

**WYROK**  
**z dnia 6 lipca 2017 roku**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozP. na rozprawie w dniu 6 lipca 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2017 roku przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: **D. I. Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w C. (Lider Konsorcjum) oraz M. D., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą B. O. P. i P. I. K. L. z siedzibą w C. (Partner Konsorcjum),**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Skarb Państwa, Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w B.**

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem znaczenia i opisu ustalonych w postępowaniu kryteriów oceny ofert;
2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania uznaje za nieuzasadnione
3. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego - Skarbu Państwa, Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w B. i:**
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500,00 zł (słownie: siedmiu tysięcy pięćset złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum**

**w składzie: D. I. Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w C. (Lider Konsorcjum) oraz M. D., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą B. O. P. i P. I. K. L. z siedzibą w C. (Partner Konsorcjum) tytułem wpisu od odwołania**

3.2. zasądza od Zamawiającego - Skarbu Państwa, Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w B. na rzecz Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: D. I. Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w C. (Lider Konsorcjum) oraz M. D., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą B. O. P. i P. I. K. L. z siedzibą w C. (Partner Konsorcjum) kwotę 11 175,00 zł (słownie: jedenaście tysięcy sto siedemdziesiąt pięć złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Bydgoszczy**

**Przewodniczący:**

## UZASADNIENIE

W dniu 13 czerwca 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 182 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: D. I. Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w C. (Lider Konsorcjum) oraz M. D., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą B. O. P. i P. I. K. L. z siedzibą w C. (Partner Konsorcjum), zwany dalej „Odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pt. *Opracowanie dokumentacji projektowej oraz zobowiązanie do sprawowania nadzoru autorskiego dla zadania pn.: Rozbudowa skrzyżowania drogi krajowej (...) z ul. (...) i ul (...) w m. O. oraz wykonanie sygnalizacji świetlnej na przejściu dla pieszych w km ok. 34+200 DK 5 - poprawa bezpieczeństwa ruchu drogowego na DK (...) w m. O.* prowadzi Zamawiający: Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w B. Ogłoszenie o zamówieniu nr 50825 - 2017 zostało opublikowane w BZP w dniu 2017-03-24 r. Wartości zamówienia nie przekracza wartości wskazanych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 pkt 8 ustawy Pzp.

Odwołanie wniesiono od czynności Zamawiającego polegającej na przyznaniu w dniu 9 czerwca 2017r. ofercie złożonej przez Odwołującego 70 punktów, a w konsekwencji, na zaniechaniu wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę - V. P. Sp. z o.o. z siedzibą w P., w sposób sprzeczny z ustawą Pzp, w sytuacji w której prawidłowa ocena oferty złożonej przez Odwołującego powinna doprowadzić do przyznania mu 100 punktów.

Zamawiającemu zarzucono:

- dokonanie błędnej oceny oświadczenia Odwołującego zawartego w pkt 8 Oferty podkryterium 1 i 2, z naruszeniem ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert, skutkującej nieprzyznaniem ofercie Odwołującego dodatkowych 30 punktów w zakresie kryterium zdolności technicznej lub zawodowej osób, tj. pkt 7.2 ppkt 3 lit b) SIWZ,
- naruszenie art. 87 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści oferty celem ustalenia cech dokumentacji projektowej wykonanej dla przedsięwzięcia „Przebudowa skrzyżowania drogi wojewódzkiej nr (...) z ul. (...) w km. 0+783 w m. C.” co pozbawiło Odwołującego możliwości udowodnienia, że wskazane doświadczenie projektanta odpowiada treści SIWZ,

- art. 7 ust. 1 i 3 z zw. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2d ustawy Pzp poprzez podejmowanie czynności w postępowaniu w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. poprzez dokonanie oceny ofert z uwzględnieniem kryterium niewynikającego z literalnej treści SIWZ,

- naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do przedłożenia dokumentów potwierdzających doświadczenie potencjału kadrowego, w sytuacji w której wymóg jego posiadania w treści SIWZ określony został nie tylko jako „kryterium oceny ofert” lecz także - a może przede wszystkim - jako „WARUNEK UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU”, co obligowało Zamawiającego do wszczęcia procedury uzupełniającej w przypadku stwierdzenia uchybień w tym zakresie,

- nieprzeprowadzenie postępowania wyjaśniającego lub uzupełniającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp co do treści oświadczenia Odwołującego zawartego w pkt 8 Oferty podkryterium 1 i 2,

a w konsekwencji:

- dokonanie błędnej oceny ofert złożonych w postępowaniu i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę V. P. Sp. z o.o., z naruszeniem art. 91 ust. 1 i ust 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. przyznanie Odwołującemu dodatkowej punktacji w wysokości 30 punktów z tytułu posiadanego przez Projektanta Drogowego oraz Sprawdzającego branży drogowej dodatkowego doświadczenia przy opracowaniu min. 1 dokumentacji projektowej – „Projektu Budowlanego budowy lub rozbudowy dróg lub ulic klasy minimum G wraz z sygnalizacją świetlną na skrzyżowaniu”,
3. dokonania ponownej oceny złożonych ofert, z uwzględnieniem zastrzeżeń zgłoszonych w odwołaniu, z zachowaniem zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji,
4. uwzględnienia skutków ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w rankingu ofert

Ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia wniosków z pkt 3 powyżej, wnoszono o zobowiązanie Zamawiającego do wezwania Odwołującego się do złożenia, uzupełnienia, lub poprawienia dokumentów potwierdzających posiadane doświadczenie potencjału kadrowego lub do udzielania wyjaśnień w odpowiednim terminie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;

a nadto:

- o przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania, na okoliczność ich treści;
- o przesłuchanie przedstawiciela zarządu komplementariusza Lidera Konsorcjum,
- a także z ostrożności o powołanie biegłego z zakresu prawa budowlanego celem dokonania oceny, czy przedłożony projekt drogowy spełnia kryterium dodatkowego doświadczenia potencjału kadrowego.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 13 czerwca 2017 r., na dowód czego przedłożono otrzymane od Zamawiającego potwierdzenie odbioru. Zgodnie z brzmieniem art. 180 ust.2 pkt. 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 ustawy, odwołanie przysługuje między innymi na czynność Zamawiającego polegającą na określeniu warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął w dniu 9 czerwca 2017 r., w którym to dniu Zamawiający przesłał do Wykonawców drogą elektroniczną *Informację o Wyborze Oferty Najkorzystniejszej*. Uwzględniając powyższe, termin na wniesienie odwołania został dochowany. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący zaznaczył, że posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem w przypadku uwzględnienia wniosków wskazanych w petitum odwołania, Odwołujący, który uzyskał w toku dokonanej oceny ofert 70 pkt, w tym 0 pkt w kategorii potencjału kadrowego - uzyskałaby zamówienie. Prawidłowa ocena treści złożonej oferty, skutkująca przyznaniem Odwołującemu dodatkowych 30 pkt tytułem potencjału kadrowego (a w konsekwencji łącznej liczby punktów w wysokości 100 pkt), pozwoliłaby Odwołującemu na uzyskanie i realizację zamówienia.

W uzasadnieniu podniesiono, że z „Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej wraz z uzasadnieniem wyboru”, wynika, iż oferta Wykonawcy - V. P. Sp. z o. o. z siedzibą w P. uzyskała najwyższą łączną liczbę punktów w wyniku oceny ofert, stąd też została wybrana jako najkorzystniejsza dla realizacji zadania. Odwołujący nie zgadza się z wynikami dokonanej oceny.

Zamawiający w treści pkt 7.2 ppkt 3 lit B SIWZ określił następujące warunki udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej osób:

*„Wykonawca, musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się wykształceniem, kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca, na każdą funkcję wymienioną poniżej, wskaże osoby, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania:*

*1) osoba proponowana do pełnienia funkcji: Projektant Drogowy (Główny Projektant) - minimalna liczba osób: 1 - minimalne doświadczenie: doświadczenie przy opracowaniu min.*

*1 dokumentacji projektowej: Projekt Budowlany budowy lub rozbudowy dróg lub ulic klasy minimum G wraz z sygnalizacją świetlną na skrzyżowaniu, na stanowisku Projektanta Drogowego lub Sprawdzającego dokumentację branży drogowej;*

*2) osoba proponowana do pełnienia funkcji: Sprawdzający branży drogowej - minimalna liczba osób: 1 - minimalne doświadczenie: doświadczenie przy opracowaniu min. 1 dokumentacji projektowej: Projekt Budowlany budowy lub rozbudowy dróg lub ulic klasy minimum G wraz z sygnalizacją świetlną na skrzyżowaniu, na stanowisku Projektanta Drogowego lub Sprawdzającego dokumentację branży drogowej."*

Powyższy warunek dotyczył zarówno warunku udziału w postępowaniu, jak i uprawniał Wykonawcę do uzyskania dodatkowej punktacji w ramach kryterium oceny ofert. Co istotne, Zamawiający wskazał w treści SIWZ, że: „przez opracowanie dokumentacji projektowej rozumie się doprowadzenie do wystawienia Protokołu odbioru dokumentacji projektowej lub równoważnego dokumentu”.

W treści oferty Odwołujący wskazał, iż zapewnia w ramach kryterium „potencjał kadrowy” udział w realizacji zamówienia zarówno Projektanta Drogowego [Głównego Projektanta], jak i Sprawdzającego dokumentację branży drogowej, z wymaganym treścią ogłoszenia doświadczeniem, którzy przed dniem składania ofert opracowali co najmniej jedną dokumentację projektową - Projekt Budowlany budowy lub rozbudowy dróg lub ulic klasy minimum G wraz z sygnalizacją świetlną na skrzyżowaniu.

Jako potwierdzenie dodatkowego doświadczenia potencjału kadrowego Odwołujący wskazał na wykonaną na rzecz Zarządu Dróg Wojewódzkich w B. dokumentację projektową dla przedsięwzięcia „Przebudowa skrzyżowania drogi wojewódzkiej nr (...) z ul. (...) w km. 0+783 w m. C.” Dokumentacja ta została zgodnie z żądaniem Zamawiającego odebrana na podstawie protokołu zdawczo-odbiorczego z dnia 29.10.2015r. Stąd też zdaniem Odwołującego spełnił on wszystkie literalnie stawiane przez SIWZ warunki.

Zamawiający uznał jednak, bez wzywania odwołującego do jakichkolwiek wyjaśnień ani jakiegokolwiek analizy, czy ww. dokumentacja projektowa spełnia wymagania SIWZ, że był to projekt budowlany, w związku z czym Odwołującemu się nie przyznano punktów w ramach ww. kryterium. Nie wezwano także Wykonawcy do przedłożenia przykładowo ww. protokołu zdawczo-odbiorczego, ani też innych dokumentów potwierdzających prawidłowość wykazanego doświadczenia.

Zamawiający dokonał błędnej oceny oświadczenia Odwołującego zawartego w pkt 8 oferty podkryterium li 2, z naruszeniem ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert.

W pierwszej kolejności Odwołujący podniósł, że opracowana przez niego dokumentacja projektowa stanowi PROJEKT BUDOWLANY w rozumieniu art. 34 ustawy Prawo Budowlane i zawiera wszelkie prawem wymagane elementy opisane treścią Rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia

2012 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego. Dokumentacja ta dotyczyła przebudowy skrzyżowania drogi wojewódzkiej, kat G, wraz z sygnalizacją świetlną, co potwierdza Pismo Zarządu Dróg Wojewódzkich w B. z dnia 25 kwietnia 2017 r. Literalnie zatem Wykonawca spełnił wszystkie wymagania dla uzyskania dodatkowej punktacji. Projekt ten został prawidłowo wykonany i ukończony, co potwierdza protokół zdawczo-odbiorczy, oraz uzyskanie pozytywnych referencji poprzedniego Inwestora. Fakt, iż opracowana przez projektanta dokumentacja nie wymagała zatwierdzenia decyzją o pozwoleniu na budowę, pozostaje w sprawie absolutnie bez znaczenia. Zamawiający nie wymagał bowiem, by projekt budowlany był projektem zrealizowanym dla inwestycji wymagającej pozwolenia na budowę. Wręcz przeciwnie, wymagano jedynie wystawienia protokołu odbioru dokumentacji projektowej.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący wskazał, iż uwagi na fakt, iż pojęcie „dokumentacja projektowa” nie zostało zdefiniowane ani w ustawie Pzp, ani w ustawie Prawo Budowlane oraz, co istotne, nie zostało szczegółowo zdefiniowane przez Zamawiającego w treści dokumentacji przetargowej, uznać należy literalnie, iż Zamawiający powinien przyznać właściwą punktację za realizację jakiegokolwiek dokumentacji projektowej, obejmującej swym zakresem wykonanie projektu budowlanego budowy lub rozbudowy dróg lub ulic klasy minimum G wraz z sygnalizacją świetlną na skrzyżowaniu, jeżeli posiada prawem wymagane cechy projektu budowlanego.

Żaden przepis powszechnie obowiązującego prawa nie wymaga bowiem, by każdy projekt budowlany był zatwierdzony decyzją o pozwoleniu na budowę, więc Wykonawca nie mógł się domyślać, że Zamawiający takiego projektu oczekuje. Wręcz przeciwnie. Istnieją przedsięwzięcia budowlane, dla których także sporządza się projekty budowlane, pomimo, iż Inwestor nie jest zobligowany do uzyskania pozwolenia na budowę. Prawo budowlane przewiduje liczne wyjątki od zasady rozpoczęcia i prowadzenia robót budowlanych na podstawie decyzji o pozwoleniu na budowę. Dotyczą one sytuacji, w których dopuszczalne jest zgłoszenie właściwemu organowi administracji publicznej zamiaru przystąpienia do realizacji określonych robót budowlanych lub zastosowanie procedury, o której mowa w art. 29a, bądź też w ogóle nie jest wymagane ani pozwolenie na budowę, ani zgłoszenie. Przykładowo, zgodnie z treścią art. 30 ust. 1 i 2 Ustawy prawo budowlane, do zgłoszenia budowy albo przebudowy, o której mowa art. 29 ust. 1 pkt 1a, 2b i 19a lub art. 29 ust. 2 pkt 1b ww. ustawy, dołącza się także m.in. cztery egzemplarze projektu budowlanego wraz z opiniami, uzgodnieniami, pozwoleniami i innymi dokumentami wymaganymi przepisami szczególnymi oraz zaświadczeniem, o którym mowa w art. 12 ust. 7, aktualnym na dzień opracowania projektu; nie dotyczy to uzgodnienia i opiniowania przeprowadzanego w ramach oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko albo oceny oddziaływania przedsięwzięcia na obszar Natura 2000 (art. 33 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo budowlane).

Wskazana przez Odwołującego dokumentacja projektowa sporządzona także w 4 egzemplarzach służyła właśnie takiemu zgłoszeniu. Obecnie na jej podstawie realizowane są roboty budowlane.

Z ostrożności jedynie Odwołujący wyjaśnił, iż dokumentacja opracowana na potrzeby zadania nazwana została projektem budowlano - wykonawczym z tej tylko i wyłącznie przyczyny, że była bardziej szczegółowa i bardziej dokładna niż sam „projekt budowlany”. Zgodnie z treścią zawartej z Inwestorem umowy z dnia 15 czerwca 2015r., Odwołujący był bowiem dodatkowo zobowiązany do opracowania szczegółowych specyfikacji technicznych, kosztorysu inwestorskiego oraz przedmiaru robót, który nie jest obligatoryjnym elementem projektu budowlanego. Odwołujący wykazał się zatem doświadczeniem wyższym, niż wymagane treścią SIWZ. Opracował on bowiem nie tylko projekt budowlany, ale projekt budowlany i projekt wykonawczy. Potwierdzeniem powyższego stanowiska jest treść § 4 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, w którym to paragrafie wyraźnie podzielono wykaz przykładowych załączników dla dokumentacji projektowej - projektów budowlanych, wymagających pozwolenia na budowę, jak i dla dokumentacji projektowej - projektów budowlanych, wymagających jedynie zgłoszenia. Dokumentacja projektowa zgodnie z powyższym rozporządzeniem służy do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych. Składa się ona również z projektów wykonawczych, które powinny uzupełniać i uszczegółwiać projekt budowlany w zakresie i stopniu dokładności niezbędnym do sporządzenia przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, przygotowania oferty przez wykonawcę i realizacji robót budowlanych. Projekt wykonawczy, jest więc podstawowym składnikiem tzw. dokumentacji projektowej (wykonawczej), jako stanowiący uszczegółwienie rozwiązań zawartych w projekcie budowlanym.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący dodatkowo wskazał, że wymóg posiadania doświadczenia w treści SIWZ określony został nie tylko jako „kryterium oceny ofert”, lecz także jako „WARUNEK UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU”, co obligowało Zamawiającego do wszczęcia procedury uzupełniającej w przypadku stwierdzenia uchybień w wyszczególnionym zakresie.

Zgodnie bowiem z art. 26 ust 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym. Powyższy przepis statuuje bezwzględny



obowiązek Zamawiającego wezwania wykonawcy do uzupełnienia brakujących lub wadliwych dokumentów - przepis ten odnosi się do wszystkich dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a więc zarówno dokumentów potwierdzających spełnianie warunków „pozytywnych”, o których mowa w art. 22 ust 1 ustawy, jak i brak podstaw do wykluczenia z postępowania - niespełnienie warunków „negatywnych”, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy. W ocenie Odwołującego przepis ten powinien być stosowany również do oceny warunków otrzymania punktacji w ramach dodatkowego doświadczenia potencjału kadrowego Wykonawcy przy kryterium oceny ofert, jeżeli warunkują one jednocześnie warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący dodatkowo podniósł, iż opracowana przez Zamawiającego SIWZ od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego - jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych i przydzielania punktacji poszczególnym ofertom zgodnie z określonymi w niej zasadami. Jest to rozwiązanie, jakie wskazuje art. 701 § 3 K.c., zgodnie z którym „Organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu”. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to SIWZ można uznać za warunki przetargu w rozumieniu kodeksu cywilnego. Udostępnienie SIWZ jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i innych elementów wymienionych w SIWZ.

Wskazać należy, że obowiązkiem zamawiającego jest takie sporządzenie dokumentów postępowania, aby każdy z potencjalnych wykonawców już na etapie zapoznawania się z treścią ogłoszenia o zamówieniu, czy treścią SIWZ wiedział, jakie warunki udziału musi spełnić, aby mógł złożyć ważną ofertę oraz, aby uzyskał z treści SIWZ niezbędne informacje, jaki produkt oraz na jakich warunkach ma zaoferować, by spełnić wymagania zamawiającego w tym zakresie. Tym samym dokonany opis zarówno warunków udziału w postępowaniu, jak i opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania, a także opis przedmiotu zamówienia powinien być podany w sposób jasny i precyzyjny.

Wobec powyższego stwierdzić należy, że Zamawiający nie mógł nie przyznać Odwołującemu dodatkowego punktu z tytułu posiadanego doświadczenia projektanta z uwagi na fakt, iż wykonane przez niego opracowanie nie stanowiło projektu budowlanego w rozumieniu art. 34 ust 3 Prawa Budowlanego, w przypadku, w którym treść SIWZ nie zawierała wymogu posiadania doświadczenia w opracowaniu projektu zatwierdzonego pozwoleniem na budowę. Okoliczność, że Zamawiający zinterpretował - na potrzeby oceny ofert, sporny zapis odmiennie niż Odwołujący, który z kolei zastosował się do literalnego

brzmienia SIWZ, nie może rodzić dla Odwołującego negatywnych skutków. Takie stanowisko takie zostało wyrażone między innymi w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 maja 2010 r., (sygn. akt KIO 868/10), w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 grudnia 2016 (sygn. akt. KIO 2342/16), w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 20 marca 2007 roku (XIX Ga 80/07) oraz Zespołu Arbitrów z dnia 15 stycznia 2007 roku (UZP/ZO/0-10/07).

Podkreślić w tym miejscu należy, iż w zakresie warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy, w pkt 7.2 ppk.t 3 lit A Zamawiający wymagał wykazania, że w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy, w tym okresie, „opracowania 1 lub 2 dokumentacji projektowych, każda zawierająca: Projekt Budowlany, na podstawie którego uzyskano PnB lub ZRID i projekt wykonawczy, w zakresie budowy lub rozbudowy drogi lub ulicy klasy minimum G o łącznej długości 1.0 km”. Brak sformułowania tożsamy wymagań w zakresie kryterium zdolności technicznej lub zawodowej osób zdaje się potwierdzać, że Zamawiający nie wymagał, by doświadczenie wskazane w pkt B także zostało objęte pozwoleniem na budowę. W sytuacji bowiem, w której intencją Zamawiającego byłoby przyznanie dodatkowych punktów za wykonanie przez projektanta projektu budowlanego podlegającego zatwierdzeniu pozwoleniem na budowę, treść warunku powinna także powoływać się na wymóg uzyskania ww. pozwolenia. Z uwagi zatem na fakt, iż jedynie precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie, jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ocena oferty na podstawie kryteriów nie wyrażonych w SIWZ w sposób istotny naruszyła treść art. 7 z zw. art. 91 ust. 1 w związku z art. 91 ust. 2d ustawy Pzp.

Odwołujący dodatkowo zarzuca, że w przypadku powzięcia przez Zamawiającego uzasadnionych wątpliwości co do poprawności dokonanego przez Oferenta opisu wymaganego doświadczenia Zamawiający winien, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócić się do Wykonawcy o wyjaśnienie treści złożonej przez niego oferty. Instytucja ta, mająca na celu wyjaśnianie treści ofert, a także eliminowanie ich wewnętrznych sprzeczności (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 marca 2014 r., sygn. akt KIO 439/14), powinna być stosowana w każdym przypadku, w którym w treści oferty znajdują się jakiegokolwiek sprzeczności i niejasności, które uniemożliwiają jej bezsporną ocenę. W sytuacji, w której w jednym piśmie ZDW Bydgoszcz potwierdziło spełnienie spornego warunku, a w drugim zanegowało, uznając, że wykonany projekt nie jest projektem budowlanym w rozumieniu Prawa budowlanego, zasadnym i koniecznym było zastosowanie procedury, o której mowa w art. 87 ust 1 Pzp. Zaniechanie przez Zamawiającego wyjaśniania wątpliwości odnoszących się do treści złożonej oferty pozbawiło Odwołującego możliwości ustosunkowania się do

rozbieżności oraz udowodnienia, że wskazane doświadczenie odpowiada treści SIWZ. O zasadności wzywania wykonawców do składania wyjaśnień, czy też poprawiania w ofercie omyłek świadczy również i to, że trudno byłoby w świetle zasad doświadczenia życiowego uznać za racjonalne działanie wykonawcy polegające na świadomym złożeniu oferty, której treść nie będzie odpowiadała treści SIWZ.

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, odwołanie jest zasadne i zasługuje na pełne uwzględnienie.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska Stron postępowania odwoławczego oraz dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, którego oferta w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania może zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. Taki wykonawca (kwestionujący czynność nieprawidłowego ocenienia jego oferty) będzie miał potencjalnie możliwość uzyskania zamówienia, jeżeli jego oferta okaże się ważna i sam nie będzie podlegał wykluczeniu z postępowania, poprzez czynność ponownej oceny ofert.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden inny wykonawca.

***Izba ustaliła, że:***

Z rozdziału 7 SIWZ Warunki udziału w postępowaniu wynikało, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają Warunki dotyczące zdolności technicznej i zawodowej, tj. w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert (...), opracował 1 lub 2 dokumentacje projektowe każda zawierająca: Projekt budowlany, na podstawie którego uzyskano PnB lub ZRID i projekt wykonawczy, w zakresie budowy lub rozbudowy drogi lub ulicy klasy minimum G o łącznej długości 1,0 km. Przez pojęcie „dokumentacja projektowa” Zamawiający rozumiał, że wykonawca doprowadził do wystawienia Protokołu odbioru lub równoważnego dokumentu.

W przypadku warunku dotyczącego osób Zamawiający wymagał, aby Wykonawca, wskazał osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się wykształceniem, kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca, na każdą funkcję wymienioną poniżej, wskaże

osoby, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania:

1) osoba proponowana do pełnienia funkcji: Projektant Drogowy (Główny Projektant) - minimalna liczba osób: 1 - minimalne doświadczenie: doświadczenie przy opracowaniu min. 1 dokumentacji projektowej: Projekt Budowlany budowy lub rozbudowy dróg lub ulic klasy minimum G wraz z sygnalizacją świetlną na skrzyżowaniu, na stanowisku Projektanta Drogowego lub Sprawdzającego dokumentację branży drogowej;

2) osoba proponowana do pełnienia funkcji: Sprawdzający branży drogowej - minimalna liczba osób: 1 - minimalne doświadczenie: doświadczenie przy opracowaniu min. 1 dokumentacji projektowej: Projekt Budowlany budowy lub rozbudowy dróg lub ulic klasy minimum G wraz z sygnalizacją świetlną na skrzyżowaniu, na stanowisku Projektanta Drogowego lub Sprawdzającego dokumentację branży drogowej.

Przez pojęcie „opracowanie dokumentacji projektowej” Zamawiający rozumiał, że wykonawca doprowadził do wystawienia Protokołu odbioru dokumentacji projektowej lub równoważnego dokumentu.

Przez opracowanie projektu nie należało rozumieć opracowania aktualizacji lub optymalizacji projektu.

Zamawiający przewidział prowadzenie postępowania z zastosowaniem odwróconej procedury oceny ofert.

Zamawiający wyznaczył następujące kryteria oceny ofert: cena (waga - 60 pkt) oraz potencjał kadrowy (waga – 30 pkt) okres rękojmi (waga 10 pkt). Drugie z kryteriów rozpatrywane było na podstawie zadeklarowanych przez Wykonawcę w Formularzu „Potencjał kadrowy” opracowań projektowych i podzielone zostało na dwa podkryteria. W ramach 1 podkryterium można było uzyskać 15 pkt za wykazanie wykonania min. 1 dokumentacji projektowej, ponad wymagania określone w Potencjale kadrowym, w zakresie projektu budowlanego budowy lub rozbudowy dróg lub ulic klasy minimum G wraz z sygnalizacją świetlną na skrzyżowaniu, na stanowisku Projektanta Drogowego lub Sprawdzającego dokumentację branży drogowej przez osobę wskazaną w potencjale kadrowym na stanowisko Projektanta drogowego. W przypadku drugiego podkryterium można było uzyskać 15 pkt za wykazanie wykonania min. 1 dokumentacji projektowej, ponad wymagania określone w Potencjale kadrowym, w zakresie projektu budowlanego budowy lub rozbudowy dróg lub ulic klasy minimum G wraz z sygnalizacją świetlną na skrzyżowaniu, na stanowisku Projektanta Drogowego lub Sprawdzającego dokumentację branży drogowej przez osobę wskazaną w potencjale kadrowym na stanowisko Sprawdzającego.

Odwołujący w formularzu ofertowym dla wyznaczonych kryteriów oceny wskazał, że wykonał pracę „Opracowanie dokumentacji projektowej na przebudowę skrzyżowania drogi nr (...) z ul. (...) w km 0-783 w m. C.”.

W dniu 12 kwietnia 2017 roku Zamawiający zwrócił się do Zarządu Dróg Wojewódzkich w B. z pytaniem czy wskazane przez Odwołującego przedsięwzięcie było zadaniem w zakresie którego wykonano projekt budowlany budowy lub rozbudowy dróg lub ulic klasy minimum G wraz z sygnalizacją świetlną na skrzyżowaniu. Zarząd Dróg odpowiedział, że wskazywane przedsięwzięcie było zadaniem realizowanym na podstawie dokumentacji: „Projekt budowlano-wykonawczy – Przebudowy skrzyżowania drogi nr (...) z ul. (...) w km 0+783 w m. C., klasa drogi G wraz z sygnalizacją świetlną. Następnie Zamawiający prosił Zarząd dróg o doprecyzowanie, czy w ramach tej dokumentacji Odwołujący wykonał projekt budowlany w rozumieniu Prawa budowlanego. Zamawiający uzyskał odpowiedź, że wykonany projekt nie był projektem budowlanym w rozumieniu Prawa Budowlanego art. 34 pkt 3. Projekt ten nie podlegał zatwierdzeniu w decyzji o pozwoleniu na budowę.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie w części zasługiwało na uwzględnienie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zaznaczał, że praca referencyjna wskazana przez Odwołującego nie spełniała wymagań SIWZ, ponieważ dokumentacja projektowa nie była projektem budowlanym dróg lub rozbudowy drogi oraz że dotyczyła przebudowy skrzyżowania. Tym samym Zamawiający rozszerzył powody, dla których nie przyznał Odwołującemu punktów w procesie badania i oceny ofert. W przekazanej Odwołującemu informacji o wyniku postępowania jasno sprecyzowano, iż zadanie referencyjne nie zasługuje na dodatkową punktację, ponieważ nie jest projektem budowlanym. Natomiast po wniesieniu odwołania argumentacja Zamawiającego dotyczyła zupełnie innych elementów pracy wskazanej przez Odwołującego. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nie kwestionował zakresu przedmiotowego pracy, nie zaznaczył nigdzie, iż punkty nie mogą być przyznane, ponieważ pojęcie „przebudowa” nie mieści się w pojęciach użytych w SIWZ, to jest „budowa” lub „rozbudowa”. Dostrzeżenia także wymaga, iż prowadząc postępowanie wyjaśniające odnośnie zakresu przedmiotowego pracy referencyjnej Zamawiający nie odwoływał się do tego elementu załączonych referencji. Wydaje się, że Zamawiający wnikał bardziej czy wykonane prace spełniały definicję projektu

budowlanego z ustawy Prawo budowlane. Z odpowiedzi na odwołanie wynika natomiast, że Zamawiający nie akceptował referencji, ponieważ zakres budowy lub rozbudowy jest zasadniczo odmienny od zakresu przebudowy i wykracza poza istniejący pas drogowy, podczas gdy przebudowa wykonywana jest w ramach istniejącego pasa drogowego. Zauważyć należy, iż to informacja o wyniku postępowania przekazana wykonawcom determinuje zakres wnoszonego środka ochrony prawnej. Na podstawie posiadanych od Zamawiającego danych korzystający z prawa do wniesienia odwołania wykonawca formułuje zarzuty uzasadniając je merytorycznie i przypisuje im odpowiednią normą prawną.

Choć Zamawiający wyznaczył jasne i obiektywne kryteria oceny ofert, to tej jasności zabrakło przy przekazaniu Odwołującemu powodów nieprzyznania dodatkowej punktacji. Dopiero bowiem w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wyłuszczył szczegółowo powody, dla których wskazanego zdania nie uznał za spełniające wymogi SIWZ. Stwierdzenie w informacji o wyniku postępowania, że zadanie wskazane przez Odwołującego nie było projektem budowlanym w rozumieniu art. 34 ustawy Prawo budowlane jest stwierdzeniem lakonicznym, nie mówi o rzeczywistych powodach takiej decyzji, tym bardziej, że kryterium oceny potencjału kadrowego nie odnosiło się do rozumienia „projektu budowlanego” w ujęciu ustawy Prawo budowlane. Tymczasem Zamawiający prowadząc postępowanie wyjaśniające i przedstawiając wynik oceny ofert na tym właśnie aspekcie skoncentrował właśnie swoje wątpliwości w odniesieniu do zadania wskazanego przez Odwołującego. Odwołujący wnosząc odwołanie przedstawił argumentację, która udowodnić miała, iż wskazane zadanie spełniało wymogi projektu budowlanego. Odwołujący nie mógł jednak polemizować z twierdzeniami o zakresie i różnicach między budową, rozbudową a przebudową, bo argumenty ten wykraczałyby poza zarzuty odwołania, a Izba, zgodnie z art. 192 ustawy Pzp, związana jest zakresem zarzutów odwołania i nie może wydać orzeczenia wychodzącego poza wskazane podstawy faktyczne i prawne.

Z tych powodów Izba uznała, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie. Zamawiający winien kolejny raz przeprowadzić proces badania i oceny ofert oraz dokonać przyznania punktacji poszczególnym ofertom zgodnie z wyznaczonymi kryteriami oceny.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający może, ale nie musi skorzystać z przywołanej regulacji. Zamawiający może zwrócić się do wykonawcy lub też podmiotów trzecich o wyjaśnienie jego wątpliwości dotyczących treści oferty. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wystąpił o dodatkowe informacje do Zarządu Dróg Wojewódzkich w B., czyli podmiotu na rzecz którego wykonywane było zadanie referencyjne. Takie postępowanie należy uznać za prawidłowe. Jednocześnie podkreślić należy, iż nie było obowiązkiem Zamawiającego zwracanie się równocześnie do wykonawcy

o złożenie wyjaśnień. W tym przypadku wątpliwości Zamawiającego dotyczyły pracy wymienionej przez wykonawcę celem uzyskania dodatkowych punktów w procesie wyboru oferty najkorzystniejszej. To zadaniem wykonawcy było więc takie ukształtowanie treści oferty, aby Zamawiający miał możliwość oceny, czy dana praca zasługuje na dodatkowe punkty w ramach ustalonego kryterium. W przypadku, kiedy korzystanie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy elementów oferty podlegających dodatkowej ocenie, Zamawiający musi być bardzo ostrożny, ponieważ wyjaśnienia treści złożonej oferty nie mogą prowadzić do jakichkolwiek zmian w złożonej ofercie, nie mogą uzupełniać treści takiej oferty, przyznanie punktów na podstawie ustalonych kryteriów musi opierać się o informacje pierwotnie zamieszczone w ofercie. Możliwy więc zakres udzielanych wyjaśnień w takim przypadku jest bardzo wąski, co jednocześnie gwarantuje przestrzeganie zasady równego traktowania wykonawców i zachowania zasad uczciwej konkurencji przy ocenie oferty.

Izba zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż swoimi czynnościami i zaniechaniami nie naruszył on art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem procedury odwróconej, co oznacza, iż najpierw następuje ocena merytorycznej warstwy ofert, przyznanie im punktacji i stworzenie rankingu ofert, po czym wykonawca którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza wzywany jest do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Dopiero gdyby okazało się, że wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25aust. 1 ustawy Pzp, lub złożone oświadczenie jest niekompletne, zawiera błędy lub budzi wątpliwości, możliwe jest zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Myli się Odwołujący twierdząc, że z racji uczynienia dodatkowym kryterium oceny posiadanego doświadczenia potencjału kadrowego wykonawcy (który jest jednocześnie warunkiem udziału w postępowaniu) możliwe jest wezwanie wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających doświadczenie potencjału kadrowego w ramach art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Można wyobrazić sobie taką sytuację, gdzie poziom doświadczenia zawodowego potencjału kadrowego wykonawcy będzie zarówno kryterium oceny ofert, jak i warunkiem udziału w postępowaniu. Może zdarzyć się, że za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która w takim kryterium uzyska 0 punktów (choćby z powodu nieprawidłowości w złożonych dokumentach) ale przewagę dadzą jej inne oceniane elementy oferty (np. cena). Wówczas taki wykonawca wezwany przez Zamawiającego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków podmiotowych dla posiadanego doświadczenia powołujący się na to samo doświadczenie oceniane w ramach kryterium, może być wezwany do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy

Pzp. Takie wezwanie jednak nie będzie miało wpływu na ranking wykonawców. Nie jest natomiast możliwa sytuacja odwrotna, gdy wykonawca, który nieprawidłowo przedstawił potencjał kadrowy do oceny w ramach punktacji będzie jeszcze przed ustaleniem rankingu mógł naprawić ten błąd w ofercie.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie zasługiwały na uwzględnienie.

Odwołanie podlegało jednak uwzględnieniu z uwagi na potwierdzenie się zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ust. w związku z art.91 ust. 2d i art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami), tj. stosownie do wyniku postępowania, przyznając koszty postępowania Stronie Odwołującej, w tym koszty wpisu od odwołania, zastępstwa procesowego oraz koszty dojazdu.

**Przewodniczący:**