

Sygn. akt: KIO 2633/20
KIO 2634/20

WYROK

z dnia 10 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 6 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2020 r. przez:

- A. wykonawcę **ZRB P. sp. z o.o. z siedzibą w Olkuszu, ul. Osiecka 3a (sygn. akt KIO 2633/20)**
- B. wykonawcę **J. S. UNI-BUD, ul. Macieja Słomczyńskiego 2/35 31-234 Kraków (sygn. akt KIO 2634/20)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Dom Pomocy Społecznej w Krakowie, ul. Łanowa 41**

przy udziale wykonawcy **P. O. Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych OLEXBUD Kąty 95, 32-862 Porąbka Iwkowska** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2633/20 i KIO 2634/20 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1.1. Uwzględni odwołanie wniesione przez wykonawcę ZRB P. sp. z o.o. z siedzibą w Olkuszu, ul. Osiecka 3a (sygn. akt KIO 2633/20) i stwierdza naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy;
- 1.2. oddała odwołanie wniesione przez wykonawcę J. S. UNI-BUD, ul. Macieja Słomczyńskiego 2/35 31-234 Kraków (sygn. akt KIO 2634/20).

2. kosztami postępowania obciąża Dom Pomocy Społecznej w Krakowie, ul. Łanowa 41 oraz wykonawcę J. S. UNI-BUD, ul. Macieja Słomczyńskiego 2/35, 31-234 Kraków i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ZRB P. sp. z o.o. z siedzibą w Olkuszu, ul. Osiecka 3a oraz wykonawcę J. S. UNI-BUD, ul. Macieja Słomczyńskiego 2/35 31-234 Kraków, po 10 000 złotych (dziesięć tysięcy zł) każdy, tytułem wpisu od odwołania.

2.2 zasądza od Domu Pomocy Społecznej w Krakowie, ul. Łanowa 41 na rzecz ZRB P. sp. z o.o. z siedzibą w Olkuszu, ul. Osiecka 3a kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu poniesionych uzasadnionych kosztów postępowania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Krakowie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Dom Pomocy Społecznej ul. Łanowa 41, 30-725 Kraków prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie którego przedmiotem jest rozbudowa i przebudowa budynku DPS przy ulicy Łanowa 43d, w zakresie umożliwiającym uzyskanie, zgodnie z przepisami Prawa Budowlanego pozwolenia na użytkowanie oraz użytkowanie budynku zgodnie z jego przeznaczeniem. Wartość przedmiotu zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

Sygn. akt KIO 2633/20

Odwołujący – ZRB P. sp. z o.o. z siedzibą w Olkuszu zaskarżył rozstrzygnięcie w/w postępowania w zakresie wyboru oferty Przedsiębiorstwa Robót Budowlanych OLEXBUD (ul. Kąty 95, 32- 862 Porąbka Iwkowska)

Wskazanej czynności Zamawiającego odwołujący zarzuca naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 i 2 ustawy PZP przez wadliwą ocenę przez Zamawiającego oferty Przedsiębiorstwa Robót Budowlanych OLEXBUD (dalej: OLEXBUD) oraz UNI-BUD J. S. w kryterium doświadczenie zawodowe kierownika budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej, sanitarnej, elektrycznej, drogowej i przyznanie wykonawcy OLEXBUD 20 pkt, a UNI-BUD J. S. 18 pkt w sytuacji, kiedy brak sprecyzowania doświadczenia umożliwiającego realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości powinno prowadzić do przyznania powyższym wykonawcom 0 pkt, przyznanie zaś pełnej liczby punktów wykonawcy OLEXBUD doprowadziło do wadliwego wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej;
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 i ust. 1 pkt 3 i art. 22d ust. 1 i ust. 3 oraz 26 ust. 3 i 4 ustawy PZP przez błędne badanie i ocenę ofert oraz zaniechanie wezwania do wyjaśnień złożonych dokumentów na powyższej podstawie wykonawców OLEXBUD oraz UNI-BUD J. S., pomimo iż obaj wykonawcy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu co do zdolności technicznej lub zawodowej, w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia poprzez nie sprecyzowanie doświadczenia umożliwiającego realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, a więc powinni zostać wykluczeni, co doprowadziło także do wadliwego wyboru oferty OLEXBUD jako najkorzystniejszej,
3. art. 7 ust. 1, 2 i 3 w zw. z przywołanymi wyżej art. 91 ust. 1 i 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 i ust. 1b pkt 3 i art. 22d ust. 1 i ust. 3 oraz 26 ust. 3 ustawy PZP

przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na zasadach sprzecznych z ustawą PZP.

Mając na uwadze powyższe uchybienia odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty OLEXBUD jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu i wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych, w oparciu o kryterium oceny ofert przewidziane postanowieniami SIWZ.

Uzasadnienie

Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, po unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 8 października 2020 r. (początkowo najwięcej punktów uzyskała oferta wykonawcy UNI-BUD J. S.), jako ofertę najkorzystniejszą wybrano ofertę Przedsiębiorstwa Robót I Budowlanych OLEXBUD.

Zgodnie z art. 22d ust. 1 i 3 ustawy PZP zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez niego do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, a w przypadku robót budowlanych zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia. W takim przypadku zamawiający może wymagać od wykonawców wskazania w ofercie imion i nazwisk osób wykonujących czynności przy realizacji zamówienia wraz z informacją o kwalifikacjach zawodowych lub doświadczeniu tych osób.

Zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów /.../, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę:

- warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może żądać wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Zamawiający wymagał dysponowania przez wykonawcę osobą pełniącą funkcję kierownika budowy, posiadającą uprawnienia w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz osobami pełniącymi funkcję kierowników robót posiadających uprawnienia w specjalności instalacyjnej (sanitarnej), instalacyjnej w zakresie instalacji elektrycznych oraz drogowej. Osoby te musiały spełniać warunki określone w SIWZ w pkt 13 a) i b). Zamawiający wymagał wskazania osób zdolnych do wykonania zamówienia w zał nr 8 do SIWZ, a dokumentem

potwierdzającym spełnianie warunku był wykaz osób pełniących funkcje kierowników robót, którymi dysponuje wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych przynależności do właściwej Izby Inżynierów Budownictwa, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności (...), a także oświadczenia że osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wymienione w powyższym wykazie posiadają wymagane uprawnienia.

W tabelach znajdującej się w zał 7 i 8 Wykonawca był zobowiązany podać: informacje na temat kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych czynności. Wykonawca był zobowiązany opisać konkretne kwalifikacje, wykształcenie i doświadczenie każdej osoby, którą wyznaczył na pełnienie wyspecyfikowanych stanowisk, co oznacza, że wykonawca powinien był także wskazać konkretne projekty czy zadania, w jakich dany fachowiec uczestniczył. Tylko taki sposób wykazania spełniania warunku udziału w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia, mieści się w upoważnieniu ustawowym, zgodnie z którym zamawiający opisał omawiany warunek w SIWZ - wynikającym z przytoczonego rozporządzenia.

Tymczasem wykonawca OLEXBUD i UNI-BUD J. S. w tabelach nr 7 i 8, w kolumnie nr 3 jeśli chodzi o kierownika budowy oraz kierowników poszczególnych robót w sposób nadzwyczaj ogólny wskazali, iż kierownik budowy: „brał udział w realizacji trzech inwestycji polegających na rozbudowie i przebudowie obiektu kubaturowego o wartości powyżej dwóch milionów złotych”, analogicznie kierownik robót „udział w realizacji dwóch inwestycji polegających na rozbudowie i przebudowie obiektu kubaturowego o wartości powyżej dwóch milionów złotych”, tak samo zostało opisane doświadczenie pozostałych kierowników robót. Wykonawcy w kolumnie trzeciej przytoczyli doświadczenie kierownika budowy i kierowników robót powtarzając warunki określone w SIWZ z podaniem liczby wykonywanych zadań.

Odwołujący w tabelach 7 i 8, wskazał poszczególne inwestycje, gdzie dana osoba pełniła funkcję i wartości robót. Podał więc szczegółowo doświadczenie kierowników, w taki sposób, aby Zamawiający mógł stwierdzić, iż dana osoba posiada doświadczenie niezbędne.

Wskazanie doświadczenia danej osoby, nie powinno polegać na przytoczeniu zapisów SIWZ z zaznaczeniem, ile zadań tego typu było wykonywanych, a podaniem konkretnych robót realizowanych przez daną osobę. Zgodnie z SIWZ Zamawiający wymagał informacji na temat doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia, czego nie spełnia przytoczenie wyłącznie zapisów SIWZ z podaniem ilości zadań.

Wykonawcy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu co do zdolności technicznej lub zawodowej, w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia poprzez niewskazanie doświadczenia umożliwiającego ocenę. Zamawiający powinien wezwać wykonawców w

oparciu o art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy PZP do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów dot. warunków udziałów w postępowaniu, czego nie uczynił i co doprowadziło także wadliwego wyboru oferty OLEXBUD jako najkorzystniejszej. Z przedstawionego doświadczenia nie wynika, czy osoby te rzeczywiście brały udział w robotach potwierdzających doświadczenie, gdyż nie przedstawiono konkretnych prac, w szczególności co do podanej liczby zadań.

Zamawiający musi mieć pewność, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, a na obecnym etapie postępowania pewności tej nie mieć nie może.

Jednocześnie, zgodnie z pkt 25 SIWZ, przedstawiono kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty, gdzie 20 % otrzymywał wykonawca, który zaoferował doświadczenie zawodowe k-ka budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej, sanitarnej, elektrycznej, drogowej w zależności od liczby zadań, w których dana osoba pełniła funkcję kierownika.

Prawo nie przewiduje możliwości uzupełnienia, czy wyjaśnienia dokumentu w zakresie kryterium oceny ofert, a możliwość uzupełnienia czy też wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, oraz potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 ustawy Pzp). Stosowanie uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów na użytek kryteriów oceny oferty mogłoby w prosty sposób prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym, w kryterium doświadczenie zawodowe kierownika budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej, sanitarnej, elektrycznej, drogowej w zależności od liczby zadań, w których dana osoba pełniła funkcję kierownika, oferty UNI-BUD J. S., jak i OLEXBUD powinny uzyskać 0 pkt. Na podstawie tak podanego doświadczenia Zamawiający nie jest w stanie ocenić, czy wskazane przez niego warunki zostały spełnione, a więc nie może przyznawać wykonawcom punktów za spełnienie danego kryterium w ramach oceny ofert.

Oznacza to, że najkorzystniejszą ofertą w niniejszym postępowaniu nie jest oferta OLEXBUD, ani też oferta druga, czyli UNI-BUD J. S., a oferta odwołującego.

Reasumując, Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny ofert, gdyż oferty wykonawców z pierwszej i drugiej pozycji nie przedstawiały doświadczenia osób zdolnych do wykonania zamówienia w sposób umożliwiający przyznanie punktów w ramach tego kryterium. W konsekwencji oferty powinny w zakresie kryterium doświadczenie otrzymać 0 pkt. W związku z bezwzględną mocą art. 89 PZP, Zamawiający nie ma podstawy do wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów bądź złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Zamawiający miał wyłącznie prawo żądać uzupełnienia bądź wyjaśnienia przedłożonych zał 7 i 8 do SIWZ jako

potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Pomimo zaś powyższego, Zamawiający wybrał ofertę OLEXBUD jako najkorzystniejszą pod względem kryteriów z SIWZ.

Takie działania prowadzą do naruszenia art. 7 ustawy PZP, to jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Przypomniał, że w postępowaniu kryteria to cena (80%) oraz doświadczenie zawodowe osób proponowanych na stanowisko kierownika budowy i kierowników robót (20%).

Pierwotnie 5 października 2020 r. Zamawiający wybrał ofertę J. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą UNI BUD. Wobec zastrzeżeń firmy ZRB P. sp. z o.o. w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert dot. doświadczenia personelu wykonawcy, ze wskazaniem, że wybrany Wykonawca nie wpisał w wykazie personelu imienia i nazwiska osoby wskazanej na kierownika robót drogowych. Zamawiający uznając zasadność podniesionego zarzutu dot. kryterium oceny ofert unieważnił czynność wyboru, dokonał ponownej oceny ofert i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Firmy P. O. Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych Olexbud.

Odnosząc się do zarzutów odwołania podniósł, że przewidział w ogłoszeniu dokonanie wyboru oferty na podstawie kryteriów ceny oraz doświadczenia personelu wykonawcy (kierownika budowy i kierowników robót).

Kwalifikacje i doświadczenie zawodowe zespołu wykonawcy stanowiły w zamówieniu również warunek udziału w postępowaniu

Zdaniem Odwołującego ZRB P. sp. z o.o. wykonawca ubiegający się o zamówienie był zobowiązany opisać konkretne kwalifikacje, wykształcenie każdej osoby, którą wyznaczał na pełnienie wyspecyfikowanych stanowisk, co oznacza, że wykonawca powinien wskazać na konkretne projekty czy zadania, w jakich dana uczestniczyła.

W ocenie Zamawiającego uszczegółowienie danych w ofertach nie było konieczne. Zgodnie z SIWZ pkt 13 wymagania stawiane przez Zamawiającego są następujące: Wykonawca ma dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj:

a) osobą, która będzie pełnić funkcję kierownika budowy, posiadająca uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń i która: - w okresie ostatnich pięciu lat pełniła funkcję kierownika budowy lub kierownika robót przy realizacji przynajmniej jednego zadania polegającego na budowie przebudowie lub remoncie obiektu budowlanego kubaturowego, o wartości wykonanych robót co najmniej 2.000.000,00 zł; pełnienie funkcji kierownika budowy lub kierownika robót przy realizacji minimum trzech zadań ww będzie premiowane w ocenie oferty, dwóch zadań - 5% i jedno zadanie - 1%,

b) osobami, które będą pełnić funkcję kierowników robót, posiadającymi uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi a w okresie ostatnich pięciu lat pełniły funkcję kierownika robót w n/w specjalnościach, przy realizacji przynajmniej jednego zadania polegającego na budowie, przebudowie lub remoncie obiektu budowlanego kubaturowego, o wartości wykonanych robót co najmniej 2.000.000,00 zł a w przypadku specjalności drogowej o wartości co najmniej 200 000,00 zł brutto; w specjalnościach:

instalacyjnej w zakresie instalacji: ciepłych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych; pełnienie funkcji kierownika robót przy realizacji minimum dwóch zadań w/w będzie premiowane 4% w ocenie oferty, jednego zadania - 2%,

- instalacyjnej w zakresie instalacji elektrycznych, teletechnicznych, ppoż., komputerowych, pełnienie funkcji kierownika robót przy realizacji minimum dwóch zadań w/w będzie premiowane 4% w ocenie oferty, jednego zadania - 2%,

- drogowej w zakresie budowy, przebudowy dróg placów i chodników. Pełnienie funkcji kierownika robót przy realizacji minimum dwóch zadań w/w będzie premiowane 2% w ocenie oferty, jednego zadania - 1%.

Dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunku, muszą być:

a) Wykaz osób pełniących funkcje kierowników robót (zał. 7), którymi dysponuje Wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, przynależności do właściwej Izby Inżynierów Budownictwa, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, tj.: kierownika budowy posiadającego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi określone przepisami Prawa budowlanego w specjalności:

- konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń;

- kierowników robót posiadających uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi określone przepisami Prawa budowlanego w specjalnościach;

- instalacyjnej w zakresie instalacji: ciepłych, wentylacyjnych wodociągowych i kanalizacyjnych;

- instalacyjnej w zakresie instalacji elektrycznych; drogowej w zakresie budowy, przebudowy dróg, placów i chodników.

b) oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wymienione w powyższym wykazie posiadają wymagane uprawnienia.

Zgodnie z treścią § 2 ust 4 pkt 10 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r w sprawie rodzajów dokumentów /.../, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać cyt.: wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub 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. Zgodnie z treścią § 2 ust. 4 pkt. 1 rozporządzenia Zamawiający może żądać wykazu robót budowlanych wykonanych przez wykonawcę, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

Porównanie treści przytoczonych przepisów prowadzi do wniosku, że ustawodawca różnicuje sposób wykazywania doświadczenia zawodowego personelu, którym posługuje się wykonawca od doświadczenia zawodowego samego wykonawcy. Tylko w przypadku dokumentów potwierdzającego doświadczenie wykonawcy wymagany jest wykaz robót z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane.

W świetle zapisów SIWZ oraz przepisów rozporządzenia nieuzasadnione jest twierdzenie, że wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie powinien wskazać na konkretne tj. wymienione z nazwy projekty, czy zadania personelu, który w danych zadaniach uczestniczył.

Dokumenty złożone przez wybranego wykonawcę Firmę OLEXBUD na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (zał 7 i 8 do oferty) w zakresie doświadczenia zawodowego personelu specjalistycznego były wystarczające w świetle postawionych przez Zamawiającego wymagań co do opisu doświadczenia proponowanych osób, nie budziły wątpliwości, dlatego Zamawiający nie żądał ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp. Oferta tego wykonawcy przy uwzględnieniu obu kryteriów oceny ofert oceniona została najwyżej i wybrana jako najkorzystniejsza.

Sygn. akt KIO 2634/20

Odwołujący: J. S. UNI-BUD ul. Słomczyńskiego 2/35, 31-234 Kraków wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty dokonanej w dniu 8 października 2020 r.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób nieprawidłowy, tj. przez:

nieprawidłowe unieważnienie czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty oraz konsekwentnie wadliwe powtórzenie czynności oceny ofert, nieprawidłowy brak przyznania dodatkowych punktów Odwołującemu "za pełnienie funkcji kierownika robót drogowych", na skutek ww. przyjęcie, że "oferta firmy OLEXBUD uzyskała największą ilość punktów".

Powyższe naruszyło zasadę równego traktowania wykonawców, co spowodowało wybór oferty innego wykonawcy tj. P. O. PRZEDSIĘBIORSTWO ROBÓT BUDOWLANYCH OLEXBUD, która to oferta w rzeczywistości nie jest najkorzystniejszą.

Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 08.10.2020 r. (zawiadomienie o unieważnieniu).

W związku z zarzutami wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

- wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia treści załącznika do oferty przez wskazanie imienia i nazwiska (ewentualnie innych danych) kierownika robót drogowych względnie zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ww. ustawy (de facto Zamawiający posiada już stosowne informacje), - dokonanie powtórnej oceny ofert i przyznanie punktów Odwołującemu w ramach kryterium "pełnienie funkcji kierownika robót drogowych", - dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Stan faktyczny:

Oferty złożyło kilku wykonawców, a w tym Odwołujący.

W dniu 5 października 2020 r. przeprowadzono ocenę ofert i w konsekwencji (wówczas prawidłowo) stwierdzono, że "maksymalną ilość punktów zdobyła firma UNI-BUD J. S.". Dnia 9 października 2020 r. Odwołującemu przesłano pismo, w którego treści zapisano, że Zamawiający unieważnia pierwotnie podjętą decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu stwierdzono, że "unieważnia się protokół oceny ofert i przeprowadza się ponowną ocenę wszystkich ofert", a to "w związku z błędem Zamawiającego podczas oceny oferty firmy UNI-BUD J. S. polegającego [polegającym] na przydzieleniu punktów dodatkowych za pełnienie funkcji kierownika robót drogowych".

Wymieniona korespondencja e-mail Zamawiającego z 09.10.2020.) zawierała również dokument pn. "Protokół badania ofert - czynność powtórzona", w którego treści zapisano:

"W związku z unieważnieniem poprzedniej oceny ofert, Zamawiający dokonuje powtórnej oceny. Korekty dokonano w dniu 08.10.2020 r." Protokół badania ofert - czynność powtórzona.

Dnia 12 października 2020 r. Wykonawca (działając przez pełnomocnika), domyślając się, że problem w tym, że treść załącznika do oferty nie zawiera imienia i nazwiska kierownika robót drogowych, przekazał Zamawiającemu kopie: Decyzji Małopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z dnia 20.06.2014 r., Zaświadczenie Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa,

z których treści wyraźnie wynika, że w załącznikach do oferty wskazano uprawnienia konkretnej osoby. Dowód: pismo Wykonawcy z dnia 12.10.2020 r.

Wymienione (pismo Wykonawcy) pozostało dotychczas bez odpowiedzi.

Stan prawny:

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nieprawidłowo zastosował art. 91 ust. 1 ustawy pzp.

Faktycznie w kolumnie 2 (wiersz 4) załącznika do oferty nie wpisano imienia i nazwiska kierownika robót drogowych, niemniej jednak wpisano nr zawodowych uprawnień konkretnej osoby tj. de facto taką, konkretną osobę wskazano.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien wezwać Wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień, a tego nie uczynił.

Zdaniem Odwołującego podstawą dla ww. zaniechanej czynności Zamawiającego jest przepis art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Przepis odnosi się do możliwości uzupełniania lub poprawiania lub udzielania wyjaśnień w zakresie dokumentów podmiotowych składanych wraz z ofertą, a nie w zakresie treści oferty, co do której co najwyżej może znajdować zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy.

Ustawodawca użył - dla sytuacji, gdy oświadczenia lub dokumenty dotknięte są wymienionymi w art. 26 ust. 3 ustawy pzp wadami - sformułowania "wzywa", co oznacza, że zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia. Ustawodawca nie wymienił innych, sytuacji, w których zamawiający mógłby odstąpić od obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, w szczególności nie wymienił wśród tych sytuacji okoliczności samouzupełnienia dokumentu przez wykonawcę. Tym samym samodzielne uzupełnienie dokumentów przez wykonawcę, jeżeli są one dotknięte wadami, nie zwalnia zamawiającego z obowiązku skierowania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Jednocześnie nie można uznać, że takie wezwanie, po wcześniejszym samouzupełnieniu dokumentu przez wykonawcę, prowadzi do - niedopuszczalnego w świetle jednolitego orzecznictwa - dwukrotnego wzywania. Wobec powyższego, jeżeli wykonawca uzupełnił dokument z własnej inicjatywy, bez uprzedniego wezwania w trybie art. 26 ust. 3, a dokument ten jest dotknięty określonymi wadami, zamawiający jest zobligowany do wezwania wykonawcy do uzupełnienia takiego dokumentu na podstawie wskazanego przepisu.

Jeżeli zdaniem Zamawiającego, w realiach sprawy przepis art. 26 ust. 3 ww. ustawy nie znajduje zastosowania, winien on jednak zwrócić również uwagę na treść przepisu art. 87 ust 2 pkt 3 ww. ustawy.

Wykonawca może sporządzić ofertę z pełną świadomością co do celowości i kształtu jej poszczególnych zapisów, jednakże mylnie nie zdaje sobie sprawy ze stanu jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tego typu błędy wykonawcy, pod warunkiem ich nieistotności, również podlegają poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Faktyczne uzupełnienie treści oferty w jakimkolwiek trybie tj. czy to w trybie przepisu art. 26 ust. 3 czy też art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp - w żaden sposób nie zmieniliby treści oferty.

Bowiem "kierownik robót drogowych" wymieniony czy to z imienia i nazwiska, czy też tylko (omyłkowo) przez nr uprawnień zawodowych z ważnej i dotychczas nie uchylonej decyzji - to nadal jedna i ta sama osoba.

Wykonawca uprzejmie prosi, aby zwrócić uwagę, że pomimo pozornej błahości zagadnienia przedstawionego w niniejszym piśmie - jest zgoła inaczej.

Ocena dokonana przez KIO sprowadzać będzie się de facto do odpowiedzi na pytanie o poziom formalizmu postępowania o udzielenia zamówienia publicznego.

Zdaniem Odwołującego - niewątpliwie czysto formalny charakter błędu Wykonawcy powoduje, że jest on (*lege artis*) w pełni usuwalny, oczywiście ze stosownej inicjatywy Zamawiającego i przy odpowiedniej aktywności Wykonawcy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

Podniósł, co następuje:

Zamawiający przewidział dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie dwóch kryteriów: ceny oraz doświadczenia zawodowego personelu wykonawcy (kierownika budowy i kierowników robót). Kwalifikacje i doświadczenie zawodowe zespołu wykonawcy (kierownik budowy i kierownicy robót) stanowiły w przedmiotowym zamówieniu również warunek udziału w postępowaniu.

Weryfikacja w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert tj. doświadczenia zawodowego personelu wykonawcy następowała w oparciu o dane zawarte w formularzu wykazie składanym przez wykonawcę wraz z ofertą (załącznik nr 8 do SIWZ).

Zamawiający w wyniku ponownej oceny ofert nie przyznał Odwołującemu punktów za kryterium doświadczenie kierownika robót drogowych, ponieważ Odwołujący w wykazie personelu nie wskazał imienia i nazwiska osoby, która miała pełnić tę funkcję. Odwołujący w odwołaniu przyznaje, że w formularzu nie wpisano imienia i nazwiska kierownika robót drogowych, ale wpisano numer uprawnień zawodowych konkretnej osoby tj. de facto konkretną osobę wskazano.

Odnosząc się do tej kwestii Zamawiający wskazuje, że Odwołujący w formularzu w pozycji dotyczącej kierownika robót drogowych podał numer uprawnień: MAP/0032/OWOD/14. Pierwszy człon numeru uprawnień to kod izby inżynierów do której należy dana osoba (MAP - to Małopolska Okręgowa Izba Inżynierów), Na podstawie numeru uprawnień w dostępnej internetowej wyszukiwarce członków Izby nie ma możliwości identyfikacji osoby, która posiada dany numer. Zgodnie z SIWZ wykonawcy podawali numery uprawnień w formularzu zawierającym wykaz osób wskazanych do pełnienia specjalistycznych funkcji, nie załączali natomiast do oferty kopii uprawnień tych osób. Odwołujący, jak sam wskazuje w odwołaniu,

kopię uprawnień osoby, która miała pełnić funkcję kierownika robót drogowych z własnej inicjatywy przekazał Zamawiającemu 12 października 2020 r .

Ustawa pzp umożliwia zamawiającym określenie w jednym postępowaniu warunków udziału m.in. w zakresie doświadczenia i kwalifikacji zawodowych osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia oraz kryteriów oceny ofert odnoszących się do doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia.

Wyznaczenie do realizacji zamówienia osób posiadających wymagane doświadczenie lub kwalifikacje zawodowe dla uzyskania punktów w ramach kryterium oceny ofert wymaga złożenia oświadczenia woli (oferty). Informacje na temat personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia w ramach kryterium oceny oferty stanowią treść oferty wykonawcy i nie mogą być uzupełniane w trybie art. 26 ust.3 ustawy.

Odnosząc się do podniesionego przez Odwołującego zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wyjaśnienia treści oferty (formularza stanowiącego treść oferty) i poprawienia omyłki Zamawiający uważa, że jest on nieuzasadniony. W trybie art. 87 ustawy Pzp mogą być wyjaśniane lub poprawiane drobne błędy, pomyłki lub niejasności w treści oferty.

Wyjaśnienia nie mogą prowadzić do uzupełnienia treści oferty np. w zakresie kryteriów. W świetle powyższego stwierdzić należy, że skorzystanie przez Zamawiającego z instytucji z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp i dokonanie poprawy oferty Odwołującego w zakresie odnoszącym się do kryteriów oceny ofert przez dopisanie nowych danych wskazanych przez Odwołującego stanowiłoby niedopuszczalną ingerencję w treść oferty wykonawcy mającą na celu uzupełnienie jej treści o elementy pierwotnie w niej niezawarte. Nie można zatem oczekiwać, tak jak żądał tego Odwołujący w niniejszej sprawie, że oferta będzie kształtowana w wyniku poprawy błędów i braków jakie miały miejsce w momencie jej złożenia po to, aby mogła podlegać ocenie w przyjętych w postępowaniu kryteriach oceny ofert. Bez podania przez Odwołującego konkretnych danych, uzupełnionych wyjaśnieniami Zamawiający nie byłby w stanie samodzielnie poprawić treści oferty Odwołującego, co przesądza o braku możliwości zakwalifikowania zaniechania wykonawcy jako innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3. Zakazane jest prowadzenie z wykonawcą negocjacji co do treści oferty i dokonywanie w niej jakichkolwiek zmian czy uzupełnień, poza czynnościami określonymi w art. 87 ust. 1a i 2.

Opisany stan faktyczny polegający na niepodaniu przez Odwołującego w formularzu imienia i nazwiska osoby, która miała pełnić funkcję robót drogowych nie mieści się w pojęciu omyłki, która powinna być przez Zamawiającego poprawiona w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 pzp.

Po ponownej ocenie ofert, oferta Odwołującego w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert (doświadczenie personelu wykonawcy) otrzymała mniej punktów niż poprzednio, ponieważ Zamawiający nie przyznał Odwołującemu punktów w pozycji „doświadczenie kierownika robót drogowych, a ofertą najkorzystniejsza na podstawie kryteriów ocen ofert

określonych w SIWZ okazała się oferta firmy OLEXBUD. Podsumowując, zarzuty Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego przepisów, w szczególności art. 7 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp są niezasadne.

Strony przedstawiły stanowiska na rozprawie podtrzymując wcześniej sformułowane na piśmie.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołania na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację postępowania, jak również stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że obydwaj odwołujący legitymują się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Zarzut, w sytuacji potwierdzenia, wskazałby na możliwość ubiegania się przez każdego z nich o zamówienie oraz jego realizację, a tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody w sytuacji udzielenia przez zamawiającego zamówienia innemu wykonawcy.

Rozpoznając odwołania w granicach podniesionych zarzutów w ustalonym w postępowaniu stanie faktycznym, Izba uznała, że zaistniały przesłanki do wydania rozstrzygnięcia, jak w sentencji.

W ocenie Izby czynności podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty były dokonane z naruszeniem prawa przy dokonywaniu oceny oferty przystępującego obarczonej, podobnie jak oferta drugiego odwołującego w sprawie KIO 2634/20, brakiem w zakresie informacji stanowiących podstawę oceny ofert w kryterium pozacenowym.

Istotną okolicznością jest fakt, że Zamawiający przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów ceny oferty oraz doświadczenia zawodowego personelu wykonawcy (kierownika budowy i kierowników robót). Kwalifikacje i doświadczenie zawodowe zespołu wykonawcy (kierownik budowy i kierownicy robót) stanowiły w przedmiotowym zamówieniu również warunek udziału w postępowaniu. Kluczowe ponadto jest stwierdzenie, iż dla prawidłowej oceny ofert i ustalenia wyniku postępowania niezbędna była informacja dotycząca kryterium pozacenowego opartego na doświadczeniu zawodowym kierownika budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej, sanitarnej, elektrycznej, drogowej. W ofertach zasadniczo zakwestionowanych informacja ta miała de facto charakter blankietowy przez wpisanie treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia skutkującej przyznaniem maksymalnej punktacji w

przedmiotowym kryterium. Należy zauważyć, że w załączniku nr 8 do siwz, który należało wypełnić stosownymi informacjami, wymagano wskazania rodzaju specjalności, imienia i nazwiska, informacji o uprawnieniach osoby, a co przedmiotowo istotne, przedstawić „Informacje na temat kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także wykonywanych czynności”. O ile jednak zrozumiałe jest, że w siwz w pkt 13 a) i b) użyto, jeśli chodzi o kierownika budowy oraz kierowników poszczególnych robót, wymogu przedstawienia doświadczenia w realizacji zadania polegającego na budowie, przebudowie lub remoncie obiektu budowlanego /.../, a zatem przedstawiono rodzaje dopuszczalnych rodzajów robót w formie alternatywy, to tożsamy opis w ofercie nie zawiera informacji, której można przydać przymiot w pełni prawdziwej. Wykonawca opisując doświadczenie konkretnej osoby powinien był bowiem wskazać na konkretną realizację, która przecież nie mogła być jednocześnie budową, przebudową lub remontem. Taka właśnie alternatywa czyni informację nierzetelną. W okolicznościach sprawy rozpatrywanej przedmiotowe dane stanowią oprócz potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, także treść oferty sensu stricto, bowiem wpływają bezpośrednio na wynik oceny oferty w ustalonym kryterium pozacenowym. W konsekwencji nie podlegając uzupełnieniu lub wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp stanowią jednocześnie brak niemożliwy do pozytywnego dla wykonawcy wyjaśnienia w świetle art. 87 ustawy pzp. Już zatem wskazana nieprawidłowość świadczy o uchybieniu w prowadzonym postępowaniu o dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej. W tym kontekście jedynie jako konsekwencję uchybienia wskazać należy niemożność weryfikacji tak przedstawionych informacji, weryfikacji dokonywanych przez zamawiającego lub konkurującego wykonawcy.

W bezpośrednim związku z powyższym ustaleniem i rozstrzygnięciem jest kwestia braku wymaganej informacji w załączniku nr 8 do oferty złożonej przez odwołującego w sprawie sygn. akt KIO 2634/20. Izba podziela w tym zakresie stanowisko zamawiającego podkreślając brak możliwości uzupełnienia treści oferty rozumianej ściśle jako oświadczenie woli z danymi wpływającymi na pozycję oferty w rankingu po dokonaniu oceny w ramach przyjętych kryteriów, w tym przedmiotowego kryterium pozacenowego, jako niepodlegającemu uzupełnieniu. Należy przy tym zauważyć, że wykonawca nie przedstawił w wykazie informacji wprost i jednoznacznie wymaganej tj. imienia i nazwiska osoby, która będzie pełnić deklarowaną funkcję kierownika robót drogowych.

Wobec dokonanych ustaleń, skład orzekający dokonał niniejszego rozstrzygnięcia.

Biorąc pod uwagę, że umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w wyniku uwzględnienia przez Izbę wniosku zamawiającego o uchylenie zakazu zawarcia umowy, w sprawie odwołania sygn. akt KIO 2633/20 rozstrzygnięto zgodnie z art. 192 ust. 3 pkt 3 ustawy pzp.

Mając na względzie stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

.....