

WYROK
z dnia 8 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Budir System Sp. z o.o. Sp.k., ul. Ignacego Paderewskiego 130, 04-438 Warszawa** oraz **PPHU IRMA I. Z., ul. Ignacego Paderewskiego 130, 04-438 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Mazowieckie, ul. Jagiellońska 26, 03-719 Warszawa,** w imieniu którego działa: **Centrum Kształcenia Ustawicznego im. Jana Kochanowskiego, ul. Jana Matejki 9, 07-200 Wyszaków,**

przy udziale wykonawcy **BUDIMPOL Sp. z o.o., ul. Mroźna 13a, 03-654 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** w zakresie zarzutu dotyczącego doświadczenia kierownika robót sanitarnych i kierownika robót elektrycznych i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wezwanie wykonawcy BUDIMPOL Sp. z o.o., na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia wykazu osób o doświadczenie ww. kierowników robót, a następnie – powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. w pozostałym zakresie **oddala odwołanie,**

3. kosztami postępowania obciąża odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Budir System Sp. z o.o. Sp.k., ul. Ignacego Paderewskiego 130, 04-438 Warszawa oraz PPHU IRMA I. Z., ul. Ignacego Paderewskiego 130, 04-438 Warszawa** w części 1/2 oraz wnoszącego sprzeciw, tj. **BUDIMPOL Sp. z o.o., ul. Mroźna 13a, 03-654 Warszawa** w części 1/2, i:
- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Budir System Sp. z o.o. Sp.k., ul. Ignacego Paderewskiego 130, 04-438 Warszawa oraz PPHU IRMA I. Z., ul. Ignacego Paderewskiego 130, 04-438 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika wnoszącego sprzeciw, tj. **BUDIMPOL Sp. z o.o., ul. Mroźna 13a, 03-654 Warszawa**,
- 3.2. zasądza od wnoszącego sprzeciw, tj. **BUDIMPOL Sp. z o.o., ul. Mroźna 13a, 03-654 Warszawa**, na rzecz odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Budir System Sp. z o.o. Sp.k., ul. Ignacego Paderewskiego 130, 04-438 Warszawa oraz PPHU IRMA I. Z., ul. Ignacego Paderewskiego 130, 04-438 Warszawa**, kwotę **3 200 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące dwieście złotych zero groszy).

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Województwo Mazowieckie, ul. Jagiellońska 26, 03-719 Warszawa, w imieniu którego działa: Centrum Kształcenia Ustawicznego im. Jana Kochanowskiego, ul. Jana Matejki 9, 07-200 Wyszaków, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa budynku szkoły i przystosowanie go do potrzeb osób z niepełnosprawnością – Centrum Kształcenia Ustawicznego im. Jana Kochanowskiego, ul. Jana Matejki 9, 07-200 Wyszaków”, numer referencyjny: DA.26.10.2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10.07.2020 r., nr 561074-N-2020.

Pismem z dnia 09.09.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy BUDIMPOL Sp. z o.o.

W dniu 14.09.2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Budir System Sp. z o.o. Sp.k., ul. Ignacego Paderewskiego 130, 04-438 Warszawa oraz PPHU IRMA I. Z., ul. Ignacego Paderewskiego 130, 04-438 Warszawa (dalej: „odwołujący”), w którym zarzucili oni zamawiającemu naruszenie:

- 1) „art. 24 ust. 2 pkt 12” w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy BUDIMPOL Sp. z o.o. i zaniechania wykluczenia tegoż wykonawcy, który na wezwanie zamawiającego nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. nie przedstawił informacji o doświadczeniu i wykształceniu, a także zakresu wykonywanych czynności przez kierownika robót sanitarnych oraz kierownika robót elektrycznych.
- 2) „art. 24 ust. 2 pkt 12” oraz ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 26 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy BUDIMPOL Sp. z o.o. przy zaniechaniu wezwania tegoż wykonawcy do uzupełnienia przedłożonych na wezwanie zamawiającego dokumentów i informacji koniecznych do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu tj. informacji o doświadczeniu i wykształceniu, a także zakresu wykonywanych czynności przez kierownika robót sanitarnych oraz kierownika robót elektrycznych,
- 3) art. 91 ust. 1 i art. 26 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy BUDIMPOL Sp. z o.o. i przyznanie mu maksymalnej ilości punktów za doświadczenie kierownika budowy, w sytuacji gdy wykonawca ten nie wykazał wymaganego doświadczenia ww. osoby do przyznania takiej ilości punktów,

4) z ostrożności procesowej, gdyby okazało się że zamawiający dokonał oceny oferty wykonawcy BUDIMPOL Sp. z.o.o. w oparciu o doświadczenie zawodowe kierownika budowy wykazane w tabeli załączonej do dokumentacji z dnia 21 sierpnia 2020 r. przedłożonej na wezwanie zamawiającego z dnia 17.08.2020 r. - naruszenie art. 82, art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i 3 PZP poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy BUDIMPOL Sp. z o.o. przy zaniechaniu jej odrzucenia z powodu dokonania przez ww. wykonawcę nieuprawnionej modyfikacji treści oferty po dacie jej złożenia lub złożenia drugiej oferty.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„Już wstępna analiza oferty złożonej przez Wykonawcę BUDIMPOL Sp. z o.o. powinna doprowadzić Zamawiającego do wniosku, że przy ocenie oferty w pozycji doświadczenie kierownika budowy, dwie pozycje tj. 2 i 3 nie powinny być brane pod uwagę ze względu na fakt, iż wartość robót zadania inwestycyjnego była niższa niż wymagana w SIWZ (18.000 zł przy wymaganej 8.000.000 zł), czyli z 7 zadań inwestycyjnych podanych w ofercie, pod uwagę powinno być brane jedynie 5. (...)

W dniu 24 sierpnia 2020 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo będące odpowiedzią na wezwanie z dnia 17.08.2020 r. wraz z wykazem usług i robót budowlanych oraz potwierdzającymi je referencjami (3 szt), wykazem osób skierowanych do realizacji zadania (bez informacji o doświadczeniu i wykształceniu, a także zakresu wykonywanych czynności kierownika robót sanitarnych oraz kierownika robót elektrycznych. Bez informacji o posiadanym przez tych kierowników min. 3-letniego doświadczeniu zawodowym (po uzyskaniu uprawnień budowlanych) w nadzorze lub kierowaniu robotami, odpowiednio w zakresie branży sanitarnej i elektrycznej), część formularza ofertowego z tabelą - Doświadczenie zawodowe jako Kierownika budowy z zadaniami inwestycyjnymi odmiennymi niż wykazanymi w złożonym wcześniej formularzu ofertowym i dokumenty/pisma mające poświadczać doświadczenie, ale do tabeli z odmiennymi pozycjami niż w ofercie złożonej w terminie do 05.08.2020 r. godz.10:00.

Analiza dokumentów złożonych w zakresie doświadczenia Kierownika budowy, powinna skłonić Zamawiającego do powzięcia wątpliwości, czy zostały one rzeczywiście poświadczone:

- 1) poz. 1 - Budowa Multikina w Lublinie - Galeria Olim - poświadczenia dokonano na podstawie oświadczenia samego kierownika budowy - niezgodnie z SIWZ, nie przedstawiono przyczyny o obiektywnym charakterze uzasadniającej przedłożenie takiego dokumentu,
- 2) poz. 6 - Budowa Komendy PSP w Legionowie - poświadczenia dokonano za pomocą protokołu wprowadzenia na budowę z dnia 30.07.2018 r. z którego nie wynika, że J. (...) pełnił przy tej inwestycji funkcję kierownika budowy (wymieniony został jedynie jako

przedstawiciel wykonawcy) oraz referencji, w których również nie wymieniono J. (...) jako kierownika budowy. (...)

Ad.1. Zgodnie z art. 26 ust 3 PZP jeżeli wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i wymagań określonych przez zamawiającego, (...), zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym. Zamawiający mimo braku dokumentów i wątpliwości jakie powinien powziąć analizując dokumenty złożone przez BUDIMPOL Sp. z o.o. zaniechał wezwania, o którym mowa powyżej i dokonał wyboru złożonej przez tegoż wykonawcę oferty jako najkorzystniejszej, przyznając mu max. ilość punktów za doświadczenie kierownika budowy, czym naruszył art. 24 ust. 2 pkt 12, art. 89 ust.1 pkt 5 w zw. z art. art. 26 ust. 2 i 3 PZP.

Ad. 2. Brak złożenia wymaganych przez Zamawiającego dokumentów przez BUDIMPOL Sp. z o.o. na wezwanie z dnia 17.08.2020 r. uznać należy za niewykazanie przez Wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania przez kierownika robót sanitarnych i kierownika robót elektrycznych min. 3-letniego doświadczenia zawodowego (po uzyskaniu uprawnień budowlanych) w nadzorze lub kierowaniu robotami, odpowiednio w zakresie branży sanitarnej i elektrycznej, co zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 skutkować powinno wykluczeniem tegoż Wykonawcy, a zgodnie z art. 24 ust. 4 ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą, czyli nie powinna być ona rozpatrywana w dalszym toku postępowania - poddana ocenie i wybrana jako najkorzystniejsza. Art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP mówi wyraźnie, że oferta złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia, podlega odrzuceniu.

Ad.3. Mimo ww. okoliczności Zamawiający dokonał oceny oferty złożonej przez BUDIMPOL Sp. z o.o. przyznając jej maksymalną ilość punktów za doświadczenie kierownika budowy. Zamawiający nie posiadając wystarczających dowodów na poświadczenie doświadczenia kierownika oraz nie biorąc pod uwagę zadań inwestycyjnych poniżej min. wartości robót zadania inwestycyjnego, zgodnie z kryteriami ocen zawartymi w SWIZ powinien co najwyżej przyznać BUDIMPOL Sp. z o.o. punkty za 3 pozycje, tj. 10 punktów, a przy dopuszczeniu możliwości poświadczenia doświadczenia oświadczenie opisanym wyżej - 13,33 pkt, co daje odpowiednio łączną liczbę punktów: 90 lub 93,33. Poprawnie dokonana ocena doprowadziłaby do wybrania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Wyżej opisane postępowanie narusza zatem art. 91 ust. 1 PZP oraz art. 26 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 PZP.

Ad. 4. Odwołujący wobec złożenia przez BUDIMPOL Sp. z o.o. na wezwanie Zamawiającego z dnia 17.08.2020 r. nowej tabeli z doświadczeniem zawodowym kierownika - zawierającej odmienne od pierwotnych zadania inwestycyjne oraz dokumentów poświadczających doświadczenie z tejże właśnie tabeli, powziął wątpliwości które zadania inwestycyjne przy ocenie doświadczenia kierownika budowy były oceniane przez

Zamawiającego. Jeżeli Zamawiający ocenił zadania inwestycyjne z tabeli złożonej 24.08.2020 r. naruszył tym samym art. 82, art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 3 PZP. Zamawiający powinien uznać że BUDIMPOL Sp. z o.o. dokonał nieuprawnionej modyfikacji treści oferty po dacie jej złożenia. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 nowa oferta jest niezgodna z ustawą, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji przejawiający się w dopuszczeniu do nieuprawnione dostosowywanie wykazu osób podlegającego punktacji dokonanej po terminie złożenia ofert w celu uzyskania maksymalnej liczby punktów przez ww. Wykonawcę. Zatem oferta BUDIMPOL Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonania czynności ponownego badania ofert,
3. odrzucenia oferty wykonawcy BUDIMPOL Sp. z o.o.,
4. dokonania wyboru oferty odwołującego.

Pismem z dnia 18.09.2020 r. wykonawca Budimpol Sp. z o.o., ul. Mroźna 13a, 03-654 Warszawa (dalej: „przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła prawidłowość przystąpienia ww. wykonawcy do postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 21.09.2020 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił je w całości.

Pismem z dnia 24.09.2020 r. przystępujący zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania. Ponadto, pismem z dnia 07.10.2020 r. przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe, dołączając do ww. pisma m.in. nowy wykaz osób z wpisanym doświadczeniem kierowników robót sanitarnych i elektrycznych.

W trakcie rozprawy strony oraz przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie robót budowlanych polegających na budowie, nadbudowie, rozbudowie i przebudowie zespołu budynków szkoły, rozbiórkę budynku parterowego oraz wymianę oświetlenia i modernizację instalacji centralnego ogrzewania w części istniejącej.

W pkt V.1.2) c) ii siwz zamawiający wskazał, że wykonawca ma dysponować następującymi osobami:

a) Kierownik budowy posiadający:

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń;
- minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe (po uzyskaniu uprawnień budowlanych) w pełnieniu funkcji kierownika robót budowlanych lub kierownika budowy,
- musi posiadać w swoim doświadczeniu zawodowym co najmniej trzy zadania polegające na pełnieniu funkcji Kierownika Budowy, przez okres co najmniej 12 miesięcy, na zadaniu inwestycyjnym obejmującym zakresem budowę i/lub przebudowę i/lub rozbudowę budynku/budynków o wartości robót co najmniej 8.000.000 PLN brutto.

b) Kierownik robót sanitarnych posiadający:

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń;
- minimum 3-letnie doświadczenie zawodowe (po uzyskaniu uprawnień budowlanych) w nadzorowaniu lub kierowaniu robotami w zakresie branży sanitarnej.

c) Kierownik robót elektrycznych posiadający:

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń;
- minimum 3-letnie doświadczenie zawodowe (po uzyskaniu uprawnień budowlanych) w nadzorowaniu lub kierowaniu robotami w zakresie branży elektrycznej.

W pkt XIV siwz, jako kryteria oceny ofert zamawiający wskazał:

- 1) łączna cena ofertowa brutto – 60%,
- 2) okres gwarancji i serwisowania – 20%,
- 3) doświadczenie Kierownika Budowy – 20%.

Doświadczenie Kierownika Budowy miało być obliczane wg wzoru:

Zrealizowane zadania polegające na pełnieniu funkcji Kierownika budowy, przez okres co najmniej 12 miesięcy, na zadaniu inwestycyjnym obejmującym zakresem budowę i/lub przebudowę i/lub rozbudowę budynku/budynków użyteczności publicznej o wartości robót co najmniej 8.000.000 PLN brutto

D = ----- x 20 pkt

Najwyższa liczba zadań polegających na pełnieniu funkcji Kierownika budowy, przez okres co najmniej 12 miesięcy, na zadaniu inwestycyjnym obejmującym zakresem budowę i/lub przebudowę i/lub rozbudowę budynku/budynków użyteczności publicznej o wartości robót co najmniej 8.000.000 PLN brutto zrealizowanych przez Kierownika Budowy (spośród wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu)

Ocena punktowa w kryterium „doświadczenie Kierownika Budowy” miała zostać dokonana na podstawie wskazanej przez wykonawcę w ofercie liczby zadań i przeliczona według wzoru opisanego powyżej. Należało wskazać minimum 3 zadania, maksimum 6 zadań.

Przystępujący złożył ofertę, w której jako doświadczenie Kierownika budowy wskazał:

Lp	Doświadczenie zawodowe jako Kierownik budowy	
	Wyszczególnić: - nazwę zamówienia, - zakres zamówienia (budowa i/lub przebudowa i/lub rozbudowa budynku/budynków), - wartość robót zadania inwestycyjnego, - okres pełnienia funkcji kierownika budowy (od m-c/rok do m-c/rok), - nazwa zamawiającego	
1.	Nazwa zadania inwestycyjnego	Budowa Multikina w Lublinie — Galeria Olimp
	Zakres zadania inwestycyjnego (budowa i/lub przebudowa i/lub rozbudowa budynku/budynków)	budowa
	Wartość robót zadania inwestycyjnego	11 000 000,00
	Okres pełnienia funkcji kierownika budowy (od mc/rok do m-c/rok)	09.2012 do 11.2013
	Nazwa Zamawiającego	Multikino
2.	Nazwa zadania inwestycyjnego	Budowa Multikina w Rzeszowie
	Zakres zadania inwestycyjnego (budowa i/lub przebudowa i/lub rozbudowa budvniku/budvników)	budowa
	Wartość robót zadania inwestycyjnego	18 000,00
	Okres pełnienia funkcji kierownika budowy (od mc/rok do m-c/rok)	06.2010-07.2011
	Nazwa Zamawiającego	Multikino
3	Nazwa zadania inwestycyjnego	Budowa Multikina w Kielcach (Korona)
	Zakres zadania inwestycyjnego (budowa i/lub przebudowa i/lub rozbudowa budvniku/budvników)	budowa
	Wartość robót zadania inwestycyjnego	18 000,00
	Okres pełnienia funkcji kierownika budowy (od mc/rok do m-c/rok)	01.2011 - 02.2012
	Nazwa Zamawiającego	Multikino
4	Nazwa zadania inwestycyjnego	Budowy budynku z przeznaczeniem na siedzibę Urzędu Skarbowego w Grodzisku Mazowieckim
	Zakres zadania inwestycyjnego (budowa i/lub przebudowa i/lub rozbudowa budynku/budynków)	budowa
	Wartość robót zadania inwestycyjnego	15 948 966,15
	Okres pełnienia funkcji kierownika budowy (od mc/rok do m-c/rok)	marzec 2019 — czerwiec 2020
	Nazwa Zamawiającego	Skarb Państwa - Izba Administracji Skarbowej Warszawie
5.	Nazwa zadania inwestycyjnego	Budowa ośrodka wypoczynkowego Solina
	Zakres zadania inwestycyjnego (budowa i/lub przebudowa i/lub rozbudowa budynku/budynków)	budowa

	Wartość robót zadania inwestycyjnego	15 000 000,00
	Okres pełnienia funkcji kierownika budowy (od mc/rok do m-c/rok)	07.2012 - 12.2014
	Nazwa Zamawiającego	Hermina H. C.
6	Nazwa zadania inwestycyjnego	Budowa Komendy PSP w Legionowie
	Zakres zadania inwestycyjnego (budowa i/lub przebudowa i/lub rozbudowa budynku/budynków)	budowa
	Wartość robót zadania inwestycyjnego	21 171 000,00
	Okres pełnienia funkcji kierownika budowy (od mc/rok do m-c/rok)	09.2017- 11.2018
	Nazwa Zamawiającego	Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej W Warszawie
7	Nazwa zadania inwestycyjnego	Rozbudowa i przebudowa Szk. Podst. w Dawidach Bankowych
	Zakres zadania inwestycyjnego (budowa i/lub przebudowa i/lub rozbudowa budynku/budynków)	Przebudowa i rozbudowa
	Wartość robót zadania inwestycyjnego	26 635 603,74
	Okres pełnienia funkcji kierownika budowy (od mc/rok do m-c/rok)	09.2017- 11.2018
	Nazwa Zamawiającego	Gmina Raszyn

Pismem z dnia 17.08.2020 r. zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, do złożenia wymaganych oświadczeń i dokumentów. Wśród wymaganych dokumentów zamawiający wskazał m.in.:

3) wykaz robót budowlanych zrealizowanych zadań polegających na pełnieniu funkcji Kierownika budowy wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

Żądając ww. dokumentu zamawiający powołał się na treść rozdziału XIV pkt 2 siwz, czyli wyżej wskazany opis kryterium.

W odpowiedzi przystępujący złożył m.in.:

- wykaz osób skierowanych do realizacji zadania,
- wykaz zrealizowanych inwestycji dla Kierownika Budowy,
- kopie dokumentów potwierdzających pełnienie funkcji Kierownika Budowy.

W wykazie osób przystępujący wskazał:

Lp.	Nazwisko i imię	Funkcja	Kwalifikacje zawodowe: nr uprawnień	DYSPONOWANIE
1	J.G.	Kierownik budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej	Uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej Nr (...)	Umowa o pracę
2	Z. P.	Kierownik robót w specjalności instalacji elektrycznych	Uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych Nr (...)	umowa zlecenie
3	J. F.	Kierownik robót specjalności instalacji sanitarnych	Uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych Nr (...)	umowa zlecenie

W wykazie inwestycji dla Kierownika Budowy przystępujący wskazał:

Lp	Doświadczenie zawodowe jako Kierownik budowy	
	<p>Wyszczególnić:</p> <ul style="list-style-type: none"> - nazwę zamówienia, - zakres zamówienia (budowa i/lub przebudowa i/lub rozbudowa budynku/budynków), - - wartość robót zadania inwestycyjnego, - okres pełnienia funkcji kierownika budowy (od m-c/rok do m-c/rok), - nazw zamawiającego 	
1	<p>Nazwa zadania inwestycyjnego</p> <p>Zakres zadania inwestycyjnego (budowa i/lub przebudowa i/lub rozbudowa budynku/budynków)</p> <p>Wartość robót zadania inwestycyjnego</p> <p>Okres pełnienia funkcji kierownika budowy (od m-c/rok do m-c/rok)</p> <p>Nazwa Zamawiającego</p>	<p>Budowa Multikina w Lublinie — Galeria Olimp</p> <p>budowa</p> <p>11 000 000,00</p> <p>09.2012 - 11.2013</p> <p>Multikino</p>
2.	<p>Nazwa zadania inwestycyjnego</p> <p>Zakres zadania inwestycyjnego (budowa i/lub przebudowa i/lub rozbudowa budynku/budynków)</p> <p>Wartość robót zadania inwestycyjnego</p> <p>Okres pełnienia funkcji kierownika budowy (od m-c/rok do m-c/rok)</p> <p>Nazwa Zamawiającego</p>	<p>Budowa Multikina w Rzeszowie</p> <p>budowa</p> <p>18 000 000,00</p> <p>06.2010 - 07.2011</p> <p>Multikino</p>
3.	<p>Nazwa zadania inwestycyjnego</p> <p>Zakres zadania inwestycyjnego (budowa i/lub przebudowa i/lub rozbudowa budynku/budynków)</p> <p>Wartość robót zadania inwestycyjnego</p> <p>Okres pełnienia funkcji kierownika budowy (od m-c/rok do m-c/rok)</p> <p>Nazwa Zamawiającego</p>	<p>Budowy budynku z przeznaczeniem na siedzibę Urzędu Skarbowe o w Grodzisku Mazowieckim</p> <p>budowa</p> <p>15 948 966,15</p> <p>marzec 2019 — czerwiec 2020</p> <p>Skarb Państwa - Izba Administracji Skarbowej w Warszawie</p>

4.	Nazwa zadania inwestycyjnego	Budowa ośrodka wypoczynkowego Solina z częścią handlowo- gastronomiczną
	Zakres zadania inwestycyjnego (budowa i/lub przebudowa i/lub rozbudowa budynku/budynków)	budowa
	Wartość robót zadania inwestycyjnego	15 000 000,00
	Okres pełnienia funkcji kierownika budowy (od mc/rok do m-c/rok)	07.2012 - 12.2014
	Nazwa Zamawiającego	Hermina H. C.
5	Nazwa zadania inwestycyjnego	Budowa Komend PSP w Legionowie
	Zakres zadania inwestycyjnego (budowa U lub przebudowa i/lub rozbudowa budynku/budynków)	budowa
	Wartość robót zadania inwestycyjnego	21 171 000,00
	Okres pełnienia funkcji kierownika budowy (od mc/rok do m-c/rok)	07.2017- 11.2018
	Nazwa Zamawiającego	Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej W Warszawie
6.	Nazwa zadania inwestycyjnego	Rozbudowa i przebudowa Szk. Podst. w Dawidach Bankowych
	Zakres zadania inwestycyjnego (budowa i/lub przebudowa i/lub rozbudowa budynku/budynków)	Przebudowa i rozbudowa
	Wartość robót zadania inwestycyjnego	26 635 603 74
	Okres pełnienia funkcji kierownika budowy (od mc/rok do m-c/rok)	09.2017- 11.2018
	Nazwa Zamawiającego	Gmina Raszyn
7	Nazwa zadania inwestycyjnego	Przebudowa budynku przy ul. Halnej 32 na potrzeby Zespołu Szkół Specjalnych nr 102 w Warszawie
	Zakres zadania inwestycyjnego (budowa i/lub przebudowa i/lub rozbudowa budynku/budynków)	Przebudowa i rozbudowa
	Wartość robót zadania inwestycyjnego	8 792 081,60
	Okres pełnienia funkcji kierownika budowy (od mc/rok do m-c/rok)	02.2019r. - 02.2020r.
	Nazwa Zamawiającego	Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta

Do ww. wykazu przystępujący dołączył dokumenty na potwierdzenie należytego wykonania robót przez Kierownika Budowy.

Z porównania wykazu doświadczenia kierownika budowy zawartego w ofercie i złożonego w odpowiedzi na pismo z dnia 17.08.2020 r., wynika, że:

- w nowym wykazie w zakresie inwestycji dotyczącej Multikina w Rzeszowie zmieniono wartość z 18.000 zł na 18.000.000 zł,
- w nowym wykazie nie wskazano w ogóle inwestycji dotyczącej Multikina w Kielcach,
- w nowym wykazie pojawiła się inwestycja dotycząca Szkoła specjalnej w Warszawie.

Pismem z dnia 09.09.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania w całości, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Rozpoznając niniejsze odwołanie przede wszystkim konieczne jest podkreślenie, że czym innym są warunki udziału w postępowaniu, a czym innym są kryteria oceny ofert. Odnosząc się do argumentów stron i przystępującego podnoszonych na rozprawie, należy zatem wytłumaczyć, co następuje.

Po pierwsze, rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1282 ze zm.) zostało wydane na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp i odnosi się do oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, czyli do oświadczeń lub dokumentów potwierdzających:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
- 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
- 3) brak podstaw wykluczenia.

Oznacza to, że ww. rozporządzenie odnosi się do oświadczeń i dokumentów żądanych na potwierdzenie m.in. warunków udziału w postępowaniu, natomiast w ogóle nie odnosi się do kryteriów oceny ofert. Tym samym niezasadny jest argument przystępującego, zgodnie z którym zamawiający nie mógł żądać wykazu robót, na których kierownik budowy pełnił funkcję, gdyż – jak twierdzi przystępujący – zgodnie z ww. rozporządzeniem wykaz robót może być wymagany tylko na potwierdzenie doświadczenia wykonawcy. Jak wskazano wyżej, ww. rozporządzenie nie odnosi się do kwestii wykazania kryteriów oceny ofert, dlatego jego treść nie wyłącza możliwości żądania wykazu robót, na których kierownik budowy pełnił funkcję, jeżeli wykaz taki ma służyć potwierdzeniu wymagań zawartych w kryteriach oceny ofert. Tym samym żądanie zamawiającego w tym zakresie zawarte w siwz, nie stanowiło naruszenia przepisów ww. rozporządzenia. Na marginesie jedynie należy wskazać, że jeśli przystępujący miał odmienne zdanie w tej sprawie, to powinien był wnieść w stosownym czasie odwołanie na treść siwz.

Po drugie, w niniejszej sprawie zamawiający żądał wskazania doświadczenia kierownika budowy zarówno na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak i kryteriów ceny ofert. W celu potwierdzenia spełniania warunków (dotyczących nie tylko kierownika budowy, ale też kierowników robót sanitarnych i elektrycznych) wykonawcy mieli złożyć wykaz osób (pkt VII.2.1) siwz), a w nim wskazać min. 3 zadania dla kierownika budowy, zaś w celu obliczenia punktów w kryterium oceny ofert wykonawcy mieli złożyć ofertę (pkt XIV.2 i 6 siwz), a w niej wskazać min. 3 i max. 6 zadań dla kierownika budowy. Tym samym wykaz osób, jako dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, służy potwierdzeniu spełniania warunków i ma do niego zastosowanie m.in. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Natomiast oferta w zakresie, w jakim zawiera informacje o doświadczeniu kierownika budowy, służy temu, aby zamawiający mógł obliczyć punkty w kryterium oceny ofert i do oferty tej nie ma zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jak też nie może ona zostać zmieniona (w tym także poprzez uzupełnienie) z uwagi na zakaz wynikający z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Podsumowując: to, że zamawiający żądał wskazania doświadczenia kierownika budowy zarówno na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak i kryteriów ceny ofert, nie oznacza, że można dowolnie i zamiennie stosować przepisy ustawy Pzp do złożonych przez wykonawcę informacji w zakresie tego doświadczenia, ale oznacza, że w zależności od tego, w jakim dokumencie i w jakim celu dana informacja została złożona, należy stosować inne przepisy i mieć na uwadze inne skutki ich stosowania.

Przechodząc zatem do kwestii punktacji, jaką zamawiający przyznał przystępującemu w kryterium oceny ofert dotyczącym kierownika budowy, w pierwszej kolejności należy ponownie przypomnieć, że zamawiający w pkt XIV.2. siwz wyraźnie wskazał, że doświadczenie ww. kierownika ma być przedstawione w ofercie. Tym samym całkowicie bezpodstawne było wezwanie z dnia 17.08.2020 r., skierowane do przystępującego w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp w zakresie pkt 3 tego pisma, w którym zamawiający zażądał złożenia przez przystępującego wykazu robót, na którym kierownik budowy pełnił funkcję, wraz z załączeniem dowodów określających, czy roboty te zostały wykonane należycie.

Po pierwsze, jak wskazano wyżej, ww. wykaz miał być przedłożony w ofercie, zatem nie było podstaw do dodatkowego żądania jego złożenia poza ofertą.

Po drugie, jak też już wyżej wskazano i co zamawiający stwierdził też na rozprawie, oferta nie może zostać zmieniona (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp). Tymczasem wezwanie z dnia 17.08.2020 r. do złożenia ww. wykazu ponownie (po wcześniejszym złożeniu go w ofercie) prowadziło właśnie do zmiany treści oświadczenia zawartego w ofercie, czyli do zmiany oferty w zakresie opisującym doświadczenie kierownika budowy. W nowym wykazie przystępujący zmienił bowiem wartość jednej z robót, usunął jedną robotę i na jej miejsce

wpisał inną robotę. Tym samym wzywając przystępującego pismem z dnia 17.08.2020 r. do ponownego złożenia ww. wykazu, zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż umożliwił mu zmianę oferty. Niezrozumiałe jest przy tym stanowisko zamawiającego wyrażone na rozprawie, zgodnie z którym oferta przystępującego z powodu ww. zmiany podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, skoro to sam zamawiający wezwał przystępującego do złożenia nowego wykazu robót, na których kierownik budowy pełnił funkcję i w efekcie sam zamawiający dopuścił do dokonania zmiany tej oferty.

Po trzecie, należy zauważyć, że zamawiający nigdzie w siwz nie żądał przedstawienia dowodów określających, czy roboty, na których kierownik budowy pełnił funkcję, zostały wykonane należycie. Tym samym w tym zakresie zamawiający po upływie terminu składania ofert sformułował zupełnie nowy wymóg, niezawarty uprzednio w siwz, co stanowi naruszenie podstawowej zasady udzielania zamówień publicznych wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem żądanie dokumentów niewymaganych uprzednio w siwz jest sprzeczne z obowiązkiem zachowania przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z powyższego wynika zatem, że wezwanie z dnia 17.08.2020 r. w zakresie jego pkt 3, było bezpodstawne i prowadziło do zmiany oferty przystępującego, podczas gdy w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, dokonywanie zmian oferty, w tym także w zakresie informacji dotyczących kryteriów oceny ofert, jest niedopuszczalne. Tym samym niedopuszczalne było także uwzględnienie treści zmienionego wykazu doświadczenia kierownika budowy złożonego w odpowiedzi na to wezwanie i przyznanie ofercie przystępującego punktów w oparciu o ten nowy wykaz.

Przystępujący przedstawił pierwotnie w ofercie doświadczenie kierownika budowy, w którym dwie pozycje: nr 2 i 3, dotyczyły robót o wartości niższej (18.000 zł) niż wymagana (8.000.000 zł). W tej sytuacji zamawiający nie miałby podstaw, wbrew stanowisku przystępującego, do wezwania go do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ wyjaśnienia takie musiałyby się sprowadzać do zmiany wartości wpisanej do oferty na wartość wyższą, czyli do zmiany oferty, co jak już wskazano, jest niedopuszczalne. Zamawiający nie miałby także podstaw do poprawienia omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ wpisanie wartości robót niższej niż wymagana, nie ma waloru „oczywistości” (art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp), z pewnością nie mamy tu też do czynienia z omyłką rachunkową, gdyż nie zachodzi żadne błędne wyliczenie matematyczne (art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp), jak też nie mamy do czynienia z tzw. „inną omyłką” (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp), ponieważ zmiana wartości wpisanych do oferty powodowałaby istotną zmianę oferty poprzez zwiększenie liczby punktów przyznanych przystępującemu w kryterium oceny ofert. Tym samym, w świetle art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, nie zachodziła

żadna możliwość skorygowania doświadczenia kierownika budowy zawartego pierwotnie w pozycji nr 2 i 3 oferty przystępującego. Ponadto, jak wskazano wyżej, nie zachodziła też możliwość uwzględnienia doświadczenia kierownika budowy wskazanego w drugim wykazie, złożonym w odpowiedzi na wezwanie z dnia 17.08.2020 r., w którym w jednej z ww. pozycji zmieniono wartość na wyższą, a drugą w ogóle pominięto, zastępując inną nową robotą.

Dodatkowo odwołujący zakwestionował także przyznanie punktów za roboty opisane w pozycji nr 1 i 6 wykazu, wskazując, że przystępujący nie przedstawił dokumentów potwierdzających pełnienie funkcji na tych robotach. Jak jednak wskazano już wyżej, nigdzie w siwz zamawiający nie żądał na potwierdzenie doświadczenia kierownika budowy innych dokumentów niż wykaz zawarty w ofercie dla wyliczenia punktów w kryterium oceny ofert. Tym samym argumenty odwołującego w tym zakresie nie są zasadne, gdyż na obecnym etapie postępowania (po otwarciu ofert) nie jest dopuszczalne domaganie się od wykonawcy jakichkolwiek innych dokumentów niż wykaz zawarty w ofercie. Przywoływany zaś przez odwołującego pkt VII.2.1) siwz dotyczy dokumentu żądanego na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, którego, jak wskazano już wyżej, nie można utożsamiać z kryterium oceny ofert. Na marginesie jedynie należy zauważyć, że żadnych szczególnych dokumentów potwierdzających pełnienie funkcji przez kierownika budowy, poza wykazem osób, zamawiający nie żądał też na potwierdzenie spełniania warunków.

Podsumowując: spośród pozycji nr 1, 2, 3 i 6 wykazu doświadczenia kierownika budowy, zasadne jest zakwestionowanie przez odwołującego jedynie pozycji nr 2 i 3 wykazu zawartego w ofercie, które rzeczywiście odnoszą się do robót o wartości niższej niż wymagana. Skoro w tym zakresie zmiana oferty nie była dopuszczalna, a co za tym idzie – nie było dopuszczalne przyznanie punktów w oparciu o nowy zmieniony wykaz, należy rozstrzygnąć, co miał zrobić zamawiający w stosunku do oferty przystępującego.

W świetle wyżej poczynionych ustaleń stwierdzić należy, że zamawiający zobowiązany był przyznać punkty ofercie przystępującego wyłącznie w oparciu o pierwotny wykaz zawarty w ofercie i z tego wykazu, zawierającego siedem pozycji, uwzględnić do obliczeń punktowych jedynie pięć pozycji, czyli pominać pozycje nr 2 i 3.

W tym miejscu wskazać należy, że zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec stwierdzenia, że pięć pozycji z wykazu zawartego w ofercie przystępującego kwalifikowało się do przyznania punktów, Izba dokonała samodzielnie wycień dla wszystkich sześciu ofert złożonych w postępowaniu i ustaliła, że nawet przy pominięciu pozycji nr 2 i 3 z ww. wykazu, oferta przystępującego nadal uzyskiwałaby najwyższą liczbę punktów w kryteriach oceny ofert. Oznacza to, że stwierdzone przez Izbę naruszenia zamawiającego polegające

na niezasadnym skierowaniu do przystępującego wezwania z dnia 17.08.2020 r. (w zakresie jego pkt 3) i przyznaniu punktów za roboty wskazane w nowym wykazie doświadczenia kierownika budowy, nie wpływają na fakt, że oferta przystępującego i tak musiałaby zostać najwyżej oceniona. Innymi słowy: przywrócenie stanu zgodnego z prawem poprzez nakazanie zamawiającemu uwzględnienia do punktacji tylko pięciu pozycji (poza nr 2 i 3) z pierwotnego wykazu zawartego w ofercie, nie zmieniłoby miejsca oferty przystępującego w rankingu ofert. Tym samym stwierdzone naruszenia zamawiającego w zakresie przyznanej ofercie przystępującego punktacji, nie mają wpływu na wynik postępowania. Stąd też zarzuty odwołującego dotyczące ww. kwestii zostały oddalone.

Odnosząc się do drugiego z zarzutów zawartych w odwołaniu, tj. do kwestii dotyczących niewskazania w wykazie osób doświadczenia kierowników robót sanitarnych i elektrycznych, w pierwszej kolejności należy wskazać, że w tym zakresie mamy do czynienia z warunkami udziału w postępowaniu (pkt V.1.2.c) ii siwz). Oświadczenia i dokumenty służące potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu zostały wymienione w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, co oznacza, że w stosunku do nich znajduje zastosowanie m.in. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem dopuszczalne jest (w przeciwieństwie do kryteriów oceny ofert) m.in. uzupełnianie oświadczeń i dokumentów, jeśli nie zostały one w ogóle złożone, są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości.

W przedmiotowej sprawie przystępujący w złożonym wykazie osób nie podał doświadczenia kierownika robót sanitarnych i kierownika robót elektrycznych, tym samym złożony przez niego wykaz był niekompletny. Oznacza to, że zamawiający zobowiązany był wezwać przystępującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia tego wykazu o doświadczenie ww. kierowników. Brak skierowania takiego wezwania skutkuje konicznością uznania, że zarzut odwołującego jest zasadny. Dlatego Izba uwzględniła odwołanie w tym zakresie i nakazała zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wezwanie przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia wykazu osób o doświadczenie ww. kierowników robót.

Jeżeli w odpowiedzi na wezwanie, przystępujący złoży wykaz osób uzupełniony o wymagane w siwz doświadczenie kierowników robót sanitarnych i elektrycznych, a zamawiający w ramach ponownej oceny jego oferty i pozostałych złożonych dokumentów, nie stwierdzi innych braków/błędów, będzie mógł ponownie uznać ofertę przystępującego za najkorzystniejszą. Jeżeli natomiast przystępujący nie uzupełni wykazu osób o wymagane w siwz doświadczenie kierowników robót sanitarnych i elektrycznych, zamawiający zobowiązany będzie do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12

ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba wyjaśnia, że uzupełniony wykaz musi być złożony zamawiającemu, który uprawniony jest do tego, aby go ocenić i podjąć wynikające z tej oceny czynności. Dlatego też Izba nie mogła przychylić się do wniosku przystępującego o uwzględnienie nowego wykazu osób złożonego na posiedzeniu i oddalenie na tej podstawie odwołania.

Reasumując, Izba stwierdziła, że jedynie zarzut dotyczący niewskazania przez przystępującego doświadczenia kierowników robót sanitarnych i elektrycznych zasługiwał na uwzględnienie. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 190 ust. 7, art. 191 ust. 2 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Wydając postanowienie w przedmiocie kosztów postępowania odwoławczego, Izba uwzględniła treść art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 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).

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Zgodnie z § 5 ust. 4 ww. rozporządzenia w przypadkach nieuregulowanych w ust. 1—3 Izba orzeka o kosztach postępowania, uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot „stosownie do jego wyniku” należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314, stosunkowe rozdzielanie kosztów polega na rozdzielaniu kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości, w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości, co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku, w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział, zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona, zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16 oraz postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17. Także skarga na wyrok KIO 630/18 dotycząca podziału kosztów pomiędzy strony została oddalona postanowieniem Sądu Okręgowego w Warszawie (sygn. akt XXIII Ga 830/18).

W niniejszej sprawie spośród dwóch kwestii objętych zarzutami, Izba w jednej z tych kwestii przyznała rację przystępującemu wnoszącemu sprzeciw (kwestia punktacji za doświadczenie kierownika budowy), zaś w drugiej – odwołującemu (kwestia doświadczenia kierownika robót sanitarnych i elektrycznych). W związku z tym Izba w części uwzględniła odwołanie, a w części je oddaliła. W efekcie Izba kosztami postępowania po połowie obciążyła przystępującego wnoszącego sprzeciw oraz odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 10.000 zł oraz koszty poniesione przez przystępującego wnoszącego sprzeciw z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3.600 zł), co daje łącznie kwotę 13.600 zł. Skoro ww. koszty zostały podzielone po połowie, to każda ze stron powinna ponieść je w wysokości 6.800 zł ($13.600 : 2 = 6.800$). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 10.000 zł tytułem wpisu, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 6.800 zł. Natomiast przystępujący wnoszący sprzeciw poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 3.600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem powinien odpowiadać za nie do wysokości 6.800 zł. Wobec powyższego Izba zasądziła od przystępującego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę 3.200 zł. Zasądzona od przystępującego kwota 3.200 zł skutkuje podwyższeniem poniesionych dotychczas przez niego kosztów do kwoty 6.800 zł ($3.600 + 3.200 = 6.800$) i jednocześnie obniżeniem kosztów poniesionych dotychczas przez odwołującego również do kwoty 6.800 zł ($10.000 - 3.200 = 6.800$). W wyniku zatem zasądzenia kwoty 3.200 zł od przystępującego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego, ostatecznie poniesione przez nich obu koszty wynoszą równo po 6.800 zł, czyli wszystkie koszty postępowania odwoławczego zostają rozdzielone po połowie.

Kierując się ww. rozważaniami, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 2, § 5 ust. 3 pkt 2, § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 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). Jednocześnie, zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 2 i § 5 ust. 3 pkt 2 ww. rozporządzenia, Izba nie uwzględniła zamawiającego w postanowieniu o kosztach.

Przewodniczący