ, co powodowało stan w którym nie wymagano, aby w JEDZ wskazywać realizację na potwierdzenie wymaganego od kierownika budowy doświadczenia. Załącznik Nr 1 do SIWZ „Wykaz osób” w kolumnie 4 nie zawierał szczegółowego określenia, które realizacje wskazywanej osoby służą potwierdzeniu spełniania warunku udziału w Postępowaniu a które przyznaniu punktów. Odwołujący dokument ten złożył wraz z ofertą, później zaś złożył na wezwanie wykaz osób stanowiący zał. nr 4.

Odwołujący w wykazie pokazał łącznie cztery realizacje wskazując przy tym cechy każdej z nich :

1. Przebudowa basenów otwartych ROSIR Rzeszów – niecki basenowe ze stali nierdzewnej, łączna powierzchnia lustra wody ponad 1000 m²;
2. Budowa krytej pływalni w Sokołowie Małopolskim – niecka basenowa ze stali nierdzewnej;
3. Budowa Centrum Sportów Wodnych Chełm – niecka basenowa ze stali nierdzewnej;

4. Budowa krytej pływalni przy szkole podstawowej nr 2 w Hrubieszowie – niecka basenowa ze stali nierdzewnej;

po to, aby Zamawiający miał możliwość stosownego przyporządkowania.

Wykonawca wyjaśnił, że realizacja z pkt 1 powyżej służy wykazaniu spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, zaś z pkt 2, 3, 4 zostały wykazane w celu przyznania punktów w kryterium doświadczenie kierownika budowy”.

Odwołujący wyjaśnił, że dla potrzeby przyznania punktów w kryterium doświadczenie kierownika budowy przedstawił łącznie 3 realizacje wymienione powyżej. Zgodnie z SIWZ miał pełne prawo pokazania w tym zakresie również realizacji, które są w toku. Stanowisko to zostało poparte uzasadnieniem faktycznym i prawnym.

Pismem z dnia 21.01.2020 r. Zamawiający poinformował, że nie przyjął wyjaśnień Odwołującego z dnia 16.01.2020 r. w części z pkt 2b i skutkiem tego pierwszą z inwestycji przyporządkował do wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, a kolejne – do doświadczenia kierownika budowy, przy czym za ostatnią nie przyznał Odwołującemu punktów. Spowodowało to obniżenie oferty Odwołującego o 5 punktów.

Uzasadniając postawione zarzuty Odwołujący wskazał, co następuje.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i art. 24aa ust. 1 Pzp oraz pkt VIII.11 SIWZ

SIWZ określała w sposób ścisły za co będą przyznawane punkty w kryterium doświadczenie kierownika budowy. Dla Odwołującego logicznym było, że pierwsza z przedstawionych realizacji jest na potwierdzenie warunku udziału w Postępowaniu z Rozdz. VI pkt 1.2.2 lit. a) 3 SIWZ, który stanowił, że wykonawca winien dysponować kierownikiem budowy – kierownikiem robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, który posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, minimum 5 lat doświadczenia w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, wykształcenie wyższe oraz co najmniej 1 raz pełnił funkcję kierownika budowy przy inwestycji obejmującej wykonanie niecek basenowych ze stali nierdzewnej o łącznej powierzchni lustra wody nie mniejszej niż 1000 m².

W omawianym kryterium doświadczenia kierownika budowy maksymalnie można było dostać 15 punktów. Skoro Odwołujący w formularzu oferty, oprócz doświadczenia kierownika budowy na zadaniu Przebudowa basenów otwartych ROSIR Rzeszów – niecki basenowe ze stali nierdzewnej, łączna powierzchnia lustra wody ponad 1000 m², przedstawił jeszcze trzy inne realizacje, to liczba pierwotnie przyznanych punktów nie mogła ulec zmianie, gdyż była maksymalna.

Zamawiający stwierdził, że nie przyznał punktów za doświadczenie z budowy krytej pływalni przy szkole podstawowej nr 2 w Hrubieszowie, gdyż jest to inwestycja w początkowej fazie.

W ocenie Odwołującego, jest to czynność naruszająca przepis art. 91 ust. 1 i art. 24aa ust. 1 Pzp oraz pkt VIII.11 SIWZ .

Punkty miały być przyznawane za następujące doświadczenie :

Doświadczenie kierownika budowy – kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, który posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, minimum 5 lat doświadczenia w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, wykształcenie wyższe oraz **co najmniej jeden raz pełnił funkcję kierownika budowy** (podkreślenie Odwołującego) przy inwestycji obejmującej wykonanie niecek basenowych ze stali nierdzewnej.

Biorąc pod uwagę treść oświadczenia Zamawiającego z dnia 21.01.2020 r., Odwołujący zakłada, że doszło w tym przypadku do nieuprawnionej zmiany kryterium w części oznaczonej powyżej. Otóż Zamawiający uznał, że punktowane będą tylko te inwestycje, które zostały ukończone, choć postanowienie SIWZ jest odmienne. Wiąże ono tak Zamawiającego jak i Wykonawców w swojej literalnej treści. W opisie doświadczenia wymagano, aby kierownik budowy posiadał:

1. uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej;
2. minimum 5 lat doświadczenia w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie;
3. wykształcenie wyższe;
4. co najmniej jeden raz pełnił funkcję kierownika budowy przy inwestycji obejmującej wykonanie niecek basenowych ze stali nierdzewnej.

Pełnienie funkcji kierownika budowy limitowane przepisami ustawy Prawo budowlane jest uzależnione co do zasady od czynności podejmowanych przez inwestora, gdyż to on ustanawia kierownika budowy (art. 42 ust. 2 Ustawy). Kierownik budowy może być zmieniany (art. 44 pkt 1 Ustawy).

Powołane regulacje prawne dopuszczają zatem stan w którym na jednej inwestycji może dojść do zmiany kierownika budowy.

Oznacza to, że sformułowanie „co najmniej jeden raz pełnił funkcję...” należy odnosić do wszystkich tych sytuacji, gdy dana osoba została ujawniona jako kierownik budowy w dzienniku budowy.

Wymóg odnosił się do kierownika i pełnionej przez niego funkcji, gdyż właśnie za doświadczenie kierownika przyznawane były punkty. Nie odnosił się zaś do inwestycji. Ustawa nie zawiera legalnej definicji „inwestycji”. Powszechnie przyjmuje się, że to określenie odnosi się do procesu budowlanego. Natomiast w zakresie użytego określenia „inwestycji” w SIWZ nie precyzowano, czy ma to być inwestycja zakończona, czy też realizowana (będąca w toku). Użycie słowa „inwestycja”, w ocenie Odwoływającego, w pełni uprawniało go do pokazania doświadczenia kierownika budowy również w zakresie inwestycji w toku.

Zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp w zw. z pkt XVIII SIWZ

Stan faktyczny wyżej opisany pokazuje, że Zamawiający w kryterium doświadczenie kierownika budowy przyznał Odwoływającemu 15 punktów, po czym tę punktację zmienił – odjął 5 punktów.

Patrząc na sekwencję działań Zamawiającego widać, że dla potrzeb przyznania punktów nadał on inne znaczenie zapisom SIWZ, czemu dał wyraz w swoich oświadczeniach.

W piśmie z dn. 10.01.2020 r. zapowiadającym możliwość ponownego dokonania oceny punktowej oferty w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy”, Zamawiający pisze, że zadanie budowa krytej pływalni przy Szkole Podstawowej Nr 2 w Hrubieszowie, nie może być brane pod uwagę, gdyż dla potrzeb oceny ofert i przyznania punktów musi być zakończone.

Okoliczność, że Zamawiający dokonał ponownej oceny punktowej oferty skutkiem czego odjął Odwoływającemu 5 punktów z pierwotnej oceny, stanowi potwierdzenie zmiany kryterium w trakcie przetargu.

Zamawiający zamienił bowiem inwestycję na zadanie i postawił dodatkowy wymóg, aby było ono zakończone.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp

Nie może być tak, że na etapie oceny ofert zapisom SIWZ będzie nadawane inne znaczenie aniżeli to, które wynika z SIWZ. W tym przypadku wezwanie do złożenia dokumentów stanowiło zapowiedź takiego działania, gdyż zamienia się „inwestycję” na „zadanie” i stawia się dodatkowy wymóg, aby zadanie to było zakończone. W ślad za tym ma iść ponowna ocena oferty.

Zamawiający zapowiedź zrealizował, gdyż odejmując Odwoływającemu 5 punktów w kryterium doświadczenie kierownika budowy pominął ostatnią ze wskazanych na potwierdzenie doświadczenia realizacji, tylko dlatego, że była w toku.

Taka dowolność jest niedopuszczalna ; stanowi dowód manipulacji przy ocenie ofert. Taka manipulacja pozwala na dowolność w przyznawaniu punktów i w konsekwencji manipulowaniem wynikiem przetargu. Narusza to w sposób oczywisty zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Odwołujący obecnie nie wie na jakiej pozycji się plasuje względem innych wykonawców i skutkiem tego nie ma możliwości racjonalnego podejmowania decyzji co do nin. przetargu.

Nie ma też wiedzy na temat metodologii przyznawania punktów, gdyż nie udostępniono mu protokołu Postępowania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o:

1. odrzucenie odwołania, podając że Odwołujący interesu prawnego, ponieważ uwzględnienie odwołania nie spowoduje uzyskania przez Odwołującego przedmiotowego zamówienia;
2. oddalenie odwołania, przytaczając następującą argumentację.

Zamawiający przyznał, że 10 stycznia 2020 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie spełniania warunków udziału w Postępowaniu, w odpowiedzi na które należało wyjaśnić czy pierwsza z wymienionych w Formularzu oferty realizacji jest na potwierdzenie warunku z Rozdziału VI pkt 1.22 lit. a) pkt 3, ponieważ Odwołujący w ramach wskazania inwestycji spełniającej warunek wpisał w treść wykazu dokładnie te same informacje, które umieścił w ofercie. Ponadto, Zamawiający wskazał w wezwaniu, że ostatnia z realizacji mających służyć przyznaniu punktów w kryterium doświadczenie kierownika budowy nie będzie brana pod uwagę, gdyż realizacja zadania jest w początkowej fazie, przez co inwestycja nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego.

Zdaniem Zamawiającego powyższe zachowanie jest nie tylko jego uprawnieniem, ale i obowiązkiem podyktowanym koniecznością wszechstronnego zbadania nie tylko warunków udziału w Postępowaniu, ale i kryteriów oceny ofert. W konsekwencji Zamawiający stwierdził, że ma prawo skorzystać z uprawnień do unieważnienia swoich czynności w odniesieniu do każdej czynności, gdyż pozostaje to w zgodzie z celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie można twierdzić, że zastosowanie procedury odwróconej to uprawnienie Zamawiającemu zabiera, tym bardziej, że nie istnieje żaden przepis Pzp, który tak by stanowił i czego również nie udowodnił Odwołujący.

Zamawiający podkreślił następnie, że stwierdzenie Odwołującego, jakoby wezwanie o wyjaśnienie dotyczące inwestycji realizowanej w Hrubieszowie było nieuprawnione, jako że przy odwróconej ocenie, punkty już zostały przyznane, skutkiem czego było wystąpienie o dostarczenie dokumentów jest – w kontekście przytoczonego powyżej stanowiska

Zamawiającego odnośnie tej inwestycji – nieuzasadnione i pozbawione jakiejkolwiek podstawy prawnej. Dlatego też Zamawiający, pismem z dnia 21.01.2020 r., poinformował Odwołującego o dokonaniu „powtórnego” przyznania punktów dla jego oferty w wyniku zaistnienia nowych faktów, które spowodowały, że oferta Odwołującego nie była już najwyższej oceniona i nie można tu przyjąć, że działanie Zamawiającego było niezgodne z prawem. Oznaczałoby to, że cokolwiek wydarzyłoby się po ustaleniu rankingu ofert, Zamawiający winien to pominąć i procedować dalej.

Przechodząc do *meritum* sporu, Zamawiający wyjaśnił, że ustalając kryterium oceny ofert jako „doświadczenie kierownika budowy” oceniał zdobyte doświadczenie kluczowego specjalisty, a nie stan zaawansowania inwestycji, zadania, czy też roboty budowlanej. Podkreślił, że jednoznacznie opisał jaki rodzaj doświadczenia będzie premiował, aby potwierdzić wymagane postanowieniami SIWZ doświadczenie. Kierownik budowy musiał wykazać się doświadczeniem zdobytym przy faktycznym nadzorowaniu prac nad inwestycjami, obejmującymi wykonanie niecek basenowych ze stali nierdzewnej. Jest całkowicie wbrew logice i zasadom zdobywania doświadczenia próba przekonania Zamawiającego, że osoba powołana do pełnienia funkcji kierownika budowy, posiada żądane postanowieniami SIWZ doświadczenie w sytuacji, w której czynności stanowiące sedno tego doświadczenia nie zostały *de facto* nawet rozpoczęte.

Ustanowienie danej osoby kierownikiem budowy na inwestycji, w której w ramach robot budowlanych, na pewnym ich etapie, w przyszłości będą wykonywane niecki basenowe ze stali nierdzewnej, nie czyni jej absolutnie z mocy powołania na stanowisko, osobą posiadającą doświadczenie w takim przedmiocie. Zamawiający wskazał, że doświadczenie to wiedza i umiejętności w określonym zakresie, już zdobyte a nie takie, które mamy możliwość lub będziemy mieli możliwość zdobyć w przyszłości.

Zamawiający przytoczył następnie brzmienie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie kierownika robót i brzmienie spornego kryterium wyjaśniając, że miały one ze sobą ścisły związek. W celu otrzymania punktów w kryterium oceny ofert Odwołujący, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Alstal Grupa Budowlana sp. z o.o., Alstal Development sp. z o.o. (dalej „Konsorcjum A”) oraz wykonawca Strabag sp. z o.o. wykazały się kierownikiem budowy w osobie R. K. (dalej „R.K.”), wskazując na doświadczenie zdobyte przez niego przy realizacji inwestycji pn.: „Budowa krytej pływalni przy Szkole Podstawowej Nr 2 w Hrubieszowie”, która to nie została jeszcze zakończona.

Niezrozumiałym jest stanowisko Odwołującego, że mógł on dla potrzeby przyznania punktów w kryterium doświadczenia kierownika budowy przedstawić łącznie 3 (ostatnie) realizacje, w tym Hrubieszów i że wg. SIWZ miał pełne prawo pokazania w tym zakresie

również realizacji które są w toku. Jest to wyłącznie jego własna interpretacja SIWZ dla potrzeb uzyskania punktów kryterialnych, co stanowiło oczywistą próbę zmanipulowania Zamawiającego.

Po pierwsze, żadne postanowienie SIWZ nie mówiło o tym, że inwestycja mogła być w toku, gdyż oczywiście nie o taką inwestycję chodziło. Dodatkowo nie ma tu znaczenia również, że SIWZ wprost nie używała słów „inwestycja zakończona”, gdyż jak wynika z utrwalonego orzecznictwa KIO nie można przyznawać punktów za nieukończone inwestycje (np. wyrok KIO 1911/16). R.K. nie może zatem posiadać doświadczenia na obiekcie w Hrubieszowie dotyczącego budowy basenu ze stali nierdzewnej, gdyż ten zakres prac nie został jeszcze w ogóle rozpoczęty. Takie doświadczenie może on pozyskać dopiero po zakończonej realizacji, tj. w czerwcu 2022 r.

Po drugie, można tu również poddać pod dyskusję definicję „inwestycji w toku”, do których na pewno nie należy rozpoczęcie inwestycji, ale – jak wskazano już powyżej – jest to bezprzedmiotowe gdyż nie o niej mówiła SIWZ. Co istotne, gdyby Zamawiający punktował inwestycje w toku, a nie tak jak czynią wszyscy zamawiający, za inwestycje wykonane, to powinien takie postanowienie zamieścić w SIWZ. Ponadto, Odwołujący jest profesjonalistą od lat działającym na rynku, a skoro broni swoich twierdzeń, to dlaczego nie podał żadnego dowodu, że jakkolwiek inny zamawiający przyznaje punkty kryterialne za inwestycje niezakończone (w toku).

W przedmiotowej sprawie decydujące jest to, że w przypadku Hrubieszowa mamy do czynienia z inwestycją dopiero na pełnym starcie realizacyjnym, a więc nie podlegającą ocenie w kryterium doświadczenia kierownika budowy. Dowodem powyższego jest zawarcie umowy dla tej inwestycji w dniu 22.10.2019 r., w której określono termin zakończenia na czerwiec 2022 r. W związku z powyższym oczywistym jest, że R.K. dopiero został wpisany do dziennika budowy, a więc *de facto* jeszcze nie pełni funkcji kierownika budowy na obiekcie polegającym na budowie krytej pływalni w Hrubieszowie, gdyż takiego obiektu jeszcze nie ma.

Po trzecie, Zamawiający zwrócił uwagę na wyraźne brzmienie spornego kryterium, które mówią o pełnieniu funkcji kierownika budowy w czasie przeszłym i z oczywistym uwzględnieniem określonego, wykonanego zakresu tych czynności wskazanych poniżej, a nie o samym wpisie do dziennika budowy lub nawet rozpoczęciu wykonywania jakichś czynności związanych z pełnieniem funkcji kierownika budowy. Dodatkowo, sporne postanowienia SIWZ stanowią zwykłe, standardowe wymagania innych zamawiających.

Po czwarte, Zamawiający wskazał na dodatkową okoliczność, a to brak świadomości R.K. posłużenia się jego doświadczeniem przez Odwołującego. Jeden z wykonawców

ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia – Transcom sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej „Wykonawca T”) w dniu 31 stycznia 2020 r. ponownie przeprowadził rozmowę telefoniczną z R.K. (rozmowę wykazaną w piśmie Wykonawcy T z dnia 22.01.2020 r.), który oświadczył, że nie są mu znane dokładnie firmy, które posłużyły się jego doświadczeniem. Podkreślił również, że nie podpisywał również żadnego oświadczenia dla żadnej z firm, w których ofertach zostało wykorzystane jego imię i nazwisko oraz doświadczenie, a także że nie były mu znane postanowienia SIWZ. Podkreślił również stanowczo, że nie można było mówić, jakoby miał doświadczenie przy budowie basenu w Hrubieszowie, gdyż budowa dopiero się tam rozpoczyna i, co oczywiste, nie posiada na niej jeszcze doświadczenia.

Po piąte, oparcie się przez Odwołującego na interpretacji słowa „inwestycja” zamiast na właściwym zinterpretowaniu słów pełnienie funkcji kierownika budowy na zakończonej inwestycji polegającej na wykonaniu niecek basenowych wskazuje bezspornie na kolejną próbę zmanipulowania Zamawiającego w zakresie oceny punktowej ofert. Przyjęcie przez Odwołującego, że zarówno wykładnia postanowień SIWZ, jak i jej modyfikacji winna być dokonywana wyłącznie z zastosowaniem wykładni językowej nie zasługuje na uwzględnienie. W przedmiotowej sprawie pierwszeństwo przed wykładnią językową (literalną) należy przypisać wykładni celowościowej, tj. przyjęciu, że celem oceny kryterium doświadczenia kierownika budowy było zagwarantowanie wykonania zamówienia przez faktycznie doświadczonych kierowników budowy. Wykładnia celowościowa jest niezwykle istotna przy prowadzeniu argumentacji dotyczącej znaczenia danej treści i ustalaniu „czemu ma on *de facto* służyć”.

Zamawiający zaprzeczył również zarzutowi, jakoby nie udostępnił Odwołującemu protokołu Postępowania. W tym zakresie wskazał, że Odwołujący złożył stosowny wniosek 24 stycznia 2020 r. (piątek, godziny popołudniowe), a zatem zaledwie na 6 dni przed złożeniem odwołania.

Zamawiający wypełnił ciążący na nim obowiązek niezwłocznie, tj. tak jak było to najszybciej możliwe w toku pracy komisji przetargowej – Odwołujący otrzymał żądany dokument w dniu 30 stycznia 2020 r. przed południem.

Zamawiający dodał, że na chwilę obecną protokół nie odzwierciedla czynności przyznania punktów, dopiero w wierszu 18 pkt 2 pn. „Wybór oferty najkorzystniejszej” następuje wskazanie punktacji ofert na podstawie której nastąpił wybór, a protokół został wypełniony na dzień 29 stycznia 2020 r. do pozycji 16-17.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. pisma Wykonawcy T do Zamawiającego z 28 listopada 2019 r. – dowód Z1;

2. pisma Wykonawcy T do Zamawiającego z 22 stycznia 2020 r. – dowód Z2;
3. korespondencji poczty elektronicznej od Sekretarza Miasta Hrubieszowa z 9 grudnia 2019 r., stanowiącej odpowiedź na wniosek o udostępnienie informacji publicznej dotyczący inwestycji pn.: „Budowa krytej pływalni przy Szkole Podstawowej Nr 2 w Hrubieszowie” – dowód Z3;
4. pisma Wykonawcy T do Zamawiającego z 3 lutego 2020 r. – dowód Z4;
5. SIWZ w postępowaniu na realizację inwestycji jw. z załącznikami – dowody Z5;
6. Zdjęć przedstawiających teren budowy ww. inwestycji (wg. Stanu na dzień 28 listopada 2019 r.) – dowody Z6;
7. pisma Zamawiającego do Burmistrza Miasta Hrubieszowa z 4 grudnia 2019 r. wraz z odpowiedzią z 6 grudnia 2019 r. – dowody Z7.

Do postępowania odwoławczego przystąpienia zgłosili:

1. Konsorcjum A – po stronie Odwołującego;
2. Wykonawca MTM Budownictwo sp. z o.o. (dalej „Wykonawca M”) – po stronie Zamawiającego.

Izba, wobec spełniania przez zgłoszone przystąpienia przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu ww. wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym, zgodnie z oświadczeniami zawartymi w zgłoszonych przystąpieniach.

Wykonawca M w piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu wniósł o oddalenie odwołania w powołaniu na niżej wskazaną argumentację.

Wykonawca M zaznaczył, że Postępowanie prowadzone było w oparciu o art. 24aa Pzp i polegało ono na ocenie złożonych ofert pod kątem kryteriów ich oceny wskazanych w SIWZ. Po przypisaniu punktów zamawiający sporządza ranking ofert i wzywa oferenta, który złożył najkorzystniejszą ofertę do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu a wskazanych treścią SIWZ.

W rankingu ofert Zamawiający wskazał, że najkorzystniejszą ofertę złożył Odwołujący i wezwał go do złożenia wymaganych treścią SIWZ dokumentów. W trakcie analizy dokumentów Zamawiający zawiążył Odwołującemu punktację w ramach kryterium oceny ofert pkt 2.3 Rozdziału XVIII SIWZ.

Wykonawca M zaznaczył, że zasadnicza różnica między kryteriami a warunkami udziału w postępowaniu jest taka, że warunki dotyczą właściwości wykonawcy, a kryteria oceny ofert przedmiotu zamówienia. Zadaniem stawianego warunku udziału w postępowaniu jest zatem uprawdopodobnienie poprawnej realizacji danego zamówienia, czemu mają służyć wcześniejsze doświadczenia wykonawcy.

Zdaniem Wykonawcy M Zamawiający określając kryteria doświadczenia kadry kierowniczej miał na względzie przede wszystkim jakość i terminowość wykonania zamówienia. Dodał, że kryteria osobowe wskazane w SIWZ są w pełni adekwatne spójne i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz zgodne z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający przez kryteria oceny ofert może zweryfikować stopień przygotowania wykonawcy do realizacji elementów danego zamówienia (zarządzanie procesem inwestycyjnym). Nabycie doświadczenia w ramach pełnienia funkcji kierownika budowy przy inwestycji oznacza wykonywanie przez niego wszystkich zadań wskazanych w prawie budowlanym (przyjęcie placu budowy, prowadzenie dziennika budowy, współpraca z Inspektorem nadzoru, badanie czy roboty prowadzone są zgodnie z projektem, wnioskowanie o wykonaniu robót dodatkowych, czuwanie nad przestrzeganiem zasad BHP na budowie, zgłoszenie budowy do odbioru i udział w odbiorze).

Tak więc inwestycja w początkowej fazie nie może potwierdzać doświadczenia kierownika budowy, a jej zaliczenie w poczet ocennych kryteriów naruszałoby zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W treści SIWZ Zamawiający poinformował potencjalnych wykonawców, że punktowane będą tylko te inwestycje, które zostały ukończone.

Na rozprawie strony i uczestnicy postępowania odwoławczego podtrzymali dotychczasowe stanowiska pisemne w sprawie.

Konsorcjum A wniosło o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści wyciągu z opisów kryterium doświadczenia stosowanych przez innych Zamawiających (m.in. GDDKiA, Miasto Poznań, czy Politechnika Gdańska) – dowód PKA1, natomiast Zamawiający – z treści pisma Wykonawcy T do Zamawiającego z 11 lutego br. – dowód Z8.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania. Tym samym skład orzekający nie podzielił zapatrywań Zamawiającego, który braku interesu Odwołującego upatrywał w okoliczności, że uwzględnienie odwołania nie spowoduje uzyskania przezeń przedmiotowego zamówienia. Wystarczające w tym zakresie jest stwierdzenie, że rozstrzygnięcie tej sprawy na korzyść Odwołującego mogłoby przybliżyć go do uzyskania zamówienia, zwłaszcza zważywszy na fakt prowadzenia Postępowania przy zastosowaniu procedury odwróconej, w której możliwe

jest dalsze kwestionowanie udziału konkurencji w Postępowaniu na etapie badania sytuacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ z załącznikami, oferty Odwołującego, wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, wykazu robót i osób przedstawionych w odpowiedzi na to wezwanie, wezwania Odwołującego do wyjaśnienia i uzupełnienia wykazu osób wraz z odpowiedzią Odwołującego, dokumentów załączonych do odpowiedzi na odwołanie i przedstawionych na rozprawie.

Skład orzekający uznał, że nie ma potrzeby ponownego omawiania ustalonego stanu faktycznego, jako że został on przedstawiony w pisemnych stanowiskach w sposób adekwatny do wniosków płynących z dokumentacji Postępowania.

Analizując zarzuty odwołania Izba doszła do przekonania, że nie zasługują one na uwzględnienie.

Jakkolwiek *clou* sprawy stanowiła interpretacja treści spornego kryterium, niemniej jednak rozpocząć należy od stwierdzenia, że wbrew zapatrywaniom Odwołującego, zamawiający jest uprawniony do samodzielnego korygowania błędów popełnionych w toku procedury udzielania zamówienia publicznego. Teza ta nie budzi wątpliwości tak w doktrynie, jak i w orzecznictwie i co do zasady podważa twierdzenie, jakoby czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego miały charakter niepowtarzalny (z wyjątkiem dotyczącym czynności otwarcia ofert, której – ze względu na jej istotę – powtórzyć się nie da). Takiego zapatrywania nie zmienia stosowanie procedury odwróconej przewidzianej przepisem art. 24aa Pzp, która ustala pewien porządek czynności zamawiającego, ale nie przesądza o ich niepowtarzalności. Nie jest zatem tak, że raz ustalony ranking ofert, w tym wskazanie na ofertę najwyżej ocenioną, ma charakter nieodwołalny, niezależnie od okoliczności ujawnionych po dokonaniu tej czynności. Zatem skoro Zamawiający powziął wątpliwości (niezależnie od ich źródła) co do zasadności przyznania ofercie Odwołującego kompletu punktów w kryterium doświadczenia kierownika budowy, był uprawniony do zrewidowania swojego stanowiska, a działanie takie nie stanowi naruszenia przepisów art. 24aa ust. 1 i art. 91 ust. 1 Pzp oraz przywołanych w *petitum* odwołania postanowień SIWZ.

Ubocznie, w odniesieniu do wynikającej z przywołanego przepisu art. 24aa Pzp procedury odwróconej i twierdzeń Odwołującego o konieczności „stosownego przyporządkowania” wskazanych w formularzu ofertowym inwestycji do wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu albo do kryterium oceny ofert – doświadczenia kierownika budowy, należy zauważyć, że w formularzu tym wykonawcy mieli wskazać inwestycje mające podlegać ocenie w kryterium pozacenowym, nie zaś w aspekcie

podmiotowym. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu jest bowiem przesunięta na moment przypadający po ustaleniu rankingu ofert, co *expressis verbis* wynika z treści art. 24aa Pzp.

Kolejno, odnosząc się do sedna sprawy, Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, którą zasadniczo można było sprowadzić do stwierdzenia, że możliwe jest nabycie doświadczenia w wyniku udziału w realizacji danej inwestycji nawet bez podejmowania jakiegokolwiek aktywności z tym związanej. Istotą doświadczenia jest jednak, zdaniem Izby, nabywanie go w wyniku powtarzającego się wykonywania określonych czynności, co odpowiada definicji tego pojęcia. Mianem doświadczenia określa się bowiem „ogół wiadomości i umiejętności zdobytych na podstawie obserwacji i własnych przeżyć (www.sjp.pwn.pl)”. Skoro zatem, jak dowiódł Zamawiający (zob. dowody Z1-Z3 i Z5-Z7), realizacja inwestycji pn.: „Budowa krytej pływalni przy Szkole Podstawowej Nr 2 w Hrubieszowie”, została dopiero rozpoczęta, to R.K. nie mógł *de facto* w związku z tą okolicznością nabyć doświadczenia adekwatnego do postawionego przez Zamawiającego wymogu pełnienia funkcji kierownika budowy przy inwestycji obejmującej wykonanie niecki basenowej ze stali nierdzewnej. Jakkolwiek można zgodzić się z Odwołującym, że kwestią sporną na gruncie opisu omawianego kryterium może okazać się wymiar, w jakim konkretna osoba uczestniczyła w realizacji danej inwestycji (tj. czy dla przyznania dodatkowych punktów niezbędny jest udział kierownika budowy w całym okresie realizacji przedsięwzięcia, czy też może się on ograniczać *stricte* do realizacji robót budowlanych dotyczących niecki basenowej), to jednak rozstrzygnięcie tego zagadnienia jest w przedmiotowym stanie faktycznym zbędne. Odwołujący nie tylko nie wskazywał bowiem, że R.K. sprawował funkcję kierownika budowy podczas realizacji jakiegokolwiek zakresu robót w ramach wzmiankowanej inwestycji w Hrubieszowie, ale bezpodstawnie twierdził wręcz, że nie ma to żadnego znaczenia.

Przedstawionych zapatrywań Izby nie zmienia okoliczność, że inni zamawiający precyzują w specyfikacjach wprost, że punktacji podlega jedynie doświadczenie nabyte przy zakończonych inwestycjach, czego potwierdzeniu służyć miał dowód PKA1. Jakkolwiek wyrażone w odpowiedzi na odwołanie stanowisko Zamawiającego wskazuje, że doświadczenie dotyczyć miało zakończonych inwestycji, tym niemniej przesądzenie tej kwestii również nie było niezbędne do rozstrzygnięcia o braku zasadności zarzutów odwołania. Ponownie podkreślić należy, że z uwagi na niedawne rozpoczęcie inwestycji w Hrubieszowie R.K. faktycznie nie nabył doświadczenia w kierowaniu budową basenu o niecce ze stali nierdzewnej. Tym samym stanowisko Zamawiającego, że w rozpatrywanej sytuacji chodziło o doświadczenie już nabyte, nie zaś możliwe do nabycia w przyszłości, było trafne, a zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp – chybiony.

W konsekwencji nie doszło również do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, ponieważ dokonana przez Zamawiającego powtórna ocena oferty Odwołującego zgodna była z zasadami udzielania zamówień publicznych wyrażonymi w tym przepisie. Dotyczy to również podnoszonej przez Odwołującego okoliczności zaniechania udostępnienia protokołu Postępowania, która *ad casum* nie miała miejsca. Co istotne, wskazywany przez Odwołującego brak ujęcia w tym protokole szczegółów oceny punktowej w spornym kryterium nie stanowił przeszkody we wniesieniu odwołania, tym bardziej że Odwołujący otrzymywał od Zamawiającego informacje jak kształtuje się jego ocena punktowa w omawianym kryterium.

Za nie mające związku ze sprawą Izba uznała natomiast dalej idące twierdzenia Zamawiającego i przedstawione na ich poparcie dowody, mające niejako podważać realność dysponowania przez Odwołującego zasobem w postaci osoby R.K. (zob. dowody Z4 i Z8). Należy bowiem zauważyć, że Odwołujący nie został wykluczony z uwagi na nie wykazanie spełniania przez Odwołującego warunku udziału w Postępowaniu, czy z powodu nieprawdziwych informacji, a sam Zamawiający przyznał ofercie Odwołującego ostatecznie 10 pkt za doświadczenie R.K. Powyższe nie rzutowało jednak na ocenę prawidłowości postępowania Zamawiającego.

Reasumując przedstawione powyżej zapatrywania orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 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 j.t.). Na podstawie tych regulacji zasądzeniu na rzecz Zamawiającego podlegało wynagrodzenie pełnomocnika i równowartość uiszczonych opłat skarbowych od pełnomocnictw, natomiast nie było podstaw do zasądzenia na jego rzecz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę, bowiem na tę okoliczność nie przedstawiono Izbie rachunków, stosownie do § 3 pkt 2 przywołanego aktu wykonawczego.

Przewodniczący: