Sygn. akt KIO 290/17

WYROK
z dnia 22 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lutego 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2017 r. przez wykonawcę
W.B.P. D. Sp. z o.o., (...)
w postępowaniu prowadzonym przez
Gminę Wrocław (...), w imieniu i na rzecz której działa
W.I. Sp. z o.o., (...),
przy udziale wykonawcy **F.P.W. Sp. z o.o., (...)**
zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża W.B.P. D. Sp. z o.o. i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez W.B.P. D. Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od W.B.P. D. Sp. z o.o. na rzecz Gminy Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa W.I. Sp. z o.o. kwotę 4 178 zł 25 gr (słownie: cztery tysiące sto siedemdziesiąt osiem złotych dwadzieścia pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący: ……..…

Sygn. akt: KIO 290/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Wrocław w imieniu i na rzecz której działa W.I. Sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „opracowanie dokumentacji projektowej w tym projektu budowlanego, projektu wykonawczego, przedmiarów robót, stwiorb, kosztorysu inwestorskiego oraz uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia (lub postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania środowiskowego) i decyzji o pozwoleniu na budowę, a także sprawowania nadzoru autorskiego dla realizacji przedsięwzięcia pn. *04150 – Przebudowa ulic w ciągu drogi wojewódzkiej nr 342 we Wrocławiu"* na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 26 października 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 207-374606. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:
Odwołujący – W.B.P. D. Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu:
1. dokonanie błędnej oceny oświadczenia Odwołującego zawartego w części IV lit. C. pkt 2) Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) z naruszeniem ustalonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriów oceny ofert, skutkującej nieprzyznaniem ofercie Odwołującego dodatkowych 5 punktów w zakresie kryterium D3-„Doświadczenie projektanta branży sanitarnej" (poz. 4 tabeli zawartej w pkt 24.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia); ewentualnie dodatkowo
2. nieprzeprowadzenie postępowania wyjaśniającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych co do treści oświadczenia Odwołującego zawartego w części IV lit. C. pkt 2) JEDZ; a w konsekwencji
3. dokonanie błędnej oceny ofert złożonych w postępowaniu i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę F.P.W. Sp. z o.o., co powoduje naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz

dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, a także zasądzenie zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.
W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu kryteriami oceny ofert było – oprócz ceny – również pięć kryteriów jakości, w tym kryterium „doświadczenie projektanta branży sanitarnej (D3)". Po dokonaniu oceny ofert jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez wykonawcę F.P.W. Sp. z o.o., która uzyskała 93,43 pkt. Oferta złożona przez Odwołującego otrzymała 89,19 pkt. Jak wynika z pisma Zamawiającego, oferta Odwołującego nie otrzymała żadnych punktów w oparciu o kryterium D3 – doświadczenie projektanta branży sanitarnej.
Kryterium to bazuje na określonym w pkt 9.2.2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania osobą posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w branży sanitarnej.
Zgodnie z postanowieniami punktu 24.2.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Zasady oceny ofert" wykonawca w zakresie tego kryterium zobowiązany był do wskazania w JEDZ w sekcji IV lit. C pkt 2) wszystkich informacji niezbędnych do oceny spełniania zarówno warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 9.2.2.2 IDW i/lub kryterium oceny ofert, tj. informacji wskazanych w pkt 11.4.2 IDW oraz informacji na temat usługi/usług projektowej/-ych, przy czym pod pojęciem „usługi projektowej" Zamawiający rozumiał doświadczenie polegające na wykonaniu przez projektanta branży sanitarnej usługi projektowej (rozumianej jako doświadczenie polegające na opracowaniu jako projektant branży sanitarnej co najmniej jednej dokumentacji projektowej tj. projektu budowlanego i wykonawczego sieci wodociągowej lub kanalizacyjnej w zakresie budowy lub przebudowy ulicy w terenie miejskim). Za wykonanie 1 dokumentacji projektowej przyznawano 2,5 pkt, a za wykonanie 2 dokumentacji – 5 pkt. Zgodnie z wyjaśnieniem zawartym w punkcie 9 ppkt d) specyfikacji istotnych warunków zamówienia pod pojęciem „teren miejski" należało rozumieć teren zabudowany, posiadający uzbrojenie podziemne, położony w granicach administracyjnych miasta.
Odwołujący, zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, złożył oświadczenie o dysponowaniu projektantem branży sanitarnej w sobie M.M.. W celu uzyskania dodatkowych punktów w zakresie kryterium D3, jako jego doświadczenie wskazał na dwa duże projekty (kontrakty) dotyczące modernizacji linii kolejowych dotyczące linii kolejowej E30/C-E30 Kraków-Rzeszów, na odcinku Bochnia-Biadoliny oraz linii kolejowej E30/C-E30 Kraków-Rzeszów, na odcinku Podłęże-Bochnia. W obu przypadkach Odwołujący wskazał, iż dokumentacja projektowa obejmowała m.in. projekt budowlany oraz projekt wykonawczy budowy kanalizacji deszczowej. Oba projekty zostały opisane zgodnie z ich nazewnictwem przyjętym w dokumentacjach przetargowych oraz zawartych umowach na ich realizację.
Pomimo złożenia powyższego oświadczenia Odwołujący nie otrzymał żadnego punktu

w zakresie kryterium D3, co obniżyło punktację złożonej przez niego oferty w takim stopniu, iż spowodowało niewybranie jej jako najkorzystniejszej.
W ocenie Odwołującego złożył on poprawne oświadczenie, którego treść jest klarowna i potwierdza spełnianie wymagań stawianych przez Zamawiającego dla przyznania w ramach kryterium D3 dodatkowych 5 punktów. Zamawiający nie przedstawił Odwołującemu uzasadnienia nieprzyznania punktów w ramach dodatkowych kryteriów, jednak treść oświadczenia nie pozwalała na jednoznaczne przyjęcie odmiennego wniosku, tj. stwierdzenie, iż doświadczenie to nie spełnia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym nie zasługuje na przyznanie żadnych punktów w ramach kryterium D3. Jedyną możliwością jest przyjęcie, iż Zamawiający posiadał, bądź ewentualnie powinien był posiadać, wątpliwości co do treści tychże oświadczeń, co rodziłoby po jego stronie obowiązek zastosowania procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, czego Zamawiający nie uczynił, tj. m.in. nie wezwał Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień.
Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.
Nawet jeżeli by uznać, iż treść przedmiotowego oświadczenia Odwołującego literalnie nie była w sposób 100% jednoznaczna i klarowna, aby potwierdzić wymagane specyfikacją istotnych warunków zamówienia doświadczenie projektanta z branży sanitarnej, to nie sposób w sposób jednoznaczny uznać, iż treść ta była takowa dla przyjęcia całkowicie przeciwnego wniosku. Jak wynika literalnie z opisu projektów wskazanych w przedmiotowym oświadczeniu, usługi projektowe były świadczone również w terenie miejskim, i to również w znaczeniu przyjętym przez Zamawiającego w przywołanym punkcie 9 ppkt d) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. w terenie zabudowanym, posiadającym uzbrojenie podziemne, położonym w granicach administracyjnych miasta. Trudno o odmienny wniosek nawet bez posiadania w tym zakresie wiadomości specjalnych. Oczywiste jest ponadto, iż projektowanie przebudowy/modernizacji linii kolejowych w „terenie miejskim” siłą rzeczy musi się wiązać również z koniecznością przebudowy ulic, gdyż przecinają drogowe linie komunikacyjne. Odwołujący wskazał dwa projekty modernizacyjne dużych odcinków linii kolejowych również w terenach miejskich. Nie można było zatem tego uznać za

przypadkowe, błędne, czy uczynione z premedytacją wskazanie projektów w sposób oczywisty nie spełniających wymagań Zamawiającego. Jeżeli jednak Zamawiający mógłby mieć w tym zakresie jakiekolwiek wątpliwości, to mógł, a w istocie miał obowiązek, zastosować tryb wyjaśniająco-uzupełniający określony w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II Stanowisko zamawiającego
Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania oraz zasądzenie zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.
Wskazał, iż w punkcie 9. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Instrukcji dla Wykonawców – IDW) postawił warunki udziału w postępowaniu, natomiast w punkcie 24. sformułował kryteria oceny ofert. Jednym z warunków udziału w postępowaniu było wskazanie projektanta branży sanitarnej, przy czym, zgodnie z pkt 9.2.2.2., Zamawiający postawił dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do tej osoby jedynie wymóg posiadania uprawnień budowlanych do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, nie postawił natomiast żadnych wymogów co do jego doświadczenia. Natomiast w punkcie 24. IDW jako jedno z kryteriów oceny ofert wskazał doświadczenie projektanta branży sanitarnej. Zgodnie z punktem 24.1. w ramach tego kryterium wykonawca mógł otrzymać 5 punktów, co stanowiło 5% wagi w ogólnej ocenie

ofert. W punkcie 24.2. Zamawiający opisał zasady oceny ofert. W podpunkcie 24.2.4. IDW Zamawiający wskazał, że: za wykonanie przez projektanta branży sanitarnej jednej dokumentacji projektowej tj. projektu budowlanego i wykonawczego sieci wodociągowej lub kanalizacyjnej w zakresie budowy lub przebudowy ulicy w terenie miejskim wykonawca otrzyma 2,5 punktów, a za wykonanie przez projektanta branży sanitarnej dwóch dokumentacji tj. projektu budowlanego i wykonawczego sieci wodociągowej lub kanalizacyjnej w zakresie budowy lub przebudowy ulicy w terenie miejskim wykonawca otrzyma 5 punktów. Z powyższego wynika, że wykonawca otrzyma punkty, jeśli wykaże wykonanie przez projektu budowlanego i wykonawczego sieci wodociągowej lub kanalizacyjnej w zakresie budowy lub przebudowy ulicy w terenie miejskim.
Natomiast Odwołujący w swojej ofercie (w JEDZ sekcja IV lit. C pkt 2) w zakresie doświadczenia projektanta branży sanitarnej wskazał na następujące doświadczenie:
„ 1. Modernizacja linii kolejowej E30/C-E30, odcinek Kraków-Rzeszów, etap III – na odcinku Bochnia-Biadoliny w km 39,000-61,300 - Projekty Budowlane i Wykonawcze,
- szlak Bochnia-Brzesko Okocim 39+100-48+800
- stacja Brzesko Okocim 48+800-52+100
- szlak Brzesko Okocim-Biadoliny 52+100-59+200

dokumentacja projektowa obejmowała m.in.: PB i PW budowy kanalizacji deszczowej (łączna długość ok. L-2000 m).
2. Modernizacja linii kolejowej E30/C-E30, odcinek Kraków-Rzeszów, etap III – na odcinku Podłęże-Bochnia w km 16,00 - 39,000 – Projekty Budowlane i Wykonawcze
- stacja Bochnia km 36,050+39,000
- stacja Kłaj km 27,300+29,200
Szlak Kłaj-Bochnia km 29+200+36+050
dokumentacja projektowa obejmowała m.in.: PB i PW budowy kanalizacji deszczowej (łączna długość ok. L=2000m).”
Z powyższych zapisów oferty Odwołującego w żaden sposób nie wynika, że osoba wskazana do pełnienia funkcji projektanta branży sanitarnej wykonała dokumentację projektową w zakresie budowy lub przebudowy ulicy w terenie miejskim. Wynika z nich jedynie, że osoba ta wykonała dokumentację projektową w zakresie modernizacji linii kolejowej. Zamawiający nie mógł uznać, że wykonanie dokumentacji w zakresie modernizacji linii kolejowej jest tym samym, co wykonanie dokumentacji projektowej w zakresie budowy lub przebudowy ulicy w terenie miejskim.
Pojęcie „linii kolejowej” i „drogi kolejowej” posiada swoją definicję legalną w ustawie z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym. Zgodnie z art. 4 pkt 2 tej ustawy linia kolejowa to wyznaczona przez zarządcę infrastruktury droga kolejowa przystosowana do prowadzenia ruchu pociągów, a, zgodnie z art. 4 ust. 1a), droga kolejowa to tor kolejowy albo tory kolejowe wraz z elementami wymienionymi w pkt 2-12 załącznika nr 1 do ustawy, o ile są z nimi funkcjonalnie połączone, niezależnie od tego, czy zarządza nimi ten sam podmiot.
Natomiast definicja „ulicy” jest zawarta w art. 4 pkt 3) ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, zgodnie z którym oznacza drogę na terenie zabudowy lub przeznaczonym do zabudowy zgodnie z przepisami o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, w której ciągu może być zlokalizowane torowisko tramwajowe. Natomiast „droga”, zgodnie z art. 4 pkt 2), to budowla wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiąca całość techniczno-użytkową, przeznaczona do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowana w pasie drogowym.
Z powyższych definicji jasno wynika, że pojęcia linii kolejowej i ulicy są pojęciami rozbieżnymi. Linia kolejowa jest przeznaczona do prowadzenia ruchu pociągów, a ulica do prowadzenia ruchu drogowego, linia kolejowa może być zlokalizowana gdziekolwiek, ulica jest zlokalizowana na terenie zabudowy lub przeznaczonym do zabudowy, a zgodnie z wymaganiami Zamawiającego ulica, której miała dotyczyć dokumentacja projektowa sporządzona przez projektanta branży instalacyjnej, powinna być zlokalizowana w terenie miejskim. Definicja terenu miejskiego zawarta jest w IDW w punkcie 9.2.2.3 i jest to teren

zabudowany, posiadający uzbrojenie podziemne, położony w granicach administracyjnych

miasta.
Nie budzi wątpliwości Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał w ofercie, że wskazany przez niego projektant branży sanitarnej wykonał dokumentację projektową dotyczącą ulicy (przeznaczonej do prowadzenia ruchu drogowego) w terenie miejskim. Owszem, treść tego oświadczenia jest klarowna, jednak potwierdza coś zupełnie odmiennego niż to, z czym Zamawiający wiązał przyznanie dodatkowych punktów. W oświadczeniu tym nie zostało stwierdzone, że usługi projektowe dotyczyły terenu miejskiego, ani też, że były usługami świadczonymi w ramach budowy lub przebudowy ulicy, ani też wniosku takiego nie można w logiczny sposób wyprowadzić z treści oświadczenia zawartego w ofercie.
Nie jest również uzasadnione twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający powinien w razie wątpliwości co do treści oświadczenia zastosować procedurę określoną w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący właściwie cytuje treść tego przepisu wskazującego, że jeśli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wątpliwości, zamawiający wzywa do ich prowadzenia, uzupełnienia lub do udzielenia wyjaśnień.
Analizując treść art. 25a ust. 1 oraz art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych należy dojść do wniosku, że przepis art. 26 ust. 3 stanowi zobowiązanie zamawiającego dotyczące wezwania do złożenia oświadczeń, dokumentów, jak również wyjaśnień 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, 4) spełnianie kryteriów selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3. Wśród tych okoliczności nie ma okoliczności sprecyzowanych przez Zamawiającego w ramach kryteriów oceny ofert. Oznacza to, że Zamawiający nie tylko nie był zobowiązany, ale też nie był uprawniony do zastosowania tego trybu w celu usunięcia nieprawidłowości złożonego przez Odwołującego oświadczenia dotyczącego doświadczenia projektanta branży sanitarnej warunkującego przyznanie dodatkowych punktów ofercie w ramach kryterium D3.
Oświadczenie to ‚zawarte było zgodnie z instrukcją Zamawiającego, w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia, co podyktowane było względami praktycznymi, jednak powyższe w żaden sposób nie zmienia charakteru oświadczenia, tym bardziej, że Zamawiający wskazał w punkcie 24.2.4 IDW, że „Zamawiający wezwie działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp Wykonawcę do uzupełnienia informacji zawartych w oświadczeniu wykonawcy składanym na podstawie art. 25a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako: ustawa Pzp) sporządzonym

zgodnie z Załącznikiem nr 2 do niniejszej IDW dotyczących kryteriów oceny ofert tylko w zakresie niezbędnym w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 9.2.2.2. IDW. Zamawiający nie będzie przyznawał punktów za uzupełnione przez Wykonawcę informacje nt. ww. osoby.” Nie jest więc uzasadniony zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Działanie Zamawiającego polegające na wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia oferty w takim zakresie, w jakim chciałby tego Odwołujący, prowadziłoby do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych – art. 7 ust. 1 i 3, to jest do prowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niedopuszczalną zmianę treści oferty Odwołującego, a tym samym również art. 91 ust. ustawy Prawo zamówień publicznych.
W wyniku działań Zamawiającego nie może dojść do zmiany treści oferty wykonawcy. Skoro więc Zamawiający wymagał, aby z oświadczenia wykonawcy wynikało, że projektant branży sanitarnej wykonał dokumentację projektową sieci wodociągowej lub kanalizacyjnej w zakresie budowy lub przebudowy ulicy w terenie miejskim, a wykonawca nie złożył takiego oświadczenia, to uzupełnienie w tym zakresie oferty wykonawcy stanowiłoby niedopuszczalną zmianę treści oferty.
Skoro więc Odwołujący nie złożył oświadczenia potwierdzającego wykonanie przez projektanta branży sanitarnej usług warunkujących przyznanie punktów w ramach oceny ofert w tym zakresie, a Zamawiający nie był zobowiązany ani uprawniony do wezwania

wykonawcy do uzupełnień czy wyjaśnień w tym zakresie, to ocena przyznania ofercie Odwołującego jest prawidłowa, a więc nie jest również uzasadniony zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

III Ustalenia Izby
Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż powyżej przedstawiony stan faktyczny postępowania został opisany prawidłowo i nie jest sporny między Stronami.
Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Główne zasady odnoszące się do procedury udzielenia zamówień publicznych zostały opisane w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z nimi zamawiający zobowiązany jest przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.
Zasady te w szczególny sposób odnoszą się do sposobu osiągnięcia celu procedury, czyli wyboru oferty najkorzystniejszej.
Jak stanowi art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W punkcie 24.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał następujące kryteria i ich znaczenie:
1. cena (C) – 60% (60 punktów),
2. doświadczenie projektanta branży drogowej wyznaczonego do realizacji zamówienia (D1) – 20% (20 punktów),
3. doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia w zakresie sporządzenia analizy hałasu (D2) – 5% (5 punktów),
4. doświadczenie projektanta branży sanitarnej (D3) – 5% (5 punktów),
5. doświadczenie projektanta branży instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (D4) – 5% (5 punktów),
6. ilość pobytów w ramach nadzoru autorskiego (NA) – 5% (5 punktów).
Zgodnie z punktem 24.2.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca w zakresie kryterium D3 zobowiązany był do wskazania w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia w sekcji IV lit. C pkt 2) wszystkich informacji niezbędnych do oceny spełniania zarówno warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 9.2.2.2. IDW i/lub kryterium oceny ofert, tj. informacji wskazanych w punkcie 11.4.2. IDW, oraz informacji na temat usługi/usług projektowej/-ych, przy czym pod pojęciem „usługi projektowej” Zamawiający rozumiał doświadczenie polegające na wykonaniu przez projektanta branży sanitarnej usługi projektowej (rozumianej jako doświadczenie polegające na opracowaniu jako projektant branży sanitarnej co najmniej jednej dokumentacji projektowej tj. projektu budowlanego i wykonawczego sieci wodociągowej lub kanalizacyjnej w zakresie budowy lub przebudowy ulicy w terenie miejskim) będzie punktowane następująco: wykonanie przez projektanta branży sanitarnej jednej dokumentacji projektowej tj. projektu budowlanego i wykonawczego sieci wodociągowej lub kanalizacyjnej w zakresie budowy lub przebudowy ulicy w terenie miejskim 2,5 pkt; wykonanie przez projektanta branży sanitarnej dwóch

dokumentacji, tj. projektu budowlanego i wykonawczego projektowych sieci wodociągowej lub kanalizacyjnej w zakresie budowy lub przebudowy ulicy w terenie miejskim – 5 pkt.
Zamawiający wskazał też, iż wezwie, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawcę do uzupełnienia informacji zawartych w oświadczeniu wykonawcy składanym na podstawie art. 25a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych

sporządzonym zgodnie z załącznikiem nr 2 do IDW dotyczących kryteriów oceny ofert tylko w zakresie niezbędnym w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 9.2.2.2. IDW. Zamawiający nie będzie przyznawał punktów za uzupełnione przez wykonawcę informacje nt. ww. osoby.

Odwołujący w swojej ofercie jako projektanta branży budowlanej podał pana M.M. wskazując, iż posiada on uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: wodno-kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych i gazowych oraz następujące doświadczenie:
„1. Modernizacja linii kolejowej E30/C-E30, odcinek Kraków – Rzeszów, etap III – na odcinku Bochnia – Biadoliny w km 39,000-61,300 – Projekty Budowlane i Wykonawcze
- szlak Bochnia – Brzesko Okocim 39+000-48+800
- stacja Brzesko Okocim 48+800-52+100
- szlak Brzesko Okocim – Biadoliny 52+100-59+200
dokumentacja projektowa obejmowała min.: PB i PW budowy kanalizacji deszczowej (łączna długość ok. L=2000 m).
2. Modernizacja linii kolejowej E30/C-E30, odcinek Kraków – Rzeszów, etap III – na odcinku Podłęże – Bochnia w km 16,000-39,000 – Projekty Budowlane i Wykonawcze
- stacja Bochnia km 36,050+39,000
- stacja Kłaj km 27,300+29,200
- szlak Kłaj-Bochnia km 29+200-36+050
dokumentacja projektowa obejmowała min.: PB i PW budowy kanalizacji deszczowej (łączna długość ok. L=2000m).”

Jak wynika z powyższego porównania wymogu Zamawiającego w zakresie kryterium oceny ofert D3 (wykonania przez projektanta branży sanitarnej jednej dokumentacji projektowej, tj. projektu budowlanego i wykonawczego sieci wodociągowej lub kanalizacyjnej w zakresie budowy lub przebudowy ulicy w terenie miejskim) oraz opisu doświadczenia pana Melsona dokonanego przez Odwołującego w ofercie (modernizacja linii kolejowej, projekty budowlane i wykonawcze, projekt budowlany i wykonawczy kanalizacji deszczowej), opis ten w żadnej mierze nie wskazuje na spełnienie powyższego wymogu Zamawiającego.

Pomijając fakt, iż może budzić wątpliwości, czy nawet prawidłowo opisane powyższe realizacje modernizacji linii kolejowej można by uznać za dotyczące sieci wodociągowej lub kanalizacyjnej w zakresie budowy lub przebudowy ulicy w terenie miejskim (do definicji tych pojęć Zamawiający odniósł się w swoim stanowisku, przytoczonym powyżej), to – co najistotniejsze – w niniejszym przypadku realizacje te w ogóle nie zostały opisane w sposób, który można by przypisać do przesłanek wskazanych w postawionym wymogu.
Słusznie wskazał więc Zamawiający na tę okoliczność, jak i na fakt, że spełnianie wymogów, za które mogą być przyznane punkty w ramach kryteriów oceny ofert, muszą być przez wykonawców wykazane, a nie powinny stanowić materii, której Zamawiający powinien się domyślać, czy też w której musi czynić pewne założenia, nie poparte oświadczeniami lub dokumentami zawartymi w ofercie, czy też wręcz z nią sprzeczne, tj. że wskazane linie w ogóle przebiegały przez tereny zabudowane i przecinały się z jakimiś ulicami w terenach zabudowanych (gdyż chyba to jedyna możliwość wystąpienia ulic w ramach linii kolejowej), że były one przebudowywane i w ich ramach przebudowywana była sieć wodociągowo-kanalizacyjna itd.
Tym samym Zamawiający prawidłowo nie przyznał punktów za ww. realizacje.

Art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że – jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.
W art. 25 ust. 1 i art. 25a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych mowa jest

odpowiednio: „W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: 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 zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.” oraz „Do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji

istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca: 1) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu; 2) spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3.”
Zatem rację ma Zamawiający, że – nawet jeśli zakres uzupełniania wskazany w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wydaje się dość szeroki – nie obejmuje on informacji podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert (zgodnie z przyjętymi założeniami proceduralnymi koncentrują się one wokół przedmiotu zamówienia).

Rację ma również Zamawiający, że w zamówieniach publicznych od lat istnieje zasada, iż treść oferty w zakresie podlegającym punktacji w ramach oceny ofert nie podlega uzupełnieniu w ramach art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (a nawet jeśli z jakichś przyczyn dokumenty były uzupełnianie, nie dopuszczało się, aby skutkowało to przyznaniem ofercie jakichkolwiek dodatkowych punktów), zaś jej ewentualne wyjaśnienie w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wprawdzie nie jest wykluczone, ale musi być wykonywane bardzo ostrożnie, tak, aby nie prowadziło do zmiany oferty, w tym także jej niedozwolonego uzupełnienia. Nie może także prowadzić do wrażenia negocjowania przez zamawiającego i wykonawcę treści oferty, w szczególności w celu przyznania jej dodatkowych punktów. Część oferty podlegająca punktacji jest bowiem szczególnie wrażliwa, gdyż prowadzi bezpośrednio do wartościowania ofert wykonawców, które następnie skutkuje wyborem jednej z nich. Zatem w tym zakresie konieczne jest szczególne zachowanie zasad równego traktowania wykonawców i przejrzystości, co skutkuje właśnie tym, że ofert tych nie można uzupełniać po ich złożeniu, aby żadnemu z wykonawców nie dawać przewagi czasowej (możliwość późniejszego złożenia danego oświadczenia niż konkurenci) ani informacyjnej (możliwość zaznajomienia się z ofertami konkurentów i dostosowania swojej).

Należy też podkreślić, iż na okoliczności te Zamawiający wskazał już z góry w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 24.) podając, iż wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych będzie dotyczyło jedynie informacji odnoszących się do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 9.2.2.2. IDW – zatem nie kryterium D3 (i innych kryteriów). Nawet bowiem jeśli informacje na ten temat znajdują się w jednym punkcie JEDZ, każda z nich ma inny charakter i miejsce umieszczenia ich w ofercie (JEDZ czy formularz ofertowy) ma jedynie znaczenie techniczne, a ich charakteru nie zmienia.
Co więcej, Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyraźnie wskazał, że nie będzie przyznawał punktów za uzupełnione przez wykonawcę informacje na temat

osoby projektanta – zatem nawet gdyby wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu w tym zakresie, przyznanie mu dodatkowych punktów byłoby wbrew zasadom oceny ofert w kryterium, byłoby więc niedozwolone. Naruszałoby też zasadę przejrzystości, która przejawia się m.in. w tym, że istotne informacje należy podać na początku procedury (np. warunki udziału w postępowaniu, wymagane dokumenty, informacje, które należy zawrzeć w ofercie, istotne wymogi w zakresie przedmiotu zamówienia i wykonania umowy, kryteria oceny ofert i sposób ich oceny), a potem należy się do nich stosować i nie można ich

zmienić ani od nich odstąpić.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……..…