

Sygn. akt: KIO 865/20

WYROK
z dnia 10 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę **CZĘSTOBUD D. Ś., al. Bohaterów Monte Cassino, 42-200 Częstochowa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Miejskie Centrum Obsługi Oświaty w Krakowie Kraków 31-450, ul. Ułanów 9a,**

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A., ul. Drzymały 15, 40 - 059 Katowice, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - CZĘSTOBUD D. Ś., al. Bohaterów Monte Cassino, 42-200 Częstochowa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego**, tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Miejskie Centrum Obsługi Oświaty w Krakowie Kraków 31-450, ul. Ulanów 9a prowadzi postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia na „Wykonanie w trybie „zaprojektuj i wybuduj” rozbudowy Szkoły Podstawowej nr 67 w Krakowie przy Kaczorówka 4”. Postępowanie wszczęte zostało ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 511300-N-2020.

Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D. Ś., al. Bohaterów Monte Cassino, 42-200 Częstochowa – lider konsorcjum, Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o., ul. Starowiejska 5, 42-244 Jaskrów (partner) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A., ul. Drzymały 15, 40 - 059 Katowice, dalej „DOMBUD” z naruszeniem przepisów prawa w części 2 przedmiotu zamówienia, zarzucając naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez brak przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przydzielenie punktów w sposób sprzeczny z zasadami określonymi w SIWZ w tym w szczególności z uwagi na brak przydzielenia punktów Odwołującemu w ramach Kryterium osobowe - doświadczenie osób odpowiedzialnych za należyte wykonanie przedmiotu zamówienia,
3. ewentualne art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w związku z brakiem wezwania do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy treść złożonej oferty budziła jakiegokolwiek wątpliwości zamawiającego,
4. art. 89 ust. 1 pkt. 7b w związku z art. 45 ust. 1 u ust. 3 ustawy Pzp w związku z niewniesieniem wadium przez DOMBUD.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert, w konsekwencji czego to oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza i powinna uzyskać 100 pkt w ramach kryteriów oceny ofert.

Odwołujący informuje, że Zamawiający nie przydzielił mu punktów pomimo tego, że zgodnie z wymogami SIWZ w załączniku nr 6 wskazał ilość realizacji, jaką należy wziąć przy przyznawaniu punktów w ramach kryterium osobowe zarówno dla projektanta, jak i dla

kierownika budowy. Jednocześnie Zamawiający zaniechał czynności odrzucenia oferty DOMBUD, która nie wniosła wadium. Zamawiający nie wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty.

Odwołujący wywodzi, że jego oferta została złożona zgodnie z przepisami prawa i jest ofertą najkorzystniejszą, a tym samym powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Wskazuje, że na gruncie art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w ramach pojęcia wyboru najkorzystniejszej oferty powinno się uwzględnić także te czynności lub zaniechania, które w sposób bezpośredni wpływają na wybór określonej oferty jako najkorzystniejszej w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - tak więc błędne przyznanie punktów w ramach kryterium oceny ofert „Kryterium osobowe - doświadczenie osób odpowiedzialnych za należyte wykonanie przedmiotu zamówienia”, w konsekwencji czego doszło do wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem prawa jest czynnością zaskarżalną na mocy art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp bowiem mieści się w pojęciu wadliwego dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy DOMBUD zawiadamiając o tej czynności pismem z dnia 17.04.2020 r. Zamawiający przyznał wykonawcy DOMBUD 100 pkt w ramach określonych w SIWZ kryteriach oceny ofert, zaś Odwołującemu 90 pkt. Oceniając Odwołującego pominięto w ramach „Kryterium osobowe - doświadczenie osób odpowiedzialnych za należyte wykonanie przedmiotu zamówienia”, gdzie Odwołujący uzyskał 0 pkt, co zdaniem Odwołującego stanowi naruszenie zasad dokonywania oceny ofert w ramach kryterium opisanego w treści SIWZ.

Odwołujący podnosi, że Zamawiający nie przydzielił mu punktów pomimo tego, że zgodnie z wymogami SIWZ w załączniku nr 6 wskazał ilość realizacji, jaką należy wziąć przy przyznawaniu punktów w ramach kryterium osobowe zarówno dla projektanta jak i dla kierownika budowy.

Odwołujący nie posiada wiedzy, z jakiego powodu Zamawiający nie przydzielił punktów Odwołującemu. Nie wynika to z żadnego dokumentu przekazanego Odwołującemu, w tym w szczególności z protokołu postępowania czy zestawienia z porównania i oceny ofert. Odwołujący może jedynie domyślać się, że taką przyczyną mogło być załączenie załącznika nr 6 przed modyfikacją. Wskazać należy, że informację o ilości realizacji jakie będą brane pod uwagę przy przydzielaniu punktów należało określać cyfrą w załączniku nr 6 zarówno w stosunku do projektanta jak i w stosunku do kierownika budowy i ta zasada była identyczna przed jak i po modyfikacji wymagań.

Zamawiający żądał podania tylko wartości liczbowej realizacji, jakimi legitymują się wskazane osoby, nie żądał od nikogo żadnych wykazów, jakichkolwiek danych, zestawień,

wskazania miejsca realizacji czy jakichkolwiek innych danych dotyczących branż pod uwagę realizacji, po to, aby móc ocenić oferty w ramach doświadczenia osób.

Zamawiający nie określił w SIWZ żadnego mechanizmu dokonywania badania składanych oświadczeń. Załącznik nr 6 nie był weryfikowany i stanowił tylko część informacyjną. Mając powyższe na uwadze Zamawiający nie posiada żadnej wiedzy również w stosunku do podmiotu, którego ofertę uznał za najkorzystniejszą przydzielając mu maksymalną ilość punktów, czy faktycznie osoby posiadają opisane doświadczenie. Sposób przydziału punktów oparty był na podaniu liczb a nie dodatkowych informacji. Podstawą do przydzielenia punktów było podanie określonej liczby realizacji a Odwołujący wskazał zarówno w stosunku do projektanta jak i do kierownika budowy po 6 realizacji opisanych w rozdziale XIII.4.2. c) i rozdziale XIII.4.3.c).

Odwołujący wskazuje, że on jak i inni uczestnicy postępowania, za wyjątkiem PB DOMBUD S.A., którzy również nie otrzymali punktów, załączyli do oferty niezmienny załącznik nr 6, co wcale w jego opinii nie oznacza, że osoby przewidziane do realizacji zamówienia nie posiadają punktowanego doświadczenia. Wszyscy, którzy załączyli do oferty załącznik nr 6 (bez względu na to, czy był to dokument przed czy po modyfikacji) odwołali się do konkretnego postanowienia SIWZ, które wiąże wszystkich wykonawców składających oferty.

Odwołujący podkreśla, że w treści załącznika złożonego przez Odwołującego znajduje się informacja, że podana w nim liczba realizacji dotyczy doświadczenia, o którym mowa w rozdziale XIII.4.2.c) - w stosunku do doświadczenia projektanta, oraz doświadczenia, o którym mowa w rozdziale XIII.4.3.c) w stosunku do doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy. Tym samym załączenie do oferty załącznika nr 6 nawet bez zmodyfikowanego opisu nie powoduje, że Zamawiający miał prawo nie przyznać punktów odwołującemu i pozostałym wykonawcom.

Odwołujący dodaje, że wykonawca złożył oświadczenie w treści formularza ofertowego o przyjęciu postanowień SIWZ, a zatem miał świadomość składania oferty zarówno w zakresie zmienionych warunków udziału w postępowaniu jak i wymagań dotyczących personelu.

Zdaniem Odwołującego załączenie niezmodyfikowanego załącznika nr 6 stanowi formalną omyłkę, która nie ma wpływu na oświadczenie o posiadanym doświadczeniu, tym bardziej, że jak zostało już wskazane, Zamawiający poza cyfrą nie dokonywał innego badania żadnej z ofert, nie posiada zatem wiedzy, jakie realizacje w ofercie DOMBUD o jakiej kubaturze, w jakim zakresie były realizowane, czy zawierały w swoim zakresie wszystkie elementy wymienione w SIWZ oraz czy zrealizowane projekty uzyskały decyzję pozwolenie na budowę. Ocena w ramach „Kryterium osobowe” sprowadzała się do formalnego podania liczby, przyjęcia tej liczby do oceny, a nie badania merytorycznej informacji w ramach

wymaganego doświadczenia osób. Odwołujący wywodzi z tego, że spełnił w swojej ofercie wszystkie wymagania formalne. Wskazuje, że zupełnie inaczej byłoby, gdyby Zamawiający żądał opisanego posiadanego doświadczenia, a tym samym miał jakąkolwiek możliwość jego zbadania czy to przez weryfikację treści wykazu, czy za pomocą weryfikacji złożonych oświadczeń pozyskując wiedzę z innych źródeł, wówczas brak spełnienia jakiegokolwiek zakresu ze wskazanego wymagania skutkowałoby nieprzyznaniem punktów. W stanie faktycznym postępowania Zamawiający nie przeprowadził żadnego badania w tym zakresie, w związku z czym nie było możliwości nieuznania doświadczenia Odwołującemu. Tym bardziej, że jak wskazano w dowodzie nr 1 dołączonym do odwołania, obie osoby wskazane w ofercie posiadają doświadczenie nawet znacznie większe niż wymagane. Odwołujący odwołał się do zasad, które odnoszą się do omyłki i wskazał, że żaden wykonawca, który składa ofertę w postępowaniu, wnosi wadium, nie składa oferty celowo wadliwej. Tym samym złożenie oferty na niezmodyfikowanym druku stanowi omyłkę, która na dodatek z uwagi na reguły oceny w ramach kryterium nie ma żadnego wpływu na przydział punktów.

Odwołujący podnosi, że jeśli faktycznie załączenie do oferty niezmodyfikowanego załącznika nr 6 stało się przyczyną nieprzyznania punktów, to należy zauważyć, że do załączenia niezmodyfikowanego załącznika przyczynił się Zamawiający - do dnia dzisiejszego, pobierając załącznik jako pierwszy pobiera się załącznik niezmodyfikowany. W załączeniu do odwołania - zrzut ekranu ze strony Zamawiającego wraz z opisem z dnia 20.04.2020 r., co wskazuje na wprowadzenie w błąd wykonawców przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazuje, że kryterium „doświadczenie kadry” sprowadzało się tylko do wskazania liczby, tak więc Zamawiający, nawet przydzielając punkty firmie DOMBUD, która załączyła załącznik ze zmodyfikowanym opisem, nie posiada wiedzy, czy faktycznie projektant i kierownik budowy posiadają doświadczenie w jakiegokolwiek realizacji. Zdaniem Odwołującego Zamawiający, jeśli miał jakiegokolwiek wątpliwości winien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień.

Informacje dotyczące kryterium stanowią treść oferty, zatem również do tych informacji ma zastosowanie przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Z tego wywodzi, że błędnie Zamawiający dokonał oceny ofert uznając, że nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie może zignorować to, że Odwołujący w swoim załączniku odwołuje się do postanowienia SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, potwierdza się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Jeśli zamawiający uznał, że istnieje jakakolwiek wątpliwość przy przydzieleniu punktów to powinien wezwać do złożenia wyjaśnień. Art. 87 ust. 1 ustawy Pzp daje możliwość Zamawiającemu wyjaśnienia treści złożonej oferty, a niewątpliwie informacje zawarte w ofercie Odwołującego w zakresie doświadczenia kluczowego personelu stanowią

część oferty wykonawcy w rozumieniu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Co za tym idzie, nie może być tak, że informacje oczywiste i niepowodujące merytorycznej zmiany treści oferty, a niezamieszczone w Załączniku nr 6 (inny opis treści SIWZ) automatycznie powodują nieprzyznanie wykonawcy dodatkowych punktów. Odwołujący powołuje się na orzecznictwo, zgodnie z którym wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty wykonawcy, ale wskazuje, że stanie faktycznym tego postępowania wyjaśnienia sprowadziłyby się to do stwierdzenia, że doszło do omyłki, która nie ma żadnego wpływu bowiem dotyczy błędnego zacytowania treści SIWZ, co jest bez znaczenia ze względu na prawidłowe przywołanie miejsca SIWZ, gdzie postanowienie się znajduje.

Odwołujący podkreśla, że Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił swojego wyboru i na jakiej podstawie nie przydzielił punktów Odwołującemu.

Dalej Odwołujący podnosi, że Zamawiający zaniechał czynności odrzucenia oferty DOMBUD, która w jego przekonaniu nie wniosła wadium. W treści gwarancji wadialnej wskazano błędnie Beneficjenta Gwarancji Zamawiającym, a tym samym beneficjentem gwarancji jest Miejskie Centrum Obsługi Oświaty w Krakowie, a nie Gmina Miejska Kraków. Zdaniem odwołującego oznacza to, że Zamawiający nie dysponuje prawidłowo wniesioną gwarancją wadialną, która zabezpiecza jego interesy. Odwołujący podkreśla, że to na wykonawcy ciąży obowiązek przedstawienia takiego dokumentu, który zabezpiecza Zamawiającego. Wskazuje, że wadium ma umożliwić zaspokojenie roszczeń przez Zamawiającego, a więc Beneficjenta Gwarancji. Wniesienie wadium jest prawidłowe, jeżeli daje Zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium. Wtedy bowiem spełnia ono zabezpieczającą funkcję. Odwołujący wywodził, że objęcie gwarancją niewłaściwego podmiotu, który mógłby się z tej gwarancji zaspokoić stanowi o niewniesieniu wadium

Zamawiający w dniu 8.07.2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie skutecznie zgłosił PB DOMBUD S.A, ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice po stronie Zamawiającego.

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, Specyfikacją Istotnych

Warunków Zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem i odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, jak również złożonymi w toku rozprawy dowodami, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, wobec możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, co następuje.

W pkt XIII SIWZ Zamawiający przewidział jako kryterium oceny ofert kryterium „Kryterium osobowe – doświadczenie osób odpowiedzialnych za należyte wykonanie przedmiotu zamówienia (D)” o wadze 10%.

W pkt XIII.4.2 c SIWZ określono:

„Doświadczenie projektanta będzie podlegać ocenie w zakresie liczby wykonanych przez projektanta w latach 2015-2020 projektów w zakresie architektury spełniających poniższe wymogi (każdy projekt):

- projekt dotyczył budowy/przebudowy budynku/kompleksu budynków i obejmował w swoim zakresie roboty żelbetowe/murowe, montaż ślusarki/stolarki okiennej/drzwiowej, wykonanie izolacji przeciwwilgociowej/przeciwwodnej, wykonanie termoizolacji, wykonanie posadzek, tynków i wypraw podłogowych”;

W pkt XIII. 4. 3. c SIWZ określono:

„Doświadczenie kierownika budowy będzie podlegać ocenie w zakresie liczby robót budowlanych wykonanych w latach 2015-2020 przez dowolny podmiot, spełniających poniższe wymogi (każda robota budowlana):

- robota budowlana polegała na wykonaniu budowy/przebudowy budynku/kompleksu budynków;

- robota budowlana obejmowała roboty żelbetowe/murowe, montaż ślusarki/stolarki okiennej/drzwiowej, wykonanie izolacji przeciwwilgociowej/przeciwwodnej, wykonanie termoizolacji, wykonanie posadzek, tynków i wypraw podłogowych”.

Informację w zakresie ww. kryterium należało złożyć wraz z ofertą w postaci załącznika nr 6 do SIWZ - „Informacja na temat doświadczenia osób odpowiedzialnych za należyte wykonanie przedmiotu zamówienia”:

W załączniku zawarto oświadczenie:

„Informuję, że osoba wyznaczona do wykonania projektu w zakresie architektury w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, którego dotyczy niniejsze postępowanie tj.:..... Zwana dalej „projektantem” posiada doświadczenie jak poniżej:

1. Dotyczy doświadczenia, o którym mowa w rozdz. XII 4.2) c):

Liczba wykonanych przez projektanta w latach 2015-2020 projektów w zakresie architektury spełniających poniższe wymogi (każdy projekt):

(tu umieszczono pełne przytoczenie wymogów określonych w pkt XIII 4.2) c SIWZ)”.

Poniżej znajdowało się tak samo skonstruowane oświadczenie dotyczące kierownika budowy. Pod wymaganiami dotyczącymi projektów/budów należało cyfrowo wskazać liczbę realizacji.

W wyniku modyfikacji SIWZ w dniu 19.02.2020 r. do pkt XIII.4.2.c SIWZ dodano:

„- kubatura zaprojektowanego budynku/kompleksu budynków lub kubatura zaprojektowanej części budynku/kompleksu budynków objętej budową/przebudową: co najmniej 8.500 m³;
- projekt uzyskał decyzję o pozwoleniu na budowę”.

Ww. modyfikacją do pkt XIII.4.3.c SIWZ dodano:

„- kubatura wybudowanego budynku/kompleksu budynków lub kubatura części budynku/kompleksu budynków objętej budową/przebudową: co najmniej 8.500 m³”.

Wraz z ww. modyfikacją zmianie uległ załącznik nr 6 do SIWZ, w którym oświadczenie w przedmiocie doświadczenia projektanta i kierownika budowy uzupełniono o ww. dodatkowe wymagania.

Odwołujący do oferty złożył załącznik nr 6 sprzed modyfikacji, w którym wskazał dla kierownika budowy i projektanta 6 realizacji (maksymalna punktowana ilość).

Zamawiający nie przyznał Odwołującemu w ramach kryterium osobowego punktów, przez co jego oferta uplasowała się na drugim miejscu, za ofertą Przystępującego.

Izba zważyła, co następuje.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zarzuty nr 1 – 3 odwołania, tj. naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 91 ust. 1 i 87 ust. 1 ustawy Pzp rozpoznała łącznie, jako wywodzące się z jednej podstawy faktycznej.

Odwołujący wywodził, że Zamawiający dopuścił się naruszenia ww. przepisów, gdyż nie przyznał mu punktów w ramach kryterium oceny ofert „Kryterium osobowe – doświadczenie osób odpowiedzialnych za należyte wykonanie przedmiotu zamówienia (D)” (dalej jako kryterium D), pomimo, że Odwołujący wykazał dysponowanie osobami o odpowiednim doświadczeniu, co skutkowało powinno przyznaniem maksymalnej liczby punktów w rzeczonym kryterium. Odwołujący podnosił, że gdyby Zamawiający przyznał ww. punkty jego ofercie, to zostałaby ona uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący wskazywał, że złożenie informacji na temat doświadczenia osób odpowiedzialnych za należyte wykonanie przedmiotu zamówienia na formularzu (załącznik nr 6 do SIWZ) stanowiło błąd formalny i nie powinno skutkować brakiem przyznania punktów, a co najwyżej wezwaniem do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego. Obowiązkiem wykonawcy jest zapoznanie się z SIWZ i przygotowanie oferty zgodnie z jej postanowieniami. W okolicznościach niniejszej sprawy należy stwierdzić, że Odwołujący nie dochował należytej staranności w przygotowaniu oferty, o czym świadczy posłużenie się nieaktualnym wzorem oświadczenia w zakresie kryterium D – załącznika nr 6 do SIWZ. Izba rozważyła okoliczność, iż nie tylko Odwołujący, ale także 2 pozostałych wykonawców (poza Przystępującym) złożyło nieaktualne załączniki nr 6, jednakże mając na uwadze całokształt okoliczności sprawy, nie można uznać, by świadczyło to o błędzie Zamawiającego, który pozwoliłoby na stwierdzenie, że to Zamawiający ponosi odpowiedzialność za niewłaściwie złożone załączniki. Zamawiający dokonując modyfikacji SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert, zaraz pod rzeczoną zmianą w kolejnym punkcie wskazał *„Z uwagi na zmiany, o których mowa w pkt. 3 i 4 powyżej, zmianie ulega treść załącznika nr 6 do SIWZ (Formularz informacji na temat doświadczenia osób odpowiedzialnych za należyte wykonanie przedmiotu zamówienia), który otrzymuje brzmienie zgodne z załącznikiem do niniejszego pisma”*. Formularz ten był wymieniony jako załącznik do ww. informacji. Co więcej, formularz zamieszczony był w tym samym katalogu na stronie internetowej Zamawiającego, co rzeczona informacja o modyfikacji – przy czym w katalogu tym znajdowały się tylko te dwa pliki – informacja o modyfikacji SIWZ i zmodyfikowany załącznik. W ocenie Izby Zamawiający zachował najwyższą staranność w zapewnieniu, żeby informacja o modyfikacji SIWZ i załącznika we właściwy sposób dotarła do wykonawców. Z kolei wykonawcy, którzy nie złożyli aktualnego załącznika do SIWZ nie dochowali należytej, a wręcz – minimalnej wymaganej staranności przy przygotowaniu ofert. Wykonawca, który zapoznał się z modyfikacją SIWZ z 19.02.2020 r. nie mógł mieć żadnych

wątpliwości, że do oferty należy załączyć zmodyfikowany załącznik nr 6. Zaniechanie tego świadczy o niedbalstwie przy przygotowaniu oferty ze strony wykonawców. Izba wzięła pod rozwagę podnoszone w toku rozprawy argumenty dotyczące wyjątkowej sytuacji w jakiej przygotowywana była oferta – tj. w czasie wybuchu epidemii COVID-19 i początku „lockdownu” na terenie Polski. Wskazana okoliczność może pozwolić zrozumieć i wytłumaczyć przyczynę błędu po stronie Odwołującego, jednakże nie wpływa na jego ocenę prawną.

Okoliczności sprawy nakazują stwierdzenie, że Zamawiający, zaniechawszy przyznania ofercie Odwołującego punktów w kryterium D postąpił prawidłowo – co więcej, było to jedyne możliwe wyjście z zaistniałej sytuacji zgodne z przepisami ustawy Pzp. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający nie mógłby po prostu przyznać Odwołującemu punktów w kryterium doświadczenia personelu – wobec złożenia załącznika nr 6 o nieaktualnej treści. Takim działaniem Zamawiający naruszyłby zasadę równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania, jak również art. 91 ust. 2 ustawy Pzp – przyznałby bowiem punkty niezgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert. W ocenie Izby nie było również podstaw do zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – wyjaśnień treści oferty. W pierwszej kolejności należy wskazać, że wyjaśnienia treści oferty muszą dotyczyć elementów w niej wyrażonych, które budzą wątpliwości. Zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie może natomiast doprowadzić do uzupełnienia treści oferty o nowe, niewyrażone w niej treści (por. np. KIO 408/19, KIO 2607/19, KIO 583/18) – tak jak miałyby to miejsce w przedmiotowej sprawie, gdyż wykonawca musiałby oświadczyć, że doświadczenie powołanych osób odpowiada również treści kryterium po modyfikacji – czego nie można stwierdzić na podstawie złożonego z ofertą oświadczenia. W tym miejscu należy zauważyć, że wynikające m.in. z orzecznictwa KIO rygorystyczne zasady stosowania art. 87 ust. 1 ustawy Pzp odnoszą się do wyjaśnień merytorycznej treści oferty – nie zaś kryteriów oceny ofert. W odniesieniu do kryteriów oceny ofert wszelkie wyjaśnienia muszą być poddane jeszcze dalej idącemu rygoryzmowi (por. np. KIO 20/19), w przeciwnym wypadku mogą zostać potraktowane jako niedozwolone negocjacje i z łatwością doprowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania (por. np. KIO 544/19, KIO 1614/18). W niniejszej sprawie wezwanie do wyjaśnień w zakresie doświadczenia osób wskazanych w załączniku nr 6 do SIWZ stanowiłoby po pierwsze – niedozwolone uzupełnienie treści oferty, po drugie – naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania. Z tego też względu nie było możliwym przyznanie punktów Odwołującemu na podstawie złożonego wraz z odwołaniem wykazem doświadczenia osób wskazanych w załączniku nr 6 – gdyż również stanowiło to uzupełnienie treści oferty.

W tym miejscu warto wskazać, że – jak podnosił Odwołujący – Zamawiający opierał się jedynie na oświadczeniu wykonawcy co do ilości realizacji wykonanych przez osoby wskazane

w załączniku nr 6, nie dokonywał żadnej weryfikacji doświadczenia tych osób. Jednakże rodzi to zupełnie inne skutki niż chciałby Odwołujący. Oparcie się bowiem na samym oświadczeniu wykonawcy podnosi jego znaczenie i uniemożliwia ustalenie ilości należnych punktów na innej podstawie (np. wykazu robót) – i tym bardziej Zamawiający nie powinien dopuszczać do uzupełnienia takiego oświadczenia (por. np. KIO 544/19). Izba nie podzieliła również argumentu Odwołującego, że oświadczenie było jednoznaczne, gdyż wprost zawierało powołanie punktów SIWZ zawierających opisy rzeczonych kryteriów. Rzeczony powołanie nie wskazuje, czy dotyczy SIWZ przed czy po modyfikacji i Zamawiający nie miał podstaw dla przyjęcia, że odwołanie zawarte w starym, nieaktualnym załączniku odnosi się do SIWZ po modyfikacji. Tym bardziej, że jak wskazano powyżej, Zamawiający bardzo wyraźnie zaznaczył, że modyfikacji ulega także załącznik nr 6 i udostępnił go wykonawcom w przystępny sposób.

Mając powyższe na uwadze skład orzekający Izby uznał, że Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny oferty Odwołującego i nie dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 91 ust. 1 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu również naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 45 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo złożenia przez Przystępującego gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, w której jako beneficjent wskazana była „Gmina Miejska Kraków (...) reprezentowana przez Miejskie Centrum Obsługi Oświaty w Krakowie”. Odwołujący wywodził z tego, że oferta Przystępującego nie jest prawidłowo zabezpieczona, bowiem jako beneficjent nie został wskazany Zamawiający a Gmina Miejska Kraków, przez co Zamawiający nie będzie mógł w sposób skuteczny dochodzić kwoty gwarancji.

Zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. Jak słusznie wywodził Odwołujący, istotą instytucji wadium jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego. Niewątpliwie treść gwarancji wadialnej podlega rygorystycznym warunkom i ocenie, bowiem od sposobu jej sformułowania zależy realność zabezpieczenia Zamawiającego. Minimalnymi wymaganiami jakie musi spełniać dokument gwarancji wadialnej jest określenie gwaranta, określenie beneficjenta, określenie warunków zapłaty, na które składają się wysokość sumy gwarancyjnej, okres ważności zobowiązania gwaranta, a także sposób zgłoszenia żądania. Odwołujący kwestionował jedynie określenie beneficjenta w gwarancji wadialnej złożonej przez Przystępującego – wywodził, że wskazanie jako beneficjenta Gminy Miejskiej Kraków

uniemożliwia dochodzenia kwoty wadium przez Zamawiającego – Miejskie Centrum Obsługi Oświaty w Krakowie.

W ocenie Izby oferta Dombud została prawidłowo zabezpieczona i nie zachodziło ryzyko braku możliwości skutecznego dochodzenia kwoty wadium przez Zamawiającego. W treści gwarancji wadium wprost wskazano, że beneficjentem jest Gmina Miejska Kraków reprezentowana przez Miejskie Centrum Obsługi Oświaty – co za tym idzie, Zamawiający mógł wystąpić do wystawcy gwarancji o wypłacenie sumy gwarancji. A zatem złożona przez Przystępującego oferta była prawidłowo zabezpieczona - bowiem w sytuacji zaistnienia przesłanek zatrzymania wadium Zamawiający mógł skutecznie dochodzić kwoty wadium. Jednocześnie wymaga też zaznaczenia, że MCOO jest jednostką budżetową Gminy Miejskiej Kraków i że to z Gminą (określoną we wzorze umowy jako „Zamawiający”), reprezentowaną przez MCOO zawierana będzie umowa w sprawie zamówienia. Zgodnie ze statutem MCOO jest jednostką organizacyjną Gminy Miejskiej Kraków nie posiadającą osobowości prawnej. Wobec powyższego, jak zasadnie podniósł Zamawiający, MCOO występując do gwaranta o wypłacenie kwoty wadium i tak działać będzie na podstawie pełnomocnictwa jako reprezentująca Gminę Miejską Kraków.

Mając na uwadze powyższe należało uznać, że złożona przez Przystępującego Gwarancja Ubezpieczeniowa Zapłaty Wadium spełnia wymagane w ustawie i SIWZ funkcje, wobec czego brak było podstaw do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp. Przedmiotowy zarzut nie potwierdził się.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

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 2 i § 3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: