Sygn. akt:KIO 1/19

KIO 2/19

WYROK

z dnia 17 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Danuta Dziubińska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2019 r. przez:

A.wykonawcę **TECHBUD sp. z o.o., ul. Kępska 6, 45-129 Opole** (KIO 01/19),

B.wykonawcę **A. Sp. z o.o., ul. Braci Prankel 1, 47-100 Strzelce Opolskie** (KIO 02/19),

w postępowaniu prowadzonym przez **Teatr im. Jana Kochanowskiego w Opolu, Pl. Teatralny 12, 45-056 Opole**,

przy udziale:

A.wykonawcy **Energopol Trade Opole Sp. z o.o., ul. Gosławicka 2, 45-446 Opole** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO 01/19 i KIO 02/19,

B.wykonawcy **TECHBUD sp. z o.o., ul. Kępska 6, 45-129 Opole** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 02/19

orzeka:

I.Sygn. akt KIO 1/19:

1.Oddala odwołanie;

2.Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - **TECHBUD sp. z o.o., ul. Kępska 6, 45-129 Opole**, i:

2.1.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;

2.2.zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego - **Teatr im. Jana Kochanowskiego w Opolu, pl. Teatralny 12, 45-056 Opole** kwotę **593 zł 17 gr** (słownie: pięćset dziewięćdziesiąt trzy złote siedemnaście groszy) stanowiącą ½ uzasadnionych kosztów strony związanych z dojazdem na rozprawę;

II.Sygn. akt KIO 2/19:

1.Oddala odwołanie;

2.Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - **A. Sp. z o.o., ul. Braci Prankel 1, 47-100 Strzelce Opolskie**, i:

2.1.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;

2.2.zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego - **Teatr im. Jana Kochanowskiego w Opolu, pl. Teatralny 12, 45-056 Opole** kwotę **593 zł 17 gr** (słownie: pięćset dziewięćdziesiąt trzy złote siedemnaście groszy) stanowiącą ½ uzasadnionych kosztów strony związanych z dojazdem na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Opolu.**

Przewodniczący:……..

Sygn. akt:KIO 1/19

KIO 2/19

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

Teatr im. Jana Kochanowskiego w Opolu (dalej: „Zamawiający) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn.

zm. - dalej: „ustawa Pzp" lub „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego: „Nowa jakość Teatru - przebudowa i modernizacja Teatru im. Jana Kochanowskiego w Opolu na cele kulturalne i edukacyjne - wykonanie", znak sprawy SZP-26-1/2018.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 611067-N-2018 z dnia 31 sierpnia 2018 r. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ") została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 28 grudnia 2018 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Energopol Trade Opole Sp. z o.o. (dalej również: „Energopol") oraz o punktacji ofert w poszczególnych kryteriach oceny ofert wraz z uzasadnieniem.

W dniu 2 stycznia 2018 r. do prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostały złożone odwołania wniesione przez wykonawców: TECHBUD sp. z o.o. oraz A. Sp. z o.o.

Sygn. akt KIO 1/19

Wykonawca TECHBUD sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący" lub Techbud") wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, tj. czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Energopol Trade Opole Spółka z o.o., zaniechania przyznania Odwołującemu maksymalnej ilości punktów w kryterium doświadczenie kierownika budowy wyznaczonego do realizacji zamówienia oraz zaniechania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przyznania Odwołującemu maksymalnej ilości punktów w kryterium doświadczenie kierownika budowy, co spowodowało naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty Energopol niezgodnie z przepisami ustawy;

2)art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie przyznanie Odwołującemu maksymalnej ilości punktów zgodnie z kryterium oceny ofert dotyczącym doświadczenia kierownika budowy;

3)art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przedwczesny wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Energopol.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

1)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2)nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie przyznania punktów Odwołującemu w kryterium doświadczenie kierownika budowy,

3)nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, jaką złożył Odwołujący.

a także:

4)o zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia przepisów Pzp przez Zamawiającego. Oferta Odwołującego uzyskała drugą pod względem kolejności liczbę punktów, a co za tym idzie, w przypadku przyznania maksymalnej ilości punktów w kryterium doświadczenie kierownika budowy, Odwołujący mógłby spodziewać się uzyskania dla siebie zamówienia. Odwołujący może utracić zatem korzyści związane z realizacją przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał m.in., iż Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty i przyznanej jego ofercie punktacji w kryterium doświadczenie kierownika budowy jako uzasadnienie faktyczne swojej decyzji podał, że: W ofercie 2 doświadczenia kierownika budowy, uznane zostało jedno doświadczenie kierownika budowy i przyznano 2 pkt zgodnie z IDW. Nie przyznano punktów za: Budowa Parku Naukowo- Technologicznego Euro-Centrum Katowice, jako nie spełniającego kryterium: „za realizację wykonanej zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończonej roboty budowlanej na stanowisku Kierownika Robót (przez cały okres realizacji inwestycji/roboty budowlanej, polegającej na przebudowie, rozbudowie lub modernizacji obiektu użyteczności publicznej dla ogólnodostępnego obiektu kulturalnego typu; kina, sale koncertowe, opery, teatry, sale kongresowe, domy kultury i wielozadaniowe sale wykorzystywane do celów rozrywkowych, teatry muzyczne itp., obejmujące prace w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, elektrycznej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń; wodociągowych i kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych. Odwołujący stwierdził, iż z takim działaniem Zamawiającego i jego uzasadnieniem, polegającym na nie

uznaniu jednego z doświadczeń kierownika budowy nie może się zgodzić. Zamawiający nie wskazał jednoznacznie powodu dla którego nie zakwalifikował do przyznania punktów doświadczenia kierownika budowy zdobytego na zadaniu Budowa Parku Naukowo-Technologicznego Euro-Centrum Katowice. W związku z tym Odwołującemu trudno się domyślić, którego ze składowych kryterium doświadczenia kierownika nie spełnia wykazane doświadczenie zdobyte na zadaniu Budowa Parku Naukowo-Technologicznego Euro-Centrum Katowice, co powoduje trudność obrony braku uznania jednego z doświadczeń. Niemniej jednak Odwołujący wskazał, że wykazane na tym zadaniu doświadczenie kierownika budowy zostało zdobyte zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończonej roboty budowlanej polegającej na rozbudowie obiektu użyteczności publicznej dla ogólnodostępnego obiektu kulturalnego, w ramach którego wykonano prace w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, elektrycznej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń; wodociągowych i kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych, co tym samym powoduje, że wskazane doświadczenie zdobyte przez kierownika budowy na tym zadaniu spełnia wszystkie wymogi Zamawiającego. Dlatego też Zamawiający w kryterium Doświadczenie kierownika budowy powinien uznać oba przedstawione doświadczenia i przyznać Odwołującemu maksymalną ilość punktów tj. 5 a nie tylko 2. Przyznanie Odwołującemu w tym kryterium 5 pkt, spowodowałoby zmianę w rankingu punktowym ofert. Odwołujący otrzymałby 96 pkt, a wykonawca Energopol 95,78 pkt, co spowodowałoby zmianę w rankingu ofert.

Zamawiający poprzez błędną ocenę wykazanego przez Odwołującego doświadczenia naruszył, zdaniem Odwołującego, zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a tym samym doprowadził do wyboru najkorzystniejszej oferty niezgodnie z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Poprzez swoje niezgodne z przepisami prawa ustawy zamówień publicznych Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący nadmienił, że liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje, że badanie i ocena ofert może być dokonana przez Zamawiającego jedynie przez pryzmat wymagań jasno określonych w SIWZ. Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji tego, że Zamawiający nie sprecyzował dostatecznie jasno i dokładnie w SIWZ swoich żądań, których będzie wymagał na etapie składania ofert, zaś niedoprecyzowanie tego opisu i wymagań z nim związanych nie może na etapie badania i oceny ofert wywoływać negatywnych skutków dla wykonawców, którzy nie zastosowali się do niezwerbalizowanego oczekiwania Zamawiającego. Wykonawcy nie mogą pozostawać w niepewności, co do spełnienia warunków, jakich wymagał będzie Zamawiający w toku postępowania. Zamawiający nie może w sposób rozszerzający interpretować postawionego warunku czy też postawionych kryteriów oceny ofert w SIWZ. Takie zachowanie Zamawiającego prowadzi do dowolności w ocenie złożonych ofert, a w konsekwencji do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, do których przestrzegania Zamawiający jest bezwzględnie zobowiązany w toku postępowania, m.in. na podstawie art. 2 Dyrektywy 2004/18 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r., w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Zamawiający na etapie badania i oceny ofert nie może modyfikować postanowień SIWZ czy to wprost, czy w wyniku sformułowania wezwania do wyjaśnia treści dokumentów lub wezwania do ich uzupełnienia. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne. Z jednej strony określa wymagania, które mają spełniać wykonawcy i ich oferty, by uczynić zadość potrzebom Zamawiającego, z drugiej zaś zakreśla granice, w jakich może poruszać się Zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Z tego względu, badając i oceniając oferty, Zamawiający zobowiązany jest interpretować SIWZ tak, jak wskazuje na to jej brzmienie. Zamawiający nie jest uprawniony, aby na etapie oceny ofert nadawać postanowieniom SIWZ inne, niż pierwotnie ustalone, znaczenie. Badanie i ocenę ofert powinien Zamawiający prowadzić z uwzględnieniem zasady, iż wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania, zawarte w postanowieniach SIWZ, należy interpretować na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. To Zamawiającego obciąża obowiązek takiego przygotowania postępowania, aby postanowienia SIWZ były jednoznaczne i nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury. Zamawiający zobowiązany jest przestrzegać reguł, które sam w SIWZ określił. Zamawiający zobowiązany jest przygotować i przeprowadzić postępowanie dochowując należytej staranności, gwarantując realizację zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Precyzyjne i jasne formułowanie wymagań przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie, jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dlatego też wysuwanie przez Zamawiającego tezy opartej na swoim dowolnym uznaniu, a nie na zapisach SIWZ i przepisach ustawy jest niczym innym jak manipulacją i nadinterpretacją zapisów SIWZ i przepisów prawa przez Zamawiającego mającą na celu pozbawienie Odwołującego uzyskania kontraktu. Pomimo, iż ustawodawca wyposażył Zamawiającego w szereg uprawnień w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to nie oznacza, iż Zamawiający nie jest w żaden sposób ograniczony i może ustanawiać wymagania oraz ocenę ofert w sposób dowolny i całkowicie uznaniowy, tak jak w ocenie Odwołującego miało miejsce w tym przypadku.

Następnie Odwołujący stwierdził, że składając ofertę i dodatkowe dokumenty wraz z wyjaśnieniami w sposób wystarczający udokumentował spełnienie warunku w kryterium doświadczenie kierownika budowy, co uprawniało

Zamawiającego do przyznania maksymalnej ilość punktów tj. 5. Dokonany wybór oferty najkorzystniejszej był zatem zdecydowanie przedwczesny. Zdaniem Odwołującego nie ulega bowiem wątpliwości, iż w sprawie występuje zaniechanie ze strony Zamawiającego, mające wpływ na wykazany powyżej stan faktyczno-prawny. W związku z tym Zamawiający dokonując błędnej oceny posiadanego doświadczenia przez kierownika budowy wskazanego przez Odwołującego naruszył nie tylko art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, ale też dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Energopol, co spowodowało naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 7 stycznia 2019 r. swoje przystąpienie do postepowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Energopol Trade Opole Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu.

Pismem z dnia 14 stycznia 2019 r. Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pisemną odpowiedź na odwołanie (pismo datowane 11 stycznia 2018 r.), kopię przekazując Odwołującemu i wykonawcy Energopol. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako oczywiście bezzasadnego oraz o przeprowadzenie dowodów z dokumentów:

1)SIWZ (w aktach sprawy, załącznik nr 4 do protokołu z postępowania);

2)formularza oferty Odwołującego (w aktach sprawy, załącznik nr 8 do protokołu z postępowania);

3)wezwania do wyjaśnienia treści oferty z dnia 23 października 2018 r. (w aktach sprawy, załącznik nr 16 do protokołu z postępowania);

4)pisma Odwołującego z dnia 29 października 2018 roku (w aktach sprawy, załącznik nr 16 do protokołu z postępowania);

5)pisma Zamawiającego z dnia 9 listopada 2018 roku (w aktach sprawy, załącznik nr 22 do protokołu z postępowania);

6)pisma Parku Naukowo-Technologicznego Euro-Centrum Sp. z o.o. z dnia 14 listopada 2018 roku (w aktach sprawy, załącznik nr 22 do protokołu z postępowania)

na okoliczności wskazane w odpowiedzi na odwołanie, a także o zasądzenie od Odwołującego zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający w pierwszej kolejności wskazał stan faktyczny, w realiach którego zostało wniesione odwołanie oraz podał, że oprócz merytorycznej bezzasadności odwołania, odwołanie winno podlegać zwrotowi przez wzgląd na jego ogólny charakter i nieskonkretyzowane zarzuty. Zamawiający przywołał w wyrok KIO z dnia 3 marca 2017 roku o sygn. akt KIO 179/17 (LEX nr 2241444).

Zamawiający zauważył m.in., iż Odwołujący podnosi w odwołaniu dwa zarzuty polegające na naruszeniu tego samego przepisu Pzp (art. 91 ust. 1 ustawy Pzp), zaś jeden zarzut polegający na naruszeniu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, bez skonkretyzowania aktu prawnego, którego naruszenie dotyczy. W uzasadnieniu nie odnosi się konkretnie do stawianych zarzutów, a jedynie opisuje ogólnie zaistniały stan faktyczny oraz powołuje się na rzekomą manipulację i nadinterpretację, zapisów SIWZ przez Zamawiającego. Nie sposób zatem jednoznacznie wywieść z przedmiotowego uzasadnienia, która jego część odnosi się do konkretnych zarzutów wskazanych w petitum odwołania; z kolei część wywodów Odwołującego wydaje się w ogóle nie mieć uzasadnienia w stawianych Zamawiającemu zarzutach. Uniemożliwia to Zamawiającemu odniesienie się do konkretnych zarzutów. Brak wskazania podstawy prawnej dla jednego z zarzutów oraz brak uzasadnienia każdego z zarzucanych Zamawiającemu czynów i rzekomych zaniechań, winno, zdaniem Zamawiającego, skutkować oddaleniem odwołania, jako oczywiście bezzasadnego. Izba jest bowiem związana treścią zarzutów postawionych w odwołaniu i nie może interpretować ich rozszerzająco. Zarówno bowiem Zamawiający, jak i Izba nie mogą domyślać się twierdzeń Odwołującego, nie mogą poszukiwać argumentacji lub też wyinterpretowywać jej ze stanowiska Odwołującego prezentowanego po złożeniu odwołania, w tym dopiero w trakcie posiedzenia bądź rozprawy.

Ponadto, niewystarczające jest wskazanie w Odwołaniu luźnej myśli, czy też własnych podejrzeń Odwołującego, ale konieczne jest także udowodnienie tych zarzutów. Zamawiający wskazał, że w wyroku KIO z dnia 14 czerwca 2017 roku, sygn. akt KIO 1048/17, LEX nr 2323686, Izba wskazała, iż*„Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 pzp zarzut musi być postawiony wyraźnie, to znaczy wskazywać konkretną czynność zamawiającego mającą zadaniem odwołującego naruszać przepis prawa i określić sposób jego naruszenia, gdyż po upływie terminu na wniesienie odwołania nie jest dopuszczalne zarówno formułowanie, jak i doprecyzowanie treści zarzutów odwołania”.*

Odnosząc się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego w odwołaniu, Zamawiający wskazał, iż zarzuty są merytorycznie oczywiście bezzasadne. W opinii Zamawiającego świadczą one bezpośrednio o nie zapoznaniu się przez Odwołującego
z protokołem z postępowania oraz jego załącznikami, z których wprost wynika uzasadnienie dla nieprzyznania

Odwołującemu maksymalnej punktacji (5 pkt) za doświadczenie wskazanego w ofercie Kierownika budowy.

Zamawiający zaznaczył, iż jakkolwiek nie zawężał obiektu kultury do określonego kodu PKOB, wskazując jedynie przykładowe wyliczenie obiektów kulturalnych, za które przyznana zostanie punktacja, bowiem ogólnodostępny obiekt kulturalny był przez Zamawiającego rozumiany szerzej niż w PKOB i kluczowe znaczenie miały dla Zamawiającego rzeczywiście pełnione przez ten obiekt funkcje, a nie jego kwalifikacja, to jednak z IDW wprost wynikało, iż obiekt kulturalny musi posiadać status nie tylko obiektu użyteczności publicznej, ale również być obiektem ogólnodostępnym. Mając zaś na uwadze pismo Parku Naukowo-Technologicznego Euro-Centrum Katowice Sp. z o.o. (dalej również: „PNT"), w którym wprost wskazano, iż budynki powstałe w ramach wskazanej przez Odwołującego w formularzu ofertowym inwestycji nie stanowią ogólnodostępnych obiektów kulturalnych, Zamawiający nie mógł, wbrew opinii podmiotu, na rzecz którego roboty te były wykonane, uznać przedmiotowej inwestycji za spełniającą wymagania IDW.

Ponadto Zamawiający wskazał, iż nie jest pewny, jaką konkretnie inwestycję wskazał Odwołujący, bowiem zarówno w formularzu oferty, jak i w wyjaśnieniach z dnia 29 października 2018 roku wskazuje on na lata inwestycji od 2015 do 2017 roku. Park Naukowo-Technologiczny Euro-Centrum w Katowicach Sp. z o.o. wprost wskazał, iż *„W okresie po 30 września 2015 r. reprezentowana przez nas Spółka nie prowadziła żadnych prac budowlanych w ramach Projektu opisanego w pkt 1)*". Wskazane doświadczenie kierownika budowy, a zatem również mające potwierdzać to doświadczenie roboty budowlane, stanowi jedno z kryteriów oceny oferty Odwołującego, a zatem stanowią ofertę sensu stricte Odwołującego. Tym samym, przyznanie punktów przez Zamawiającego na podstawie ustalonych w IDW kryteriów musi opierać się o informacje pierwotnie zamieszczone w ofercie.

Mając zatem na uwadze już samo wskazanie błędnych dat inwestycji oraz niedoprecyzowanie podmiotu, na rzecz którego roboty te były wykonywane, jak również wskazanie przez ten podmiot, że wytworzone w ramach projektu budynki nie stanowią ogólnodostępnych obiektów kulturalnych, obligowało Zamawiającego do nie przyznania punktów za sporne doświadczenie kierownika budowy. Zamawiający przywołał wyrok KIO z dnia 5 września 2018 roku (sygn. akt KIO 1688/18, LEX nr 2580504), zgodnie z którym *„Skoro zamawiający określił, iż doświadczenie osoby stanowi element oceniany na podstawie kryteriów oceny ofert i wskazywane w treści formularza ofertowego, to nie ulega wątpliwości, że nie stanowi ono dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p oraz że nie jest dokumentem uzupełnianym czy podlegającym modyfikacji w trybie określonym w art. 26 ust. 3 p.z.p. Oświadczenie złożone w formularzu ofertowym nie powinno również podlegać zmianie w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p., bowiem prowadziłoby to do niedopuszczalnych negocjacji treści oferty w zakresie odnoszącym się do kryteriów oceny ofert.*"

Sygn. akt KIO 2/19

Wykonawca A. sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący" lub „A." wniósł odwołanie wobec:

1)wyboru jako najkorzystniejszej oferty Energopol Trade Opole Sp. z o.o.,

2)nie dokonania odrzucenia oferty wykonawcy Energopol,

3)nie dokonania odrzucenia oferty Techbud Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1)naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp. poprzez uznanie, że oferta Energopol Trade Opole Sp. z o.o. podlegała konwalidacji poprzez sprostowanie oczywistych omyłek, a tymczasem „omyłki" te miały miejsce w stanowiących element oferty przedmiarach robót i prowadziły do zmiany ceny, a co za tym idzie - nie było dopuszczalne dokonywanie w nich zmian po terminie otwarcia ofert, oraz

2)uznanie oferty Energopol Trade Opole Sp. z o.o. jako spełniającej wymagania pkt 8.2 SIWZ pomimo tego, że elektroakustyk M. S. nie był zatrudniony na podstawie umowy o pracę ani przez tego oferenta, ani przez powołanego jako podmiot udostępniający zasoby P. W. „Elwolight",

3)wadliwe dokonanie oceny i przyznanie punktacji Energopol Trade Opole Sp. z o.o. poprzez przyjęcie, że Hala Widowiskowo - Sportowa „OKRĄGLAK" jest ogólnodostępnym obiektem kulturalnym ujętym pod numerem 1261 PKOB, gdy tymczasem jest to obiekt, noszący nazwę „STEGU ARENA" Opole, eksploatowany przez KS „GWARDIA Opole - tym samym jest to budynek o charakterze przeważająco sportowym, ujętym pod numerem 1265 PKOB, przeznaczonym przede wszystkim do organizacji imprez sportowych,

4)że pełnomocnictwo do reprezentowania wykonawcy Energopol Trade Opole Sp. z o.o. nie zostało złożone wraz z ofertą, która nie była podpisana zgodnie z zasadami reprezentacji tej Spółki - jest to uchybienie, które powinno skutkować odrzuceniem oferty z uwagi na jej złożenie przez osobę nieuprawnioną, a pismo informujące o wyborze najkorzystniejszej oferty całkowicie pomija tę okoliczność,

5)uznanie, że oferta Techbud Sp. z o.o. spełnia wymagania SIWZ wskazane w pkt 8.2 SIWZ pomimo tego, że

elektroakustyk M. S. nie był zatrudniony na podstawie umowy o pracę ani przez tego oferenta, ani przez powołanego jako podmiot udostępniający zasoby P. W. „Elwolight,

6)przyznanie wykonawcy Energopol punktów za doświadczenia kierownika budowy zostało dokonane z naruszeniem SIWZ bowiem zostało uznanie doświadczenie osoby planowanej, uzyskane w roli kierownika budowy, gdy tymczasem doświadczenie miało być uzyskane w toku pełnienia funkcji Kierownika Robót - pojęcia te nie są tożsame a zostały błędnie utożsamione - (pkt 8,2 SIWZ w zw. z pkt 24 .1 SIWZ),

7)analogiczny błąd jak w pkt 6 powyżej został popełniony w przypadku oceny oferty firmy Techbud Sp. z o.o. - również i w tym wypadku uznano jako podstawę do przyznania dodatkowych punktów doświadczenie zdobyte w toku pełnienia funkcji kierownika budowy, gdy tymczasem było wymagane i punktowanie doświadczenie zdobyte w toku pełnienia funkcji kierownika robót,

8)wykonawca Techbud Sp. z o.o. powołał się na realizację Muzeum Śląskiego, podczas gdy nie tylko nie jest to obiekt ujęty w PKOB pod numerem 1261 (tylko 1262), ale też wykonawcą tych robót była firma TAMEX Obiekty Sportowe Sp. z o.o., co oznacza, że doświadczenie Techbud nie zostało wykazane, a co za tym idzie wykonawca ten nie spełniał wymagań SIWZ,

9)wyjaśnienia Techbud Sp. z o.o. co do pełnienia funkcji przez J. H. są ze sobą sprzeczne - tym samym zachodzi wątpliwość, czy wykonawca ten spełniał wymagania SIWZ opisane w ust. 8.2. SIWZ, które to wątpliwości nie zostały należycie wyjaśnione, z pewnością zaś została wadliwie przyznana temu wykonawcy punktacja zgodnie z pkt 24 SIWZ za doświadczenie kierownika budowy, bowiem punktacja ta była przyznawana za pełnienie funkcji kierownika robót,

10)oferta Techbud Sp. z o.o. nie została należycie parafowana - co było wymagane treścią SIWZ, a Zamawiający tej okoliczności należycie nie wyjaśnił w trybie art. 87 Pzp,

11)Techbud Sp. z o.o. nie złożyła wymaganego przez Zamawiającego wadium w oryginale - złożone poręczenie nie zawiera oświadczenia lub potwierdzenia, że poręczyciel zawarł z PARP stosowną umowę, a tym samym błędnie zostało uznane, że oferent ten złożył prawidłowo wadium,

12)pominięcie faktu, że obie oferty zostały złożone z powołaniem na doświadczenie tego samego podwykonawcy, co może sugerować popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji w postaci zmowy wykonawczej, a czego Zamawiający nie wyjaśnił.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i w oparciu o art. 192 ust 3 pkt 2 ustawy Pzp nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej przez Energopol Trade Opole Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,

2)odrzucenie oferty złożonej przez Energopol Trade Opole Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp względnie na podstawie art. 24 ust. 2 ustawy Pzp,

3)odrzucenie oferty Techbud Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp względnie na podstawie art. 24 ust. 2 ustawy Pzp,

4)dokonanie ponownej oceny i wyboru ofert z uwzględnieniem ofert niepodlegających odrzuceniu,

5)nakazanie Zamawiającemu zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postępowaniu oraz zwrotu kwoty uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Uzasadniając swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej, Odwołujący podał, że po odrzuceniu ofert pozostałych oferentów przy spełnieniu wszystkich żądań SIWZ w zgodzie z jej treścią, oferta złożona przez A. byłaby ofertą najkorzystniejszą. W wyniku zarzucanych działań i zaniechań Zamawiającego interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może ponieść i poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy Pzp, dokonałby należycie czynności badania i oceny poszczególnych ofert, na skutek czego nie zaniechałby wykluczenia ofert podlegających odrzuceniu, a w konsekwencji takiego działania oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą. Zgodnie z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 marca 2013 r. (KIO 237/13, KIO 244/13) "Interes w rozumieniu art. 185 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, należy interpretować szeroko, a w związku z tym z pewnością spełnieniem przesłanki w przystąpieniu jest interes ekonomiczny, handlowy itp. związany z działalnością gospodarczą wykonawcy." W przedmiotowej sprawie Odwołujący, w przypadku zgodnego z prawem odrzucenia ofert pozostałych wykonawców, uzyskałby zamówienie, gdyż złożył ofertę najkorzystniejszą. Niezłożenie odwołania pozbawiałoby zatem Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, iż pismem z dnia 28 grudnia 2018 r., Zamawiający poinformował A., iż w toku postępowania dokonał następujących czynności: 1) wybrał ofertę firmy Energopol Trade Opole Sp. z o.o. z ceną

23 622 135,87 zł, 2) nie dokonał odrzucenia ofert wykonawców Techbud Sp. z o.o. oraz A. Sp. z o.o. W ocenie Odwołującego, Zamawiający błędnie dokonał analizy i oceny ofert. Przede wszystkim, według informacji z otwarcia ofert, oferta Energopol Trade Opole Sp. z o.o. opiewała na kwotę 23 621 419,26 zł, zatem nieprawidłowe jest twierdzenie, że oferta tego Wykonawcy podlegała „sprostowaniu" w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem te „oczywiste omyłki" w sposób wyraźny doprowadziły do zmiany ceny ofertowej. Co więcej, zmiany nie tylko dotyczyły działań matematycznych, ale też polegały na zmianach w przedmiarach. Tym samym doszło do merytorycznej zmiany treści oferty, a co za tym idzie, powinna ona zostać odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na jej niezgodność z postanowieniami SIWZ. Zdaniem Odwołującego bowiem, Energopol Trade Opole Sp. z o.o. nie tyle w sposób niezamierzony, czy też w drodze „omyłki" złożył ofertę nie odpowiadającą w swej treści postanowieniom SIWZ, ale dokonał w sposób zamierzony zmian w przedmiarach, po czym po wezwaniu przez Zamawiającego te zmiany naprędce korygował. Tym samym doszło do porównywania przez Zamawiającego ofert ze sobą nieporównywalnych z uwagi na różnice w treści przedmiarów. W przypadku wystąpienia w ofercie innej niż pisarska i rachunkowa omyłki, powodującej niezgodność oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, Zamawiający musi dokonać poprawienia takiej oferty, w przypadku zaś wystąpienia błędu w obliczeniu ceny, Zamawiający musi odrzucić ofertę, czego nie uczynił.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zarówno Energopol Trade Opole Sp. z o.o. jak i Techbud Sp. z o.o. w swoich ofertach powołują się na korzystanie z zasobów firmy Elwolight - P. W. w zakresie jak wynika z oświadczenia Podwykonawcy udostępnienia dokonań i personelu w tym specjalisty ds. elektroakustyki. Jak wynika z zapisów SIWZ - Instrukcji Dla Wykonawców (IDW) z pkt 3.2. „Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę (odpowiednio dalszego podwykonawcę:,..) na podstawie umowy o pracę (...) osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia (...)„ W katalogu wymienionych czynności w przytoczonym punkcie wymieniono m.in. „roboty związane z wykonaniem systemu elektroakustycznego". W dalszej części co prawda zastrzeżono, iż wymóg nie dotyczy osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane, ale należy zauważyć, iż specjaliści ds. elektroakustyki nie są objęci wspomnianą ustawą oraz, co istotne, specjalista jest zobligowany do czynnego udziału podczas realizacji, a zatem jest zobowiązany do wykonywania czynności polegających na wykonywaniu pracy w sposób określony w art.22 § 1 k.p. A zatem, ani wykonawcę Energopol ani wykonawca Techbud nie spełniają warunku określonego przez Zamawiającego w SIWZ - IDW w Rozdz. 8 ust. 8.2. pkt 3) ppkt B, tiret c).

Potwierdzeniem faktu, iż wskazany w ofertach specjalista ds. elektroakustyki - M. S. nie jest pracownikiem Elwolight są pisma przekazane Zamawiającemu: 1. Pismo Elwolight - P. W. z dnia 21 grudnia 2018 r., adresowane do Energopol Trade Opole Sp. z o.o., 2. Pismo Energopol Trade Opole Sp. z o.o. z dnia 28 grudnia 2018r. L.dz. TK/926/W/2018, przekazane Zamawiającemu w dniu 28.12.2018. o godz. 13.05 i zarejestrowane pod nr L.dz. 2096/2018. 3. Odpowiedź TECHBUD Sp. z o.o. na wezwanie Zamawiającego z dnia 22.10.2018r. do złożenia wyjaśnień. W odpowiedzi z dnia 29.10.2018 r. TECHBUD Sp. z o.o. bardzo lakonicznie i nieprecyzyjnie informuje o powoływaniu się i złożeniu oświadczeń podwykonawcy. Nadto w ofercie i w dokumentacji przetargowej nie ma deklaracji Pana M. S. o oddaniu swojej osoby do dyspozycji Elwolight. Wykazany specjalista ds. elektroakustyki w istniejącym stanie oferty winien być etatowym pracownikiem Elwolight zatrudnionym na umowę o pracę. W przeciwnym wypadku winien być wykazany jako kolejny podmiot trzeci, na którego zasobach personalnych polegają wykonawcy. Takich dokumentów żaden z oferentów, powołujących się na doświadczenie elektroakustyka nie złożył. Mając powyższe na uwadze, zarówno oferta wybrana jako najkorzystniejsza, jak też oferta Techbud Sp. z o.o. powinny zostać odrzucone na podstawie art, 24 ust. 2 Pzp, gdyż pomimo wezwania przez Zamawiającego, nie potwierdziły te firmy spełnienia wymagań opisanych w SIWZ.

Odwołujący wskazał również, że błędnie została przyjęta punktacja za halę „Okrąglak" w Opolu - która jest w sposób oczywisty obiektem sportowym, należącym do Klubu Sportowego „Gwardia" Opole (obecnie - „Stegu Arena"). Nadto Zamawiający nie wyjaśnił należycie wątpliwości w przedmiocie powołanej przez Techbud Sp. z o.o., realizacji Muzeum Śląskiego, oraz w przedmiocie złożonego przez tę firmę wadium, również wyjaśnienia co do doświadczenia J. H. jako kierownika budowy są ze sobą wewnętrznie sprzeczne. Oferta została złożona w niewłaściwej, niezgodnej z SIWZ, formie. Wyjaśnienia tego oferenta nie prowadzą do rozwiania wątpliwości, co do treści oferty, a co za tym idzie, powinien on zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze wszystkie argumenty, w ocenie Odwołującego, zasadne jest nakazanie Zamawiającemu ponownego dokonania oceny wszystkich ofert, a następnie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: Energopol Trade Opole Sp. z o.o. oraz Techbud Sp. z o.o. ze względu na fakt, iż w oczywisty sposób nie spełniają i nie mogą spełniać warunków określonych Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia. Co za tym idzie wybór oferty Energopol Trade Opole Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej jest niedopuszczalny. Jednocześnie z uwagi na treść zarzutów zawartych w części wstępnej odwołania, zasadne jest odrzucenie ofert zarówno tego Wykonawcy, jak i spółki Techbud Sp. z o.o.

Pismem z dnia 11 stycznia 2019 r., które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 stycznia 2019 r.)

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, kopię przekazując Odwołującemu i Przystępującemu Energopol i Przystępującemu Techbud. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, jako oczywiście bezzasadnego oraz o przeprowadzenie dowodów z dokumentów wyszczególnionych w uzasadnieniu pisma na okoliczności tam wskazane oraz o zasadzenie od Odwołującego zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł oraz kosztów dojazdu według rachunków, które zostaną przedstawione na posiedzeniu lub rozprawie.

Zamawiający na wstępie zauważył, iż oprócz merytorycznej bezzasadności odwołania, w zakresie zarzutów od 2 do 12, odwołanie powinno podlegać oddaleniu z uwagi na ogólny ich charakter i brak skonkretyzowania. Odwołujący podnosi 12 zarzutów, z czego tylko jeden zarzut został powiązany z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Pozostałe zarzuty zostały wskazane w sposób wyjątkowo ogólnikowy. W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący nie odnosi się konkretnie do każdego ze stawianych zarzutów. Nie sposób, zatem jednoznacznie wywieść z uzasadnienia, która jego część odnosi się, do którego konkretnie z zarzutów wskazanych w petitum odwołania. Powyższe, w istocie uniemożliwia Zamawiającemu odniesienie się do konkretnych zarzutów. Izba jest związana treścią zarzutów postawionych przez Odwołującego w odwołaniu i nie może interpretować ich rozszerzająco. Zarówno, bowiem Zamawiający, jak i Izba nie mogą domyślać się twierdzeń Odwołującego, nie mogą poszukiwać argumentacji lub też wyinterpretowywać jej ze stanowiska Odwołującego, prezentowanego po złożeniu Odwołania, w tym dopiero w trakcie posiedzenia bądź rozprawy. Ponadto, niewystarczające jest wskazanie w Odwołaniu luźnej myśli, czy też własnych podejrzeń Odwołującego, ale konieczne jest także udowodnienie tych zarzutów. Zamawiający przywołał wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2017 roku (sygn. akt KIO 1048/17, LEK nr 2323686).

Następnie Zamawiający przedstawił stan faktyczny, w realiach którego Odwołujący sformułował zarzut nr 1 odwołania, podając, m.in., iż Część 111/6 SIWZ stanowiły Przedmiary Robót. Zgodnie z pkt. 26.6 Instrukcji dla Wykonawców (dalej: „IDW"), stanowiącej Część I SIWZ, wykonawcy w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu mieli obowiązek dołączyć do oferty stosownie wypełnione Przedmiary Robót, na wzorze stanowiącym Część III/6 SIWZ. Zamawiający wprost wskazał w IDW, że wypełnione Przedmiary Robót będą stanowiły część merytoryczną oferty Wykonawcy i nie będą podlegały wyjaśnieniom, poprawie, uzupełnieniu w oparciu o art. 26 ust. 3 Pzp. Zapis SIWZ jest zgodny, chociażby z poglądem wyrażonym przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 26 listopada 2017 roku, o sygn. akt KIO 2389/17 (LEX nr 2419538). Powyższy zapis SIWZ był przez Wykonawców wyjaśniany na etapie pytań do SIWZ. W przedmiotowej sprawie istotne są przede wszystkim wyjaśnienia Zamawiającego udzielone w piśmie z dnia 4 października 2018 roku (w aktach sprawy, stanowiące załącznik nr 6 do protokołu z postępowania).

Zgodnie z pkt. 23.4 IDW „Cenę oferty należy obliczyć na podstawie Przedmiarów Robót (Część III/6 SIWZ)". Powyższe nie oznacza jednak, że cena oferty wskazana w Formularzu ofertowym winna być tożsama z ceną wynikającą z Przedmiarów Robót. Zamawiający przypomina, że wynagrodzenie wskazane w ofercie będzie wynagrodzeniem ryczałtowym. Powyższe wynika również z preambuły do Przedmiaru Robót, zgodnie z którą: „Wycena przez Wykonawcę Przedmiaru Robót nie wpływa w żaden sposób na charakter wynagrodzenia, który pozostaje wynagrodzeniem ryczałtowym. Wykonawca składając ofertę i dokonując wyceny Przedmiaru Robót akceptuje powyższy warunek. Przedłożenie Wycenionego Przedmiaru Robót przez Wykonawcę będzie miało wpływ przede wszystkim na niektóre warunki umowy, w tym: wycenę częściową robót, zatwierdzanie podwykonawców, ewentualną wycenę robót zamiennych, jednak z zachowaniem charakteru ryczałtowości określonego przez Wykonawcę w ofercie wynagrodzenia". Wykonawca wskazuje cenę ryczałtową za wykonanie przedmiotu zamówienia w Formularzu ofertowym (ta cena będzie przez Zamawiającego oceniana w ramach kryteriów oceny ofert). Z kolei ceny jednostkowe wskazane w Przedmiarach Robót będą wiązać Wykonawcę i będą pomocne w trakcie realizacji Kontraktu, np. przy wycenie zakresu robót, który będzie podlegał zamianie, rezygnacji, czy tej wycenie zakresu robót powierzanego Podwykonawcom, zgodnie z par. 4 ust. 3 lit. a) wzoru Umowy (Część III/6 SIWZ), itp. Powyższe wprost wynika z preambuły Przedmiaru Robót (Część III/6 SIWZ). (…)"

Wykonawca Energopol Trade Opole Sp. z o.o. złożył wraz z ofertą wypełnione Przedmiary Robót, jednak w trakcie ich analizy przez Zamawiającego, okazało się, że Wykonawca popełnił błędy we wskazywanych w Przedmiarach Robót ilościach. Niektóre ilości wskazywane w Przedmiarach Robót nie zgadzały się z ilościami widniejącymi w Przedmiarach Robót, stanowiących Część III/6 SIWZ. Co istotne, cena ofertowa wykonawcy Energopol była tożsama z ceną wynikającą z sumowania wszystkich pozycji wypełnionych Przedmiarów Robót, załączonych przez Wykonawcę do oferty. Mając na uwadze wyjaśnienia Zamawiającego oraz popełnione przez Wykonawcę błędy w ilościach przedmiarowych, Zamawiający pismem z dnia 28 listopada 2018 roku wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie popełnionych błędów w Przedmiarach Robót (w aktach sprawy, załącznik nr 26 do protokołu z postępowania). Wykonawca Energopol Trade Opole Sp. z o.o. w piśmie z dnia 3 grudnia 2018 r. (w aktach sprawy, załącznik nr 26 do protokołu z postępowania), które to pismo stanowiło odpowiedź na wezwanie Zamawiającego, wskazał m.in., iż powstałe rozbieżności mają charakter omyłki rachunkowej, nie wpływającej na całkowitą cenę złożonej oferty. Wykonawca ten w załączeniu do przedmiotowego pisma przedłożył poprawione Przedmiary Robót. Zamawiający stwierdził, że co do zasady nie przychylił się do wyjaśnień Wykonawcy Energopol Trade Opole Sp. z o.o. w zakresie, w

którym wyjaśnienia te wskazywały, że Przedmiary Robót mają charakter pomocniczy, w zakresie w jakim ewentualna poprawa oferty Wykonawcy nie wpływa na cenę ryczałtową oraz w zakresie przedłożonych, poprawionych Przedmiarów Robót załączonych do wyjaśnień. Niezależnie jednak od powyższego, Zamawiający po analizie stanowisk orzeczniczych KIO w podobnych sprawach oraz po analizie całokształtu stanu faktycznego, uznał, że zachodzą podstawy do poprawy innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Konsekwencją dokonania poprawy oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp było również dokonanie przez Zamawiającego poprawy oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Szczegółowe uzasadnienie w tym zakresie zostało podane w piśmie Zamawiającego z dnia 6 grudnia 2018 r., wysłanym w dniu 9 grudnia 2018 r. (załącznik nr 27 do protokołu postepowania).

Zamawiający podał m.in., iż możliwość poprawienia ilości w Przedmiarach Robót, czy też w kosztorysach ofertowych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp została potwierdzone w licznym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Dla przykładu wskazał wyrok KIO z dnia 30 maja 2011 roku (sygn. akt KIO 1066/11), w którym Izba, wskazała, co następuje: *„Sama okoliczność, iż zamawiający zabronił zmian w kosztorysach, a wykonawca swoim oświadczeniem ogólnym przyjął warunki uczestnictwa w postępowaniu - ustalone w SIWZ, nie wyłącza obowiązku zamawiającego nałożonego przepisem art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprawy popełnionych omyłek w ofercie wykonawcy, w sytuacji gdy tylko taka poprawa jest dopuszczalna i możliwa w myśl art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dopuszczalne jest poprawianie omyłek w kosztorysach ofertowych wykonawców, z zastosowaniem wszystkich możliwych podstaw takich czynności określonych przepisem art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. (..) Odwołujący pomylił się i podał inna, niż wymagana przedmiarem ilość jednostek miary. (...) Zamieszczone w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pojęcie "innej omyłki" nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. Jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcia lub pomylenia określonych wyrażeń czy wartości, czy wszelkich innych powstających bez świadomości ich wystąpienia przeoczeń i braków prowadzących do niezgodności ofert z SIWZ. (...) celem nowelizacji było dopuszczenie możliwości poprawy ilości, stawek, miary czy podstaw kalkulacji."* Nieprawdą jest zatem twierdzenie Odwołującego, ze pomimo faktu, że wypełnione Przedmiary Robót stanowiły ofertę sensu strice, niedopuszczalne było dokonywanie w nich zmian po terminie otwarcia ofert, bowiem zmiany te zostały dokonane zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Ponadto, Zamawiający stwierdził, że Odwołujący zarzuca Zamawiającemu w zakresie zarzutu nr 1 naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zatem, Odwołujący twierdzi, że oferta Wykonawcy Energopol Trade Opole Sp. z o.o. winna podlegać odrzuceniu, bowiem nie odpowiada treści SIWZ. W art. 87 ust. 1 pkt 2 Pzp zostało jednak wprost wskazane, że przepis ten nie znajduje zastosowania w sytuacji dokonania poprawy oferty zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający dokonał poprawy ilości wypełnionych Przedmiarów Robót działał w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zatem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie mógł mieć zastosowania w niniejszym postępowaniu. Odwołujący natomiast nie zauważył, że Zamawiający dokonał poprawy oferty Wykonawcy Energopol Trade Opole Sp. z o.o. dwutorowo. W pierwszej kolejności Zamawiający poprawi! ofertę zgodnie z art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp. tj. dokonał poprawy ilości w wypełnionych Przedmiarach Robót. Natomiast po dokonanych poprawach ilości oferta Wykonawcy Energopol Trade Opole Sp. z o.o. zawierała oczywiste omyłki rachunkowe. Poprawy tych omyłek wraz z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych tych omyłek Zamawiający dokonał na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. W związku z błędami w ilościach przedmiarowych Wykonawcy Energopol Trade Opole Sp. z o.o., poprawionymi przez Zamawiającego, zaistniała konieczność dokonania poprawy oczywistych błędów rachunkowych w ofercie tego Wykonawcy, szczegółowo wskazanych w zawiadomieniu Zamawiającego z dnia 9 grudnia 2018 roku. Przedmiotowe błędy należy kwalifikować jako niedokładności widoczne dla każdego, ,,na pierwszy rzut oka", bez przeprowadzania jakiejkolwiek dodatkowej analizy, polegają bowiem na nieprawidłowym wykonaniu działań matematycznych (iloczynu - w zakresie wartości danych pozycji przedmiarowych oraz sumowania w zakresie wartości Przedmiarów Robót - ceny ryczałtowej). Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 8 marca 2017 roku (sygn. akt KIO 335/17) *„Na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 2 p.z.p. fakt wpływu na kolejność ofert nie powoduje braku możliwości zastosowania tej procedury. Zastosowaniu tej procedury nie sprzeciwia się także ryczałtowy charakter ceny, który nie zwalnia zamawiającego z obowiązku ustalenia niewadliwej kalkulacji ceny oferty oraz poprawienia ujawnionej omyłki, o ile istnieją podstawy do skorygowania poprawności ceny oferowanego świadczenia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 p.z.p."* Z kolei zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 29 lipca 2016 roku (sygn. akt KIO 1312/16), *„Przy oczywistej omyłce rachunkowej każdy ze składników winien być określony i wprost wymieniony, a jedynie niewłaściwie przyprowadzane działanie matematyczne prowadzi do błędnego wyniku".*

Zamawiający musiał, zatem uwzględnić konsekwencje dokonania poprawek zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp i dokonać ponownego przeliczenia Przedmiarów Robót przez prawidłowe, poprawione ilości (iloczyn obu liczb). W wyniku powyższego działania suma Przedmiarów Robót wzrosła o 582,61 zł netto. Wykonawca, jako cenę ofertową wskazaną w Formularzu ofertowym podał cenę netto wynikającą z wypełnionych Przedmiarów Robót, załączonych do oferty (sumy poszczególnych branż, etapów), w konsekwencji poprawek dokonanych przez Zamawiającego w Przedmiarach Robót,

konieczne było zatem poprawienie również ceny ofertowej netto wskazanej prze Wykonawcę w Formularzu ofertowym, zgodnie z art. 87 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do kolejnych zarzutów Zamawiający wskazał brak ich właściwego sprecyzowania, jak również przedstawił argumenty przemawiające jego zdaniem za ich bezzasadnością.

Pismami z dnia 7 stycznia 2019 r. swoje przystąpienie do postepowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy: Energopol Trade Opole Sp. z o.o. w sprawach sygn. akt KIO 1/19 i KIO 2/19 oraz Techbud Sp. z o.o. w sprawie sygn. akt KIO 2/19.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołania,uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępujących, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołania nie zawierają braków formalnych. Wpisy w prawidłowej wysokości zostały wniesione w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących ich odrzuceniem, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący legitymują się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący są zainteresowani pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożyli ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, mogliby zatem liczyć na udzielenie zamówienia.

Wykonawcy zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Energopol Trade Opole Sp. z o.o. w sprawach sygn. akt KIO 1/19 i KIO 2/19 (dalej również: „Przystępujący Energopol") oraz Techbud Sp. z o.o. w sprawie sygn. akt KIO 2/19(dalej również: „Przystępujący Techbud") wypełnili wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, iż w*ykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania od zamawiającego kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.* W związku z powyższym ww. wykonawcy skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego, stając się jego uczestnikami.

Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania oraz dowody złożone do akt sprawy z kopią dla pozostałych uczestników postępowania.

Sygn. akt KIO 1/19

Izba ustaliła:

Uzupełniająco do obszernie przedstawionego przez Zamawiającego stanu faktycznego opisanego w przytoczonej powyżej odpowiedzi na odwołanie, wskazania jedynie wymaga:

Stosownie do pkt 24 1. D SIWZ Zamawiający w ramach kryterium „Doświadczenie Kierownika budowy wyznaczonego do realizacji zamówienia" będzie przyznawał dodatkowe punkty za realizację przez Kierownika Budowy (wskazanego w Wykazie osób, jako spełniającego warunek udziału w postępowaniu), następującej roboty budowlanej (innej aniżeli wykazana do spełnienia wymaganego warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt 8.2).3) B lit. a) IDW):

za realizację wykonanej zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończonej roboty budowlanej na stanowisku Kierownika Robót (przez cały okres realizacji inwestycji/roboty budowlanej), polegającej na przebudowie, rozbudowie lub modernizacji obiektu użyteczności publicznej dla ogólnodostępnego obiektu kulturalnego typu: kina, sale koncertowe, opery, teatry, sale kongresowe, domy kultury i wielozadaniowe sale wykorzystywane do celów rozrywkowych, teatry muzyczne itp. obejmującej prace w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, elektrycznej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: elektrycznych i elektroenergetycznych, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: wodociągowych i kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych, o wartości robót budowlanych co najmniej: 10 000 000,00 PLN brutto - Wykonawca otrzyma 2 pkt; dwie lub więcej realizacji o wartości co najmniej 10 000 000 PLN brutto każda - Wykonawca otrzyma łącznie 5 pkt. Spełnienie wymagań Rozdziału pkt 8.2.3)B lit. a) niniejszej SIWZ- 0 punktów. Maksymalna liczba punktów w kryterium „Doświadczenie Kierownika budowy wyznaczonego do realizacji zamówienia" (DD): 5 pkt.

Odwołujący w pkt 17 formularza oferty w poz. 2 tabeli, kolumna 3, jako jedno z dwóch podanych w niej doświadczeń kierownika budowy do oceny oferty wskazał „*Budowę Parku Naukowo-Technologicznego Euro Centrum Katowice"*, podając, iż: jest to obiekt przeznaczony na ekspozycje czasowe, działalność edukacyjną, wystawienniczą, konferencyjną oraz spotkania kulturalne. W kolumnie 7 w tej pozycji tabeli, jako podmiot, na rzecz którego inwestycja była realizowana, Odwołujący wskazał „Euro-Centrum Katowice", w kolumnie 6- datę wykonania roboty budowlanej określił od

2015 do 2017 roku.

Pismem z dnia 22 października 2018 r. Zamawiający wystąpił do Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie m.in. spełniania przez wskazanego kierownika budowy wymogu dotyczącego doświadczenia określonego w IDW, m.in. w zakresie możliwości zakwalifikowania Parku Naukowo-Technologicznego Euro-Centrum Katowice jako ogólnodostępnego obiektu kulturalnego, z uwagi na istniejące w tym zakresie wątpliwości, Zamawiający. Pytanie postawione przez Zamawiającego brzmiało: *„Mając na uwadze wymagania Zamawiającego, w zakresie doświadczenia Kierownika Budowy podczas realizacji inwestycji obiektu użyteczności publicznej dla ogólnodostępnego obiektu kulturalnego (zob. pkt 24.1 lit. D IDW) Zamawiający powziął wątpliwości czy taki charakter ma podany przez Wykonawcę obiekt, tj. Park Naukowo-Technologiczny Euro-Centrum Katowice. Mając na uwadze powyższe, konieczne jest wyjaśnienie tej kwestii przez Wykonawcę."*

Odwołujący w odpowiedzi, pismem z dnia 29 października 2018 roku w pkt ad. 2 lit. e) podał, iż Park Naukowo-Technologiczny Euro-Centrum Katowice jest budynkiem użyteczności publicznej dla ogólnodostępnego obiektu kulturalnego, gdyż *„prowadzone są w nim działania wystawiennicze, badawcze, doradcze, szkoleniowe, edukacyjne, kulturalne. Park wypełnia wszystkie znamiona obiektu użyteczności publicznej zgodnie z definicją podaną w SIWZ na str. 11 obiektu użyteczności publicznej zawartej w budynku użyteczności publicznej - należy przez to rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego , nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny. W związku z powyższym należy uznać, że przy wszelkich wątpliwościach o zaliczeniu obiektu do kategorii użyteczności publicznej dla ogólnodostępnego obiektu kulturalnego decyduje w pierwszej kolejności zaspokajania zbiorowych i powszechnych, a nie indywidualnych lub grupowych potrzeb społecznych. Tym samym w naszej ocenie Park Naukowo-Technologiczny Euro Centrum Katowice, w którym znajduje się sala wystawowa dotycząca nowych technologii w obszarze poszanowania energii i jej odnawialnych źródeł, pomieszczenia wystawiennicze, sale konferencyjne, sale szkoleniowe, pomieszczenia naukowe i biurowe w których odbywają się działania badawcze, doradcze, szkoleniowe, edukacyjne, kulturalne tj. wystawy, wernisaże, spotkania z ludźmi nauki i kultury mieści się w zakresie tego pojęcia."*

Zamawiający pismem z dnia 6 listopada 2018 roku wystąpił, w trybie dostępu do informacji publicznej, do Parku Naukowo-Technologicznego Euro-Centrum S.A. z prośbą o doprecyzowanie - opisanie zakresu prac (robót budowalnych) w ramach przeprowadzanej inwestycji pn.: „Budowa Parku Naukowo-Technologicznego Euro-Centrum Katowice" w latach 2015-2017 (dotyczy etapu realizowanego w tych latach), w której kierownikiem budowy był Pan J. H. i określenie czy prace te były budową, rozbudową, przebudową czy modernizacją lub określenie charakteru tych prac, jak również o potwierdzenie, że ww. w sposób ciągły pełnił funkcję kierownika budowy. W piśmie znalazła się też prośba: „*Prosimy o potwierdzenie, że w zakresie powyższego zadania na którym funkcje kierownika budowy pełnił pan J. H. dotyczy rozbudowy obiektu użyteczności publicznej dla ogólnodostępnego obiektu kulturalnego*."

W odpowiedzi, pismem z dnia 9 listopada 2018 r. Euro-Centrum S.A.z siedzibą w Katowicach podała m.in., iż podmiotem realizującym Projekt pod nazwą „Utworzenie Parku Naukowo Technologicznego Euro-Centrum rozwój i zastosowanie nowych technologii w obszarze poszanowania energii i jej odnawialnych źródeł"; w ramach Osi Priorytetowej 5: Dyfuzja innowacji; Działanie 5.3: Wspieranie Ośrodków Innowacyjności Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka; finansowany ze środków Unii Europejskiej oraz środków budżetu Państwa; w związku z umową o udzielenie wsparcia z dnia 08 października 2010 r. o nr POIG.05.03.00-00-010/10-00; nie było EURO-CENTRUM S.A., ale spółka, której jedynym właścicielem jest EURO-CENTRUM S.A., czyli Park Naukowo-Technologiczny „Euro-Centrum" Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, 40-568, ul. Ligocka 103, podkreślając, iż miało to miejsce od 08 października 2010 r. do 30 września 2015 r.

Następnie, pismem z dnia 9 listopada 2018 r. Zamawiający wystąpił do Parku Naukowo-Technologicznego „Euro-Centrum" Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach z prośbą o udostępnienie informacji w następującym zakresie:

1. *Wykonawca, składający ofertę w postępowaniu („Nowa jakość Teatru ...") złożył wyjaśnienia, z których wiadomo, że nazwa całego Państwa projektu to: „Utworzenie Parku Naukowo- Technologicznego EURO-CENTRUM - rozwój i zastosowanie nowych technologii w obszarze poszanowania energii i jej odnawialnych źródeł" oraz że w jednym z etapów trwających od 2015 r do 2017 r. funkcje kierownika pełnił Pan J. H. . Prosimy o potwierdzenie, że w tym czasie Pan J. H. w sposób ciągły pełnił funkcję kierownika budowy? Jeśli nie prosimy o informację czy w latach 2010-2015 i/lub 2015-2017 realizowali Państwo jakąkolwiek robotę budowlaną, w której funkcję kierownika budowy pełnił Pan J. H.? Prosimy o podanie nazw tych robót budowlanych oraz zakres dat.*

2.Zwracamy się z prośbą o doprecyzowanie - opisanie zakresu prac (robót budowalnych) w ramach przeprowadzanej przez Państwa inwestycji jak wyżej pn.: „Utworzenie Parku Naukowo-Technologicznego EURO-CENTRUM - rozwój i zastosowanie nowych technologii w obszarze poszanowania energii i jej odnawialnych źródeł", w której kierownikiem budowy był Pan J. H. i określenie czy prace te były budową, rozbudową, przebudową czy modernizacją lub określenie charakteru tych prac?

3.Prosimy o potwierdzenie, że w zakresie powyższego zadania, na którym funkcje kierownika budowy pełnił pan J. H. była rozbudowa obiektu użyteczności publicznej dla ogólnodostępnego obiektu kulturalnego.

4.Prosimy o określenie czy Państwa obiekty (będące efektem ww. wymienionych inwestycji) spełniają funkcje kulturalne? Jeśli tak to jakiego rodzaju?"

W odpowiedzi, pismem z dnia 14 listopada 2018 r., Park Naukowo-Technologiczny Euro-Centrum Sp. z o.o. wskazał, iż:

1. *„Projekt pod nazwą „Utworzenie Parku Naukowo-Technologicznego Euro-Centrum - rozwój i zastosowanie nowych technologii w obszarze poszanowania energii i jej odnawialnych źródeł (...) był realizowany przez PNT w okresie od dnia 08 października 2010 r. do 30 września 2015 r.*

2. *W okresie po 30 września 2015 r. reprezentowana przez nas Spółka nie prowadziła żadnych prac budowlanych w ramach Projektu opisanego w pkt I).*

3. *Budynki powstałe w ramach opisanego powyżej Projektu, w tym budynek oznaczony numerem 8 (prace obejmowały m.in. roboty budowlano-wykończeniowe, roboty elewacyjne, instalacje sanitarne, instalacje elektryczne i fotowoltaiczne, zagospodarowanie terenu w zakresie parkingów, chodników, terenów zielonych), nie mają statusu ogólnodostępnych budynków kulturalnych*."

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba związana jest zakresem zarzutów zawartych w odwołaniu.

Stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Natomiast zgodnie z ust. 3 tego przepisu zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Odwołujący naruszenia tych przepisów przez Zamawiającego upatruje w tym, iż Zamawiający zaniechał przyznania mu maksymalnej ilości punktów w kryterium doświadczenie kierownika budowy, co spowodowało, jego zdaniem, naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty Energopol niezgodnie z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zdaniem Odwołującego naruszenie tego przepisu przez Zamawiającego również polega na tym, że Zamawiający nie przyznał mu maksymalnej ilości punktów zgodnie z kryterium oceny ofert dotyczącym doświadczenia kierownika budowy, a także na przedwczesnym wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Energopol Trade Opole Sp. z o.o.

Treść zarzutów odwołania i ich uzasadnienie, niezależnie od sposobu ich postawienia, w szczególności brak wskazania przepisu, który według Odwołującego został naruszony w związku z naruszeniem, w jego ocenie, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz brak podniesienia i wykazania, że np. w analogicznej sytuacji, inny wykonawca został odmiennie potraktowany przez Zamawiającego, wskazuje, że Odwołujący kwestionuje jedynie sposób oceny przez Zamawiającego jego oferty w zakresie doświadczenia kierownika budowy, tj. za wadliwe uznaje nie przyznanie punktów za doświadczenie w zakresie budowy Parku Naukowo-Technologicznego Euro-Centrum Katowice, podanego w tabeli, w pkt 17 oferty Doświadczenie Kierownika budowy wyznaczonego do realizacji zamówienia (DD) do oceny oferty (w zakresie wskazanym w pkt 24.1. D IDW).

Rozstrzygnięcia Izby wymaga zatem, czy Zamawiający przyznając Odwołującemu w kryterium doświadczenie Kierownika budowy 2 a nie 5 pkt, jak oczekuje Odwołujący, naruszył wskazane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy w ocenie Izby kluczowe znaczenie ma wyżej przytoczona treść SIWZ w zakresie określenia kryterium oceny ofert w odniesieniu do punktowanego doświadczenia kierownika budowy, a także treść udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień, jak również treść pism Euro-Centrum Parku Naukowo-Technologicznego

Euro-Centrum sp. z o.o. (PNT).

Jak wskazano powyżej, Odwołujący został wezwany przez Zamawiającego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, iż *w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1 a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.*

Jeśli chodzi o punktowane doświadczenie w kryterium kierownika budowy Wykonawca winien wykazać nie tylko doświadczenie kierownika budowy w wykonywaniu określonych robót, ale też to, że dotyczyły one obiektu użyteczności publicznej według szerokiej definicji tego terminu, podanej przez Zamawiającego w pkt 8.2 ppkt 3 SIWZ dotyczącego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, ale przede wszystkim, z uwagi na zawężenie w pkt 24.1 SIWZ, dotyczącym kryteriów oceny ofert, do ogólnodostępnego obiektu kulturalnego wykazać, że wymieniony przez niego w ofercie Park Naukowo-Techniczny Euro-Centrum w Katowicach jest ogólnodostępnym obiektem kulturalnym typu kina, sale koncertowe, opery, teatry, sale kongresowe, domy kultury i wielozadaniowe sale wykorzystywane do celów rozrywkowych, teatry muzyczne itp.

Zamawiający oraz wykonawcy są związani treścią SIWZ i na etapie badania i oceny ofert zmiany jej postanowień są niedopuszczalne. W interesie wykonawcy, który chce uzyskać punkty w kryterium oceny ofert, zważywszy na wymaganą od profesjonalisty staranność w działaniu, jest podanie w ofercie informacji niebudzących wątpliwości, które na to pozwolą, gdy natomiast podane informacje wzbudzają wątpliwości Zamawiającego i wystąpi on o ich wyjaśnienie - złożenie wyjaśnień, które pozwolą na rozwianie tych wątpliwości. W okolicznościach analizowanej sprawy to nie nastąpiło. W ocenie Izby, pomimo jasno sformułowanego wystąpienia przez Zamawiającego i podania wątpliwości, z czym wiązała się potrzeba złożenia pełnych i rzetelnych wyjaśnień, przedstawione wyjaśnienia Odwołującego nie spełniają tego wymogu. Pismo zawiera, co do zasady, ocenę własną Wykonawcy oraz powtórzenie nieznacznie rozwiniętych informacji podanych w ofercie, a także przywołanie treści SIWZ w zakresie podanej przez Zamawiającego przy opisie warunków udziału w postępowaniu, definicji obiektu użyteczności publicznej, a więc znanych już Zamawiającemu okoliczności, które jednak wywoływały u niego wątpliwości.

Zamawiający uzyskując, na swoje wystąpienie ww. oświadczenie Parku Naukowo-Technicznego Euro-Centrum sp. z o.o., w Katowicach (PNT), w którym znalazło się jednoznaczne stwierdzenie członków zarządu spółki, że budynki powstałe w ramach ww. projektu nie mają statusu ogólnodostępnych budynków kulturalnych, był uprawniony przyjąć takie oświadczenie za miarodajne do oceny w tym kryterium. Tym samym, już z tego powodu Zamawiający mógł uznać, iż ww. obiekt nie spełnia wymogu dla przyznania Odwołującemu dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert w zakresie doświadczenia kierownika budowy w realizacji inwestycji polegającej na przebudowie, rozbudowie lub modernizacji obiektu użyteczności publicznej dla ogólnodostępnego obiektu kulturalnego.

Powyższa ocena znajduje potwierdzenie w złożonym na posiedzeniu oświadczeniu Parku Naukowo-Technicznego Euro-Centrum sp. z o.o., z dnia 4 stycznia 2019 r., podpisanym przez dwóch członków zarządu spółki, w którego treści znalazło się stwierdzenie, że stanowi ono uzupełnienie ww. pisma tej spółki z dnia 14 listopada 2018 r. W piśmie tym nie ma żadnej wzmianki dotyczącej ogólnodostępnego charakteru budynków, lecz znajdują się stwierdzenia: *„Imieniem Spółki Park Naukowo - Technologiczny „Euro - Centrum" Sp. z o.o., niniejszym informujemy, iż Pan J. H. pełnił funkcję kierownika budowy na obiekcie: Budynek biurowo - usługowy z pomieszczeniami laboratoryjno wdrożeniowymi położonym na terenie Parku Naukowo-Technologicznego „Euro- Centrum" Sp. z o.o. w Katowicach przy ul. Ligockiej 103. Zakres robót nadzorowanych przez Pana H. obejmował prace w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, elektrycznej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń; wodociągowych i kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych. W budynku nr 8 znajdują się przede wszystkim powierzchnie biurowe, a nadto stała ekspozycja dotycząca nowych technologii w obszarze poszanowania energii i jej odnawialnych źródeł, sale konferencyjne, naukowe (laboratoria), w których odbywają się działania badawcze, doradcze, szkoleniowe, edukacyjne, kulturalne, w tym, spotkania z ludźmi nauki i kultury*."

Oznacza to, że PNT utrzymuje swoje stanowisko w zakresie przedstawionym w swoim piśmie z dnia 14 listopada 2018 r., w którym zostało zawarte jednoznaczne stwierdzenie, że wskazany budynek nie ma statusu ogólnodostępnego obiektu kulturalnego.

Zauważenia wymaga, iż przedmiotem wystąpienia o wyjaśnienia w zakresie ww. obiektu były również kwestie związane z identyfikacją inwestycji, m.in. co do daty jej realizacji. W ofercie było podane, że była to budowa w okresie od 2015-2017, podczas gdy m.in. z pisma PNT z dnia 14 listopada 2018 r. wynika, że Projekt był realizowany w okresie od 8 października 2010 r. do 30 września 2015 r., a po tej dacie PNT nie prowadziła żadnych prac budowlanych w ramach ww. Projektu.

W swoich wyjaśnieniach Odwołujący podał, iż realizacja projektu o nazwie „Utworzenie Parku Naukowo-Technologicznego Euro–Centrum–rozwój i zastosowanie nowych technologii w obszarze poszanowania energii i jej

odnawialnych źródeł" rozpoczęła się w 2010 r., gdyż projekt był realizowany etapowo z przerwami na jego realizację oraz podał, iż na jednym z etapów, którego realizacja trwała od 2015 r. do 2017 r. funkcje kierownika budowy pełniła osoba przez niego wskazana do pełnienia funkcji kierownika budowy. W piśmie tym znalazło się również stwierdzenie, że zakres zadania, na którym funkcje kierownika budowy pełniła wskazana osoba, dotyczył rozbudowy obiektu użyteczności publicznej dla ogólnodostępnego obiektu kulturalnego. Zatem z wyjaśnień, inaczej niż z oferty wynika, iż doświadczenie kierownika budowy dotyczy rozbudowy, a nie budowy obiektu, a nadto, wobec twierdzeń PNT nadal istnieją wątpliwości co do daty realizacji - tym zakresie wyjaśnienia również nie były poparte dowodami. Oświadczenie PNT z dnia 4 stycznia 2018 r., złożone przez Odwołującego na posiedzeniu, nie zmienia wcześniej złożonego oświadczenia tego podmiotu, co do braku statusu ogólnodostępnych budynków kulturalnych, na którym doświadczenie zdobywał J. H., co oznacza, że PNT podtrzymuje swoje stanowisko w tym zakresie. Nie mienia ono także stanowiska w przedmiocie dat realizacji robót. Potwierdza jedynie, że Pan J. H. pełnił funkcje kierownika budowy na obiekcie: Budynek biurowo-usługowy z pomieszczeniami laboratoryjno-wdrożeniowymi na terenie Parku Naukowo-Technologicznego Euro Centrum Sp. z o.o.

W ocenie Izby ocenę dotyczącą charakteru obiektu dokonaną przez podmiot, który realizował inwestycję i powstałe w jej ramach obiekty są przez niego wykorzystywane, należy uznać za wiarygodną. Tym bardziej, że Odwołujący nie przedstawił dowodów przeciwnych, w tym potwierdzających jego stanowisko zaprezentowane na rozprawie, że pismo zostało napisane z uwzględnieniem klasyfikacji PKOB.Nadto, jak wskazują ww. daty pism, już po otrzymaniu ww. pisma PNT z dnia 4 stycznia 2018 r., a nie, jak twierdził na rozprawie, po otrzymaniu odpowiedzi na odwołanie z dnia 11 stycznia 2018 r. Odwołujący był w posiadaniu wiedzy o piśmie PNT z dnia 14 listopada 2018 r. Tym samym korzystając z możliwości wglądu do protokołu postępowania mógł zapoznać się z jego treścią, jak również z treścią wystąpienia Zamawiającego i przygotować się odpowiednio do rozprawy, mając na uwadze, iż na nim spoczywał ciężar dowodu (art. 6 k.c. w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp).

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego zaprezentowane na rozprawie, iż na spełnienie wymogów SIWZ dla przyznania punktów w kryterium oceny ofert, wskazuje, iż przedmiotowy obiekt mieści się w grupie 126 PKOB nie znajduje uzasadnienia w materiale dowodowym oraz przywołanej PKOB.Zgodzić się, bowiem należy z Zamawiającym, że nie zawężał on obiektu kultury do określonego kodu PKOB, wskazując jedynie przykładowe wyliczenie obiektów kulturalnych, za które przyznana zostanie punktacja, to jednak z IDW wynikało, iż musi to być obiekt kulturalny, a także musi on posiadać status nie tylko obiektu użyteczności publicznej, ale również być obiektem ogólnodostępnym. Nadto w grupie 126 PKOB znajdują się wprawdzie ogólnodostępne obiekty kulturalne (klasa 1261), budynki muzeów i bibliotek (klasa 1262), ale też m.in. budynki szpitali i zakładów opieki medycznej (klasa 1264) lub budynki gospodarstw rolnych (klasa 1271), których nie można zaliczyć do obiektów, o których mowa w SIWZ. Zatem również argumentacja Odwołującego w tym zakresie nie potwierdza stawianych przez niego zarzutów.

Z tych względów należy uznać, iż zarzuty odwołania nie potwierdziły się. Zamawiający nie przyznając punktów w kryterium doświadczenie kierownika budowy za obiekt, co do którego Zamawiający był w posiadaniu wiarygodnej informacji, iż nie odpowiada on wymogom SIWZ dla przyznania punktów w kryterium oceny ofert, nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Zauważenia przy tym wymaga, iż Odwołujący nie podał w odwołaniu przepisu ustawy, w związku z którym nastąpiło, jego zdaniem, naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, jak również nie wykazał np., że w analogicznych okolicznościach Zamawiający inaczej potraktował innego wykonawcę,

W ocenie Izby informacja Zamawiającego w zakresie powodów nie przyznania punktów za doświadczenie w odniesieniu do ww. obiektu, powinna wskazywać również, dlaczego punkty nie zostały wykonawcy przyznane. Jednak uchybienie Zamawiającego w tym zakresie z ww. względów pozostaje bez wpływu na wynik sprawy. Nadto Odwołujący wskazał tę okoliczność jedynie w uzasadnieniu odwołania, nie wskazując przepisu ustawy, jaki jego zdaniem został naruszony. Nie jest wiec jasne, czy intencją Odwołującego było postawie nie zarzutu, czy jedynie podanie uzasadnienia dla sposobu zredagowania odwołania.

Sygn. akt KIO 2/19

Izba ustaliła:

Stosownie do pkt 3.2. SIWZ Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę, odpowiednio dalszego podwykonawcę na podstawie umowy o pracę w rozumieniu Kodeksu pracy osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia , jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 k.p.

Zgodnie z pkt 8.2. SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy m.in. spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

3)W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

A.Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał się posiadaniem doświadczenia umożliwiającego realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Opis sposobu oceny spełniania tego warunku jest następujący: warunek ten będzie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, co najmniej, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie zrealizował roboty budowlane, o wymaganiach jak poniżej:

a)co najmniej jedną wykonaną zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończoną robotę budowlaną o łącznej wartości robót budowlanych co najmniej 10.000.000,00 PLN brutto (dziesięć milionów złotych brutto), polegającą na budowie, przebudowie, rozbudowie lub modernizacji obiektu użyteczności publicznej obejmującą prace w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, elektrycznej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: elektrycznych i elektroenergetycznych, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: wodociągowych i kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych:

b)co najmniej jedną wykonaną zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończoną robotę budowlaną w obiekcie użyteczności publicznej obejmującą w swym zakresie m.in. dostawę, instalację oraz uruchomienie systemu elektroakustycznego o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 PLN brutto (jeden milion złotych brutto);

c)co najmniej 1 (jedną) wykonaną zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończoną robotę budowlaną w obiekcie użyteczności publicznej obejmującą w swym zakresie m.in. dostawę instalację i uruchomienie systemu oświetlenia o wartości nie mniejszej niż 700,000,00 PLN brutto (siedemset tysięcy złotych brutto.

Zamawiający dopuszcza spełnienie każdego z warunków określonych powyżej w pkt. 3).A lit. a), b) i c) w ramach jednego, dwóch lub trzech zadań inwestycyjnych.

Pod nazwą „budynek użyteczności publicznej" należy rozumieć budynek przeznaczony dla administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty szkolnictwa wyższego, nauki, opieki zdrowotnej, opieki społecznej i socjalnej, obsługi bankowej handlu, gastronomii, usług, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym drogowym, lotniczym lub wodnym, poczty lub telekomunikacji oraz inny ogólnodostępny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczność publicznej uznaje się także budynek biurowy i socjalny (definicja zgodna z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12.04.2002 r. Dz. U. z 2015 r., poz. 1422 ze zmianami, w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie).

Roboty budowlane, o których mowa powyżej, będą uznane za wykonane, jeżeli przed upływem terminu składania ofert przedmiot zamówienia został potwierdzony przez inwestora lub podmiot działający w imieniu inwestora jako należycie wykonany, tj. zostało podpisane świadectwo przejęcia robót, protokół odbioru bądź inny dokument równoważny potwierdzający należyte wykonanie robót oraz potwierdzające, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

B.Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał się dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia (osobami, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia), posiadającymi odpowiednie doświadczenie oraz kwalifikacje zawodowe, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Stosownie do pkt 23.3, 23.4 i 23.5 SIWZ cena oferty musi uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmow wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizac przedmiotu zamówienia. 23.4

Cenę oferty należy obliczyć na podstawie Przedmiarów Robót (Część IIII/6 SIWZ).W kosztach ogólnych należy ująć dodatkowe koszty, nie ujęte w Przedmiarach Robót, a wynikające z wymagań SIWZ (w szczególności w zakresie wymienionym w Części III SIWZ)

Zgodnie z pkt 23.6 SIWZ Przedmiary Robót, stosownie wypełnione przez Wykonawcę, należy dołączyć do oferty na wzorze stanowiącym Część III/6 SIWZ, Wypełnione Przedmiary Robót dołączone do oferty będą stanowiły część merytoryczną oferty Wykonawcy i nie będą podlegały wyjaśnieniom, poprawie, uzupełnieniu w oparciu o art 26 ust. 3 Pzp.

Pkt 23.7 SIWZ stanowi, iż wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia jest wynagrodzeniem ryczałtowym - w związku z powyższym cena oferty winna uwzględniać wszystkie ryzyka związane z wykonaniem niniejszego zamówienia.

Stosownie do pkt 24.1 SIWZ kryteriami oceny ofert w postępowaniu są m.in.: Cena oferty w PLN (C) z wagą 60%, Doświadczenie Kierownika budowy wyznaczonego do realizacji zamówienia (DD) z wagą 5%.

5.Kwalifikacje zawodowe specjalisty ds. elektroakustyki wyznaczonego do realizacji zamówienia (DA) z wagą 5%

Na rozprawie Odwołujący cofnął zarzuty nr 10,11 i 12.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Jak powyżej podano, zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba związana jest zakresem zarzutów zawartych w odwołaniu.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy*, który stanowi, *iż zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki niż oczywiste omyłki pisarskie oraz oczywiste omyłki rachunkowe, polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.* Odwołujący naruszenia ww. przepisów upatruje w tym, że Zamawiający dokonał poprawy omyłek, które dotyczyły przedmiaru robót i prowadziły do zmiany ceny o0ferty.

Nie można zgodzić się z takim stanowiskiem Odwołującego. Poprawa omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przy zastrzeżeniu braku jej istotności, nie tylko może, ale powinna nastąpić w przypadku omyłek dotyczących, tak jak w analizowanej sprawie, ilości w Przedmiarze Robót. Zauważenia przy tym wymaga, iż celem wprowadzenia tego przepisu było przeciwdziałanie odrzucaniu ofert z powodu drobnych pomyłek, w tym w przedmiarach robót.

W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy występuje sytuacja, o której mowa w tym przepisie. Poprawa przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dotyczyła ilości podanych w Przedmiarach Robót do wypełnienia, które w ofercie zostały podane np. w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku lub poprzez przestawienie cyfr w podanych ilościach, na takie, jakie były określone w SIWZ (Część III/6).

Poprawa oferty ma charakter obligatoryjny, co oznacza, że zamawiający nie może się uchylić od jej wykonania, także wówczas gdy skutkiem dokonanej poprawki miałaby być zmiana ceny oferty, z zastrzeżeniem, że nie może to być zmiana o istotnym charakterze, co jest oceniane z uwzględnieniem ich zakresu w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia.

Dokonując poprawy oferty wykonawcy Energopol, jak to zostało obszernie przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, a wcześniej w zawiadomieniu z dnia 28 grudnia 2018 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty, Zamawiający w pierwszej kolejności, stosownie do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprawił ilości w Przedmiarach Robót na takie, jakie były określone w SIWZ (Część III/6). Skutkiem tego oferta tego wykonawcy zawierała oczywiste omyłki rachunkowe, które zostały poprawione przez Zamawiającego z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych tych omyłek, stosownie do art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Omyłki te dotyczyły wartości danych pozycji przedmiarowych oraz sumowania w zakresie wartości Przedmiaru Robót, przy uwzględnieniu cen jednostkowych podanych w ofercie przez Wykonawcę. W wyniku tych działań suma Przedmiarów Robót oferty wykonawcy Energopol wynosząca 23 621 419,26 zł uległa podwyższeniu o 582, 61 zł netto. Oznacza to, że poprawa oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp skutkowała w efekcie nieistotną zmianą oferty. Poprawa ta była możliwa do dokonania samodzielnie przez Zamawiającego na podstawie postanowień SIWZ i treści oferty tego wykonawcy.

Nie potwierdziły się również pozostałe zarzuty odwołania. Jakkolwiek należy przyznać rację Zamawiającemu, iż nie zostały one prawidłowo skonstruowane, to jednak to, iż zostały ujęte w petitum odwołania oraz wskazują okoliczności faktyczne, które w ocenie Odwołującego, zostały niewłaściwie ocenione przez Zamawiającego, pozwala na odniesienie się do nich.

Jak wskazuje redakcja zarzutu nr 2 odwołania oraz uzasadnienia, Odwołujący wadliwości postępowania Zamawiającego dopatruje się w tym, iż wskazany specjalista ds. elektroakustyki nie był zatrudniony na podstawie umowy o pracę ani przez wykonawcę Energopol ani przez podmiot trzeci udostepniający mu zasoby, a Zamawiający nie uznał tego za okoliczność negatywnie skutkującą dla tego wykonawcy. W ocenie Odwołującego wykonawca Energopol z uwagi na ww. brak zatrudnienia tego specjalisty na umowę o pracę, o czym mowa w pkt 3.2. IDW, nie spełnia warunku określonego w Rozdz. 8 ust. 8.2. pkt 3 ppkt B tiret c) SIWZ.

Tymczasem w pkt 8.2 ppkt 3.B IDW Zamawiający wymaga aby Wykonawca wykazał się dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (osobami, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia), posiadającymi odpowiednie doświadczenie oraz kwalifikacje zawodowe, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, zaś wskazany w pkt 3.2 IDW obowiązek zatrudnienia na umowę o pracę dotyczy czynności wykonywanych w trakcie realizacji zamówienia, a nie na etapie składania ofert. Zamawiający nie wymagał w SIWZ przedkładania na etapie oceny ofert dowodów potwierdzających zatrudnianie wskazanego w Wykazie osób potencjału osobowego na podstawie umów o pracę uznając, iż na tym etapie postępowania byłoby to wymogiem nadmiernym. Konsekwencje niezatrudniania

przez wykonawcę (lub odpowiednio podwykonawcę) osób wskazanych w pkt. 3.2 IDW zostały natomiast przeniesione etap po podpisaniu umowy z wybranym wykonawcą.

Jak stwierdził na rozprawie, podstawa dysponowania akustykiem wiązał się z potrzebą pozyskania wiedzy czy wykonawca w tym zakresie będzie działał sam, czy przy wykorzystaniu potencjału podmiotu trzeciego. Stosownie do oświadczenia wykonawcy dot. zobowiązania podmiotu trzeciego złożonego wg załącznika nr 7 do IDW, Elwoliht Technologie sceniczne P. W. zobowiązuje się on do udostępnienia zasobów m.in. w zakresie osoby uczestniczącej w wykonaniu zamówienia jako specjalisty ds. elektroakustyki (pkt 1 lit. a). Jako sposób wykorzystania udostępnionych zasobów został wskazany czynny udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Cel stawiany przez Zamawiającego został zatem osiągnięty.

Zważywszy na podobieństwo zarzutu nr 5, dotyczącego oferty Techbud, ocena Izby jest analogiczna. Również w odniesieniu do oferty tego Wykonawcy zarzut nie potwierdził się.

Podobieństwo wykazują również zarzuty nr 3 i 8 odwołania dotyczące wadliwej punktacji w kryterium oceny ofert dotyczącego ogólnodostępnego obiektu kulturalnego ze wskazaniem przez Odwołującego na kody PKOB pod jakimi ujęte są w tej klasyfikacji obiekty wskazane przez wykonawców Energopol i Techbud. Pierwszy z wykonawców wskazał, bowiem: Halę Widowiskowo-Sportową „Okrąglak" ujętą w klasie 1261 PKOB, podczas gdy jest to obiekt noszący nazwę „STEGU ARENA" ujęty w klasie 1265, eksploatowany przez KS „Gwardia" Opole, a tym samym o przeważającym sportowym charakterze., zaś drugi z wykonawców wskazał realizację Muzeum Śląskiego, który to obiekt również nie jest ujęty w klasie 1261 lecz 1261, a nadto wykonawcą tych robót była firma TAMEX Obiekty Sportowe Sp. z o.o., co oznacza zdaniem Odwołującego, że nie potwierdza on zdobycia doświadczenia przez wykonawcę Techbud.

W tym zakresie w pierwszej kolejności należy stwierdzić, iż jak to zostało wyżej przedstawione w odniesieniu do odwołania w sprawie KIO 1/19, Zamawiający nie odnosił charakteru obiektów do kodów PKOB. Tak więc zarzut wskazujący na ujęcie wymienionego przez wykonawcę na potrzeby oceny w kryterium oceny ofert w postaci doświadczenia Kierownika budowy wyznaczonego do realizacji zamówienia, obiektu, który jest ujęty winnej, klasie niż przewidziana dla obiektów kulturalnych, nie znajduje uzasadnienia.

Następnie zauważenia wymaga, iż stosownie do pkt 24 lit D IDW jednym z kryteriów oceny ofert było wykazanie się doświadczeniem kierownika budowy wyznaczonego do realizacji zamówienia, nie zaś doświadczeniem wykonawcy, które jest brane pod uwagę przy badaniu spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Tym samym Odwołujący nie wykazał, aby przyznana przez Zamawiającego punktacja była wadliwa.

Zarzut nr 4 dotyczy zdaniem Odwołującego, podpisu oferty wykonawcy Energopol niezgodnie z zasadami reprezentacji, do której nie zostało załączone pełnomocnictwo.

Jak wynika z oferty tego wykonawcy została ona złożona w dniu 9 października 2018 r. Podpisał ją Pan K. S., jako Prezes Zarządu Spółki. Z załączonego do akt sprawy odpisu z KRS Spółki wynika, że na dzień składania ofert nie widniał w nim wpis, który wskazywałby na to, iż ww. nie jest uprawniony do jednoosobowego działania w imieniu Spółki. Wpis wskazujący na dwuosobową reprezentację Spółki pojawił się dopiero w dniu 26 listopada 2018 r.

Stosownie do art. 26 ust. 3a ustawy Pzp pełnomocnictwo wykonawcy, które nie zostało złożone wraz z ofertą podlega uzupełnieniu.

W dniu 28 grudnia 2018 r., na wezwanie Zamawiającego z dnia 19 grudnia 2018 r., wykonawca Energopol przedłożył pełnomocnictwo z dnia 3 października 2018 r. dla ww. Pana K. S., podpisane przez niego i przez drugiego członka zarządu, uprawniające do jednoosobowego reprezentowania spółki we wszystkich czynnościach prawnych, w tym również składania oświadczeń materialnoprawnych w przedmiotowym postępowaniu.

Powyższe oznacza, że wykonawca Energopol przy podpisywaniu oferty był należycie reprezentowany.

Zarzuty nr 6, 7 i 9 wykazują podobieństwa dotyczące wykazania się przez wykonawców Energopol i Techbud podstawą do przyznania punktów w kryterium oceny ofert w zakresie, w jakim odnosi się do doświadczenia kierownika budowy, a nie kierownika robót, jak zdaniem Odwołującego, powinno być punktowane.

Jak wyżej zostało przywoływane w pkt 24. 1 IDW występuje jako kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika budowy wyznaczonego do realizacji zamówienia" (DD)" Jest tak w poz. 4 tabeli, jak też w opisie zasad oceny ofert w tym kryterium ze wskazaniem, że *Zamawiający będzie przyznawał w ramach kryterium „Doświadczenie Kierownika budowy wyznaczonego do realizacji zamówienia" dodatkowe punkty za realizację przez Kierownika Budowy (wskazanego w wykazie osób, jako spełniającego warunek udziału w postępowaniu) (...), a następnie przy określeniu maksymalnej liczby punktów w tym kryterium. Jednocześnie w tym punkcie Zamawiający wskazując na robotę, za jaka będą przyznawane punkty podał: „za realizację wykonanej zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończonej roboty budowlanej na stanowisku*

Kierownika Robót (przez cały okres realizacji inwestycji/roboty budowlanej, polegającej na(…).

W pkt 17 oferty, w którym wykonawcy mieli wskazać osoby podlegające punktacji w zakresie kryterium wskazanym w pkt 24.D IDW w tytule wskazane jest:*„Doświadczenie Kierownika budowy wyznaczonego do realizacji zamówienia (DD),* zaś w tabeli do wypełnienia w tym punkcie, w kolumnie 2 winno być wpisane*: „Imię i nazwisko Kierownika Budowy (tożsame jak w wykazie osób, składanym celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu).*

W ocenie Izby treść SIWZ wskazuje na to, iż punktacji podlega doświadczenie kierownika budowy.Okoliczność, iż w jednym miejscu został użyty termin *Kierownik Robót tej oceny nie* zmienia. Wynika to nie tylko z treści SIWZ, którą należy czytać w całości, ale też z treść opisu zasad oceny ofert, która stanowi, że chodzi o doświadczenie *„przez cały okres realizacji inwestycji/roboty budowlanej"* natomiast nie wskazuje na branżę. Pokazuje to, iż termin Kierownik Robót został użyty w tym miejscu, jako odpowiednik terminu Kierownika Budowy.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp *Izba uwzględnia odwołanie w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. W analizowanej sprawie nie zostało wykazane, aby doszło do takiego naruszenia przepisów.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawach sygn. akt KIO 1/19 i KIO 2/19 orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. a) zasądzając od Odwołujących na rzecz Zamawiającego po ½ kosztów związanych z dojazdem na rozprawę zgodnie ze złożonymi rachunkami. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego w kwocie 3 600,00 zł z uwagi na brak złożenia rachunku w tym zakresie.

Przewodniczący:……..