

WYROK
z dnia 15 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lutego 2021 r. przez wykonawcę **Novum Stone Expert sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Katowicach, ul. Kredytowa 9; 40-562 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Katowice, ul. Młyńska 4; 40-098 Katowice**, przy udziale wykonawcę **ZRDITZ "ROMUS" J. M., M. R. sp. j. w Katowicach, ul. Roździeńska 27B; 40-389 Katowice**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ZRDITZ "ROMUS" J. M., M. R. sp. j. w Katowicach, ul. Roździeńska 27B; 40-389 Katowice** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Novum Stone Expert sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Katowicach, ul. Kredytowa 9; 40-562 Katowice**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **ZRDITZ "ROMUS" J. M., M. R. sp.j . w Katowicach, ul. Roździeńska 27B; 40-389 Katowice** na rzecz wykonawcy **Novum Stone Expert sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Katowicach, ul. Kredytowa 9; 40-562 Katowice** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) 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

Zamawiający – Miasto Katowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Część I - Budowa drogi dla rowerów dla połączenia strefy „TEMPO 30” z węzłem przesiadkowym Brynów Pętla w Katowicach w ramach zadania inwestycyjnego: „Katowicka Infrastruktura Rowerowa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 21 grudnia 2020 r., pod nr 769963-N-2020.

Dnia 3 lutego 2021 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 8 lutego 2021 roku wykonawca Novum Stone Expert sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Katowicach (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań podjętych przez zamawiającego, w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie podania podstawy faktycznej i prawnej uzasadnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, które spowodowało naruszenie zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zasady jawności,
2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez dokonanie oceny oferty odwołującego w sposób niezajdujący oparcia w zapisach s.i.w.z., co stanowiło naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a czego konsekwencją było zaniżenie punktacji oferty odwołującego i bezpodstawny wybór, jako najkorzystniejszej oferty ZRDiTZ Romus J. M., M. R. sp. j.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, a złożona przez niego oferta uplasowała się na trzeciej pozycji w rankingu ofert W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania zamawiającego odwołujący otrzymałby dodatkowe punkty w pozacenowym kryterium oceny ofert - tj. doświadczenia kierownika budowy skierowanego do realizacji zamówienia. Odwołujący w ofercie oświadczył, że dysponuje kierownikiem budowy, który nadzorował minimum trzy inwestycje punktowane w ramach omawianego

kryterium. Suma punktów jaką powinna uzyskać oferta odwołującego w tym kryterium to 100, w miejsce przyznanych 60. W przypadku przyznania prawidłowej liczby punktów oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą, co umożliwiłoby odwołującemu zawarcie umowy i wykonanie zamówienia. Powyższe stanowi zatem wystarczającą przesłankę do uznania, że na skutek nieprawidłowości zamawiającego odwołujący może ponieść szkodę, a to uprawnia odwołującego do skorzystania ze środków ochrony prawnej, zgodnie z art. 505 nPzp.

Odwołujący wskazał, iż na podstawie art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, wszelkie czynności związane z wyborem najkorzystniejszej oferty muszą zostać uzasadnione przez zamawiającego zarówno pod względem faktycznym, jak i prawnym. Przede wszystkim, w każdym przypadku wykonawcy powinni mieć możliwość prześledzenia procesu decyzyjnego zamawiającego, a zatem wiedzieć, na jakiej podstawie ich własna oferta czy też oferta konkurencji została oceniona w dany sposób. W postępowaniu zamawiający informując o przyznanej punktacji i wyborze oferty najkorzystniejszej ograniczył się do wskazania liczby punktów przyznanych każdemu z wykonawców w obu kryteriach (cenowym i pozacenowym). Nie poinformował natomiast dlaczego punktacja w kryterium pozacenowym była taka, jak podano w decyzji z dnia 3 lutego 2021 r. Na jej podstawie wykonawcy nie mogli ustalić, które ze wykazanych w ofercie inwestycji nadzorowanych przez kierownika skierowanego do realizacji zamówienia, zostały przez zamawiającego uwzględnione (punktowane), a które nie. Tym samym prawo wykonawców do poznania podstaw rozstrzygnięcia zamawiającego zostało ograniczone, podobnie jak prawo do odwołania się od decyzji zamawiającego. Brak pełnego uzasadnienia podejmowanych decyzji powoduje, że odwołanie wnoszone jest do pewnego stopnia „na oślep”, z koniecznością dokonania pewnych założeń i przypuszczeń odnośnie powodów rozstrzygnięcia zamawiającego. Jest oczywistym, że takie odwołanie jest obarczone ryzykiem nieprawidłowego odczytania toku myślowego zamawiającego, a zatem uprawnienie wykonawcy do poddania kontroli działania zamawiającego jest ograniczone. Nie może być zatem wątpliwości, że to rolą zamawiającego było przedstawienie wykonawcom jasnego uzasadnienia dokonanej oceny ofert oraz wskazanie, na jakiej podstawie przyznał on poszczególnym oferentom określoną liczbę punktów. Skoro ocena ofert jest kluczowym momentem postępowania o udzielenie zamówienia, tym bardziej starannie to uzasadnienie powinno być sporządzone. Wykonawcy powinni być świadomi powodów gorszej oceny ich ofert i powinni mieć możliwość zaskarżenia tejże decyzji, uprzednio znając jej motyw.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający przewidział możliwość zdobycia dodatkowych punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert. W zakresie części I zamówienia punktowane było doświadczenie kierownika budowy zdobyte w ramach

pełnienia funkcji kierownika budowy na „inwestycjach polegających na budowie lub przebudowie nawierzchni z masy bitumicznej o powierzchni 1400 m²”.

Odwołujący w treści złożonej oferty oświadczył, że kierownik budowy którym dysponuje, nadzorował tego typu prace. Dwie z nich miały miejsce w ramach budowy i przebudowy dróg, dwie natomiast w ramach inwestycji polegającej na naprawach i remontach dróg.

W związku z tym, że zamawiający przyznał ofercie odwołującego 24 punkty (60 punktów za 2 inwestycje x 40% - waga kryterium), a więc uznał wyłącznie dwie inwestycje nadzorowane przez kierownika budowy, odwołujący założył, że:

- zamawiający przyznał punkty za prace wykonane w ramach budowy i przebudowy dróg (inwestycje wskazane w pkt 1 i 2 oferty),
- zamawiający odmówił przyznania punktów za prace wykonane w ramach inwestycji polegających na remoncie i naprawie dróg (inwestycje wskazane w pkt 3 i 4 oferty).

Powyższe jest założeniem odwołującego, w związku z brakiem uzasadnienia decyzji zamawiającego z dnia 3 lutego 2021 r. W przypadku wskazania innego uzasadnienia decyzji przez zamawiającego, odwołujący zastrzegł możliwość uzupełnienia swojego stanowiska.

Odwołujący wskazał, iż kryterium oceny ofert w postaci doświadczenia kierownika budowy zostało określone w pkt 41.2.część I s.i.w.z. bez związku z inwestycją konkretnego typu. Nadzór na robotami polegającymi na budowie lub przebudowie nawierzchni z masy bitumicznej mógł odbyć się:

- w ramach inwestycji drogowej lub
- w ramach inwestycji nie drogowej (np. budowy placu rozładunkowego) lub
- w ramach inwestycji o jakimkolwiek zakresie przedmiotowym, o ile w jej ramach mieściła się budowa/przebudowa nawierzchni z masy bitumicznej o min. powierzchni 1400 m².

Z całą pewnością doświadczenie kierownika nie musiało zostać zdobyte w ramach inwestycji polegającej na budowie lub przebudowie drogi, w ramach której wymieniana była nawierzchnia z masy bitumicznej. Konieczność takiego zawężenia nie wynika z brzmienia części IX pkt 41 s.i.w.z. Z kolei wykładnia językowa tego dokumentu, a więc opierająca się na literalnym jego brzmieniu, powinna być wiodąca w procesie jego interpretacji.

Powyższe wynika z przyjętej w judykaturze i doktrynie zasady pierwszeństwa wykładni językowej w procesie wykładni prawa. Odstępstwo od jasnego i oczywistego sensu przepisu wyznaczonego jego jednoznacznym brzmieniem, winny uzasadniać szczególnie istotne i doniosłe racje. Treść s.i.w.z. wprawdzie nie jest przepisem prawa, jednak z uwagi na to, że zawiera w sobie normy (wytyczne) jednostronnie sporządzone przez zamawiającego i jednocześnie skierowane do nieokreślonego kręgu oferentów, wykładnia tego dokumentu winna odbywać się zgodnie z zasadami właściwymi dla przepisów prawa, a nie w sposób, w jaki interpretuje się oświadczenia woli (a więc na podstawie art. 65 kc). Wykładnia językowa s.i.w.z. daje natomiast jasny i jednoznaczny rezultat. Nie ma zatem podstaw do

sięgania po inne metody wykładni. Analizując treść pkt 41.2.część I s.i.w.z. należy stwierdzić, że jedyną okolicznością, którą mógł badać zamawiający przyznając punkty za doświadczenie kierownika budowy było ustalenie, że nadzorował on prace „polegające na budowie lub przebudowie nawierzchni z masy bitumicznej” bez względu na to, czy odbywały się one w ramach inwestycji polegającej na naprawie, remoncie, przebudowie lub budowie drogi.

Pomocna dla oceny działania zamawiającego jest również inna zasada wykładni językowej, zgodnie z którą różnym zwrotom użytym w ramach jednej regulacji nie należy nadawać tego samego znaczenia. W obrębie dokumentu s.i.w.z. warunek udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert dla części I i dla części II postępowania zostały sformułowane w sposób odmienny.

Dla części I warunek udziału w postępowaniu i pozacenowe kryterium oceny dotyczyły: zamówienia polegającego na „budowie lub przebudowie nawierzchni z masy bitumicznej o powierzchni 1400 m²”

Odwołujący założył, że przyznanie punktów w I części postępowania w kryterium doświadczenia kierownika budowy odbywało się w warunkach ustalonych dla części II postępowania, a zatem zamawiający uznawał wyłącznie doświadczenie zdobyte w ramach budowy lub przebudowy dróg. Z racji tego, że w obrębie s.i.w.z. przewijały się różne sformułowania dla oznaczenia doświadczenia wykonawców, zamawiający błędnie (może omyłkowo) nałożył na odwołującego dodatkowy, niewynikający z treści s.i.w.z. wymóg, aby doświadczenie kierownika budowy zostało zdobyte w ramach inwestycji polegającej bądź na budowie bądź na przebudowie drogi. Skoro jednak zamawiający inaczej sformułował wymogi dla części I i II postępowania w zakresie doświadczenia, to w sposób odmiennie należy interpretować.

W powyższych okolicznościach, zdaniem odwołującego, nieprawidłowym działaniem zamawiającego było nieuwzględnienie inwestycji nadzorowanych przez kierownika budowy odwołującego, które w nazwie zawierały określenie „remont” lub „naprawa”. Określenia te odnosiły się bowiem do remontu lub naprawy drogi, a nie remontu lub naprawy nawierzchni z masy bitumicznej (por. „Naprawy i remonty dróg zarządzanych przez ZIKiT w Krakowie (...)” oraz „Remont ul. Mała Góra (...).” Oczywistym jest, że w ramach zadania polegającego na remontach lub naprawach dróg możliwe są roboty polegające na budowie lub przebudowie nawierzchni tychże dróg (nawierzchni z masy bitumicznej). Dokładnie takie zakresy prac obejmowały wymienione przez odwołującego inwestycje nadzorowane przez kierownika budowy, którym on dysponuje. Potwierdza to tabela stanowiąca załącznik nr 1 do odwołania. Analogiczna tabela wraz z dowodami dotycząca inwestycji oznaczonej nr 3 w początkowej części niniejszego odwołania, zostanie dostana przez odwołującego niezwłocznie po zgromadzeniu niezbędnych dokumentów.

Zamawiający, odpowiedzią na odwołanie oświadczył, iż uwzględni odwołanie w całości.

Zamawiający podniósł, iż zgadza się z odwołującym, że wszystkie czynności związane z wyborem najkorzystniejszej oferty muszą zostać uzasadnione przez zamawiającego zarówno pod względem faktycznym, jak i prawnym. Przede wszystkim, w każdym przypadku wykonawcy powinni mieć możliwość prześledzenia procesu decyzyjnego zamawiającego, a zatem wiedzieć, na jakiej podstawie ich własna oferta, czy też oferta konkurencji, została oceniona w dany sposób. Zamawiający informując o przyznanej punktacji i wyborze oferty najkorzystniejszej ograniczył się do wskazania liczby punktów przyznanych każdemu z wykonawców w obu kryteriach (cenowym i pozacenowym). Nie poinformował natomiast dlaczego punktacja w kryterium pozacenowym była taka, jak podano w decyzji z dnia 3 lutego 2021 r. Na jej podstawie wykonawcy nie mogli ustalić, które ze wykazanych w ofercie inwestycji nadzorowanych przez kierownika skierowanego do realizacji zamówienia, zostały przez zamawiającego uwzględnione (punktowane), a które nie. W związku z tym, nie podanie wszystkich informacji w tym zakresie stanowi naruszenie art. 92 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający oświadczył, że nie kwestionuje możliwości złożenia odwołania na czynność oceny ofert wg kryteriów oceny określonych w s.i.w.z. Ocena ofert pod względem kryteriów oceny ofert mieści się w pojęciu wybór oferty najkorzystniejszej. Takie stanowisko zamawiającego jest zgodne z wyrokiem Sądu Okręgowego w Legnicy z dnia 8 czerwca 2017 r., o sygn. akt VI Ga 147/17.

Zamawiający wskazał, iż odwołujący prawidłowo odczytał, w jaki sposób zamawiający ocenił doświadczenie kierownika budowy opisane na formularzu ofertowym odwołującego. Zamawiający przyznał 24 punkty (60 punktów za 2 inwestycje waga kryterium), za dwie inwestycje nadzorowane przez kierownika budowy, to jest za prace wykonane w ramach budowy i przebudowy dróg wskazane w pkt 1 i 2. Za inwestycje wskazane w pkt 3 i 4 zamawiający nie przyznał punktów ponieważ dotyczyły remontu i naprawy dróg.

Zamawiający podniósł, iż wykonawca, powinien w taki sposób przedstawić doświadczenie wskazanego kierownika budowy, aby zamawiający mógł je prawidłowo ocenić. Zamawiający dopiero na podstawie odwołania (i załączników do niego) mógł stwierdzić, że doświadczenie kierownika budowy na inwestycjach wskazanych na formularzu ofertowym pozwalały na przyznanie maksymalnej ilości punktów w tym kryterium.

Na formularzu ofertowym zamawiający wymagał podania jedynie nazwy inwestycji, a nazwa inwestycji nie potwierdza wprost, że doświadczenie kierownika budowy ujęte w pkt 3 i 4 jest takim za jakie, zgodnie z zapisami s.i.w.z., zamawiający przyznawał punkty w kryterium oceny ofert. W tej sytuacji (ponieważ zadania w pkt 3 i 4 zostały wskazane jako doświadczenie kierownika budowy), zanim zamawiający zdecydował o nieprzyznaniu punktów za nie, powinien był skorzystać z możliwości wezwania wykonawcy (na podstawie

art. 87 ust. 1 ustawy Pzp) do wyjaśnienia zakresu wykonanych robót na tych zadaniach. Skoro tego nie uczynił, to przyjmując zasadę, że wszelkie nieprecyzyjności w zapisach s.i.w.z. (taką nieprecyzyjnością był wymóg podania jedynie nazwy inwestycji) zamawiający powinien interpretować na korzyść wykonawcy, więc załączone do odwołania dokumenty zamawiający przyjmuje za wyjaśnienia potwierdzające, że inwestycje nr 3 i 4 są inwestycjami o zakresie wymaganym dla uzyskania maksymalnej liczby punktów w kryterium oceny ofert.

Zamawiający uwzględnił odwołanie w tym zakresie i oświadczył, że anuluje czynność wyboru oferty najkorzystniejszej (w tym również oferty najwyższej ocenionej) i następnie dokona ponownej czynności oceny ofert.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca ZRDITZ "ROMUS" J. M., M. R. sp. j. w Katowicach (dalej: „przystępujący”).

Przystępujący oświadczył, wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości, iż wnosi sprzeciw wobec tej czynności zamawiającego.

Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania. Zdaniem przystępującego odwołanie nie dotyczy ani trybu, ani warunków udziału w postępowaniu, ani opisu przedmiotu zamówienia (gdyby były takie zarzuty to niezależnie od jakichkolwiek innych okoliczności odwołanie podlegało by odrzuceniu ze względu na uchybienie terminów na jego wniesienie – co wynika z art. 182 ust. 1 pkt 2 w zw. z 189 ust. 1 pkt 3 pzp). Odwołujący nie został wykluczony, a jego oferta nie została odrzucona i nie ma takich zarzutów w odwołaniu. Odwołanie nie dotyczy wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie należytego uzasadnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej – tego rodzaju działanie, zdaniem odwołującego, nie mieszczą się w katalogu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Przystępujący wskazał, że odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez dokonanie oceny oferty odwołującego w sposób nieznajdujący oparcia w zapisach s.i.w.z. (...) – odwołujący wskazał, że to jego oferta została źle oceniona. Pozostała część wywodów odwołującego dotyczy konsekwencji inkryminowanego błędu zamawiającego, czyli zaniżenia liczby przyznanych punktów.

Przystępujący podniósł, iż odwołujący w celu wykazania słuszności swych twierdzeń dokonuje reinterpretacji postanowień s.i.w.z. Jeżeli jednak uznaje on, że treść s.i.w.z. jest nieadekwatna to winien w terminach ustawowych wskazanych w art. 182 ust. 1 pkt 2, 182 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, winien złożyć odwołanie ewentualnie żądać wyjaśnienia treści s.i.w.z. stosownie do regulacji zawartej w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp. Podsumowując, przystępujący wskazał, iż:

a. zarzut dotyczy czynności oceny oferty odwołującego i tym samym odwołanie nie dotyczy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji, zgodnie z dyspozycją art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 i dlatego wniosł o odrzucenie odwołania,

b. odwołanie w swojej istocie dotyczy postanowień s.i.w.z., a zatem jest złożone z uchybieniem terminu wskazanego w art. 182 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. W konsekwencji, zgodnie z dyspozycją art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, KIO odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Ponadto przystępujący wskazał, iż stanowisko prezentowane przez odwołującego jest niezasadne, a zawarte w nim wnioski błędne. Odwołujący niezasadnie powołuje się na regulacje dotyczące warunków udziału w postępowaniu po to, by objaśnić kryteria oceny ofert. Warunek udziału w postępowaniu ma na celu eliminację wykonawców „niewiarygodnych” dla konkretnego zamówienia oceniany na zasadzie tak/nie, a kryterium oceny ma zawsze walor kwantyfikacyjny oceniany na zasadzie więcej/mniej. Należy zwrócić uwagę, iż s.i.w.z. oddzielnie opisywała warunki udziału w postępowaniu w zależności od tego czy wykonawca składał ofertę na część I, część II zamówienia i oddzielnie jeżeli oferowano obu części – wynika to wprost z pkt III.14 s.i.w.z., a zatem nie można łączyć zawartych tam definicji – stanowi to wypaczenie faktycznych wymagań s.i.w.z. Ponieważ jednak odwołanie nie dotyczy wykluczenia z postępowania to wszelkie rozważania o warunkach udziału w postępowaniu są bezprzedmiotowe.

Przystępujący wskazał, że punkty były przyznawane za „ilość” – punkty były przyznawane, jeżeli osoba wskazana do realizacji zamówienia pełniła funkcję kierownika budowy w rozumieniu Prawa budowlanego na inwestycjach polegających na budowie lub przebudowie nawierzchni z masy bitumicznej o powierzchni 1400m². Jeżeli zatem wskazana robota budowlana nie posiadała cech wskazanych w s.i.w.z. – czyli musiała to być inwestycja, robota budowlana miała być budową lub przebudową i musiała dotyczyć nawierzchni z masy bitumicznej - to punkty nie mogły być przyznane.

Uzupełniająco, przystępujący podniósł, iż zamawiający ocenia ofertę o treści i zawartości takiej jak ma to miejsce w dniu złożenia ofert (wyjątki od tej zasady wynikają z ustawy). Niedopuszczalnym jest zatem domaganie się oceny oferty na podstawie dokumentów, które zostaną złożone w związku z wniesionym odwołaniem. Odwołujący domaga się takiej oceny. Skoro odwołujący dopiero ma zamiar przedstawić takie dokumenty po ich zgromadzeniu to z definicji rzeczy, skoro zamawiający ich nie oceniał to tym bardziej nie mógł ich ocenić wadliwie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) dalej jako: „nowa ustawa” albo „nPzp”.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 nPzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1nPzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Działając na podstawie art. 523 ust. 3 nPzp, Izba rozpoznała odwołanie w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

Odwołujący w swojej ofercie oświadczył, że do realizacji zamówienia skieruje kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane w specjalności drogowej bez ograniczeń, który w ostatnich 10 latach nadzorował następujące inwestycje:

1. Budowa obwodnicy Bolkowa w ciągu drogi krajowej nr 3 i 5 (data odbioru końcowego inwestycji: 01.2019 r.);
2. Budowa i rozbudowa ulic dla obsługi Centrum Kongresowego w Krakowie (data odbioru końcowego inwestycji: 10.2014 r.);
3. Naprawy i remonty dróg zarządzanych przez ZIKiT w Krakowie oraz terenów należących do Gminy Miejskiej Kraków w zakresie infrastruktury drogowej Część 4-

obszar V obejm. Dzielnice VIII i 5 - obszar VI obejmujący dzielnice IX i XI (data odbioru końcowego inwestycji: 03.2014 r.); inwestycja realizowana w ramach dwóch umów;

4. Remont ul. Mała Góra odcinek od ul. Bieżanowskiej do ul. Wielickiej w Krakowie, lun 0+010-0+597 oraz 0+737-1+565 (data odbioru końcowego inwestycji: 05.2013 r.).

Zamawiający przyznał odwołującemu punkty wyłącznie za 2 inwestycje (nr 1 i nr 2).

Zgodnie z postanowieniami pkt 41.2 części I s.i.w.z. wykonawca otrzyma punkty, jeśli wskazana do pełnienia funkcji kierownika budowy osoba, posiadające uprawnienia budowlane w specjalności drogowej bez ograniczeń, w okresie ostatnich 10 lat wykaże, że:

- pełniła funkcję kierownika budowy zgodnie z zapisami ustawy - Prawo budowlane art. 22 na jednej inwestycji polegającej na budowie lub przebudowie nawierzchni z masy bitumicznej o powierzchni 1400 m² - otrzyma 20 punktów
- pełniła funkcję kierownika budowy zgodnie z zapisami ustawy - Prawo budowlane art. 22 na dwóch inwestycjach polegającej na budowie lub przebudowie nawierzchni z masy bitumicznej o powierzchni 1400 m² - otrzyma 60 punktów
- pełniła funkcję kierownika budowy zgodnie z zapisami ustawy - Prawo budowlane art. 22 na trzech i więcej inwestycjach polegających na budowie lub przebudowie nawierzchni z masy bitumicznej o powierzchni 1400 m²- otrzyma 100 punktów.

Jednocześnie zamawiający, we wzorze druku oferty w zakresie doświadczenia osoby wskazanej na funkcję kierownika budowy wskazał, iż wykonawcy mają podać, cyt. „Nazwa inwestycji oraz miejsce” oraz „data odbioru końcowego inwestycji”.

Przyjmując powyższe ustalenia za prawidłowe, stwierdzić należało, co następuje.

Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1333) prawo budowlane, ilekroć w ustawie jest mowa o: budowie - należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego (art. 3 pkt 6), przebudowie - należy przez to rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego (art. 3 pkt 7a), remoncie - należy przez to rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym (art. 3 pkt 8).

Przytoczenie powyższych przepisów ustawy – Prawo budowlane ma znaczenie w kontekście wymagania zamawiającego dotyczącego doświadczenia dla osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy w rozumieniu pozacenowego kryterium oceny ofert

i rozróżnienia definicyjnego budowy lub przebudowy od remontu na inwestycji, którą miał wykazać się wykonawca.

Wskazać bowiem należy, na co słusznie wskazywał przystępujący, iż zamawiający w opisie pozacenowego kryterium oceny ofert posłużył się objaśnieniem dotyczącym wyłącznie budową lub przebudową nawierzchni z masy bitumicznej. Tym samym zamawiający jednoznacznie wykluczył możliwość posłużenia się doświadczeniem zdobytym na inwestycjach, których zakres robót dotyczył remontów nawierzchni z masy bitumicznej.

Dlatego też, za prawidłową należało uznać „pierwotną” czynność zamawiającego polegającą na przyznaniu punktów odwołującemu jedynie w zakresie dwóch pierwszych pozycji z oferty, albowiem w swojej nazwie odnosiły się one do budowy lub budowy i rozbudowy. Jednakże wobec „ascetycznego” opisu zamawiającego w zakresie wymogu opisanie inwestycji, które ma podać wykonawca w ofercie, za niezasadną Izba uznała czynność zamawiającego polegającą na nie zbadaniu, czy inwestycje z pozycji 3 i 4 oferty odwołującego, odpowiadają wymaganiu dotyczącego budowy lub przebudowy nawierzchni z masy bitumicznej. Co prawda zamawiający we wzorze druku oferty podał, że „(...) nazwę inwestycji należy podać tak, aby możliwe było jej zidentyfikowanie”, jednakże opis ten był na tyle ogólny, że można było przyjąć, iż opis inwestycji odwołującego z pozycji 3 i 4 oferty, temu wymaganiu odpowiadał. Odwołujący w ofercie, we wskazanych pozycjach posłużył się nazwą inwestycji „Naprawy i remont” oraz „remont”, co powinno wzbudzić u zamawiającego wątpliwość, czy wykonawca przedstawiając tak nazwane inwestycje, zasadnie je podał, tym bardziej, że dotyczyły one punktowanego kryterium w ocenie ofert.

Powyższa teza, znajduje swoje potwierdzenie, albowiem odwołujący do odwołania oraz na rozprawie przedłożył, w ramach postępowania dowodowego, odpowiednio: kosztorys oraz przedmiary robót, dotyczące inwestycji z pozycji 3 i 4 oferty, które potwierdzały, iż inwestycje te *de facto* dotyczyły przebudowy nawierzchni z masy bitumicznej o powierzchni znacznie przekraczającej minimum określone przez zamawiającego. Tym samym zasadnie podnosił odwołujący, iż nie nazwa inwestycji ma znaczenie ale faktyczny zakres wykonywanych robót. Fakt, iż odwołujący, być może nie w pełni opisał zakres rzeczowy tych dwóch inwestycji, wobec braku żądania przez zamawiającego szczegółowego ich opisu oraz braku obowiązku przedłożenia dokumentów potwierdzających zakres wykonywanych prac na podanych inwestycjach, nie może negatywnie oddziaływać na odwołującego. Dlatego też słuszna jest refleksja zamawiającego w tym względzie, powodująca uwzględnienie odwołania w całości.

Rekapitulując stwierdzić należało, iż zamawiający bezpodstawnie nie przyznał ofercie odwołującego maksymalnej liczby punktów w ramach omawianego kryterium oceny ofert (doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia), czym naruszył art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Za zasadny Izba uznała również zarzut dotyczący naruszenia art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej nie podał wszystkich podstaw faktycznych dotyczących czynności dokonanej oceny oferty odwołującego (w szczególności, które z pozycji zamawiający przyjął do kryterium, a których pozycji z oferty nie przyjął do kryterium i dlaczego), co wymusiło na odwołującym, postawienie zarzutów *de facto* „w ciemno”, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasady jawności oraz przejrzystości prowadzonego postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: