

Sygn. akt: KIO 388/18

WYROK
z dnia 9 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Zuzanna Idzkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2018 r. przez **Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych „Inwest-Projekt” Sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Wrocławski Teatr Współczesny im. Edmunda Wiercińskiego z siedzibą we Wrocławiu,**

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych „Inwest-Projekt” Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Wrocławski Teatr Współczesny im. Edmunda Wiercińskiego – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę pełnienia funkcji Inwestora Zastępczego dla inwestycji *Termomodernizacja budynku WTW we Wrocławiu - Remont i przebudowa budynku Wrocławskiego Teatru Współczesnego wraz z termomodernizacją i podniesieniem efektywności energetycznej.*

W dniu 27 lutego 2018 r. wykonawca Invest-Projekt Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec oceny złożonej przez niego oferty oraz wobec wyboru oferty Konsorcjum: Biuro Inwestorskie J. R., Biuro Inwestorskie Sp. z o.o. (dalej: Konsorcjum Biuro Inwestorskie) jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający ocenił oferty niezgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz z dokumentacją przetargową, w szczególności w zakresie oceny w kryterium doświadczenia zespołu wykonawców, co w konsekwencji doprowadziło do zaniżenia punktacji dla Odwołującego, przy jednoczesnym zawyżeniu punktacji dla wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał, że 22 lutego 2018 r. otrzymał od Zamawiającego informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Biuro Inwestorskie. Ocena ofert wg tej informacji przedstawiała się następująco:

Wykonawca	Liczba punktów za kryterium cena (60%)	Liczba punktów za kryterium doświadczenie zespołu (40%)	Suma punktów
Odwołujący	60 pkt	52 pkt	112 pkt
Konsorcjum Biuro Inwestorskie	58 pkt	56 pkt	114 pkt

Odwołujący wskazał, że bezspornym jest, że złożył ofertę najkorzystniejszą cenowo, uzyskując w tym kryterium przewagę punktową do konkurencyjnego wykonawcy w stosunku 60 pkt do 58 pkt. Podniósł natomiast, że Zamawiający błędnie przyznał punktację za doświadczenie zawodowe zespołu wykonawców, zarówno nie przyznając odpowiedniej punktacji Odwołującemu, jak i bezprawnie zawyżając punktację wybranemu wykonawcy.

W ocenie Odwołującego niezrozumiałe jest nieuznanie przez Zamawiającego doświadczenia członka zespołu pani A. Ś. (specjalisty ds. projektów unijnych). Warunkiem określony w tym zakresie przez Zamawiającego brzmiał: *osoba ta powinna udokumentować*

udział przy rozliczeniu co najmniej 1 projektu unijnego o wartości co najmniej 6.000.000 zł brutto. Zdaniem Odwołującego z przedstawionych przez niego dokumentów jasno wynika, że pani A. Ś. rozliczała dwa zadania unijne, z których każde przekraczało wartość 6.000.000 zł brutto. W dokumentacji przetargowej znajdują się referencje/protokoły odbioru końcowego dla tych dwóch zadań. Ponadto Odwołujący zarzucił Zamawiającemu błędne ocenienie pozostałych przedstawionych przez niego członków zespołu eksperckiego i podniósł, że wszystkie przedstawione jako doświadczenie tych osób zadania inwestycyjne spełniają warunki określone w SIWZ.

W ocenie Odwołującego niezgodnie z przepisami ustawy oraz dokumentacją przetargową Zamawiający ocenił ofertę Konsorcjum Biuro Inwestorskie, które nie udokumentowało doświadczenia dla poszczególnych ekspertów swojego zespołu ani nie przedstawiło referencji czy protokołów odbioru końcowego lub innych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Co więcej, Zamawiający na etapie postępowania przetargowego nie wezwał tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień ani do przedstawienia dowodów potwierdzających takie doświadczenie (co było wymagane przez SIWZ). Pomimo to, Zamawiający ocenił doświadczenie poszczególnych członków zespołu tego wykonawcy, przyznając im największą liczbę punktów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ewentualnie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej 21 lutego 2018 r.

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

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Izba nie dopuściła do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Konsorcjum: Biuro Inwestorskie J. R., Biuro Inwestorskie Sp. z o.o., z uwagi na zgłoszenie przystąpienia po upływie terminu określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Izba ustaliła bowiem, że termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 5 marca br. W tym dniu ww. Konsorcjum przekazało Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia za pośrednictwem faksu, natomiast w formie wymaganej przepisem art. 185 ust. 2 ustawy Pzp (w formie pisemnej) zgłoszenie przystąpienia wpłynęło do Prezesa Izby dopiero 7 marca br.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z punktem 5.3 SIWZ Zamawiający w ramach warunków udziału w postępowaniu wymagał od wykonawców dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które będą skierowane przez wykonawcę do realizacji zamówienia, tj.:

1. osobą pełniącą funkcję kierownika projektu – mogącą wykonywać samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, posiadająca uprawnienia budowlane, co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe licząc od dnia uzyskania uprawnień, oraz doświadczenie w kierowaniu zespołem osób prowadzącymi nadzór budowlany przy 1 robocie budowlanej o wartości co najmniej 6 000 000 zł brutto.
2. osobami mogącymi wykonywać samodzielne funkcje techniczne w budownictwie posiadającymi uprawnienia budowlane, co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe, licząc od daty uzyskania uprawnień budowlanych, w pełnieniu funkcji inspektorów nadzoru inwestorskiego w następujących w specjalnościach: 1) konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń; 2) instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń; 3) instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń sanitarnych, w tym instalacji wentylacyjnych, grzewczej i gazowych bez ograniczeń – 2 osoby, osobno dla instalacji wentylacji i klimatyzacji oraz instalacji grzewczej.
3. specjalistą ds. oświetlenia scenicznego – osoba ta powinna mieć uprawnienia, jeśli są wymagane, do projektowania, kierowania i nadzoru nad robotami związanymi z instalacją oświetlenia scenicznego oraz udokumentowany udział przy kierowaniu 1 robotą polegającą na dostawie i montażu oświetlenia scenicznego dla budynku z salą widowiskową dla co najmniej 200 osób.
4. specjalistą ds. instalacji fotowoltaicznej – osoba ta powinna mieć uprawnienia, jeśli są wymagane, do projektowania, kierowania i nadzoru nad robotami związanymi z instalacją fotowoltaiczną oraz udokumentowany udział przy kierowaniu 1 robotą przy dostawie i montażu instalacji fotowoltaicznej dla budynku o powierzchni zabudowy co najmniej 1000 m².
5. specjalistą ds. montażu systemu zarządzania energią w oparciu o technologie informacyjno-telekomunikacyjne, osoba ta powinna mieć uprawnienia, jeśli są wymagane, do projektowania, kierowania i nadzoru nad robotami związanymi z montażem systemu i udokumentowany udział przy 1 robocie polegającej na montażu systemu zarządzania energią w budynku o kubaturze co najmniej 10 000 m³.

6. specjalistą ds. realizacji projektów unijnych – osoba ta powinna udokumentować udział przy rozliczeniu co najmniej 1 projektu unijnego o wartości co najmniej 6 000 000 zł brutto.

Zgodnie z punktem 6 SIWZ (Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia) ppkt 5, Zamawiający na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w powyższym zakresie żądał złożenia wykazu osób, zgodnego ze wzorem zamieszczonym w załączniku nr 4 do SIWZ, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, spełniających wymagania określone w punkcie 5.3 SIWZ wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacji o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wykonawca na wezwanie zamawiającego będzie musiał przedstawić dokumenty, o których mowa w załączniku nr 4 do SIWZ potwierdzające dysponowanie tymi osobami (zobowiązania podmiotów trzecich do oddania osób do dyspozycji/zobowiązanie do podjęcia się pełnienia funkcji/umów o pracę).

We wzorze Formularza ofertowego (załącznik nr 2 do SIWZ) Zamawiający w pkt 2 wymagał oświadczenia wykonawcy co do doświadczenia poszczególnych członków zespołu, żądając podania opisu i zakresu robót, daty rozpoczęcia i zakończenia zadania, wartości brutto oraz danych zamawiającego.

W punkcie 14 SIWZ (Kryteria wyboru i sposób oceny ofert oraz udzielenie zamówienia) Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert: cena – waga 60%, doświadczenie zespołu – waga 40%. W odniesieniu do doświadczenia specjalisty ds. realizacji projektów unijnych Zamawiający wskazał w punkcie 14.8 SIWZ, że wykonawca otrzyma punkty jeśli *wykaże, że osoba ta poza spełnianiem warunków udziału w postępowaniu posiada udokumentowany udział przy rozliczeniu więcej niż 1 projektu unijnego o wartości co najmniej 6 000 000 zł brutto. Za każdą inwestycję otrzyma 10 punktów, max 20 punktów.* Analogicznie Zamawiający określił sposób przyznawania punktów za doświadczenie pozostałych członków zespołu.

Odwołujący podał jako specjalistę ds. realizacji projektów unijnych panią A. Ś., wskazując w Formularzu ofertowym (str. 24-27 oferty) oraz w wypełnionym załączniku nr 4 do SIWZ następujące doświadczenie tej osoby:

- 1) Przebudowa i termomodernizacja obiektów Teatru Dramatycznego im. Jerzego Szaniawskiego w Wałbrzychu przy pl. Teatralnym 1, 2, 3 w ramach projektu pn. Modernizacja Teatru Dramatycznego im. Jerzego Szaniawskiego w Wałbrzychu, wartość 8.939.720,38 zł brutto,

- 2) Restrukturyzacja lewobrzeżnej części miasta Dzierżoniowa – obszaru aktywności gospodarczej w ramach Priorytetu I – Rozbudowa i modernizacja infrastruktury służącej wzmocnieniu konkurencyjności regionów Zintegrowanego Programu Operacyjnego Rozwoju Regionalnego 2004-2006, wartość 13.073.374,21 zł brutto, w tym wydatki kwalifikowalne 11.410.153,74 zł brutto.

Zamawiający uznał, że pierwsza z ww. inwestycji wykazuje spełnianie warunku udziału w postępowaniu, a druga z nich jest podstawą do przyznania 10 pkt w ramach kryterium oceny ofert.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących oceny oferty Odwołującego w pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że przedmiotem oceny Izby mógł być tylko zarzut dotyczący punktacji przyznanej za doświadczenie specjalisty ds. realizacji projektów unijnych, tylko bowiem w tym zakresie zarzut został sformułowany dostatecznie precyzyjnie. W odniesieniu do pozostałych członków zespołu Odwołujący wskazał jedynie, że podnosi „podobny” zarzut oraz że *jest błędne uznanie, a w tym ocenienie, pozostałych członków zespołu eksperckiego wykonawcy*. Nie wiadomo przy tym, do których konkretnie członków zespołu odnosi się ten „podobny” zarzut ani jakie są jego podstawy faktyczne i okoliczności mające potwierdzać jego zasadność. Podkreślić należy, że zakres rozstrzygnięcia Izby, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem zarzuty odwołania muszą być skonkretyzowane, a Izba nie może wyznaczać ich granic z zastępstwem Odwołującego. Niewystarczające jest określenie w odwołaniu czynności lub zaniechania Zamawiającego, treść i zakres zarzutu wyznaczają bowiem okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy. Niewystarczające jest ogólne twierdzenie o wystąpieniu określonego rodzaju nieprawidłowości, ale konieczne jest określenie ich zakresu faktycznego. Oznacza to zatem obowiązek odniesienia się do elementów stanu faktycznego, zawartości oferty, w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.

Odnosząc się do punktacji przyznanej ofercie Odwołującego za doświadczenie specjalistę ds. realizacji projektów unijnych, stwierdzić należy, że zarzut w tym zakresie nie ma żadnego oparcia w postanowieniach SIWZ. Zauważyć należy, że Zamawiający wskazał jednoznacznie w punkcie 14.8 SIWZ, że warunkiem udziału w postępowaniu jest dysponowanie specjalistą ds. realizacji projektów unijnych, mającym doświadczenie w rozliczeniu co najmniej 1 projektu unijnego o wartości co najmniej 6 mln zł brutto, natomiast punkty w ramach kryterium oceny ofert wykonawca otrzyma za dodatkowe (tj.

przekraczające minimum wymagane w ramach warunków udziału w postępowaniu) doświadczenie tej osoby. Świadczy o tym jednoznaczne wskazanie w opisie kryterium, że punktowane będzie doświadczenie *poza spełnianiem warunków udziału w postępowaniu*. Wbrew twierdzeniom Odwołującego postanowienia SIWZ nie pozostawiają w tym zakresie żadnego pola do odmiennej interpretacji, ich brzmienie jest jasne i precyzyjne. Trudno natomiast zrozumieć stanowisko Odwołującego, który domagał się przyznania dodatkowych punktów, nie potrafiąc jednocześnie wyjaśnić, na jakiej podstawie Zamawiający miałby przyznać punkty również za doświadczenie, które potwierdza warunek udziału w postępowaniu. Stanowisko Odwołującego wskazuje, że nie dostrzega on odrębności między spełnianiem warunków podmiotowych, a oceną ofert w ramach kryteriów pozacenowych.

Należy więc stwierdzić, że skoro Odwołujący wskazał, że osoba proponowana do funkcji specjalisty ds. realizacji projektów unijnych posiada doświadczenie w dwóch inwestycjach o wartości powyżej 6 mln zł, to jedna z tych inwestycji potwierdzała spełnianie warunku udziału w postępowaniu, za drugą natomiast przysługiwało 10 pkt w ramach kryteriów oceny ofert. Tak też oferta Odwołującego została oceniona. Odwołujący mógłby otrzymać – tak jak się tego domagał – 20 pkt za doświadczenie specjalisty ds. realizacji projektów unijnych wyłącznie w sytuacji, gdyby wykazał doświadczenie w jednej inwestycji na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz dwóch innych, podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. Nie było natomiast żadnych podstaw do przyznania 20 pkt w sytuacji, gdy Odwołujący wskazał doświadczenie pani A. Ś. przy modernizacji Teatru Dramaturgicznego w Wałbrzychu zarówno celem potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu (pkt 5.3 SIWZ), jak i w celu wykazania doświadczenia podlegającego punktacji w ramach kryterium doświadczenia zespołu.

Nie zasługują również na uwzględnienie zarzuty dotyczące oceny oferty Konsorcjum: Biuro Inwestorskie J. R., Biuro Inwestorskie Sp. z o.o., a dotyczące nieudokumentowania doświadczenia poszczególnych członków zespołu.

Stosownie do art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, 3) brak podstaw wykluczenia – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

W świetle powyższego przepisów wykonawca zobowiązany był złożyć na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu takie dokumenty, jakie

Zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ. Dokumentem takim w niniejszej sprawie był wykaz osób, Zamawiający nie żądał innych dokumentów, w tym referencji czy protokołów odbioru. Podobnie, Zamawiający nie żądał żadnych innych dokumentów, poza oświadczeniem w Formularzu ofertowym, na potwierdzenie podlegającego ocenie doświadczenia członków zespołu.

Konsorcjum: Biuro Inwestorskie J. R., Biuro Inwestorskie Sp. z o.o. przedstawiło dokumenty wymagane przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ, wobec czego brak jest podstaw do odmowy przyznania punktów z powodu niezłożenia dokumentów niewymaganych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ. Odwołujący nie wykazał, aby informacje przedstawione w tym wykazie były nieprawdziwe, nie potrafił również wskazać, z czego wywodzi obowiązek przedłożenia innych niż wykaz osób dokumentów. Okoliczność, że Odwołujący takie dodatkowe dokumenty złożył w żadnej mierze nie świadczy o istnieniu takiego obowiązku po stronie wykonawców, zakres wymaganych dokumentów określa bowiem treść ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 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 z późn. zm.).

Przewodniczący: