Sygn. akt:KIO 3353/20

WYROK

z dnia 11 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Anna Chudzik

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PBO Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, WODPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Jastrzębie-Zdrój**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **D. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D. Ś.,Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Jaskrowie,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności oceny ofert, w tym wezwanie Odwołującego – na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – do złożenia wyjaśnień dotyczących zadań wskazanych w poz. nr 2, 4 i 5 tabeli zamieszczonej w pkt 5 lit. c formularza ofertowego.

2.Kosztami postępowania obciąża Miasto Jastrzębie-Zdrój 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 Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Warszawie.**

Przewodniczący:……

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

Zamawiający – Miasto Jastrzębie-Zdrój – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Postindustrialne dziedzictwo pogranicza – przebudowa z rozbudową obiektu na Centrum dziedzictwa postindustrialnego „Łaźnia Moszczenica" wraz z zagospodarowaniem terenu* Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 18 czerwca 2020 r. pod numerem 552114-N-2020.

W dniu 16 grudnia 2020 r. Konsorcjum: PBO Śląsk Sp. z o.o., WODPOL Sp. z o.o. wniosło odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie oceny oferty Odwołującego w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert, tj. poprzez uznanie, że nie wszystkie z zadań wskazanych w formularzu ofertowym polegały na przebudowie lub rozbudowie istniejącego budynku, co skutkowało przyznaniem Odwołującemu w ramach kryterium doświadczenia

osoby skierowanej do pełnienia funkcji kierownika budowy 0 punktów, podczas gdy oferta Odwołującego winna otrzymać we wskazanym kryterium oceny ofert liczbę 30 punktów,

2)art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących tego, czy wszystkie wskazane w formularzu ofertowym zadania polegały na przebudowie lub rozbudowie istniejącego budynku, mimo że okoliczność ta mogła zostać ustalona w sposób nieprowadzący do zmiany treści oferty.

Odwołujący wskazał, że jednym z kryteriów oceny ofert w postępowaniu jest doświadczenie osoby skierowanej do pełnienia funkcji kierownika budowy („Kryterium Doświadczenia"). W ramach tego kryterium Zamawiający premiuje doświadczenie w zakresie nadzorowania w funkcji kierownika budowy zadań polegających na przebudowie, rozbudowie budynku lub jego części o wartości nadzorowanych robót nie mniejszej niż 7.000.000,00 zł brutto. Punkty w ramach ww. kryterium przyznawane są w następujący sposób:

0 punktów – brak wykazanych przez wykonawcę dodatkowych usług (poza dwoma usługami obligatoryjnymi, uprawniającymi do udziału w postępowaniu polegającymi na przebudowie, rozbudowie budynku lub jego części o wartości nadzorowanych robót nie mniejszej niż 7.000.000,00 zł brutto oddzielnie dla każdego zadania)

10 punktów – trzecia usługa polegająca na nadzorowaniu robót budowlanych polegający na przebudowie, rozbudowie budynku lub jego części o wartości nadzorowanych robót nie mniejszej niż 7.000.000,00 zł brutto oddzielnie dla każdego zadania (D1)

20 punktów – czwarta usługa polegająca na nadzorowaniu robót budowlanych polegający na przebudowie, rozbudowie budynku lub jego części o wartości nadzorowanych robót nic mniejszej niż 7.000.000,00 zł brutto oddzielnie dla każdego zadania (D2)

30 punktów – piąta usługa polegająca na nadzorowaniu robót budowlanych polegający na przebudowie, rozbudowie budynku lub jego części o wartości nadzorowanych robót nie mniejszej niż 7.000.000,00 zł brutto oddzielnie dla każdego zadania (D3)

Wykonawcy byli zobowiązani wskazać zadania na potrzeby oceny ofert w Kryterium Doświadczenia w formularzu ofertowym (pkt 5 lit. c) formularza ofertowego).

Odwołujący wskazał, że jako osobę skierowaną do pełnienia funkcji kierownika budowy podał J. S. . W formularzu ofertowym zostało wskazane pięć zadań na potrzeby oceny oferty Odwołującego w Kryterium Doświadczenia.

W dniu 11 grudnia 2020 r. Zamawiający opublikował informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, w której poinformował, że trzy z pięciu wskazanych w formularzu ofertowym Odwołującego zadań nie spełniają wymagań SIWZ, a w związku z tym Odwołujący nie otrzymuje punktów w Kryterium Doświadczenia. Zamawiający zakwestionował usługi wskazane w pkt 2, 4 i 5 formularza ofertowego, wskazując, że nie dotyczyły one przebudowy ani rozbudowy budynku lub jego części. W efekcie Zamawiający uwzględnił wyłącznie te z zadań wskazanych przez Odwołującego, w których nazwach wskazano wprost, że chodziło o rozbudowę budynku (zadanie nr 1) lub jego przebudowę (zadanie nr 3). Zamawiający odrzucił zakwestionowane zadania ze względu na to, że w ich nazwach mowa była o budowie i modernizacji budynku (zadanie nr 2), konserwacji modernizacji i adaptacji budynku (zadanie nr 4) oraz rozbiórce i budowie budynku (zadanie nr 5).

Zdaniem Odwołującego tok rozumowania Zamawiającego można podsumować następująco: aby zdobyć punkty w Kryterium Doświadczenia wykonawca zobowiązany był użyć w umieszczonej w pkt. 5 lit c formularza ofertowego tabeli słów-kluczy (rozbudowa lub przebudowa). Wszelkie odstępstwa od tej reguły skutkowały automatycznym zakwestionowaniem zadań i brakiem przyznania punktów. Zamawiający w procesie oceny ofert pominął więc zupełnie oświadczenie poprzedzające tabelę zamieszczoną w pkt. 5 lit. c formularza ofertowego, zgodnie z którym w tabeli umieszcza się jedynie takie zadania, które spełniają wymogi Kryterium Doświadczenia (tj. polegały na rozbudowie lub przebudowie budynku). Innymi słowy, wykonawcy składali oświadczenia dotyczące zakresu zadań już w pkt. 5 lit. c formularza ofertowego, w części poprzedzającej tabelę, zaś sama tabela miała na celu jedynie doprecyzowanie tych informacji. Wychodząc z powyższego założenia Odwołujący w tabeli zawartej w pkt. 5 lit. c formularza ofertowego podał nazwy zadań nadane im przez inwestorów. Jednocześnie, Odwołujący w części pkt. 5. lit. c formularza ofertowego poprzedzającej tabelę złożył oświadczenie, że wszystkie zadania polegały na rozbudowie lub przebudowie budynku.

Odwołujący podniósł, że jeżeli po lekturze treści tabeli Zamawiający miał wątpliwości co do rzeczywistego zakresu zadań (tj. czy w istocie polegały one na rozbudowie lub przebudowie budynku, mimo złożonego przez Odwołującego oświadczenia w tym zakresie w części pkt. 5. lit. c formularza ofertowego), to nic nie stało na przeszkodzie, żeby wezwał on Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących tej kwestii. Powyższego wniosku nie zmienia fakt, że informacje te mają znaczenie z punktu widzenia przyznania punktów w Kryterium Doświadczenia.

Wyjaśnienia co najwyżej doprecyzowałaby okoliczności wynikających wprost z całościowej treści oferty. Nie doszłoby do przekazania żadnych dodatkowych informacji, a więc nie zmieniłaby się treść oferty Odwołującego. W szczególności, Odwołujący nie mógłby zamienić zakwestionowanych zadań na jakiekolwiek inne doświadczenia. Zdaniem Odwołującego, w zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający zobowiązany był skorzystać z procedury zawartej w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w celu ustalenia rzeczywistego zakresu robót wchodzących w skład zakwestionowanych zadań. Ten zaś wyznaczany jest przez istotę faktycznie przeprowadzanych prac, a nie przez nazwę inwestycji nadaną uprzednio przez zamawiającego.

Odwołujący zaznaczył, że decyzja o wskazaniu w tabeli zawartej w pkt. 5 lit. c formularza ofertowego nazw inwestycji, a nie pełnego zakresu robót wchodzących w ich skład wynikała nie tylko z wcześniejszego potwierdzenia, że każde z zadań polegało na rozbudowie lub przebudowie budynku, ale także z istoty samego formularza ofertowego. Nie ulega bowiem wątpliwości, że umieszczane w nim informacje powinny być zwięzłe, do takich zaś nie może należeć wyczerpujące opisanie zakresu robót budowlanych składających się na daną inwestycję.

Odwołujący wskazał, że w obrębie zadania nr 2, mimo że zamawiający (Urząd Dzielnicy Targówek) nadał inwestycji nazwę *Budowa sali gimnastycznej, stołówki i części dydaktyczno-szatniowej wraz z modernizacją istniejącego budynku szkoły, budową boisk i zagospodarowaniem terenu przy Szkole Podstawowej nr 206 i Szkole Specjalnej przy ul. Bartniczej w Warszawie*, zakres prac obejmował w istocie między innymi przebudowę istniejącego budynku szkoły polegającą na zmianie sposobu użytkowania części pomieszczeń wraz z remontem generalnym całego budynku, a także rozbudowę szkoły o nowy budynek sali gimnastycznej, stołówki oraz część dydaktyczno-szatniową, na dowód czego Odwołujący załączył do odwołania oświadczenie inwestora – Urzędu Dzielnicy Targówek.

W odniesieniu do zadania nr 4 Odwołujący wskazał, że mimo iż zamawiający (Uniwersytet Warszawski) nadał inwestycji nazwę *Konserwacja modernizacja i adaptacja na cele kulturalne i edukacyjne zabytkowych budynków Ogrodu Botanicznego Uniwersytetu Warszawskiego w Alejach Ujazdowskich 4 w Warszawie*, zakres wykonanych prac miał charakter przebudowy, na dowód czego Odwołujący przedstawił oświadczenie autorki projektu, na podstawie którego zrealizowano inwestycję – architekt H. W. K. .

Co do zadania nr 5 Odwołujący podniósł, że mimo iż zamawiający (Urząd Dzielnicy Targówek) nadał inwestycji nazwę *Roboty budowlane związane z rozbiórką istniejącej i budową nowej przychodni rehabilitacyjnej dla dzieci i młodzieży przy ul. Balkonowej 4 w Warszawie wraz z niezbędną infrastrukturą*, zakres prac obejmował w istocie między innymi rozbudowę istniejącej przychodni parterowej o budowę nowej części, na dowód czego Odwołujący przedstawił oświadczenie inwestora – Urzędu Dzielnicy Targówek.

Odwołujący podniósł, że jedynie wskutek zaniechania wezwania do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie istotnym dla jej oceny w zakresie Kryterium Doświadczenia, nie miał on możliwości przekazania wskazanych informacji Zamawiającemu, co doprowadziło do nieprawidłowej oceny jego oferty, a w konsekwencji do zaniechania jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej. Odwołujący podkreślił, że w takiej sytuacji wezwanie wykonawcy do treści złożonej oferty jest nie tylko uprawnieniem Zamawiającego, ale wręcz jego obowiązkiem.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem wszystkich zadań wskazanych w tabeli umieszczonej w pkt 5 lit. c formularza ofertowego złożonego przez Odwołującego, ewentualnie – powtórzenia badania i oceny ofert, w tym wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zadań wskazanych jako nr 2, 4 i 5 w tabeli umieszczonej w pkt 5 lit. c formularza ofertowego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 8.1.2 lit. c.2.1 SIWZ w ramach warunków udziału w postępowaniu *wykonawca winien udokumentować, że dysponuje lub będzie dysponować przy wykonywanych pracach osobą przyjmującą obowiązki kierownika budowy (…). Osoba ta winna wykazać się doświadczeniem w nadzorowaniu co najmniej dwóch zadań, polegających na przebudowie, rozbudowie budynku lub jego części o wartości nadzorowanych robót nie mniejszej niż 7.000.000,00 zł brutto oddzielnie dla każdego zadania, w którym ww. osoba pełniła funkcję kierownika budowy.*

Zgodnie z punktem 14.1.b SIWZ (po zmianach z 10 lipca 2020 r.), jako jedno z kryteriów oceny ofert, o wadze 30%, zostało przyjęte kryterium „Doświadczenie kierownika budowy". Stosownie do ww. postanowienia SIWZ kryterium to będzie rozpatrywane na podstawie zadeklarowanej przez wykonawcę w formularzu ofertowym ilości wykonanych usług przez wskazanego wskazaną przez wykonawcę osobę. Zamawiający podał, że będzie dodatkowo punktował

nadzorowanie przez tę osobę w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, dodatkowych zadań spełniających warunki wskazane w punkcie 8.1.2 lit. c.2.1 SIWZ. Ponadto w SIWZ podano:

Wykonawca winien wskazać konkretną ilość zadań nadzorowanych przez wskazanego w formularzu ofertowym kierownika budowy.

Maksymalna ilość punktów, jaką może otrzymać wykonawca w kryterium „doświadczenie kierownika budowy" wynosi 30 punktów.

Minimalna ilość punktów, jaką może otrzymać wykonawca w kryterium „doświadczenie kierownika budowy" wynosi 0 punktów.

Sposób przyznawania punktów:

0 punktów – brak wykazanych przez wykonawcę dodatkowych usług (poza dwoma usługami obligatoryjnymi, uprawniającymi do udziału w postępowaniu polegającymi na przebudowie rozbudowie budynku lub jego części o wartości nadzorowanych robót nie mniejszej niż 7.000.000,00 zł brutto oddzielnie dla każdego zadania).

10 punktów – trzecia usługa polegająca na nadzorowaniu robót budowlanych polegająca na przebudowie rozbudowie budynku lub jego części o wartości nadzorowanych robót nie mniejszej niż 7.000.000,00 zł brutto oddzielnie dla każdego zadania

20 punktów – czwarta usługa polegająca na nadzorowaniu robót budowlanych polegająca na przebudowie rozbudowie budynku lub jego części o wartości nadzorowanych robót nie mniejszej niż 7.000.000,00 zł brutto oddzielnie dla każdego zadania

30 punktów – piąta usługa polegająca na nadzorowaniu robót budowlanych polegająca na przebudowie rozbudowie budynku lub jego części o wartości nadzorowanych robót nie mniejszej niż 7.000.000,00 zł brutto oddzielnie dla każdego zadania.

W punkcie II.5 Formularza ofertowego (załącznik nr 1 do SIWZ), należało wskazać osobę wyznaczoną jako kierownik budowy oraz podać informacje na temat jej kwalifikacji zawodowych i podstawę dysponowania tą osobą. Ponadto, Formularz ofertowy obejmuje następujące oświadczenie:

c) Wykaz doświadczenia kierownika budowy w zakresie nadzorowania w funkcji kierownika budowy zadania polegającego na przebudowie, rozbudowie budynku lub jego części o wartości nadzorowanych robót nie mniejszej niż 7 000 000,00 zł brutto oddzielnie dla każdego zadania:

Lp.	*Wartość robót brutto nadzorowanego zadania w funkcji kierownika budowy*	*Zakres nadzorowanych robót zgodnie z powyższym wymogiem*	*Nazwa i adres podmiotu, na rzecz którego zostały wykonane roboty*
1			
2			
3			
4			
5			

Odwołujący zamieścił w formularzu ofertowym przytoczone wyżej oświadczenie, podając w wykazie, że osoba wskazana do funkcji kierownika budowy (pan Jerzy Szafraniec) pełniła funkcję kierownika budowy w ramach następujących zadań:

1)Budowa nowego budynku oraz rozbudowa istniejącego budynku Akademii Sztuk Pięknych w Warszawie,

2)Budowa Sali gimnastycznej, stołówki i części dydaktyczno-szatniowej wraz z modernizacją istniejącego budynku szkoły, budową boisk i zagospodarowaniem terenu przy Szkole Podstawowej nr 206 i Szkole Specjalnej przy ul. Bartniczej w Warszawie,

3)Przebudowa budynku w Alejach Ujazdowskich 4 dla Centrum Współpracy i Dialogu.

4)Konserwacja, modernizacja i adaptacja na cele kulturalne i edukacyjne zabytkowych budynków Ogrodu Botanicznego Uniwersytetu Warszawskiego;

5)Roboty budowlane związane z rozbiórką istniejącej i budową nowej przychodni rehabilitacyjnej dla dzieci i młodzieży przy ul. Balkonowej 4 w Warszawie wraz z niezbędną infrastrukturą.

Pismem z 11 grudnia 2020 r. Zamawiający poinformował o wyniku postępowania, podając, że ocenił oferty w następujący sposób:

Nr oferty	*Nazwa wykonawcy*	*Ilość punktów w kryterium Ceny*	*Ilość punktów w kryterium Doświadczenie kierownika budowy*	*Ilość punktów w kryterium Gwarancja*	*Ilość punktów ogółem*
1	*Konsorcjum Firm:* *Lider Konsorcjum: PBO Śląsk sp. z o.o.* *Członek Konsorcjum: WODPOL sp. z o.o.*	*60,00*	*0,00**	*10,00*	*70,00*
2	*Konsorcjum firm:* *Lider Konsorcjum: PB Częstobud D. Ś.* *Członek Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o.*	*59,50*	*30,00***	*10,00*	*99,50*

W odniesieniu do oceny oferty Odwołującego w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy" Zamawiający podał:

Zgodnie z kryterium oceny ofert „Doświadczenie kierownika budowy" wykonawca zobowiązany był wykazać doświadczenie wskazanej osoby w zakresie nadzorowania w funkcji kierownika budowy, w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, zadania polegającego na przebudowie, rozbudowie budynku lub jego części o wartości nadzorowanych robót nie mniejszej niż 7 000 000,00 zł brutto oddzielnie dla każdego zadania.

Wykonawca w złożonej ofercie wykazał w sumie 5 zadań nadzorowanych przez kierownika budowy, z których za prawidłowe zostały uznane 2 zadania tj. zad. nr 1 tj. „Budowa nowego budynku oraz rozbudowa istniejącego budynku Akademii Sztuk Pięknych w Warszawie" wykonane na rzecz ASP Warszawa, Krakowskie Przedmieście 5, 00-068 Warszawa na kwotę 48 648 094,65 zł brutto oraz zad. nr 3 tj. „Przebudowa budynku w Alejach Ujazdowskich 4 dla Centrum Współpracy i Dialogu (część wschodnia) objętego programem wieloletnim pn. „Uniwersytet Warszawski 2016-2025" wykonane na rzecz Uniwersytetu Warszawskiego, Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa na kwotę 8 973 697,85 zł brutto.

Pozostałe z wykazanych zadań, nie spełniały wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie przebudowy lub rozbudowy budynku lub jego część, albowiem dotyczyły:

Zadanie nr 2 – Budowy Sali gimnastycznej, stołówki i części dydaktyczno-szatniowej wraz z modernizacją istniejącego budynku szkoły, budową boisk i zagospodarowaniem terenu przy Szkole Podstawowej nr 206 i Szkole Specjalnej przy ul. Bartniczej w Warszawie,

Zadanie nr 4 – Konserwacji, modernizacji i adaptacji na cele kulturalne i edukacyjne zabytkowych budynków Ogrodu Botanicznego Uniwersytetu Warszawskiego […]

Zadanie nr 5 – Robót budowlanych związanych z rozbiórką istniejącej i budową nowej przychodni rehabilitacyjnej dla dzieci i młodzieży przy ul. Balkonowej 4 w Warszawie wraz z niezbędną infrastrukturą.

Zamawiający przyznał wykonawcy w ramach tego kryterium 0,00 punktów, gdyż zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia „gdy Wykonawca nie wskaże żadnego lub wskaże jedno lub dwa zadania poświadczającego doświadczenia kierownika budowy, Zamawiający w tym kryterium przyzna takiemu wykonawcy „0" punktów"

Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Konsorcjum: PB Częstobud D. Ś., Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Konsorcjum: PB CZĘSTOBUD D. Ś Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o., które zgłosiło przystąpienie w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu sprawy na korzyść Zamawiającego.

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.), który stanowi, że *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe*.

Ponadto, przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2004 r. znajdują również zastosowanie do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie. Zgodnie bowiem z art. 92 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych, *do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., oraz do właściwości sądów w sprawach skarg wniesionych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.*

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Stosownie do art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, 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. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

W ocenie Izby decyzja o nieprzyznaniu Odwołującemu punktów za doświadczenie kierownika budowy wskazane w poz. nr 2, 4 i 5 w tabeli zamieszczonej w pkt 5 lit. c formularza ofertowego, nie została poprzedzona należytym zbadaniem oferty. Zamawiający bowiem – jak wynika z informacji o wyniku postępowania oraz ze stanowiska Zamawiającego przedstawionego na rozprawie – oceniając zakres doświadczenia kierownika budowy kierował się wyłącznie nazwą zadania wskazaną w kolumnie „Zakres nadzorowanych robót (…)".

Oceniając powyższe stanowisko Zamawiającego po pierwsze należy stwierdzić, że na korzyść tego stanowiska przemawia fakt, że Zamawiający wymagał podania w tabeli zamieszczonej w formularzu ofertowym zakresu nadzorowanych robót, nie zaś nazwy zadania, w ramach którego pełniona była funkcja kierownika budowy. Wykonawca powinien zatem, kierując się opracowanym przez Zamawiającego wzorem wykazu, wskazać w tabeli zakres robót z uwzględnieniem jego elementów istotnych z punktu widzenia kryterium oceny ofert. Zatem Odwołujący – wpisując w tabeli nazwę zadań nadaną przez inwestorów – nie zaprezentował informacji w sposób pozwalający bez wątpliwości dokonać oceny tych zadań pod kątem spełniania wymagań określonych w kryterium oceny ofert.

Niezależnie jednak od powyższego należy stwierdzić, że treść wykazu nie powinna być oceniana w oderwaniu od innych oświadczeń przedstawionych w ofercie, gdyż tylko uwzględnienie całokształtu treści oferty pozwala na dokonanie jej prawidłowej wykładni. W związku z tym nie można pominąć faktu, że jednocześnie z przedłożeniem wykazu doświadczenia kierownika budowy Odwołujący oświadczył, że przedstawia wykaz doświadczenia *w zakresie nadzorowania w funkcji kierownika budowy zadania polegającego na przebudowie, rozbudowie budynku lub jego części o wartości nadzorowanych robót nie mniejszej niż 7 000 000,00 zł brutto oddzielnie dla każdego zadania*. Treść tego oświadczenia Zamawiający bezpodstawnie pominął, przyjmując za rozstrzygające, że w samej tabeli wskazano nazwy zadań, nieobejmujące określeń *przebudowa* lub *rozbudowa*. Zamawiający oparł więc decyzję o odmowie przyznania dodatkowych punktów za doświadczenie kierownika budowy jedynie na fragmencie oświadczenia wykonawcy zamieszczonego w formularzu ofertowym, w którym to fragmencie nie podano wprost, że zadania polegały na rozbudowie lub przebudowie budynku lub jego części, posłużono się natomiast określeniami takimi jak: budowa z modernizacją, konserwacja, modernizacja i adaptacja, roboty budowlanie związane z rozbiórką i budową.

Biorąc pod uwagę, że nazwy zadań wskazane w tabeli zamieszczonej w formularzu ofertowym nie pozwalają jednoznacznie stwierdzić, czy doświadczenie kierownika budowy odpowiada zakresowi, za jaki Zamawiający postanowił przyznawać punkty, a jednocześnie oświadczenie zamieszczone nad tabelą wskazuje, że zadania te polegały na przebudowie lub rozbudowie budynku lub jego części, należy stwierdzić, że treść oferty Odwołującego wywołuje wątpliwości, które powinny podlegać wyjaśnieniu na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, czego Zamawiający zaniechał.

Jednocześnie nie sposób podzielić stanowiska o bezwzględnej niemożliwości wyjaśniania treści oferty dotyczącej

elementów podlegających ocenie w kryteriach oceny ofert. Zauważenia bowiem wymaga, że przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do treści oferty w ogólności, przy czym – bez względu na to, jaki element tej treści jest wyjaśniany – zakazuje prowadzenia negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywania zmian w jej treści (z wyjątkiem dopuszczonego w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp poprawienia omyłek). Należy więc stwierdzić, że wyjaśnienia nie są zakazane, o ile dążą jedynie do wyeliminowania wątpliwości dotyczących treści oferty i nie polegają na prowadzeniu negocjacji ani nie prowadzą do zmiany treści oferty. Ta sama zasada dotyczy każdego elementu treści oferty, w tym treści mającej znaczenie z punktu widzenia kryteriów oceny ofert. Wobec tego, w sytuacji wystąpienia wątpliwości, jaki zakres miały zadania wskazane jako doświadczenie kierownika budowy, Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do wyjaśnień. O ile wyjaśnienia te doprowadziłyby do wyeliminowania wątpliwości odnoszących się do zakresu zadań wskazanych w ofercie, a nie do przedstawienia innych zadań, czy innej osoby mającej pełnić funkcję kierownika budowy, to w żaden sposób nie naruszałyby one zakazów wynikających z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Podsumowując, wobec wątpliwości wynikających z treści złożonego przez Odwołującego formularza ofertowego obowiązkiem Zamawiającego było poprzedzenie oceny ofert wezwaniem Odwołującego do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, czego Zamawiający bezpodstawnie zaniechał. Konsekwencją tego zaniechania mogło być bezpodstawne nieprzyznanie ofercie Odwołującego punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy".

Odnosząc się do złożonego przez Przystępującego dowodu w postaci referencji dotyczących zadania z poz. 2 wykazu, mających potwierdzać, że zadanie dotyczyło budowy, a nie przebudowy lub rozbudowy, stwierdzić należy, że ocena zakresu tego zadania należy do Zamawiającego, który uchylił się od należytego zbadania tej kwestii. Zauważenia wymaga, że okoliczności, na które powoływał się Przystępujący i które próbował wykazać złożonym dowodem, nie były w ogóle podstawą dokonanej przez Zamawiającego oceny ofert. Dokonanie oceny tych okoliczności przez Izbę w ramach postępowania odwoławczego nie byłoby zasadne, oceny takiej powinien dokonać Zamawiający, aby wykonawcom – w zależności od wyników tej oceny – mogło przysługiwać prawo skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Przystępującego o braku wpływu zarzucanych naruszeń przepisów na wynik postępowania, co zdaniem Przystępującego wynika z faktu, że jedno z zadań wskazanych w wykazie (poz. 5) zostało wykonane wcześniej niż 10 lat przed terminem składania ofert. Odnosząc się do tego stanowiska zauważyć należy, że wykaz obejmował zadania przedstawiane zarówno na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak i dla potrzeb oceny ofert (okoliczność bezsporna). Przystępujący pomija fakt, że w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu Zamawiający nie ograniczył w żaden sposób czasu, z jakiego powinno pochodzić doświadczenie kierownika budowy. W tej sytuacji, nawet jeśli kwestionowane przez Przystępującego zadanie zostało wykonane wcześniej niż 10 lat przed terminem składania oferty, to powinno zostać ono zaliczone na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie określił bowiem, które z zadań będą uznawane za potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a które za podlegające ocenie w ramach kryterium „Doświadczenie kierownika budowy", w związku z czym rozstrzygnięcia w tym zakresie nie mogą być dokonywane na niekorzyść wykonawcy. Oznacza to, że Odwołujący ma szanse otrzymać 30 punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy", co z kolei zmieniłoby ranking ofert w tym postępowaniu. Tym samym dowody składane przez Odwołującego i Przystępującego na okoliczność daty zakończenia tego zadania nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Ponadto, nie sposób podzielić stanowiska Przystępującego przedstawionego na rozprawie, jakoby Odwołujący – nawet w sytuacji wykazania poprawności wszystkich zadań – mógł uzyskać jedynie 10 punktów. Teza ta nie ma żadnego oparcia w postanowieniach punktu 14.b SIWZ, z którego jednoznacznie wynika, że w przypadku przedstawienia pięciu zadań, w tym dwóch na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu i trzech powyżej tego minimum, wykonawca uzyska 30 punktów (co potwierdza również stanowisko Zamawiającego).

Należy więc stwierdzić, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W związku z tym odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Przewodniczący:……