

Sygn. akt: KIO 866/23

**WYROK**  
**z dnia 11 kwietnia 2023 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Tomasz Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2023 r. przez Odwołującego **T. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Biosfera T. Tomala**, Al. Solidarności 64/97, 00-240 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Miasto Stołeczne Warszawa, Zarząd Zieleni m. st. Warszawy**, ul. Hoża 13a, 00-528 Warszawa

przy udziale

Wykonawcy **AKG Architektura Krajobrazu Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Narodowa 116, 32-080 Brzeziny, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów pełnomocnika Zamawiającego,
  - 2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Zarząd Zieleni m. st. Warszawy, w trybie podstawowym z możliwością prowadzenia negocjacji na *wykonywanie robót budowlanych oraz nasadzeń w ramach budżetu partycypacyjnego pn. „Skwer Krasińskiego”* (sygn. postępowania: 10/TP/2023), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17.02.2023 r., 2023/BZP 00100972/01, wobec czynności z 22.03.2023 r. polegającej na ocenie ofert, wyborze oferty najkorzystniejszej, Wykonawca T. T. – Biosfera T. T. (Odwołujący) wniósł w dniu 27.03.2023 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 866/23).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów prawa:

1. art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp, art. 17 ust. 2 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy AKG w sposób niezgodny z kryteriami oceny ofert określonymi w dokumentacji zamówienia, oferty która nie jest ofertą najkorzystniejszą;
2. art. 253 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 Pzp przez zaniechanie przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego dla nieprzyznania ofercie Odwołującego punktacji w ramach kryterium oceny „Doświadczenie kierownika budowy”;
3. art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z rozdziałem XVIII pkt 2.2. swz przez zaniechanie przyznania ofercie Odwołującego zgodnie z treścią oferty punktacji w ramach kryterium oceny „Doświadczenie kierownika budowy”;

z ostrożności

4. art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z rozdziałem XVIII pkt 2.2. swz przez nieprawidłowe przyznanie punktacji wykonawcy AKG pomimo, że dane zawarte w ofercie w zakresie kryterium „Doświadczenie kierownika budowy” nie zawierały wszystkich wymaganych w swz informacji.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej wraz z przekazaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego przyznania punktów ofercie Odwołującego w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy”, a także dokonania ponownej oceny i badania ofert według ustalonych zasad punktacji w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy”.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący odniósł się do punktacji, jaką uzyskała jego oferta w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy” wskazując, iż powinna uzyskać maksymalną liczbę punktów – 40 pkt., gdyż zawiera informacje o dodatkowo punktowanym doświadczeniu kierownika budowy. Brak uzasadnienia przyczyn odmowy przyznania dodatkowych punktów

nie pozwala odnieść się do czynności Zamawiającego i jedynie może domyślać się przyczyn odmowy przyznania punktów. W sytuacji gdyby przyczyną był brak informacji w treści formularza ofertowego wg opisu nagłówka tabeli to analogicznie również w odniesieniu do oferty AGK taka przeszkoda by wystąpiła.

Według ustalonych w swz zasad oceny ofert miało być punktowane dodatkowe – ponad graniczny warunek, doświadczenie na stanowisku kierownika budowy przy realizacji minimum jednego zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub nadzór nad inwestycją związaną z urządzeniem terenów zieleni – wykonawca otrzyma 10 pkt lecz nie więcej niż 40 pkt. W swz nie było wymogu przedstawiania dodatkowych informacji ani szczegółowych danych o zamówieniach referencyjnych.

Wskazane przez Odwołującego doświadczenie zawodowe kierownika budowy uwzględnia 9 spełniających kryterium oceny ofert realizacji. Wykonawca w formularzu opisał te doświadczenia wskazując: „9 (dziewięć) robót budowlanych obejmujących budowę, przebudowę lub nadzór nad inwestycją związaną z urządzeniem terenów zieleni”, co w jego ocenie było wystarczającym dla przyznania 40 pkt. w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy”.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż zgodnie z załącznikiem nr 5 do swz – Wykaz osób, wykonawca miał obowiązek podać na etapie wezwania przed wyborem jego oferty następujące informacje, m.in. opisujące doświadczenie danej osoby, w tym wykaz zrealizowanych zamówień.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania (pismo z 04.04.2023 r.). Zamawiający nie mógł przyznać punktów ofercie Odwołującego w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy”, gdyż Wykonawca nie wykazał, że spełnia kryteria, do czego koniecznym było podanie informacji o: nazwie, adresie firmy, w której osoba pracowała wykonując funkcję kierownika budowy, zrealizowanych zamówieniach przy, których wykonywała tę funkcję. Nie było wystarczającym podanie informacji o ilości realizacji: „9 realizacji”. Pozostali wykonawcy w formularzu podali informacje pozwalające na przyznanie punktów. AKG Architektura Krajobrazu Sp. z o.o. – wykonawca ten podał szczegółowe informacje o projekcie

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca AGK Architektura Krajobrazu Sp. z o.o. z siedzibą w Brzeziu (Przystępujący).

## **Stanowisko Izby**

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym specyfikację warunków zamówienia, ofertę Odwołującego i ofertę wybraną, w zakresie związanym z podstawą zarzutów odwołania.

### **Izba ustaliła i zważyła.**

W rozdziale VIII pkt 1.4.2 lit. a) swz Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy wymagając dla osoby kierownika budowy doświadczenia *na stanowisku kierownika budowy przy realizacji minimum jednego zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub nadzór nad inwestycją związaną z urządzeniem terenów zieleni.*

W celu potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawcy wraz z ofertą składali oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 w zw. z art. 266 ustawy Pzp, tymczasowo zastępujące wymagane podmiotowe środki dowodowe. W pkt IX ppkt 2 swz Zamawiający wskazał na procedurę odwróconą badania podstaw wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wykonawcy najwyżej ocenionego. W zakresie opisanego warunku Zamawiający wymagał przedstawienia na jego wezwanie wykazu osób, stanowiącego załącznik nr 5 do swz.

Zamawiający w rozdziale XVIII swz ustalił kryterium oceny ofert – „Doświadczenie kierownika budowy”, o wadze 40 pkt. Zgodnie z opisem tego kryterium w rozdziale w pkt 2.2. swz wykonawca mógł otrzymać 10 punktów za każde dodatkowe doświadczenie kierownika budowy przy realizacji robót budowlanych, o których mowa w rozdziale VIII pkt 1.4.2 lit a swz, lecz nie więcej niż 40 pkt.

W formularzu oferty (załącznik nr 7 do swz) Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia o dysponowaniu osobą wyznaczoną do pełnienia funkcji kierownika budowy posiadającą uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w zakresie kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, która posiada doświadczenie na stanowisku kierownika budowy przy realizacji minimum

jednego zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub nadzór nad inwestycją związaną z urządzeniem terenów zieleni. Dodatkowo Zamawiający pozostawił do wypełnienia tabelę, w której wykonawcy mieli podać imię i nazwisko osoby, kwalifikacje zawodowe (uprawnienia) oraz doświadczenie, w którym należało wskazać doświadczenie na stanowisku kierownika budowy przy realizacji minimum jednego zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub nadzór nad inwestycją związaną z urządzeniem terenów zieleni wraz z określenie podmiotu na rzecz, którego zadania były realizowane. Tabela została podzielona w tej kolumnie na dwa wiersze dedykowane dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale VIII pkt 1.4.2 lit. a swz oraz dla punktów w kryterium oceny ofert.

Odwołujący w formularzu oferty przedstawił informację zarówno na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak i oceny oferty w kryterium z pkt 2.2. swz wskazując na dziewięć realizacji bez podania nazwy, czy też w inny sposób identyfikujący zakres rzeczowy poszczególnych realizacji. Z oświadczenia Wykonawcy wynika wyłącznie, iż doświadczenie to miałyby odpowiadać treść swz wskazującej na *budowę, przebudowę lub nadzór nad inwestycją związaną z urządzeniem terenów zieleni*. Odwołujący na tej podstawie oczekiwał, iż jego oferta otrzyma maksymalną liczbę punktów, a doprecyzowanie tego doświadczenia miało nastąpić w wykazie osób składanym na wezwanie Zamawiającego w procedurze odwróconej.

AKG Architektura Krajobrazu Sp. z o.o. (dalej jako AKG) w formularzu oferty wskazała doświadczenie Pana R. L. zdobyte na stanowisku kierownika budowy przy zadaniu „Budowa skweru aktywności miejskiej przy Arsenale w Warszawie” – na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 1.4.2 lit. a swz oraz kolejnych dziewięć realizacji na potrzeby punktacji w kryterium pkt 2.2. swz, w których uczestniczył jako inspektor nadzoru – opisane nazwą zadania.

Pismem z 17.03.2023 r. Zamawiający wezwał AKG do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Doświadczenie z formularza oferty zostało uwzględnione w wykazie osób złożonym na wezwanie Zamawiającego w procedurze odwróconej.

W piśmie z 22.03.2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej i ilości przyznanych punktów ofertom złożonym w postępowaniu. Oferta Odwołującego w kryterium „doświadczenie kierownika budowy” otrzymała 0 pkt. Ofertą najkorzystniejszą jest oferta AKG, która uzyskała najwyższą liczbę punktów w kryteriach oceny ofert i na tej podstawie uznana została za najkorzystniejszą. Informacja nie zawiera dalszego uzasadnienia, w tym szczegółowego uzasadnienia przyznania poszczególnym ofertom punktów w kryteriach oceny ofert.

### **Izba oddaliła odwołanie w całości.**

Zarzuty związane z oceną oferty Odwołującego Izba oddaliła jako niezasadne. Zarzuty te związane były zarówno ze stroną formalną czynności oceny oferty Odwołującego (braki w uzasadnieniu), jak również oceną merytoryczną oferty.

Podstawowym dla rozstrzygnięcia w tym zakresie było odniesienie się do ustalonych w postępowaniu zasad oceny ofert w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy”. Nie budziło wątpliwości, iż dla uzyskania maksymalnej liczby punktów wystarczającym było wykazanie doświadczenia spełniającego warunki w ilości co najmniej czterech realizacji, wykraczających ponad ustalony w postępowaniu warunek udziału w postępowaniu. Zamawiający punktował doświadczenie na stanowisku kierownika budowy zdobyte przy realizacji zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub nadzór nad inwestycją związaną z urządzeniem terenów zieleni. Wykonawca mógł otrzymać za każde wykazane ponad warunek udziału doświadczenie 10 pkt, lecz nie więcej niż 40 pkt. W zakresie, w jakim odwołujący upatruje podstawy zarzutów istotnym elementem weryfikacji jego oferty było wypełnienia formularza ofertowego w pkt II, obejmującym zarówno oświadczenie o dysponowaniu osobą wskazaną do pełnienia funkcji kierownika budowy, jak również wykazane Zamawiającemu doświadczenie, niezbędne dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz dla przyznania punktów w kryterium pozacenowym.

Odwołujący wypełniając oświadczenie w formularzu oferty przez wskazanie samej ilości zrealizowanych prac, faktycznie uniemożliwił Zamawiającemu przyznanie punktów. Zamawiający nie oczekiwał podania informacji o ilości realizacji, ale wykazania doświadczenia punktowanego w kryterium. Bez jego opisu w sposób umożliwiający zidentyfikowanie zakresu rzeczowego, oświadczenie w formularzu oferty miało charakter blankietowy. Jak wskazał sam Odwołujący, identyfikacja doświadczenia miałyby nastąpić dopiero na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, co w procedurze odwróconej nie mogło być stosowane w odniesieniu do wszystkich wykonawców i było powiązane wyłącznie z weryfikacją spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie mogło zatem odnosić się do treści wymaganej w formularzu oferty, która dotyczyła dodatkowego doświadczenia punktowanego w kryterium, których przyznanie musiało poprzedzać czynność wezwania do złożenia PŚD. Tylko wykonawca najwyżej oceniony złożył na wezwanie Zamawiającego dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Dla wyłonienia tego wykonawcy, Zamawiający musiał zatem ocenić doświadczenie osoby mającej pełnić funkcję kierownika budowy w oparciu o wykazane w formularzu ofertowym doświadczenie. Aby uznać doświadczenie za wykazane na potrzeby oceny oferty w kryterium, Zamawiający musiał mieć informacje dotyczącą zakresu rzeczowego inwestycji, która pozwoliłaby odnieść to doświadczenie do ustalonego w swz

kryterium oceny ofert. Tymczasem Odwołujący wskazał na dziewięć realizacji, z czego żadna nie została Zamawiającemu wykazana w formularzu ofertowym.

Odnosząc się natomiast do uzasadnienia oceny oferty Odwołującego, zarzut braku wskazania na okoliczności, które spowodowały, iż oferta nie uzyskała dodatkowych punktów, zasadniczo nie miał wpływu na czynność oceny tej oferty. Przyjmując nawet, że Zamawiający mógł wskazać w sposób opisowy dlaczego nie zostały przyznane punkty, to zestawiając treść formularza ofertowego z kryterium oceny, uzasadnienie to nie zawierałoby żadnej oceny merytorycznej oferty. Odwołujący wskazując na istotne znaczenie uzasadnienia faktycznego pomija, iż takie uzasadnienie miałyby pozwolić na podważenie zasadności oceny dokonanej przez Zamawiającego, co faktycznie należy wiązać z merytoryczną treścią oferty, a nie wyłącznie formalną stroną informacji przekazywanej wykonawcom. Skoro Zamawiający nie miał czego oceniać w kryterium jego uzasadnienie braku przyznania punktów nie byłoby powiązane z oceną doświadczenie osoby mającej pełnić funkcję kierownika budowy. W badanej sprawie to nie braki w uzasadnieniu oceny oferty Odwołującego, ale braki samej oferty decydowały o jej ocenie w kryterium pozacenowym. Sytuację tą można porównać do stanu, kiedy wykonawca w ogóle nie wypełniłby formularza ofertowego w zakresie doświadczenia punktowanego w kryterium, co również przy braku uzasadnienia dla odmowy przyznania punktów, nie zmieniałoby w żaden sposób sytuacji tej oferty w postępowaniu.

Przechodząc dalej do zarzutów dotyczących oceny oferty wybranej – AKG skład orzekający uznał, iż Odwołujący nie podołał ciężarowi wykazania zasadności twierdzeń o naruszeniu wytycznych oceny ofert w kryterium pozacenowym, co mogłoby prowadzić do wzruszenia wyniku postępowania.

Odwołujący skupił się wyłącznie na stronie formalnej – sposobie w jaki Wykonawca wypełnił formularz ofertowy – korzystając z załącznika do innego postępowania, a nie na wartości merytorycznej informacji przekazanych Zamawiającemu w ofercie. Oceniając czynność Zamawiającego należało uwzględnić to, czy wykazane doświadczenie mieści się w opisie kryterium, co w badanej sprawie zasadniczo sprowadzało się do ustalenia funkcji oraz zakresu rzeczowego zadań. Nie było koniecznym na potrzeby oceny w kryterium ustalenie odbiorcy usługi, gdyż punktowane miało być doświadczenie zdobyte *na stanowisku kierownika budowy przy realizacji minimum jednego zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub nadzór nad inwestycją związaną z urządzeniem terenów zieleni*. Znając zakres zadań Odwołujący nie wykazał, aby spośród dziewięciu wskazanych w formularzu ofertowym zadań, nie było takich które kwalifikowałyby się do przyznania punktów, jak również, iż takich realizacji było mniej niż cztery. Odwołujący nie kwestionował również funkcji, jaką wskazana osoba miała pełnić przy tych inwestycjach, a tym samym zarzuty w



odwołaniu nie zostały poparte żadną analizą merytoryczną doświadczenia ocenionego przez Zamawiającego. Samo wskazanie na naruszenie zasad prowadzenia postępowania, jeżeli nie jest w żaden sposób osadzone w okolicznościach identyfikujących zachowanie mające naruszać te reguły, nie może prowadzić do skutecznego zakwestionowania czynności w postępowaniu. Odwołujący wskazując na odmienne traktowanie wykonawców opierał się na założeniu, iż w ofercie AKG nie zostały podane wszystkie niezbędne informacje, jednak nie wykazał, jakich informacji istotnych dla oceny w kryterium nie było.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 8 ust 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis oraz koszty pełnomocnika Zamawiającego w wysokości ustalonej na podstawie rachunku złożonego przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nim Odwołującego w całości.

**Przewodniczący:** .....