

WYROK
z dnia 5 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę: **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie;**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu której postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu;**

przy udziale wykonawcy: **ALSA A.A. S. Sp. jawna z siedzibą w Legnicy,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części IV zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w części IV w sposób opisany w uzasadnieniu, w tym poprawienie w ofercie odwołującego, w Formularzu 2.3. - Wykaz osób omyłki, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzedzone wezwaniem odwołującego do złożenia wyjaśnień, skierowanym w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, w imieniu której postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu** (dalej „zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Bieżące utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Wołowie w latach 2020 – 2022 Zadanie 4 - Prace utrzymaniowe”, nr ref. postępowania: O.WR.D-3.2413.58.2020 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod nr 2020/S 096-229624 w dniu 18 maja 2020 r.

W dniu 10 sierpnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie** (dalej „odwołujący” lub „FBSerwis”).

Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu polegających na:

1. zaniechaniu wezwania FBSerwis do złożenia wyjaśnień dotyczących zadeklarowanego przez odwołującego doświadczenia kierownika robót M. B. w zakresie dodatkowym, tj. wykraczającym poza wymagane w ramach warunków udziału w postępowaniu i podlegające punktacji w ramach kryteriów oceny ofert;
2. zaniechaniu poprawienia oczywistej omyłki w ofercie FBSerwis, dotyczącej zadeklarowanego dodatkowego doświadczenia p. M. B. w zakresie dotyczącym realizacji zadania pn. „Remont ul. Browarnej w Bielsku-Białej”;
3. niezasadnym zaniżeniu liczby punktów przysługujących FBSerwis w ramach kryterium „Doświadczenie Kierownika robót”;
4. zaniechaniu uznania, że oferta FBSerwis jest ofertą najkorzystniejszą w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert a w konsekwencji na dokonaniu nieuzasadnionego wyboru oferty złożonej przez wykonawcę ALSA A.A. S. Sp. jawna z siedzibą w Legnicy (dalej „ALSA”);

5. zaniechanie uzasadnienia faktycznego w przedmiocie pełnej i wyczerpującej informacji dotyczącej nieprzyznania maksymalnej liczby punktów ofercie odwołującego;

a także, jedynie z daleko posuniętej ostrożności:

6. zaniechanie unieważnienia postępowania ze względu na wystąpienie niemożliwej do usunięcia wady postępowania, uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, poprzez ustalenie kryteriów oceny ofert w sposób niejednoznaczny, niezrozumiały i uniemożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców, co ostatecznie doprowadziło do sytuacji, w której oferty wykonawców są nieporównywalne.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

1. art. 87 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i autorytatywne nieuwzględnienie wskazanego w ofercie FBSerwis dodatkowego doświadczenia p. M. B. bez wezwania odwołującego do udzielenia wyjaśnień w tym zakresie;
2. art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy podana w ofercie FBSerwis informacja dotycząca dodatkowego doświadczenia p. M. B. zawiera omyłkę, która powinna zostać poprawiona przez zamawiającego, pomimo tego, że zamawiający dokonywał weryfikacji i poprawiał omyłki powstałe w innych ofertach;
3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty odwołującego w sposób niezgodny z zasadami określonymi w SIWZ, co w konsekwencji doprowadziło do nieprawidłowej i pozbawionej obiektywizmu oceny oferty FBSerwis w ramach kryterium „Doświadczenie kierownika robót”, a tym samym do nieuprawnionego zaniżenia punktacji oferty odwołującego i bezpodstawnego wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty ALSA;
4. art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez niepodanie szczegółowego i jednoznacznego uzasadnienia decyzji o nieprzyznaniu maksymalnej liczby punktów ofercie odwołującego;

jedynie z daleko posuniętej ostrożności:

5. art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 91 ust. 2d oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie modelu oceny ofert w ramach kryterium pozacenowego „Doświadczenie Kierownika robót” w sposób niejednoznaczny, niezrozumiały i uniemożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców, co ostatecznie doprowadziło do sytuacji, w której oferty wykonawców są nieporównywalne.

W związku z wymienionymi czynnościami i formułowanymi wyżej zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; powtórzenie czynności badania i oceny ofert; poprawienie oczywistej omyłki w ofercie odwołującego i ewentualnie wezwanie FBSerwis do złożenia stosownych wyjaśnień; przyznania ofercie FBSerwis maksymalnej liczby punktów; a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu, a ponadto o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Przywoływał zapisy SIWZ - pkt 19.1.2., w których zamawiający opisywał w jaki sposób dokonywana będzie ocena ofert w kryterium: „Doświadczenie Kierownika robót” zwracając uwagę, że zamawiający przyznawał punkty „na podstawie doświadczenia wyznaczonej

na stanowisko Kierownika robót” osoby, tj. dodatkowo premiował „doświadczenie większe niż wymagane w pkt 7.2.3.b)1) Tom 1 SIWZ – IDW”, które wynosiło 2 lata (24 miesiące). Sposób przyznawania dodatkowych punktów ustalono w ten sposób, że zamawiający przyznawał: 10 pkt za dodatkowe ponad wymagane 2 lata doświadczenia, a więc za wykazanie łącznie co najmniej 48 miesięcy doświadczenia wskazanego Kierownika robót; z kolei 20 pkt za dodatkowe ponad wymagane 4 lata doświadczenia- a więc za wykazanie łącznie co najmniej 72 miesięcy doświadczenia wskazanego Kierownika robót.

Ponadto, jak wynika z treści SIWZ, w celu ustalenia globalnego doświadczenia posiadanego przez wskazanego w ofercie Kierownika robót, zamawiający sumował doświadczenie deklarowane przez wykonawcę w formularzu/ oświadczeniu składanym: w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu, a także w celu uzyskania dodatkowych punktów w ramach Kryterium doświadczenia. Wynika to z samego brzmienia kryterium (doświadczenie „dodatkowe, ponad wymagane”) a także z treści uwag zawartych w pkt 19.1.2. SIWZ, gdzie potwierdzono, że wykonawcy mają swobodę w wyborze sposobu przekazania informacji na temat globalnego doświadczenia Kierownika robót (w pkt 19.1.2. ppkt UWAGI pkt 1 - wyraźnie potwierdzono, że „Formularz «Kryteria pozacenowe» stanowi przykładowy sposób opracowania”. Wynika z tego, że ustalając globalne doświadczenie Kierownika robót, na potrzeby przyznania punktów w ramach Kryterium doświadczenia, zamawiający zobowiązał się do uwzględnienia wszystkich podanych w ofercie informacji dotyczących doświadczenia. Co więcej, sposób zatytułowania zarówno wzoru Formularza 2.2., jak i wzoru Formularza 2.3. wyraźnie wskazuje, że informacje z obu formularzy powinny być wykorzystywane dla dokonania oceny na podstawie kryterium Doświadczenie kierownika

(Formularz 2.2. opatrzone nagłówkiem „FORMULARZ KRYTERIA POZACENOWE”, natomiast Formularz 2.3. opatrzone nagłówkiem „Wykaz osób w zakresie niezbędnym do oceny oferty na podstawie kryterium oceny ofert «Doświadczenie Kierownika robót»”.

Potwierdza to zresztą działanie zamawiającego w odniesieniu do oferty FBSerwis. Choć szczegółowe uzasadnienie sposobu przyznania punktów nie zostało przez zamawiającego podane w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej (dalej jako „zawiadomienie”), co również stanowi przedmiot jednego z zarzutów, to jednak ze wskazanej tam informacji o uwzględnionej liczbie miesięcy i liczby punktów przyznanych odwołującemu w ramach Kryterium doświadczenia w wyniku, że zamawiający dokonał sumowania doświadczenia wskazywanego zarówno odnośnie do warunków udziału, jak i w odniesieniu do kryteriów oceny ofert. Mianowicie zamawiający zsumował: część doświadczenia wskazywanego przez FBSerwis na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wykraczającą poza wymagane minimum 24 miesięcy, a także doświadczenie wskazane w Formularzu 2.2 oferty. Skoro bowiem w Zawiadomieniu wskazano, że w ramach Kryterium doświadczenia odwołujący uzyskał 10 pkt za „43,40 miesięcy” to znaczy, że zamawiający dokonał sumowania przypisanych p. M. B.: 20 miesięcy doświadczenia zdobytego w okresie od 1.11.2015 r. do 30.06.2017 r. wskazanego w Formularzu 2.2.; 18 miesięcy i 16 dni doświadczenia zdobytego w okresie od 7.12.2018 r. do dnia składania ofert (22.06.2020 r.) wskazanego w Formularzu 2.2., a także: części doświadczenia zadeklarowanego przez FBSerwis w Formularzu 2.3., w którym podano informacje „w ramach potwierdzenia spełniania warunku udziału (pkt 7.2.3.b)1)b) Tom I SIWZ – IDW)”. Tylko bowiem w taki sposób możliwe było przypisanie p. M. B. doświadczenia o wymiarze zbliżonym do wartości „43,40 miesięcy”.

Odwołujący zwrócił uwagę, że ustalony przez zamawiającego zakres całokształtu doświadczenia p. M. B. jest jednak nieprawidłowy. Bezpodstawnie pominął on bowiem część jego doświadczenia, chociaż zostało ono wskazane przez FBSerwis. Z informacji podanych przez odwołującego w Formularzach 2.2 oraz 2.3. wynika, że doświadczenie p. M. B. obejmuje w ujęciu chronologicznym realizację następujących zadań: (A) Formularz 2.3. od 01.07.2013 r. do 31.10.2015 r. zadanie: „Bieżące utrzymanie (letnie i zimowe) dróg wojewódzkich nr 937, 938, 941, 942, 943 na terenie powiatu cieszyńskiego w okresie od 01.07.2013 r. do 31.10.2015 r.”, liczba miesięcy - 28; (B) Formularz 2.3. od 01.08.2013 r. do 31.07.2014 r. zadanie: „Remont ul. Daszyńskiego w Bielsku-Białej na odcinku od ul. Hałcnowskiej do ul. Barkowskiej.”, liczba miesięcy – 12; (C) Formularz 2.2. od 01.11.2015 r. do 30.06.2017 r. zadanie: „Bieżące utrzymanie (letnie i zimowe) dróg wojewódzkich nr 781,945, 946, 948 oraz DK 69 na terenie powiatu żywieckiego od 01.11.2015 r. do 31.10.2018 r.”, liczba miesięcy - 20; (D) Formularz 2.3. od 01.07.2017 r. do dnia 18.12.2017 r. (z zastrzeżeniem, że w odniesieniu do daty 18.12.2017 r. w formularzu

2.3. nie podano daty rocznej, co jednak stanowi oczywistą omyłkę, która podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zadanie: „Remont ul. Browarnej w Bielsku-Białej”, liczba miesięcy - 5,58 (zgodnie z wyjaśnieniem odwołującego wartość 5,58 miesięcy została ustalona w następujący sposób: w okresie od 01.07.2017 r. do 18.12.2017 r. upłynęło 5 pełnych miesięcy (lipiec, sierpień, wrzesień, październik, listopad), a także 18 dni grudnia, który liczy 31 dni. Skoro zatem $18/31 = 0,58$ to $5 + 0,58 = 5,58$); (E) Formularz 2.2. od 07.12.2018r. do dnia złożenia oferty tj. 22.06.2020 r. zadanie: „Bieżące utrzymanie (letnie i zimowe) dróg wojewódzkich administrowanych przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach - powiat żywiecki, droga wojewódzka nr 781, 945, 946, 948” - 18, 5 miesiąca (wyjaśnienie odwołującego: wartość 18,5 miesięcy doświadczenia przy realizacji zadania została obliczona w następujący sposób - w poszczególnych latach p. M. B. uzyskiwał następujące doświadczenie: 2018 r. - 25 z 31 dni grudnia, tj. $25/31 = 0,8$, 2019 r. - pełne 12 miesięcy, a zatem wartość wynosi 12, 2020 r. - pełne 5 miesięcy oraz 21 pełnych z 30 dni czerwca, tj. $5 + (21/30) = 5,7$).

Tym samym, jak wynika z wyliczeń odwołującego łączna liczba miesięcy doświadczenia wskazanego przez niego Kierownika budowy wynosiła 84,08 miesiąca. W konsekwencji jego doświadczenie przekracza 60 miesięcy, powyżej wymaganego minimum. Być może w toku badania i oceny ofert zamawiający uznał, że doświadczenie wskazane w pkt B nie powinno być uwzględnione w ramach kryteriów oceny ofert, ponieważ zostało wskazane w formularzu dotyczącym warunków udziału w postępowaniu, a okres zdobywania tego doświadczenia zawiera się w okresie, w którym było zdobywane doświadczenie wskazane. W świetle lakonicznej treści zawiadomienia można bowiem przypuszczać, że zamawiający zasugerował się w tym kontekście treścią zastrzeżenia zawartego w pkt 7.2.3. lit. b) ppkt 1 in fine SIWZ, zgodnie z którym „jeżeli wskazana osoba w tym samym czasie nabywała doświadczenie na różnych zadaniach to okres doświadczenia nie będzie sumowany”. W tym miejscu jednak odwołujący kategorycznie podkreślił, że takie ograniczenie zostało sformułowane jedynie w odniesieniu do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Analogicznego zastrzeżenia nie sformułowano w postanowieniach dotyczących kryteriów oceny ofert. Wobec tego należy przyjąć, że w ramach Kryterium doświadczenia zamawiający powinien oceniać globalne doświadczenie wskazanego Kierownika robót, które wykracza poza wymagane minimum tj. 24 miesiące. W przypadku doświadczenia p. M. B. należało wziąć zatem pod uwagę wartość 84 miesiący.

W tych okolicznościach zatem kluczowe znaczenie ma jednak fakt, że nawet gdyby uznać, że zamawiający był uprawniony do nie uwzględniania doświadczenia wskazanego w pkt B powyżej, to również przy takim założeniu doświadczenie p. M. B. wynosi 72,08 miesiąca, a zatem obliuguje zamawiającego do przyznania FBSerwis maksymalnej liczby

punktów w ramach Kryterium doświadczenia. W dalszej części odwołujący prezentował graficznie w jaki sposób należało sumować okresy doświadczenia zdobytego przez p. M. B. .

Podsumowując kwestię sposobu dokonywanej przez zamawiającego oceny ofert w postępowaniu stwierdził, że decyzja zamawiającego o przyznaniu FBSerwis punktów odpowiadających jedynie za doświadczenie w wymiarze „43,40 miesięcy” jest oczywiście błędna. Nawet w przypadku przyjęcia interpretacji zakładającej, że doświadczenie wymienione w pkt B powyżej nie powinno być uwzględniane (co jednak byłoby nieuprawnioną nadinterpretacją SIWZ), to przeprowadzenie prostego działania matematycznego niezbicie dowodzi, że p. M. B. posiada doświadczenie w wymiarze co najmniej 72,08 miesiąca, a zatem co najmniej 48,08 miesiąca ponad wymagane minimum wynoszące 24 miesiące.

Uzasadniając w dalszej części zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1, art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę oferty FBSerwis argumentował, że z opisanego powyżej stanu faktycznego jednoznacznie wynika, że w rezultacie dokonania błędnych ustaleń dot. doświadczenia p. M. B., zamawiający bezpodstawnie zaniżył liczbę punktów, którą w świetle postanowień SIWZ powinien przyznać ofercie odwołującego. Jest oczywiste, że skoro p. M. B. posiada doświadczenie, przekraczające wymagane 24-miesięczne minimum o co najmniej 48,08 miesiąca, to w ramach Kryterium doświadczenia oferta FBSerwis powinna uzyskać 20 pkt. Tym samym podjęta przez zamawiającego decyzja o przyznaniu FBSerwis w tym kryterium jedynie 10 punktów w sposób jaskrawy narusza art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym punkty przyznawane są zgodnie ze wskazanymi w SIWZ kryteriami oceny ofert. Jednocześnie przepis ten został naruszony przez dokonanie wyboru oferty ALSA. Uwzględniając bowiem opisane nieprawidłowości, oferta ta nie może być uznana za najkorzystniejszą w rozumieniu przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie ulega, w ocenie odwołującego również wątpliwości, że naruszony został obowiązek równego traktowania wykonawców określony w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Nieprzyznanie należnych punktów FBSerwis stanowi wyraz oczywistego defaworyzowania tego wykonawcy w postępowaniu. Zatem prowadzi to również do naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy - utrzymanie decyzji zamawiającego oraz zawarcie umowy z ALSA będzie w sposób oczywisty naruszało obowiązek ustanowiony w tym przepisie.

W dalszej części odwołujący wskazywał, że zamawiający naruszył także przepisy ustawy Pzp, gdyż zaniechał wezwania do wyjaśnień oraz poprawienia omyłki w ofercie FBSerwis. W świetle postanowień SIWZ wykonawcy mieli swobodę w wyborze sposobu przekazania informacji na temat globalnego doświadczenia Kierownika robót. W ofercie

FBSerwis część relewantnego doświadczenia została wskazana w formularzu 2.2., a część w formularzu 2.3. Okoliczność ta nie przeszkodziła zamawiającemu w dotarciu do wszystkich informacji podanych przez odwołującego na temat doświadczenia p. M. B., skoro ostatecznie wskazana w Zawiadomieniu liczba miesięcy jego doświadczenia została obliczona na podstawie informacji zawartych w obu formularzach. Podtrzymując stanowisko o oczywistych błędach w ustaleniach poczynionych przez zamawiającego należy stwierdzić, że jeżeli powziął on jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty, w zakresie dotyczącym omawianego doświadczenia, zobowiązany był dążyć do ich wyjaśnienia na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Jest oczywiste, że gdyby zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia wątpliwości dotyczących doświadczenia p. M. B., uzyskałby szczegółowe wyjaśnienia, a w rezultacie nie popełniłby wskazanych naruszeń ustawy Pzp. Warto przy tym wyraźnie podkreślić, że działając z należytą starannością zamawiający powinien był powziąć wątpliwość co do zakresu deklarowanego doświadczenia p. M. B., ponieważ w treści formularza 2.2. odwołujący jednoznacznie zadeklarował, że „osoba wskazana powyżej posiada 4 letnie doświadczenie ponad wskazane w Formularzu 2.3.”. Tym samym zamawiający nie mógł nie zauważyć, że FBSerwis oczekuje uzyskania maksymalnej liczby punktów w ramach Kryterium „doświadczenie”. W takich okolicznościach oczywistym obowiązkiem zamawiającego było wezwanie FBSerwis do złożenia wyjaśnień. Jego zignorowanie i autorytatywne przyznanie odwołującemu zaniżonej liczby punktów stanowi oczywiste naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto, gdyby zamawiający wezwał FBSerwis do złożenia wyjaśnień, uzyskałby również potwierdzenie, że w informacji dotyczącej doświadczenia p. M. B. zdobytego w ramach zadania „Remont ul. Browarnej w Bielsku-Białej” wystąpiła omyłka polegająca na niepodaniu roku, w którym zakończono jego realizację. Nie ulega jednak wątpliwości, że omyłka ta podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp lub co najmniej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest do poprawienia „oczywistych omyłek pisarskich”. W orzecznictwie i literaturze podkreśla się, że istotą omyłki pisarskiej jest niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Może to być błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu, czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Zatem omyłka polegająca nie niewpisaniu daty rocznej spełnia powyższe warunki. Stanowi bowiem oczywiście niezamierzone opuszczenie fragmentu daty. Zamawiający mógłby również samodzielnie dokonać jej poprawy. Skoro bowiem początek realizacji ww. zadania określono na dzień 1 lipca 2017 r., to jest oczywiste, że poprawiając oczywistą omyłkę zamawiający mógłby rozważać jedynie uzupełnienie niezamierzonego opuszczenia o rok 2017, 2018 lub 2019. Biorąc pod uwagę, że w Formularzu 2.3. odwołujący

powołał również doświadczenie zdobywane w okresie od 7.12.2018 r., aż do momentu składania oferty, zamawiający powinien samodzielnie uzupełnić brakującą datę roczną tj. o rok 2017.

Z ostrożności odwołujący wskazał, że gdyby nawet uznać, iż wspomniana omyłka nie jest na tyle oczywista, by zamawiający mógł poprawić ją samodzielnie, powinien był zakwalifikować brak daty jako tzw. „inną omyłkę”, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i wezwać FBService do złożenia wyjaśnień i dokonać poprawienia na podstawie tego przepisu. Dla jego zastosowania spełnione są bowiem wszystkie ustawowe przesłanki, jakimi są: techniczna (nie merytoryczna) niezgodność oferty z SIWZ, a także brak istotnej zmiany oferty wskutek poprawienia omyłki. We wzorze formularzy stanowiących załącznik do SIWZ zamawiający wyraźnie wskazał, że oczekuje od wykonawców podania pełnej daty wyznaczającej okres zdobywania doświadczenia przez Kierownika robót („dd/mm/rr”). Tym samym niepodanie roku, jako istotnego elementu daty stanowi formalne - a nie merytoryczne - uchybienie wymaganiom zamawiającego określonym w SIWZ. Jednocześnie, jej poprawienie, nie powoduje istotnej zmiany oferty. Nie dotyczy bowiem treści oświadczenia woli wykonawcy, lecz odnosi się do sfery faktów. Jest oczywiste, że uzupełniając datę doświadczenia zdobywanego przy realizacji zadania „Remont ul. Browarnej w Bielsku-Białej”, doszłoby jedynie do doprecyzowania informacji na temat obiektywnego faktu, a więc nie doszłoby do istotnej zmiany oferty.

Podsumowując powyższe kwestie odwołujący stwierdził, że gdyby zamawiający rzetelnie przeprowadził proces badania i oceny ofert, zidentyfikowałby oczywistą omyłkę, którą powinien poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, lub na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, po ewentualnym wezwaniu FBService do złożenia wyjaśnień. Uwagę zwraca przy tym fakt, że zamawiający ma świadomość istnienia uprawnienia do poprawiania omyłek i skorzystał z niego w odniesieniu do oferty ALSA, poprawiając omyłkę popełnioną przez tego wykonawcę w kosztorysie ofertowym. Zignorowanie tego obowiązku stanowi zatem także oczywiste naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, tj. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zauważył również, że brak było właściwego uzasadnienia dla przyznania FBService zaniżonej liczby punktów. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp obowiązkiem zamawiającego jest poinformowanie wszystkich wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, podając m.in. punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację. Nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 r. ustawodawca doprecyzował, że informacja taka musi zawierać uzasadnienie faktyczne i prawne. Nie ulega wątpliwości, że zamawiający nie wykonał obowiązku wyrażonego w ww. przepisie, podał bowiem jedynie liczbę punktów przyznanych FBService w ramach kryterium Doświadczenie kierownika, a także podał ustaloną przez siebie liczbę miesięcy dodatkowego doświadczenia p. M. B. .

W Zawiadomieniu nie podano jednak jakiegokolwiek informacji na temat tego, w jaki sposób zamawiający doszedł do wartości 43,40 miesięcy. Wartość ustalona przez zamawiającego jest błędna, przy czym nie sposób dociec na podstawie jakich składników została ustalona. Zamawiający nie wyjaśnił jaką metodą matematyczną posługiwał się w ramach oceny ofert w oparciu o Kryterium doświadczenia. Okoliczność ta nie tylko potwierdza oczywiste naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ale także istotnie utrudniła i ograniczyła FBService możliwość przygotowania i wniesienia odwołania. Tym samym - niezależnie od pozostałych zarzutów - stanowi samodzielną podstawę do uwzględnienia odwołania. W związku z tym odwołujący zastrzegł również, że ewentualne twierdzenia powoływane przez zamawiającego w odpowiedzi na niniejsze odwołanie, będą upoważniały FBService do dalszego korzystania ze środków ochrony prawnej, jeżeli będą opierały się na założeniach i zarzutach niewynikających z informacji podanych w Zawiadomieniu, do których odwołujący nie mógł odnieść się w niniejszym odwołaniu.

Odwołujący alternatywnie podniósł również zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 91 ust. 2d oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp wywodząc, że gdyby zamawiający podtrzymał swoje stanowisko twierdząc, że ocenił ofertę FBService prawidłowo należy stwierdzić, że postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie wyżej cytowanych przepisów ze względu na ukształtowanie kryterium Doświadczenie kierownika robót w sposób niejednoznaczny, niezrozumiały i uniemożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców, co ostatecznie doprowadziło do sytuacji, w której oferty wykonawców są nieporównywalne, a obiektywnie najkorzystniejsza oferta FBService nie mogła zostać wybrana. Jeżeli mianowicie zamawiający przedstawi argumentację uzasadniającą przyznanie odwołującemu jedynie 10 pkt w ramach ww. kryterium pomimo, że - jak wykazano niezbicie - FBService przedstawił doświadczenie uprawniające do uzyskania 20 pkt, będzie to niewątpliwie świadczyło o oczywistej wadzie wielokryterialnego modelu oceny ofert, która ujawniła się po ich złożeniu. Tego rodzaju wada jest niemożliwa do poprawienia na obecnym etapie postępowania, a zarazem uniemożliwia zawarcie ważnej umowy. Nie ulega bowiem wątpliwości, że ewentualne zawarcie umowy z ALSA będzie stanowiło udzielenie zamówienia wykonawcy wybranego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, a zatem z rażącym złamaniem zasady wyrażonej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. W takiej sytuacji zamawiający jest ustawowo zobowiązany do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zamawiający, 11 sierpnia 2020 r., poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego przystąpił 13 sierpnia 2020 r. wykonawca: **ALSA A.A. S. Sp. jawna z siedzibą w Legnicy** (dalej także jako „przystępujący”), zgłaszając swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający, działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, 29 września 2020 r., złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, treścią ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu, protokołem postępowania a w szczególności oceną ofert dokonaną przez zamawiającego w kryterium „Doświadczenie kierownika robót”, informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej, a także po zapoznaniu się z odwołaniem i odpowiedzią na nie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Działania zamawiającego, polegające na niezgodnej z treścią SIWZ ocenie ofert spowodowały, że oferta odwołującego została sklasyfikowana na trzecim miejscu w rankingu ofert. Za najkorzystniejszą została natomiast uznana oferta ALSA, co jednak jest wynikiem wskazanych przez odwołującego zaniechań i błędnych decyzji zamawiającego w zakresie oceny oferty FBService, co doprowadziło do nieuzasadnionego zaniżenia punktów przysługujących odwołującemu w świetle kryterium „Doświadczenie Kierownika robót”. W szczególności także zamawiający nie poprawił oczywistej omyłki w ofercie FBService, choć istniały ku temu oczywiste podstawy i chociaż dokonał takiej czynności w odniesieniu do innej oferty złożonej w postępowaniu. Gdyby zamawiający dokonał oceny oferty FBService w sposób prawidłowy, uzyskałaby ona maksymalną liczbę punktów a tym samym zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu, protokołu postępowania w tym oceny ofert dokonanej przez zamawiającego w kryterium „Doświadczenie kierownika robót” (załączniki do protokołu ZP-PN), treści informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zawartym w pkt 5.1. SIWZ jest bieżące utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Wołowie w latach 2020 - 2022. Zadanie IV, stanowiące przedmiot niniejszego odwołania, polega na wykonywaniu prac związanych z bieżącym utrzymaniem dróg, wykonaniem napraw i konserwacji elementów pasa drogowego i infrastruktury drogowej w celu zapewnienia bezpieczeństwa ruchu drogowego, przejezdności dróg i estetyki, remontem odwodnienia, sprzątaniem, utrzymaniem zieleni oraz patrolowaniem.

Dalej, Izba ustaliła, że w pkt 7 zamawiający opisał warunki, jakie spełniać muszą wykonawcy biorący udział w postępowaniu, w tym odnoszące się do zdolności technicznej lub zawodowej osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Zgodnie z pkt 7.2. ppkt 3) lit. b) wykonawca miał obowiązek wskazać osoby, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca, na każdą funkcję wymienioną w SIWZ, zobligowany był wskazać osoby, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania: (1) osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika robót: wymagana liczba osób: 1 minimalne kwalifikacje zawodowe i doświadczenie: (a) uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności drogowej lub odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów; (b) 2 letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika robót lub Kierownika robót drogowych lub Kierownika budowy przy realizacji zadań na drogach klasy minimum G obejmujących prace utrzymaniowe remontowe. Zgodnie z adnotacją zamawiającego jeżeli wskazana osoba w tym samym czasie nabywała doświadczenie na różnych zadaniach to okres doświadczenia nie będzie sumowany; (2) osoba proponowana do pełnienia funkcji Majster: wymagana liczba osób: 1 minimalne doświadczenie: 2 letnie doświadczenie na stanowisku Majstra lub pracownika drogowego przy realizacji zadań na drogach klasy minimum G obejmujących prace utrzymaniowe lub remontowe. Jeżeli wskazana osoba w tym samym czasie nabywała doświadczenie na różnych zadaniach to okres doświadczenia nie będzie sumowany.

Ponadto, w pkt 9.6. SIWZ zamawiający przewidział, że zgodnie z art. 24 aa ustawy Pzp, przewiduje możliwość w pierwszej kolejności dokonania oceny ofert, a następnie zbadania czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Z kolei w pkt 14 SIWZ - Opis sposobu przygotowania ofert, w ppkt 14.5. przewidywał, że ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta” oraz niżej wymienione wypełnione dokumenty: (1) Formularz cenowy (Tom IV SIWZ); (2) Formularz „Kryteria pozacenowe”. Niezłożenie Formularza „Kryteria pozacenowe” nie będzie skutkowało odrzuceniem oferty;

(3) Wykaz osób, o którym mowa w pkt 9.7.1) c) IDW, w zakresie niezbędnym do oceny oferty na podstawie ustalonych kryteriów oceny ofert.

Jak ustalił skład orzekający kryteria wyboru i sposób oceny ofert, zostały opisane w pkt 19 SIWZ, w następujący sposób. Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający stosować będzie następujące kryteria oceny ofert: cena (C) - 60 pkt, Doświadczenie Kierownika robót (D) - 20 pkt, Okres gwarancji jakości na wskazaną część robót (G) - 20 pkt. Kryterium doświadczenie Kierownika robót (pkt 19.1.2 SIWZ) będzie rozpatrywane na podstawie doświadczenia osoby wyznaczonej na stanowisko Kierownika robót. Za skierowanie do pełnienia funkcji Kierownika robót osoby posiadającej większe doświadczenie niż wymagane w pkt 7.2.3.b)1) Tom I SIWZ - IDW tj. większe niż 2 letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika robót lub Kierownika robót drogowych lub Kierownika budowy przy realizacji zadań na drogach klasy minimum G obejmujących prace utrzymaniowe lub remontowe, Zamawiający przyzna następującą liczbę punktów: za dodatkowe, ponad wymagane w pkt 7.2.3.b)1) Tom I SIWZ - IDW tj. za dodatkowe 2 lata doświadczenia na stanowisku Kierownika robót lub Kierownika robót drogowych lub Kierownika budowy przy realizacji zadań na drogach klasy minimum G obejmujących prace utrzymaniowe lub remontowe - Wykonawca otrzyma 10 pkt; za dodatkowe, ponad wymagane w pkt 7.2.3.b)1) Tom I SIWZ - IDW tj. za dodatkowe 4 lata doświadczenia na stanowisku Kierownika robót lub Kierownika robót drogowych lub Kierownika budowy przy realizacji zadań na drogach klasy minimum G obejmujących prace utrzymaniowe lub remontowe - Wykonawca otrzyma 20 pkt, UWAGI: (1) Formularz „Kryteria pozacenowe” stanowi przykładowy sposób opracowania. W przypadku korzystania przez Wykonawcę z tego formularza wymagane jest złożenie podpisu na końcu dokumentu. Niezłożenie Formularza „Kryteria pozacenowe” skutkować będzie przyznaniem punktów w kryterium „Doświadczenie Kierownika robót”. (2) Formularz „Kryteria pozacenowe” nie stanowi dokumentu składanego w celu potwierdzenia spełnienia warunków, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. (3) Przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp może mieć zastosowanie jedynie w zakresie wyjaśnienia treści złożonych ofert. W następstwie czynności złożenia wyjaśnień wykonawca nie może uzupełnić Formularza „Kryteria pozacenowe” o dodatkowe zadania nieujęte w formularzu lub dokonać ich zmiany. (4) Jeżeli w wyniku zastosowania procedury przewidzianej w art. 26 ust.3 ustawy Pzp w zakresie okoliczności, o których mowa w 25 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca dokona zmiany osoby wskazanej na stanowisko Kierownika robót drogowych, które podlega ocenie i punktacji w ramach kryterium „Doświadczenie Kierownika robót” - wówczas zamawiający w ramach tego kryterium przyzna 0 punktów.

Jednocześnie Izba ustaliła, że załącznikami do SIWZ były formularze: 2.1. Oferta; 2.2. „Kryteria pozacenowe”; 2.3. Wykaz osób w zakresie niezbędnym do oceny oferty

na podstawie kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika robót”. W formularzu 2.2. pkt 1 zamawiający wymagał podania informacji na temat doświadczenia osoby skierowanej do pełnienia funkcji Kierownika robót. Zgodnie z treścią formularza wykonawca zobowiązany był wypełnić następujące dane i przekazać poniższe informacje. Na potwierdzenie posiadania przez pana (tu: imię i nazwisko) Kierownika robót drogowych, skierowanego do wykonania niniejszego zamówienia, poza wykazanym w Formularzu 2.3. doświadczeniem, zgodnie z opisem zawartym w pkt 19.1.2. IDW - Tom I SIWZ, przedstawiam informacje i oświadczam, że osoba wskazana powyżej posiada: 2 letnie doświadczenie ponad wskazane w Formularzu 2.3., na stanowisku Kierownika robót lub Kierownika robót drogowych lub Kierownika budowy przy realizacji zadań na drogach klasy minimum G obejmujących prace utrzymaniowe lub remontowe. Poniżej należało wpisać: (1) Nazwa zadania; (2) Zakres zadania; (3) Klasa drogi; (4) Pełniona funkcja; (5) Okres pełnienia funkcji: od ... do ... w formacie dd/mm/rrrr. Poniżej należało wypełnić formularz w przypadku, gdy wykonawca deklarował, że wskazana przez niego osoba posiada 4 letnie doświadczenie ponad wskazane w Formularzu 2.3., na stanowisku Kierownika robót lub Kierownika robót drogowych lub Kierownika budowy przy realizacji zadań na drogach klasy minimum G obejmujących prace utrzymaniowe lub remontowe. Poniżej należało podać analogiczny zakres informacji, jak to miało miejsce w przypadku 2 - letniego doświadczenia.

Izba ustaliła ponadto, że w postępowaniu dla zadania IV zostało złożonych pięć ofert, w tym oferta odwołującego i przystępującego. Zamawiający, w dniu 30 lipca 2020 r. przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej podając jaką ilość punktów przyznał wykonawcom w poszczególnych kryteriach oceny ofert, w tym jaka ilość miesięcy doświadczenia kierownika Robót została wzięta pod uwagę w ramach kryterium, a także informację o łącznej punktacji przyznanej poszczególnym ofertom. Jak wynika z kolei z załączonych do protokołu postępowania ZP-PN formularzy, zamawiający dysponował szczegółowymi wyliczeniami w zakresie, w jakim przyznawał punkty w kryterium doświadczenie Kierownika robót, za poszczególne zadania wykazane przez wykonawców w formularzach 2.2. i 2.3., składanych przez wykonawców wraz z ofertą. Z przedłożonych do akt sprawy dokumentów wynika, że zamawiający przyznawał punkty dodatkowe oceniając wyłącznie te zamówienia, które wyspecyfikowane zostały w formularzu „Kryteria pozacenowe” (2.2.), pomijając przy ocenie to doświadczenie, które wykonawcy wymienili w formularzu 2.3. Powyższy sposób oceny spowodował, że odwołujący otrzymał w kryterium doświadczenie 10 pkt., zamiast oczekiwanych przez niego 20 pkt.

Z powyższych powodów odwołujący, w dniu 10 sierpnia 2020 r. złożył odwołanie, podnosząc naruszenia przepisów ustawy Pzp omówione powyżej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miały wpływ lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy przypomnieć, że obowiązkiem zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez przepisy ustawy Pzp. Przepisy ustawy zobowiązują zamawiającego między innymi do tego, aby ocena ofert w postępowaniu dokonywana była zgodnie z kryteriami i opisem, który zamawiający sporządza w treści SIWZ. Przypomnieć należy, że SIWZ, jako podstawowy dokument w postępowaniu, określający zakres zobowiązania wykonawcy, warunki przetargu, wymagania których spełnienie jest konieczne w postępowaniu, kryteria oceny ofert i sposób dokonywania tej oceny, sporządzona zgodnie z art. 36 ustawy Pzp, determinuje następnie treść oferty, w tym w szczególności te jej elementy, które mają wpływ na dokonywaną przez zamawiającego ocenę ofert. To z treści SIWZ ma wynikać w jaki sposób wykonawcy mają zaprezentować dane dotyczące treści składanego zobowiązania, wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz w jaki sposób mają zaprezentować informacje, które posłużą następnie zamawiającemu do dokonania oceny tych ofert. To rolą zamawiającego jest, aby przedstawiając owe dane, wykonawcy nie mieli wątpliwości w jaki sposób mają je przedstawić.

W tym kontekście niezrozumiałe jest stanowisko zamawiającego, zaprezentowane w treści odpowiedzi na odwołanie, że ten nie posiada kompetencji do decydowania m.in. za odwołującego, jakie doświadczenie i w jakim zakresie ten przedstawi odpowiednio dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a jakie dla wykazania spełnienia dodatkowych kryteriów pozacenowych. Należy zgodzić się z twierdzeniem, że to wykonawca jest pełnym i wyłącznym decydem w zakresie treści swojej oferty i to on, mając na względzie swój najlepiej pojęty interes, decyduje m.in. w zakresie tego w jaki sposób i w jakim miejscu w ofercie przedstawia posiadane przez siebie doświadczenie, jednakże nie można zapominać, że czynności te dokonywane są w oparciu o instrukcję zamawiającego, którą ten zamieszcza w treści SIWZ. Instrukcja ta winna być na tyle jednoznaczna i oczywista, aby wykonawca dysponował pełną wiedzą w którym miejscu i jakie dane zobowiązany jest przedstawić.

Izba w pełni podzieliła stanowisko odwołującego, który zarzucił zamawiającemu, że ten dokonał oceny złożonych ofert, w tym złożonej przez niego, w sposób dowolny, nie opierając się na literalnym brzmieniu SIWZ w zakresie, w jakim opisano w niej sposób oceny

ofert w kryterium doświadczenie Kierownika robót. Przytaczany przez odwołującego pkt 19.1.2. SIWZ, w których zamawiający opisywał w jaki sposób dokonywana będzie ocena ofert w kryterium: „Doświadczenie Kierownika robót” wprost wskazuje, że zamawiający przyzna punkty na podstawie doświadczenia wyznaczonej na stanowisko Kierownika robót osoby, tj. będzie premiował doświadczenie większe niż wymagane w pkt 7.2.3.b)1) Tom 1 SIWZ - IDW. Z kolei minimalne doświadczenie na tym stanowisku, którego wykazaniem winien legitymować się każdy z wykonawców, wynosiło 2 lata. Dalej zamawiający opisywał sposób przyznawania dodatkowych punktów w tym kryterium w taki sposób, że zamawiający przyznawał będzie: 10 pkt za dodatkowe, ponad wymagane 2 lata doświadczenia, a więc za wykazanie łącznie co najmniej 48 miesięcy doświadczenia wskazanego Kierownika robót; z kolei 20 pkt za dodatkowe, ponad wymagane 4 lata doświadczenia - a więc za wykazanie łącznie co najmniej 72 miesięcy doświadczenia wskazanego Kierownika robót. Zapisy SIWZ w tym miejscu w żaden sposób nie referują do określonego formularza, a jedynie wskazują jakie doświadczenie dodatkowe, wykazane przez wykonawcę, będzie punktowane. Podkreślić należy, że z pkt 14 SIWZ - Opis sposobu przygotowania ofert, ppkt 14.5. wynikało, że ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta” oraz niżej wymienione wypełnione dokumenty: Formularz cenowy (Tom IV SIWZ); Formularz „Kryteria pozacenowe”, a także Wykaz osób, o którym mowa w pkt 9.7.1) c) IDW, w zakresie niezbędnym do oceny oferty na podstawie ustalonych kryteriów oceny ofert. Tym samym nałożenie na wykonawców obowiązku złożenia wraz z ofertą obu formularzy oznaczało, że ocenie poddane zostanie zarówno doświadczenie opisane przez wykonawcę w formularzu 2.2., jak również w formularzu 2.3. Wprawdzie, co podnosił zamawiający na rozprawie, z treści formularza 2.2. wynikało, że wpisane winno być tu doświadczenie Kierownika robót ponad to, które wskazane zostało w formularzu 2.3, jednakże zamawiający nie przewidział w treści SIWZ żadnych sankcji wynikających z faktu zaprezentowania danych w sposób inny, niż wynikający z treści załącznika. Jeśli zatem wolą zamawiającego było dokonywanie oceny ofert w ramach kryterium doświadczenie Kierownika robót wyłącznie w oparciu o formularz 2.3. - to jego obowiązkiem było jednoznaczne wyartykułowanie swojej woli w treści dokumentu - SIWZ.

Mając na uwadze powyższe Izba przychyliła się do oceny odwołującego, że z treści SIWZ wynika, że w celu ustalenia globalnego doświadczenia posiadanego przez wskazanego w ofercie Kierownika robót, zamawiający winien dokonać zsumowania doświadczenia deklarowanego przez wykonawców w formularzu/ oświadczeniu składanym: w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu, oraz wykazanego w celu uzyskania dodatkowych punktów w ramach Kryterium doświadczenia. Wynika to zarówno z samego opisu dokonywania oceny w ramach kryterium, jak też z treści uwag zawartych w pkt 19.1.2. SIWZ, gdzie potwierdzono, że wykonawcy mają swobodę co do tego w jaki sposób przekażą

informację na temat łącznego doświadczenia Kierownika robót (w uwagach do pkt 19.1.2. ppkt 1 zamawiający stwierdził, że formularz Kryteria pozacenowe stanowi przykładowy sposób opracowania. Ponadto także sam tytuł formularza 2.3., zgodnie z wzorem opracowanym przez zamawiającego jednoznacznie precyzuje, że informacje z tego dokumentu również posłużą dla dokonania oceny na podstawie kryterium Doświadczenie kierownika, albowiem opatrzone go nagłówkiem: Wykaz osób w zakresie niezbędnym do oceny oferty na podstawie kryterium oceny ofert Doświadczenie Kierownika robót. W konsekwencji, zamawiający ustalając sumę doświadczenia, która została wykazana przez wykonawców, winien na potrzeby przyznania punktów w ramach Kryterium doświadczenia, uwzględnić wszystkie podane w ofercie informacje dotyczące doświadczenia zdobytego przez wymienioną w formularzu osobę.

Z uwagi na stwierdzone naruszenie przez zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, poprzez dokonanie oceny oferty odwołującego w sposób niezgodny z zasadami określonymi w SIWZ, co w konsekwencji doprowadziło do nieprawidłowej oceny oferty FBSerwis w postępowaniu w kryterium doświadczenie Kierownika robót, a w konsekwencji zaniżenia punktacji oferty odwołującego i bezpodstawnego wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty ALSA - Izba w sentencji nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 4 oraz dokonanie powtórnej oceny złożonych ofert, zgodnie z zasadami opisanymi w SIWZ.

Skład orzekający uznał jednocześnie, że kryteria oceny ofert, jak też zasady na jakich ta ocena będzie dokonywana są jasne, precyzyjne i wynikają z cytowanych wyżej zapisów SIWZ i załączonych do niej formularzy. Z powyższych powodów, w ocenie Izby, nie zaistniała przesłanka opisana w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp uprawniająca zamawiającego do unieważnienia przedmiotowego postępowania, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji – oddalając odwołanie w tym zakresie.

W kontekście dokonanej oceny oferty, złożonej przez odwołującego, Izba podzieliła również argumentację w zakresie w jakim podnosił on zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie pomimo, że uznać należało, że podana w ofercie FBSerwis informacja dotycząca dodatkowego doświadczenia p. M. B. zawierała omyłkę, która powinna zostać przez zamawiającego poprawiona na podstawie cytowanego przepisu ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, aby możliwe było poprawienie nieprawidłowości występujących w ofercie, konieczne jest zaistnienie dwóch przesłanek, które muszą wystąpić łącznie. Po pierwsze dostrzeżona w ofercie niezgodność z treścią SIWZ musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści, a ponadto dostrzeżona niezgodność nie może prowadzić do zmiany treści złożonej oferty.

Zauważyć przy tym należy, że intencją ustawodawcy przy wprowadzaniu aktualnie obowiązującego brzmienia art. 87 ust. 2 ustawy Pzp było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych tak, aby umożliwić branie pod uwagę w postępowaniach ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Wynika to z wprost uzasadnienia do ustawy z 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych: „W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2 ustawy Pzp). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami”.

Tym samym przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp został wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, ale dopuszcza on również poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, jak też opuszczeń czy drobnych różnic itp. Nie ulega wątpliwości, że wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z omyłką mamy do czynienia w przypadku, gdy wykonawca w sposób niecelowy a czasami, jak to ma miejsce w tym przypadku, nie dochowując należytej staranności przy wypełnianiu formularzy, składa w swojej ofercie oświadczenie o określonej treści, czyniąc to omyłkowo.

W niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z taką właśnie omyłką, o której stanowi przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Na wstępie należy podkreślić, że w

niniejszym przypadku mamy do czynienia z niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ. Zarówno SIWZ, która precyzuje jaki zakres danych jest niezbędny celem przyznania wykonawcy punktów w kryterium doświadczenie Kierownika robót, jak również z samego formularza, który określił, że aby uzyskać punkty należy podać pełną datę, wskazując okres zdobywania doświadczenia przez Kierownika robót w formacie: dd/mm/rr. A zatem niedopełnienie tego obowiązku i nie podanie tego elementu stanowi uchybienie formalne, bez którego zamawiający nie może jednak dokonać oceny złożonej oferty. Uchybienie to jednak możliwe jest do naprawienia, gdyż uzupełnienie daty i wpisanie roku zakończenia projektu - nie stanowi istotnej zmiany treści złożonej przez odwołującego oferty.

W literaturze i orzecznictwie KIO podkreśla się, że okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (essentialia negotii) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Zamawiający więc poprawia omyłkę wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę lub też dotyczy takich elementów, które nie powodują ingerencji w treść oferty i nie prowadzą do ustalenia nowej jej treści.

Niewątpliwie z taką sytuacją mamy do czynienia w tym przypadku. Zamawiający, w okolicznościach niniejszej sprawy, winien dokonać poprawy omyłki, poprzedzając tą czynność wezwaniem odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia stosownych wyjaśnień. Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, że skoro z żadnego innego dokumentu nie wynikało jaka winna być data roczna zakończenia świadczenia usług - nie było konieczności wyjaśnień tego faktu, jako że był on dla zamawiającego oczywisty. Skierowane do odwołującego zapytanie w tym przedmiocie, sprowadzałoby się w istocie do podania brakującej daty, co istotne data ta odnosi się do okoliczności, które miały już miejsce. Z oczywistych względów odwołujący nie miałby możliwości dokonać zmiany okresu, w jakim wskazany kierownik robót pełnił swoją funkcję na tym projekcie. Wpisane bowiem w tabeli zadanie pn. „Remont ul. Browarnej w Bielsku-Białej” zakończyło się. Tym samym uzupełnienie treści formularza sprowadzałoby się jedynie do doprecyzowania informacji na temat faktu, który miał wcześniej miejsce. Tym samym nie można mówić, że prowadziło do istotnej zmiany treści złożonej oferty.

Izba doszła również do przekonania, że zamawiający naruszył przepis art. 92 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż nie podał szczegółowego uzasadnienia swojej decyzji w zakresie, który dotyczył oceny złożonych ofert w kryterium doświadczenie Kierownika robót. Należy

podkreślić, że zgodnie z tym przepisem, zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, podając zarówno uzasadnienie prawne, jak też faktyczne. Biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert, sformułowane przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu, uzasadnienie faktyczne nie może sprowadzać się jedynie do podania łącznej punktacji, czy też nawet przyznania określonej sumy punktów w danym podkryterium. Nie spełnia także wymogu, który pozwala uznać przekazane uzasadnienie za uzasadnienie faktyczne, o którym mowa w art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, z treści którego wynika wyłącznie jaka ilość miesięcy doświadczenia została uznana.

O ile w przypadku kryteriów: ceny czy też gwarancji jakości, ilość przyznawanych punktów w ramach kryteriów w tym postępowaniu z łatwością można było ustalić, gdyż były one wynikiem zastosowania wzoru matematycznego podanego w SIWZ, to w przypadku kryterium doświadczenie Kierownika robót ilość przyznawanych punktów była ściśle powiązana z faktem przyznania, lub też nie odpowiedniej ilości punktów za wykazane zamówienia, a ta z kolei zależała ściśle od tego czy dane zamówienie (wymienione w formularzu 2.3., a w ocenie Izby również wymienione w formularzu 2.2.) zostanie wzięte pod uwagę i jak okres świadczenia usług, w odniesieniu do każdego zamówienia, zostanie policzony.

Ograniczając się do lakonicznej informacji, którą przesłał wykonawcom zamawiający, informując o wyborze oferty najkorzystniejszej, wykonawca nie posiadał de facto wiedzy czym kierował się zamawiający dokonując oceny w zakresie spornego kryterium. Nie przedstawiając wykonawcy wyliczeń w jaki sposób obliczył doświadczenie wskazanej osoby (w przypadku poszczególnych projektów w realizacji których osoba ta brała udział) i jak owo doświadczenie przekłada się na punktację w tym kryterium - pozbawił wykonawców możliwości weryfikacji prawidłowości podjętych przez niego działań. Nie zmienia tej oceny okoliczność, że zamawiający sporządził szczegółowe wyliczenia na drukach ZP-PN (w aktach sprawy) i wykonawca mógł zapoznać się z tym uzasadnieniem, zwracając się do zamawiającego z prośbą o wgląd do dokumentacji postępowania. Podkreślić należy, że to informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej, przekazana wykonawcom, winna precyzować na jakiej podstawie dokonana została czynność wyboru, a nie dodatkowe dokumenty, które znajdują się wyłącznie w posiadaniu zamawiającego. To bowiem informacja jest wyłączną podstawą dla weryfikacji prawidłowości działań zamawiającego, ona też pozwala wykonawcom na sformułowane ewentualnych zarzutów co do dokonanej oceny.

Na powyższe Izba wielokrotnie zwracała uwagę w swoich orzeczeniach podkreślając, że wszystkie czynności związane z podjęciem przez zamawiającego konkretnego stanowiska, o których mowa przepisie art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp winny być wyczerpująco uzasadnione. Obowiązek ten dotyczy również uzasadnienia czynności oceny ofert i przyznawania im punktów. Dla każdego wykonawcy podanie uzasadnienie przyczyn przyznania jego ofercie określonej ilości punktów jest o tyle niezbędne, że każdy wykonawca jest uprawniony do tego, by wiedzieć, na daczego jego oferta została oceniona w taki czy inny sposób. Podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny ofert stanowi emanację zawartej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przejrzystości, która obejmuje między innymi możliwość prześledzenia procesu decyzyjnego zamawiającego (tak w wyroku KIO z 22 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1543/18; wyroku KIO z dnia 11 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1577/17).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1).

Przewodniczący: