

WYROK
z dnia 30 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 sierpnia 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę

WZIR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
al. Jana Pawła II 69 lok. 11P, 42-202 Częstochowa

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Gminę Lubliniec, ul. Paderewskiego 5, 42-700 Lubliniec

przy udziale wykonawcy **Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Inwestycyjne „WUDIMEKS” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Armii Krajowej 60/62, 42-200 Częstochowa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddała odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża WZIR Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez WZIR Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 w Częstochowie.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Gmina Lubliniec prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczenie usług związanych z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu zadania *Modernizacja i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Lublińcu z uwzględnieniem rozbudowy części osadowej*” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 29 czerwca 2018 r. pod numerem 580870. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – WZIR Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez udzielenie zamówienia wybranemu wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy – zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, § 2 ust. 4 pkt 9 i 10, w celu spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej i zawodowej zamawiający może żądać:
 - 9) oświadczenia na temat wykształcenia i kwalifikacji zawodowych wykonawcy lub kadry kierowniczej wykonawcy oraz
 - 10) wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. W kryteriach oceny ofert Zamawiający nie ma prawa żądać żadnych innych dokumentów. Zamawiający w liczeniu punktów w kryterium za doświadczenie zespołu świadczącego usługę nie uznał części zgłoszonych przez Odwołującego usług ze względu na brak wydanych na ten zespół referencji, czego nie miał prawa żądać ze względu na niezgodność z ww. rozporządzeniem;

3. art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zażądanie referencji wydanych przez inwestora dla osób będących członkami zespołu świadczącego usługę jako dokumentu, którego nie ma w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przez co nie uznano w liczeniu punktów za doświadczenie zespołu świadczącego usługę na zadaniu „Budowa trzeciego reaktora biologicznego wraz z modernizacją dwóch reaktorów istniejących w ramach uporządkowania gospodarki wodno-ściekowej w aglomeracji Ostrowiec Świętokrzyski”: 1) dla kierownika nadzoru inwestorskiego/koordynatora nadzoru inwestorskiego, 2) dla inspektora nadzoru branży konstrukcyjno-budowlanej, 3) dla inspektora nadzoru branży sanitarnej, 4) dla inspektora nadzoru branży elektrycznej i AKPiA, co spowodowało zaniżenie liczby punktów w kryterium „doświadczenie zespołu świadczącego usługę” do 2 punktów. Po uwzględnieniu powyższego zadania liczba punktów uzyskana przez Odwołującego wyniosłaby 13,5 pkt, a oferta Odwołującego uzyskałaby łącznie 83,50 i byłaby ofertą najkorzystniejszą;

4. ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że za doświadczenie zespołu świadczącego usługę otrzymał 2 punkty. Tymczasem Odwołujący w ofercie wskazał, że osoba przeznaczona do pełnienia funkcji kierownika nadzoru inwestorskiego/koordynatora nadzoru inwestorskiego wykonała jedno zadanie przy koordynacji/zarządzaniu prac związanych z realizacją inwestycji w zakresie budowy, rozbudowy lub przebudowy oczyszczalni ścieków komunalnych o przepustowości średniej dobowej nie mniejszej niż 3500 m³/d, inspektor nadzoru branży konstrukcyjno-budowlanej posiadał doświadczenie przy nadzorowaniu jednego zadania związanego z realizacją inwestycji w zakresie budowy, rozbudowy lub przebudowy oczyszczalni ścieków komunalnych o przepustowości średniej dobowej nie mniejszej niż 3500 m³/d, inspektor nadzoru branży sanitarnej posiadał doświadczenie przy nadzorowaniu jednego zadania związanego z realizacją inwestycji w zakresie budowy, rozbudowy lub przebudowy oczyszczalni ścieków komunalnych o przepustowości średniej dobowej nie mniejszej niż 3500 m³/d, inspektor nadzoru branży elektrycznej i AKPiA posiadał doświadczenie przy nadzorowaniu dwóch zadań związanych z realizacją inwestycji w zakresie budowy, rozbudowy lub przebudowy oczyszczalni ścieków komunalnych o przepustowości średniej dobowej nie mniejszej niż 3500 m³/d. Na potwierdzenie tego załączył wykazy o numerach 2a, 2b, 2c i 2d. Już w tym momencie wypełnił wymagania ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie

zarówno potwierdzenia swojej zdolności technicznej i zawodowej, jak i doświadczenia zespołu świadczącego usługę.

Dodatkowo załączył również protokół odbioru końcowego robót dla usługi na zadaniu „Budowa trzeciego reaktora biologicznego wraz z modernizacją dwóch reaktorów istniejących w ramach uporządkowania gospodarki wodno-ściekowej w aglomeracji Ostrowiec Świętokrzyski”, z którego wynika, kto i jaką funkcję sprawował podczas realizacji przedmiotowej usługi. Nie załączył referencji na te osoby, ponieważ ich nie posiadał, ale załączył referencje dla firmy na tożsame zadanie, a na potwierdzenie doświadczenia zespołu załączył protokół odbioru końcowego, z którego wynikało, które osoby brały udział w realizacji inwestycji, co jest równoznaczne z referencjami (świadczy o tym zapis w przywołanym rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów... § 2 ust. 4). Zamawiający natomiast nie uwzględnił w liczeniu punktów za doświadczenie w ofercie Odwołującego punktów dla zespołu świadczącego usługę na zadaniu „Budowa trzeciego reaktora biologicznego wraz z modernizacją dwóch reaktorów istniejących w ramach uporządkowania gospodarki wodno-ściekowej w aglomeracji Ostrowiec Świętokrzyski” składającego się z: kierownika nadzoru inwestorskiego/koordynatora nadzoru inwestorskiego, inspektora nadzoru branży konstrukcyjno-budowlanej, inspektora nadzoru branży sanitarnej oraz inspektora nadzoru branży elektrycznej i AKPiA ze względu na brak referencji wydanych przez inwestora dla tych osób, co jest niezgodne z rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów..., pomimo tego, że zostały złożone wykazy jako zał. 2a, 2b, 2c, 2d dla ww. osób oraz protokół odbioru końcowego robót dla usługi.

Zamawiający bezsprzecznie naruszył art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zażądanie referencji wydanych przez inwestora dla osób będących członkami zespołu świadczącego usługę, jako dokumentu, którego nie ma w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów..., czego skutkiem było nieuznanie w liczeniu punktów za doświadczenie zespołu świadczącego usługę na zadaniu „Budowa trzeciego reaktora biologicznego wraz z modernizacją dwóch reaktorów istniejących w ramach Uporządkowania gospodarki wodno-ściekowej w aglomeracji Ostrowiec Świętokrzyski”, co skutkowało zaniżeniem liczby punktów w kryterium „doświadczenie zespołu świadczącego usługę” do 2 pkt.

Odnosząc się do dokonanej oceny doświadczenia oferty Wielobranżowego Przedsiębiorstwa Inwestycyjnego „WUDIMEKS” Sp. z o.o. Odwołujący wskazał, że referencje przedstawione przez tę firmę budzą jego wątpliwości, a Zamawiający je niedostatecznie zbadał, co świadczy o przeprowadzeniu postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności:

1) referencje wystawione przez Prezesa Zarządu ZWiK Sp. z o.o. w Myszkowie na rozbudowę i modernizację oczyszczalni ścieków w Myszkowie realizowanej w latach luty 2004 – grudzień 2008 wskazują, że inspektorem robót elektrycznych był p. J. B., a osoba ta w okresie od 8 września 2003 do 30 września 2008 r. była pracownikiem firmy Odwołującego,

2) p. K. W.-C. jako kierownik nadzoru inwestorskiego/koordynatora nadzoru inwestorskiego na tym zadaniu, zdaniem Odwołującego, nie pełniła tej funkcji, ponieważ taka funkcja nie była wymagana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia do przetargu,

3) w referencjach wystawionych przez Prezesa Zarządu ZWiK sp. z o.o. w Myszkowie dla zadania „budowa powiatowej słonecznej suszarni osadów ściekowych na oczyszczalni ścieków w Myszkowie”, „remont dna radialnego osadnika wtórnego na terenie oczyszczalni ścieków w Myszkowie” jako inspektor nadzoru robót sanitarnych figurują dwie osoby: p. B. B. oraz p. K. W.-C. i brak jest jednoznaczności, kto w rzeczywistości funkcję tę pełnił,

4) referencje dla zadania „Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Jędrzejowie w ramach zadania uporządkowanie gospodarki ściekowej na terenie aglomeracji Jędrzejów etap I” wskazują, że p. K. W.-C. pełniła funkcję zarówno kierownika nadzoru inwestorskiego/koordynatora nadzoru inwestorskiego, jak i inspektora nadzoru, co zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia na to zadanie nie było dopuszczalne. Jednocześnie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na to zadanie wymagano, aby inspektor nadzoru robót sanitarnych posiadał 5-letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy/robót/inspektora nadzoru, a p. W.-C. uprawnienia ma od 25 maja 2009 r. i na lipiec 2013 r. nie spełniała tych wymagań.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej.

Ogłoszenie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 29 czerwca 2018 r. i w tym samym dniu na stronie internetowej Zamawiającego zamieszczona została specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Wymagania dotyczące referencji na potwierdzenie doświadczenia zawodowego poszczególnych osób wchodzących w skład zespołu dla potrzeb oceny w kryterium „doświadczenie zespołu świadczącego usługę” zamieszczone zostały w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i Odwołujący mógł się z nimi zapoznać w dniu zamieszczenia jej na stronie internetowej Zamawiającego, tj. 29 czerwca 2018 r.

Zdaniem Zamawiającego odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia przepisów art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji naruszenia przepisów rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać

zamawiający od wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinno zostać odrzucone, gdyż zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie Prawo zamówień publicznych, bowiem termin ten upłynął 4 lipca 2018 r.

Niezależnie od powyższego – przepisy ww. rozporządzenia, w szczególności zawarte w § 2 pkt ust. 4 pkt 1 i 2 dotyczą dokumentów, jakich zamawiający może żądać na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji i nie dotyczą one dokumentów służących weryfikacji oświadczeń wykonawców w ocenie prowadzonej na podstawie kryteriów oceny ofert. Odwołujący pomylił kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowiące element potwierdzenia warunków udziału wykonawcy w postępowaniu, z kryteriami oceny oferty. W przypadku kryterium oceny ofert, przepisy ww. rozporządzenia nie mają zastosowania.

Zamawiający wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że w kryterium doświadczenie zespołu świadczącego usługę będzie oceniał doświadczenia zawodowe poszczególnych osób wchodzących w skład zespołu na podstawie wykazów stanowiących odpowiednio: 1) załącznik nr 2a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla kierownika nadzoru inwestorskiego/koordynatora nadzoru inwestorskiego, 2) załącznik nr 2b do specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla inspektora nadzoru branży konstrukcyjno-budowlanej, 3) załącznik nr 2c do specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla inspektora branży sanitarnej, 4) załącznik nr 2d dla inspektora nadzoru branży elektrycznej i AKPiA. Zamawiający wyraźnie wskazał, że każda pozycja ujęta w wykazie winna zostać potwierdzona stosownymi referencjami wydanymi przez inwestora. Referencje powinny wskazywać przedmiot robót budowlanych (łącznie z podaniem przepustowości oczyszczalni), ich wartość oraz osobę, która wykonywała usługę, a także wartość świadczonej usługi.

6 lipca 2018 r. do Zamawiającego wpłynęło zapytanie z prośbą o wyjaśnienie kwestii zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dotyczących m.in. potwierdzenia pozycji ujętych w wykazach stanowiących załącznik 2a, 2b, 2c i 2d. W odpowiedzi Zamawiający dokonał zmiany treści wymienionych załączników jednocześnie wskazując, że nie będzie uznawał dokumentów innych niż wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na potwierdzenie doświadczenia zawodowego ocenianych członków zespołu, a także, że nie wyraża zgody na zmiany specyfikacji w tym zakresie. Odpowiedź została udzielona 10 lipca 2018 r. i w tym samym dniu została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego. Zapisy te nie były na tym etapie kwestionowane przez żadnego z wykonawców. Uznać zatem należy, że Zamawiający prawidłowo określił swoje wymagania w tym zakresie i jedynymi dokumentami pozwalającymi zweryfikować informacje wskazane przez wykonawców w poszczególnych kryteriach oceny ofert są dokumenty wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający dokonując oceny oferty Odwołującego w kryterium nie uznał w liczeniu punktów: 1) doświadczenia w realizacji jednego zadania dla kierownika nadzoru inwestorskiego/koordynatora nadzoru inwestorskiego, 2) doświadczenia w realizacji jednego zadania dla inspektora nadzoru branży konstrukcyjno-budowlanej, 3) doświadczenia w realizacji jednego zadania dla inspektora branży sanitarnej, 4) doświadczenia w realizacji jednego zadania dla inspektora branży elektrycznej i AKPiA z uwagi na niepotwierdzenie tych doświadczeń w referencjach, których zakres i treść została jednoznacznie określona w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wyjaśnieniach do niej.

Zarzuty podnoszone przez Odwołującego nie znajdują uzasadnienia. Treść referencji złożonych przez firmę Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Inwestycyjne „WUDIMEKS” Sp. z o.o. zawiera wszystkie informacje zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Uwzględnienie, bądź nie, w kryterium oceny ofert, doświadczenia p. W.-C. w zakresie pełnienia funkcji inspektora nadzoru branży sanitarnej, przy realizacji zadania „Budowa powiatowej słonecznej suszarni osadów ściekowych na oczyszczalni ścieków w Myszkowie – remont dna radialnego osadnika wtórnego na terenie oczyszczalni ścieków w Myszkowie”, nie ma żadnego wpływu na końcową punktację ofert złożonych w postępowaniu, albowiem pozostałe oferty otrzymały w tym zakresie zero punktów. Tym samym w kryterium doświadczenia inspektora branży sanitarnej oferta firmy WUDIMEKS Sp. z o. o. otrzyma maksymalną liczbę punktów.

III Stanowisko Przystępującego

Przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Inwestycyjne „WUDIMEKS” sp. z o.o.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezprzedmiotowe wskazując, że Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił, jak będzie oceniał oferty, czego potwierdzeniem jest odpowiedź na pytanie 1. z 10 lipca 2018 r. Zamawiający w trakcie postępowania miał oceniać doświadczenie zespołu. Aby móc dokonać właściwej oceny doświadczenia zawodowego konkretnego członka zespołu, niezbędne są instrumenty służące weryfikacji danych podanych w załącznikach nr 2a-2d przez wykonawców. Celowi temu służą referencje wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający wskazał, że nie będzie uznawał dokumentów innych niż podane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Postępowanie Zamawiającego było prawidłowe – oceniał doświadczenie zgodnie z kryteriami podanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zdaniem Przystępującego załączony do oferty Odwołującego protokół odbioru końcowego robót dla usługi na zadanie „Budowa trzeciego reaktora biologicznego wraz z modernizacją dwóch reaktorów istniejących w ramach uporządkowania gospodarki wodno-ściekowej w aglomeracji Ostrowiec Świętokrzyski” potwierdzał jedynie wykonanie zakresu robót przez wykonawcę robót budowlanych – protokół ten nie potwierdza należytego wykonania czynności

na tym zadaniu przez inspektora (zespół inspektorów) nadzoru budowlanego, a przedmiotem niniejszego zamówienia jest świadczenie usług związanych z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu, a nie wykonawstwo robót budowlanych.

Przystępujący wskazał, że funkcję inspektora nadzoru branży sanitarnej na zadaniu „Budowa trzeciego reaktora biologicznego wraz z modernizacją dwóch reaktorów istniejących w ramach uporządkowania gospodarki wodno-ściekowej w aglomeracji Ostrowiec Świętokrzyski” od początku budowy do 31 maja 2014 r. pełnił p. P. P., a nie p. K. F. wskazany przez Odwołującego.

Zarzuty podnoszone w stosunku do Przystępującego są niezasadne. Doświadczenie poszczególnych osób zostało potwierdzone referencjami wystawionymi przez właściwe podmioty. P. W.-C. jest osobą obcą dla wystawcy referencji, jest to jedynie zbieżność nazwisk. Zarzut, że p. J. B. w latach 2004-2008 był pracownikiem Odwołującego, a tym samym nie nabył uprawnień w zakresie sprawowania funkcji inspektora nadzoru elektrycznego robót jest nieporozumieniem. Inspektor nadzoru nabywa uprawnienia pełniąc nadzór na określonym zadaniu inwestycyjnym bez względu na to, czyim był pracownikiem. Istotne jest, aby wykonywał czynności, a kwestią wtórną jest, w jakiej firmie w tym okresie był zatrudniony.

Przystępujący zgodził się ze stanowiskiem zajmowanym przez Zamawiającego w trakcie prowadzonego postępowania przetargowego stwierdzając, że zarzuty przedstawione w odwołaniu mają jedynie charakter polemiki i nie mogą zmienić stanu faktycznego i treści dokumentów złożonych podczas postępowania przez Odwołującego.

IV Ustalenia Izby

Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania oraz nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Niezależnie bowiem od argumentacji podnoszonej przez Odwołującego, odnoszącej się do art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) oraz treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odwołanie dotyczy czynności oceny obu ofert w ramach kryteriów oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Spóźnione natomiast w świetle art. 182 ustawy Prawo zamówień publicznych są zarzuty dotyczące postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak w niniejszym przypadku, powinny zostać zaskarżone w ciągu 5 dni odpowiednio od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej (art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień

publicznych). W przypadku czynności zamawiającego, na które w świetle art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie przysługuje odwołanie, należało skorzystać z informacji w trybie art. 181 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym wykonawca może w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Analogicznie traktowane są spóźnione zarzuty lub ich część, które pozostawiane są bez rozpatrywania.

W związku z powyższym, na obecnym etapie postępowania przetargowego, również pod kątem ewentualnego naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ocenie podlega nie tyle sama specyfikacja istotnych warunków zamówienia, co prawidłowość dokonanej oceny oferty, w tym w szczególności zgodność tej czynności Zamawiającego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ma tu zastosowanie ta sama zasada, co wyrażona w art. 70¹ § 4 Kodeksu cywilnego: organizator przetargu 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.

Izba stwierdziła również, że stan faktyczny sprawy, w szczególności przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z wyjaśnieniami oraz treść oferty Odwołującego i Przystępującego, nie jest sporny pomiędzy Stronami.

W zakresie podlegającym rozpoznaniu Izba stwierdziła, co następuje.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający ustalił następujące kryteria oceny ofert oraz sposób wyboru najkorzystniejszej oferty: cena 60%, czas reakcji na wezwanie 10%, doświadczenie zespołu świadczącego usługę 30%.

Zamawiający wskazał, że w ramach kryterium doświadczenia zespołu świadczącego usługę będzie oceniał doświadczenie zawodowe poszczególnych osób wchodzących w skład zespołu:

- kierownik nadzoru inwestorskiego/koordynator nadzoru inwestorskiego – oceniane będzie doświadczenie (ilość zrealizowanych kontraktów, potwierdzonych referencjami) przy koordynacji/zarządzaniu prac związanych z realizacją inwestycji w zakresie budowy, kierownika nadzoru inwestorskiego, należy wskazać w odpowiednim wykazie (załącznik nr 2a), usługi polegające na koordynacji lub zarządzaniu pracami wskazanymi wyżej, wraz z podaniem lokalizacji, wartości robót budowlanych będących przedmiotem koordynacji oraz terminu realizacji usługi. Każda pozycja ujęta w wykazie winna zostać potwierdzona stosownymi referencjami wydanymi przez inwestora. Referencje powinny wskazywać przedmiot robót budowlanych (łącznie z podaniem przepustowości oczyszczalni), ich wartość oraz osobę, która wykonywała usługę, a także wartość świadczonej usługi;

- inspektor nadzoru branży konstrukcyjno-budowlanej – oceniane będzie doświadczenie (ilość zrealizowanych kontraktów, potwierdzonych referencjami) w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru nad realizacją inwestycji w zakresie budowy, rozbudowy lub przebudowy oczyszczalni ścieków komunalnych, o przepustowości średniej dobowej nie mniejszej niż 3.500 m³/d. W celu wykazania doświadczenia inspektora nadzoru, należy wskazać w odpowiednim wykazie (załącznik nr 2b), usługi polegające na nadzorowaniu prac wskazanych wyżej, wraz z podaniem lokalizacji, wartości robót budowlanych będących przedmiotem nadzoru oraz terminu realizacji usługi. Każda pozycja ujęta w wykazie winna zostać potwierdzona stosownymi referencjami wydanymi przez inwestora. Referencje powinny wskazywać przedmiot robót budowlanych (łącznie z podaniem przepustowości oczyszczalni), ich wartość oraz osobę, która wykonywała usługę, a także wartość świadczonej usługi;

- inspektor nadzoru branży sanitarnej – oceniane będzie doświadczenie (ilość zrealizowanych kontraktów, potwierdzonych referencjami) w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru nad realizacją inwestycji w zakresie budowy, rozbudowy lub przebudowy oczyszczalni ścieków komunalnych, o przepustowości średniej dobowej nie mniejszej niż 3.500 m³/d. W celu wykazania doświadczenia inspektora nadzoru, należy wskazać w odpowiednim wykazie (załącznik nr 2c), usługi polegające na nadzorowaniu prac wskazanych wyżej, wraz z podaniem lokalizacji, wartości robót budowlanych będących przedmiotem nadzoru oraz terminu realizacji usługi. Każda pozycja ujęta w wykazie winna zostać potwierdzona stosownymi referencjami wydanymi przez inwestora. Referencje powinny wskazywać przedmiot robót budowlanych (łącznie z podaniem przepustowości oczyszczalni), ich wartość oraz osobę, która wykonywała usługę, a także wartość świadczonej usługi;

- inspektor nadzoru branży elektrycznej i AKPiA – oceniane będzie doświadczenie (ilość zrealizowanych kontraktów, potwierdzonych referencjami) w pełnieniu funkcji inspektora

nadzoru nad realizacją inwestycji w zakresie budowy, rozbudowy lub przebudowy oczyszczalni ścieków komunalnych, o przepustowości średniej dobowej nie mniejszej niż 3.500 m³/d. W celu wykazania doświadczenia inspektora nadzoru, należy wskazać w odpowiednim wykazie (załącznik nr 2d), usługi polegające na nadzorowaniu prac wskazanych wyżej, wraz z podaniem lokalizacji, wartości robót budowlanych będących przedmiotem nadzoru oraz terminu realizacji usługi. Każda pozycja ujęta w wykazie winna zostać potwierdzona stosownymi referencjami wydanymi przez inwestora. Referencje powinny wskazywać przedmiot robót budowlanych (łącznie z podaniem przepustowości oczyszczalni), ich wartość oraz osobę, która wykonywała usługę, a także wartość świadczonej usługi;

- inspektor nadzoru branży drogowej – doświadczenie nie będzie oceniane.

Pod uwagę w trakcie oceny będą brane jedynie te zadania wskazane w wykazach, które potwierdzone są prawidłowo wystawionymi referencjami.

Doświadczenie każdej z osób wskazanej do pełnienia funkcji w ramach Zespołu, obliczone zostanie zgodnie ze wzorem (...)

Pismem z 10 lipca 2018 r. Zamawiający udzielił wyjaśnień do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z których pytanie 1. i 2. brzmiało: „Zamawiający jako jedno z kryterium wskazał doświadczenie zespołu świadczącego usługę. W celu wykazania doświadczenia poszczególnych członków zespołu świadczącego usługę, Wykonawca ma wskazać w odpowiednim wykazie (załącznik nr 2a), usługi potwierdzające spełnianie kryterium. Każda pozycja ujęta w wykazie winna zostać potwierdzona stosownymi referencjami wydanymi przez inwestora. Referencje powinny wskazywać przedmiot robót budowlanych (łącznie z podaniem przepustowości oczyszczalni), ich wartość oraz osobę, która wykonywała usługę, a także wartość świadczonej usługi. Czy Zamawiający uzna za potwierdzenie pozycji ujętych w wykazie (załącznik nr 2a) przez inne dokumenty niż referencje wydane przez inwestora wskazujące osobę, która wykonywała usługę, przykładowo takie jak: oświadczenie Inżyniera Kontraktu, że wskazana osoba wykonywała w zespole Inżyniera Kontraktu usługę wskazaną w wykazie (załącznik nr 2a) wraz ze wskazaniem przedmiotu robót budowlanych (łącznie z podaniem przepustowości oczyszczalni), ich wartością wraz z referencjami inwestora wystawionymi Inżynierowi Kontraktu, wskazującymi przedmiot robót budowlanych (łącznie z podaniem przepustowości oczyszczalni), ich wartością, oświadczenie osoby wskazanej w wykazie, potwierdzające, że wykonywała usługę wskazaną w wykazie (załącznik nr 2a), wraz ze wskazaniem przedmiotu robót budowlanych (łącznie z podaniem przepustowości oczyszczalni, ich wartości. Prosimy również o wykreślenie zapisu, że referencje powinny wskazywać wartość świadczonej usługi, ponieważ wartość świadczonej usługi nie występuje w kryterium oceny ofert.”

Odpowiedź: „Zamawiający w trakcie postępowania oceniać będzie doświadczenie zespołu. Jest to jedno z kryteriów oceny ofert. Aby móc dokonać właściwej oceny doświadczenia zawodowego konkretnego członka zespołu, niezbędne są instrumenty służące weryfikacji danych podanych w załącznikach nr 2a-2d przez wykonawców. Celowi temu służą referencje wskazane przez zamawiającego w SIWZ. Uwzględniając powyższe, zamawiający nie będzie uznawał dokumentów innych niż wskazane w SIWZ na potwierdzenie doświadczenia zawodowego ocenianych członków zespołu, a także nie wyraża zgody na zmiany specyfikacji w tym zakresie.”

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyraźnie więc wskazał, że każda pozycja wykazu winna zostać potwierdzona referencjami wydanymi przez inwestora (a więc nie odbiorcę usługi czy robót budowlanych), a „pod uwagę w trakcie oceny będą brane jedynie te zadania wskazane w wykazach, które potwierdzone są prawidłowo wystawionymi referencjami.” W wyjaśnieniach do specyfikacji potwierdził zaś jednoznacznie, na pytanie, czy uzna za potwierdzenie pozycji ujętych w wykazie przez inne dokumenty niż referencje wydane przez inwestora wskazujące osobę, która wykonywała usługę, że nie będzie uznawał dokumentów innych niż wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na potwierdzenie doświadczenia zawodowego ocenianych członków zespołu.

Zgodnie z definicją słowa „referencje” to list polecający, pisemna opinia wystawiana osobie starającej się o pracę. Jest to więc specyficzny rodzaj dokumentu zawierający określone treści, tj. powyższą opinię o osobie lub jej pracy.

Odwołujący, co nie było sporne, nie przedstawił dokumentów w wymaganej formie, lecz dokumenty, które uznał za odpowiedniki. W innym stanie faktycznym być może byłoby to dopuszczalne, jednak wobec jednoznacznych wcześniejszych stwierdzeń Zamawiającego dotyczących rodzaju wymaganego dokumentu oraz jego treści, nie mogło być przez Zamawiającego wzięte pod uwagę.

Powyżej przywołane postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia determinują zaś to, że na obecnym etapie postępowania Zamawiający nie może postąpić w sposób odmienny, niż wskazał na początku postępowania – to bowiem właśnie byłoby naruszeniem zasady przejrzystości postępowania, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jednym z najważniejszych przejawów tych zasad jest bowiem ujawnienie reguł postępowania na samym początku procedury i ich niezmiennosc przez cały czas jego trwania – z tego wynika m.in. zawarty w przywołanym przez Odwołującego art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek wskazania wymaganych dokumentów już na etapie sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia (który to obowiązek Zamawiający zrealizował), jak i późniejszy zakaz zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia

(art. 38 ust. 4b ustawy Prawo zamówień publicznych: „Z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, jest niedopuszczalne dokonywanie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym i negocjacjach z ogłoszeniem, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu”) oraz obowiązek oceny według ustanowionych kryteriów oceny ofert (art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”).

Każdy z przywołanych przepisów – jak również wiele innych – oprócz swojej bezpośredniej treści, jest wyrazem realizacji zasad przejrzystości postępowania oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. niezmienności warunków udzielenia zamówienia.

W przypadku, gdyby Zamawiający odstąpił od ustanowionych przez siebie reguł postępowania, nawet gdyby odstępstwo to wydawało się dotyczyć wymogów ściśle formalnych, naruszyłby owe zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości – każdorazowo bowiem oprócz wykonawcy-„beneficjenta” tego odstępstwa, byłby też wykonawca takim postępowaniem pokrzywdzony, pomimo tego, że sam dopełnił wszystkich wymogów Zamawiającego. Przy czym nie musiałoby to dotyczyć wyłącznie wykonawców, którzy złożyli oferty i zadali sobie trud ich prawidłowego skompletowania, ale także takich, którzy ofert nie złożyli, nie dysponując wymaganymi dokumentami, a którzy oferty mogliby złożyć, gdyby wiedzieli, że Zamawiający nie będzie tych wymogów dochodził.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących Przystępującego Izba stwierdziła, że nie zostały one w żaden sposób udowodnione przez Odwołującego. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Niewystarczające jest zatem wskazanie w odwołaniu luźnej myśli, czy też własnych podejrzeń, jak zrobił to Odwołujący, ale konieczne jest także udowodnienie zarzutów.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Niedopuszczalne jest zatem także formułowanie zarzutów na etapie późniejszym niż w odwołaniu, np. w pismach procesowych lub podczas rozprawy, a zarzuty takie nie podlegają rozpoznaniu przez Izbę.

Odwołujący nie wskazał także żadnych okoliczności, które w ocenie Izby miałyby wpływ na wynik postępowania. Zgodnie zaś z dyspozycją art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Powyższe kwestie formalne związane z przebiegiem postępowania odwoławczego nie stanowią jednak przeszkody dla samodzielnej korekty czynności przez Zamawiającego, jeśli w trakcie postępowania odwoławczego poweźmie on informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania przetargowego.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 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 (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: