

**WYROK**

**z dnia 25 września 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2017 r. przez wykonawcę **P. R. D. Z. i W. Sp. z o.o., ul. (...)**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł., ul. (...)**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **P. R. D. -M. sp. z o.o., ul. (...)**, „D.” **R., W. i sp. j.**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności polegającej na przyznaniu punktów w zakresie kryterium „Doświadczenie Kierownika robót drogowych”, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie odwołującego P. R. D. Z. i W. Sp. z o.o., ul. (...), do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie doświadczenia osoby wskazanej w załączniku nr 2.2.3. do s.i.w.z., ponowne badanie i ocenę ofert, podanie pełnego uzasadnienia faktycznego przyznanych punktów w kryterium oceny ofert dotyczącym „Doświadczenia Kierownika robót drogowych”.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł., ul. (...) i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **P. R. D. Z. i W. Sp. z o.o.**,  
**ul. (...)**, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego **Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, ul. (...)** na rzecz odwołującego **P. R. D. Z. i W. Sp. z o.o.**,  
**ul. (...)** kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Łodzi**.

**Przewodniczący:** .....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł., prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są „*Roboty budowlane i usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg krajowych i drogowych obiektów inżynierskich administrowanych przez Rejony w latach 2017 - 2019 z podziałem na 3 zadania - Zadanie nr 3 - Roboty budowlane i usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg krajowych i drogowych obiektów inżynierskich administrowanych przez Rejon w O. w latach 2017 - 2019*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 130-265146 w dniu 11 lipca 2017 r.

Dnia 6 września 2017 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 11 września 2017 roku wykonawca P. R. D. Zamawiający i Wspólnicy sp. z o.o., (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie zadania nr 3.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez nie podanie okoliczności z uwagi, na które odwołujący w kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika robót drogowych” otrzymał 0 pkt zamiast maksymalnej liczby 20 pkt podczas, gdy zamawiający jest zobowiązany do poinformowania wykonawców o punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji wraz z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego,
2. art 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przyznanie odwołującemu w kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika robót drogowych” 0 pkt, podczas gdy odwołujący w ww. kryterium oceny ofert powinien otrzymać maksymalną liczbę pkt, tj. 20 co skutkowałoby tym, że to oferta złożona przez odwołującego uzyskałaby największą liczbę punktów stanowiących sumę punktów przyznanych w ramach każdego ze wskazanych w treści s.i.w.z. kryteriów udzielenia zamówienia i zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza,

Z daleko idącej ostrożności - alternatywnie do ww. zarzutu - odwołujący podniósł zarzut:

3. naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i niewezwanie odwołującego do wyjaśnień w zakresie doświadczenia zawodowego Kierownika robót drogowych Pana K. M. wskazanego w Formularzu 2.2.3. „Kryteria pozacenowe”, podczas gdy jeżeli zamawiający w toku badania i oceny ofert miał ewentualne wątpliwości co do ww. doświadczenia

zawodowego Kierownika robót drogowych opisanego w nadmienionym Formularzu powinien być wezwać odwołującego do stosownych wyjaśnień,

4. naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: P. R. D.-M. Sp. z o.o. z siedzibą w P. T. oraz D. R., W. Sp. j. z siedzibą w Opocznie, jako najkorzystniejszej oferty oraz zaniechanie dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w s.i.w.z.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności polegającej na przyznawaniu punktów w zakresie kryterium „Doświadczenie Kierownika robót drogowych” i wyborze oferty najkorzystniejszej,
- 2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert w zakresie kryterium „Doświadczenie Kierownika robót drogowych” i przyznanie odwołującemu w tymże kryterium maksymalnej liczby 20 pkt,
- 3) z ostrożności - wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, odwołującego do wyjaśnień w zakresie ewentualnych wątpliwości zamawiającego dotyczących doświadczenia Kierownika robót drogowych,
- 4) wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, że na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia (zadanie nr 3) oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Oferta odwołującego winna być oceniona jako najkorzystniejsza w postępowaniu, jednak z uwagi na bezpodstawne przyznanie odwołującemu w kryterium „Doświadczenie Kierownika robót drogowych” 0 pkt, odwołujący pozbawiony został faktycznej możliwości uzyskania zamówienia (zadanie nr 3). W wyniku powyższego odwołujący nie uzyska przedmiotowego zamówienia (zadanie nr 3) i nie osiągnie zysku, który planował osiągnąć poprzez realizację przedmiotowego zamówienia (lucrum cessans). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał nadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp, niewątpliwie ma istotny wpływ na wynik postępowania, zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający w piśmie dot. wyboru oferty najkorzystniejszej, nie wskazał żadnego uzasadnienia faktycznego i prawnego z uwagi, na które przyznał odwołującemu w rzeczonym kryterium 0 pkt. Na skutek niniejszego zaniechania odwołujący

nie jest w stanie stwierdzić dlaczego w kryterium „Doświadczenie Kierownika robót drogowych” uzyskał 0 pkt zamiast maksymalnej liczby 20 pkt i tym samym merytorycznie ustosunkować się do oceny zamawiającego i przywołać stosownych argumentów odpierających ewentualne stanowisko zamawiającego, gdyż go nie zna. Tym bardziej w sytuacji, w której odwołujący uznaje, że jednoznacznie wykazał w Formularzu 2.2.3. „Kryteria pozacenowe”, iż powinien uzyskać maksymalną liczbę 20 pkt w kryterium „Doświadczenie Kierownika robót drogowych”.

Odwołujący podniósł, że dołączył do oferty Formularz 2.2.3. „Kryteria pozacenowe” zawierający informacje niezbędne do oceny oferty w kryterium „Doświadczenie kierownika robót drogowych” (D) - pkt 19.1.3. Tomu I SIWZ (IDW). Co istotne odwołujący przygotował ww. Formularz 2.2.3. zgodnie ze wzorem udostępnionym przez zamawiającego. We wskazanym formularzu odwołujący wskazał jako Kierownika robót drogowych Pana Karola Małek i opisał sześć zadań, na których ww. osoba zdobyła doświadczenie zawodowe.

Z zestawienia zadań wskazanych przez odwołującego w dołączonym do oferty Formularzu 2.2.3. „Kryteria pozacenowe” wynika, że Pan K. M. dedykowany do pełnienia funkcji Kierownika robót drogowych zdobył doświadczenie na sześciu zadaniach odpowiadających opisowi warunku zdolności technicznej lub zawodowej osób. Każde z ww. zadań - zgodnie z pkt 7.2. ppkt 3) lit. b) IDW - dotyczyło pełnienia przez Pana K. M. (Kierownika robót drogowych) funkcji kierownika budowy lub robót drogowych przy realizacji zadań polegających na budowie lub przebudowie lub remoncie dróg lub ulic klasy co najmniej G. W związku z tym, stosownie do brzmienia pkt 19.1.3. IDW opisującego sposób przyznawania punktów w kryterium „Doświadczenie Kierownika robót drogowych” (D) odwołujący powinien uzyskać 20 pkt. Odwołujący wskazał bowiem sześć zadań dla Pana Karola Małek spełniających warunek zdolności technicznej lub zawodowej.

W uzasadnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej, dla zadania nr 3, w tabeli zawierającej punktację przyznaną ofertom zamawiający w sposób zupełnie niezrozumiały przyznał odwołującemu 0 pkt w kryterium doświadczenie kierownika robót drogowych. Odwołujący nie rozumie i nie zgadza się z oceną zamawiającego. Dodatkowo, odwołujący nie zna przyczyn z uwagi, na które w omawianym pozacenowym kryterium oceny ofert uzyskał 0 pkt. Odwołujący - co niezbitnie wynika z dokumentów dołączonych do oferty - ewidentnie powinien otrzymać w kryterium „Doświadczenie Kierownika robót drogowych” (D) 20 pkt.

Z daleko idącej ostrożności, odwołujący wskazał, że jeżeli jakiegokolwiek zadanie opisane w Formularzu 2.2.3. „Kryteria pozacenowe” budziło wątpliwości zamawiającego, powinien on być wezwać odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że ewentualne wyjaśnienia w przedmiotowy przypadku nie prowadziłyby do negocjacji w zakresie złożonej oferty, jak również nie prowadziłyby do zmiany treści oferty, z uwagi na fakt, że Pan K. M. zdobył już doświadczenie na opisanych sześciu zadaniach i

parametry tych zadań nie uległy żadnej zmianie. Ocena oferty odwołującego dokonywana by była w oparciu o informacje pierwotnie zamieszczone w treści oferty. Tym samym ewentualne zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w żaden sposób nie wpłynęłoby na zmianę treści oferty, a tym bardziej na ilość punktów jakie otrzymałby odwołujący w omawianym kryterium oceny ofert.

Mając na uwadze okoliczności wskazane powyżej, tj. niezasadne nie przyznanie odwołującemu 20 pkt w ramach kryterium „Doświadczenie Kierownika robót drogowych” (D), odwołujący wskazał, że w konsekwencji powyższej czynności zamawiający nieprawidłowo wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: P. R. D.-M. Sp. z o.o. z siedzibą w P. T. oraz D. R., W.Sp. j. z siedzibą w O.. Tym samym zamawiający powinien unieważnić powyższą czynność, przyznać odwołującemu 20 pkt w ramach kryterium „Doświadczenie Kierownika robót drogowych”, dokonać ponownego przeliczenia punktów w ramach ww. kryterium i wybrać, jako najkorzystniejszą, ofertę złożoną przez odwołującego.

Ponadto odwołujący, w dniu 22 września 2017 roku, wniósł dalsze pismo procesowe, popierające argumentację jak w odwołaniu.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

#### Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

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

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

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

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach**

**procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

Na wstępie Izba wskazuje, iż nie podziela stanowiska zamawiającego w zakresie wadliwości konstrukcji zarzutów odwołania. Odwołujący albowiem wskazał, swoimi zarzutami, poszczególne czynności zamawiającego, które kwestionuje podając, iż w jego ocenie naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp ma związek z naruszeniem innych przepisów ustawy, a konkretnie art. 92 ust. 1 pkt 1, art. 91 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym możliwe jest wydanie orzeczenia w odniesieniu do tak skonstruowanych zarzutów odwołania.

W zakresie zarzutu nr 1 – Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, albowiem zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej nie podał uzasadnienia faktycznego w zakresie przydzielonej odwołującemu punktacji w kryterium „Doświadczenie Kierownika robót drogowych”. Samo podanie liczby przydzielonych punktów, w tym przypadku „0”, nie wyjaśnia intencji zamawiającego, dlaczego, tj. z jakich powodów, zamawiający nie przyznał żadnych punktów ofercie, w tym kryterium oceny ofert. Tym samym odwołujący pozbawiony został możliwości ustalenia, a co za tym idzie zamawiający uniemożliwił odwołującemu, skutecznego zapoznania się ze stanowiskiem zamawiającego, w konsekwencji zamawiający uniemożliwił odwołującemu podważenie tej czynności zamawiającego, w sytuacji, kiedy taka okoliczność zaistnieje. W przedmiotowym postępowaniu ta czynność zamawiającego miała kolosalne znaczenie dla sytuacji prawno-faktycznej odwołującego, albowiem odwołujący nie mógł wprost podnosić zarzutów, a czynił powyższe jedynie przewidując dlaczego zamawiający postąpił w taki sposób. Z całą mocą należy podkreślić, że nie jest zadaniem wykonawcy, domyślanie się intencji zamawiającego. Wprost przeciwnie, to na zamawiającym spoczywa obowiązek rzetelnego i pełnego wyjaśnienia okoliczności, podania uzasadnienia faktycznego, jakimi przesłankami i na jakiej podstawie zamawiający przyznał wykonawcy określoną liczbę punktów, w tym jakie doświadczenie zaliczył do punktacji, a jakiego doświadczenia nie uwzględnił i dlaczego. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający uchybił temu obowiązkowi.

Powyższe ustalenie ma znaczący wpływ na ocenę pozostałych zarzutów odwołania. Izba stwierdziła bowiem, że zamawiający nie dochował należytej staranności w tym postępowaniu i nie wyjaśnił wszystkich okoliczności mających wpływ na ustalenie pierwszego miejsca w rankingu oceny ofert, w konsekwencji na wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący albowiem, do swojej oferty załączył formularz 2.2.3., w którym wskazał osobę legitymującą się stosownym doświadczeniem. Co prawda we wspomnianym formularzu odwołujący podał sześć zadań, z których w dwóch podał wprost doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy, zaś w pozostałych czterech pozycjach podał jako doświadczenie – pełnienie funkcji kierownika robót. Zamawiający w protokole z prac komisji przetargowej, który to dokument nie był dostępny odwołującemu w terminie na wniesienie odwołania, podał, że osoba wskazana przez odwołującego pełniła funkcję Kierownika robót, bez wskazania jakich robót dotyczy wykazywane doświadczenie. W związku z powyższym zamawiający nie przyznał wykonawcy punktów. Na rozprawie zamawiający wskazał ponadto, że zgodnie z punktem 19.1.3 s.i.w.z. (IDW) w części Uwaga, pkt 3 nie był zobowiązany do wyjaśniania powyższej kwestii, albowiem, cyt. „W przypadku podania w Formularzu „Kryteria pozacenowe” danych (...) w sposób uniemożliwiający stwierdzenie, na podstawie tego dokumentu, spełnienie warunku zdolności technicznej lub zawodowej wskazanej osoby (np. brak określenia nazwy lub charakterystyki zadania, uniemożliwiający identyfikację zadania, niejasności co do pełnionej funkcji w zadaniu, rodzaju roboty (budowa, przebudowa, remont), klasy drogi lub ulicy) zamawiający nie weźmie pod uwagę takiego zadania przy ocenie ofert w kryterium ofert „Doświadczenie Kierownika robót drogowych”.

Biorąc jednakże całokształt dokumentów złożonych przez odwołującego, a składających się na treść oferty, w ocenie Izby, zamawiający winien, pomimo swojego zastrzeżenia, wezwać odwołującego do wyjaśnienia powyższej kwestii. Stanowisko takie, izba przyjęła za właściwe, albowiem zamawiający nie ma możliwości prawnych, aby postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyłączać możliwość zastosowania przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, które obowiązują wprost. Skoro zatem przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, daje możliwość zamawiającemu wyjaśnienia treści złożonej oferty, to w omawianym przypadku zastosowanie tego przepisu zdaje się mieć decydujące znaczenie. Nie jest bowiem tak, że mimo sformalizowanego charakteru procedury udzielenia zamówienia publicznego, zamawiający badając złożoną ofertę „nie widzi” oczywistych nieścisłości złożonej oferty, tym bardziej, że charakter omawianego formularza był ukierunkowany na uzyskanie maksymalnej liczby punktów w ramach z góry określonego kryterium oceny ofert. Co za tym idzie, nie może być tak, że brak nieścisłości co do pełnionej funkcji w zadaniu, automatycznie uniemożliwia przyznanie dodatkowych punktów w kryterium. Jak słusznie bowiem wskazał odwołujący, z dokumentów przedłożonych wraz z ofertą wprost wynika, że osoba przez niego wskazana, pełniła określone funkcje techniczne w budownictwie, w tym w szczególności pełniła funkcje kierownika robót drogowych. Okoliczność powyższą zamawiający mógł ponadto samodzielnie ustalić, albowiem trzy z czterech zadań były świadczone na rzecz GDDKiA Oddział w W. , czemu zamawiający nie zaprzeczył. Tym samym rzetelna i obiektywna ocena oferty odwołującego,



której to czynności w tym postępowaniu zamawiający nie dokonał, musiała doprowadzić do zupełnie odmiennego wyniku przedmiotowego postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że jeżeli chodzi o kryterium oceny oferty „Doświadczenie Kierownika robót drogowych”, w tym postępowaniu, zachodzi okoliczność umożliwiająca wezwanie wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty. Wyjaśnienia jednakże nie mogą wprowadzać jakichkolwiek zmian do treści pierwotnie złożonej oferty, mogą natomiast, co najwyżej doprecyzowywać okoliczności niejasne ale wynikające wprost z całościowej treści oferty. W sytuacji przedmiotowego postępowania zamawiający nie kwestionował doświadczenia osoby wskazanej przez odwołującego w formularzu 2.2.3, a jedynie kwestionował błąd formalny polegający na braku dopisania słowa „drogowych”, w pozycjach, w których odwołujący wpisał „Kierownika robót”. Zdaniem Izby, nic nie stało na przeszkodzie, aby zamawiający powyższą nieścisłość wyjaśnił i podjął stosowne czynności związane z prawidłową oceną punktową oferty odwołującego w ramach ww. kryterium.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....