Sygn. akt: KIO 3274/20

WYROK

z dnia 8 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ewa Sikorska

Protokolant:Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 stycznia 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **INERGIS Spółka Akcyjna w Częstochowie**w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Sieradz w Sieradzu**

przy udziale wykonawcy **FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Pabianicach,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1.oddala odwołanie;
2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę **INERGIS Spółka Akcyjna w Częstochowie** i
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **INERGIS Spółka Akcyjna w Częstochowie**tytułem wpisu od odwołania,
2.2.zasądza od wykonawcy **INERGIS Spółka Akcyjna w Częstochowie**na rzecz **Gminy Sieradz w Sieradzu**kwotę **4 392 zł 59 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta dziewięćdziesiąt dwa złote pięćdziesiąt dziewięć groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz.2020) na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

…….

Sygn. akt: KIO 3274/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Sieradz w Sieradzu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa i montaż wraz z zaprojektowaniem i uruchomieniem 83 instalacji kolektorów słonecznych, 15 instalacji powietrznych pomp ciepła i 169 mikroinstalacji fotowoltaicznych z przeznaczeniem dla gospodarstw domowych w ramach Projektu pn. Ekologiczna Gmina Sieradz - energia słoneczna przyjazna człowiekowi", część III: Dostawa i montaż wraz z zaprojektowaniem i uruchomieniem 169 mikro-instalacji fotowoltaicznych.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1943 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 10 grudnia 2020 roku wykonawca INERGIS Spółka Akcyjna w Częstochowie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie czynności zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w postępowaniu, tj. od:

a)czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Kudrowicach (dalej „FLEXIPOWER" lub „przystępujący") jako najkorzystniejszej oferty,

b)czynności badania i oceny oferty złożonej przez odwołującego, w tym zaniechania przyznania ofercie odwołującego jakichkolwiek punktów w ramach kryterium „Doświadczenie personelu kluczowego - Kierownika budowy",

c)zaniechania wezwania odwołującego do wyjaśnień treści złożonej oferty,

d)zaniechania dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

e)ewentualnie i z ostrożności procesowej – od czynności badania i oceny oferty złożonej przez FLEXIPOWER, w tym od czynności przyznania ofercie FLEXIPOWER 10 punktów w ramach kryterium „Doświadczenie personelu kluczowego - Kierownika budowy".

Czynnościom i zaniechaniom zamawiającego w zakresie Części III: Dostawa i montaż wraz z zaprojektowaniem i uruchomieniem 169 mikro-instalacji fotowoltaicznych, odwołujący postawił następujące zarzuty:

a)zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. w związku z naruszeniem art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego (dalej „K.c.") w związku z art. 14 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie wadliwej oceny oferty złożonej przez odwołującego w ramach kryterium „Doświadczenie personelu kluczowego - Kierownika budowy", co skutkowało zaniechaniem przyznania ofercie odwołującego jakichkolwiek punktów w ramach ww. kryterium;

b)zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień treści złożonej oferty, tj. do wyjaśnienia wątpliwości czy wskazane w ofercie doświadczenie Kierownika budowy odpowiada wszystkim wymaganiom określonym w ramach kryterium „Doświadczenie personelu kluczowego - Kierownika budowy";

c)zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie wyboru

oferty wykonawcy FLEXIPOWER jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Ponadto z ostrożności procesowej:

d)zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie wadliwej oceny oferty złożonej przez wykonawcę FLEXIPOWER w ramach kryterium „Doświadczenie personelu kluczowego - Kierownika budowy", co skutkowało bezzasadnym przyznaniem ofercie wykonawcy FLEXIPOWER 10 punktów w ramach ww. kryterium.

Wskazując na powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby w zakresie Części III: Dostawa i montaż wraz z zaprojektowaniem i uruchomieniem 169 mikro-instalacji fotowoltaicznych:

a)unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy FLEXIPOWER jako najkorzystniejszej oferty;

b)dokonał ponownego badania i oceny oferty złożonej przez odwołującego, w tym przyznał ofercie złożonej przez odwołującego w ramach kryterium „Doświadczenie personelu kluczowego - Kierownika budowy" 20 punktów, czyli łącznie we wszystkich kryteriach oceny ofert przyznał ofercie złożonej przez odwołującego 100 punktów;

c)w razie potrzeby wezwał odwołującego do wyjaśnień treści złożonej oferty, tj. do wyjaśnienia wątpliwości czy wskazane w ofercie doświadczenie Kierownika budowy odpowiada wszystkim wymaganiom określonym w ramach kryterium „Doświadczenie personelu kluczowego - Kierownika budowy";

d)w konsekwencji dokonał czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Ponadto z ostrożności procesowej, odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu, aby:

a)unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy FLEXIPOWER jako najkorzystniejszej oferty;

b)dokonał ponownego badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę FLEXIPOWER, w tym aby nie przyznał ofercie złożonej przez wykonawcę FLEXIPOWER jakichkolwiek punktów w ramach kryterium „Doświadczenie personelu kluczowego - Kierownika budowy", tak aby w rezultacie we wszystkich kryteriach oceny ofert oferta FLEXIPOWER otrzymała łącznie 77,65 punktów;

c)w konsekwencji dokonał czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści s.i.w.z., wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy odwołujący poniósł szkodę. Gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy P.z.p., to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy P.z.p. W konsekwencji, zgodnie z określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) kryteriami oceny ofert, oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza w zakresie Części III.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 stycznia 2020 roku wniósł o:

1) oddalenie odwołania w całości;

2) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania - w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu w wysokości określonej na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem postępowania w zakresie części III postępowania jest dostawa i montaż wraz z zaprojektowaniem i uruchomieniem 169 mikro-instalacji fotowoltaicznych.

Zamawiający w pkt 14. s.i.w.z. przyjął w postępowaniu następujące kryteria oceny ofert:

a)Cena ofertowa brutto - C: 60%;

b)Doświadczenie personelu kluczowego - Kierownika budowy - D: 20%;

c)Gwarancja na wykonany przedmiot zamówienia - G: 20%.

Zamawiający pismem z dnia 7 sierpnia 2020 r. dokonał zmiany s.i.w.z. wprowadzając w pkt 14, ppkt 14.3 s.i.w.z. następujące postanowienia dotyczące kryterium: „Doświadczenie personelu kluczowego - Kierownika budowy":

„W zakresie części III:

Doświadczenie Kierownika budowy (osoby skierowanej do realizacji zamówienia kierownika robót branży elektrycznej), polegające na wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, na stanowisku kierownika budowy (w formule dostawa z montażem lub robót budowlanych), zamówień obejmujących montaż co najmniej 60 instalacji fotowoltaicznych dla gospodarstw domowych w ramach jednej umowy, o wartości minimum 1.000.000,00 zł brutto każde zamówienie:

Sposób oceny odpowiednio w zakresie każdej części:

Wg skali punktowej:

-0 zamówień - D = 0 pkt

-1 zamówienie - D = 10 pkt

-2 zamówienia - D = 20 pkt

W przypadku, gdy Wykonawca nie wykaże w ofercie doświadczenia kierownika budowy, polegającego na realizacji wyżej opisanych zamówień — Zamawiający do celu oceny oferty przyjmie 0 pkt, natomiast taka sytuacja nie spowoduje odrzucenia oferty.

W przypadku, gdy wykonawca wskaże w ofercie doświadczenia kierownika budowy, polegające na realizacji większej liczby wyżej opisanych zamówień niż 2 — Zamawiający do celu oceny oferty przyjmie maksymalną liczbę punktów (20 pkt)."

Odwołujący jako osobę skierowaną do realizacji zamówienia na stanowisku Kierownika budowy / Kierownika robót branży elektrycznej wskazał w formularzu ofertowym pana M. D., ponadto oświadczył, że ww. osoba posiada doświadczenie, polegające na wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, na stanowisku kierownika budowy (w formule dostawa z montażem lub robót budowlanych), zamówień obejmujących montaż co najmniej 60 instalacji fotowoltaicznych dla gospodarstw domowych w ramach jednej umowy, o wartości minimum 1.000.000 zł brutto każde zamówienie, w liczbie 2 zamówień, i następnie opisał doświadczenie posiadane przez pana M. D. .

Wykonawca FLEXIPOWER jako osobę skierowaną do realizacji zamówienia na stanowisku Kierownika budowy / Kierownika robót branży elektrycznej wskazał w formularzu ofertowym pana M. S., ponadto oświadczył, że ww. osoba posiada doświadczenie, polegające na wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, na stanowisku kierownika budowy (w formule dostawa z montażem lub robót budowlanych), zamówień obejmujących montaż co najmniej 60 instalacji fotowoltaicznych dla gospodarstw domowych w ramach jednej umowy, o wartości minimum 1.000.000 zł brutto każde zamówienie, w liczbie 2 zamówień, i następnie opisał doświadczenie posiadane przez pana M. S..

Zgodnie z otrzymaną w dniu 30 listopada 2020 r. „INFORMACJĄ O WYBORZE NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERT zakresie Części III" oferta złożona przez odwołującego w ramach kryterium „Doświadczenie personelu kluczowego - Kierownika budowy" nie otrzymała jakichkolwiek punktów, natomiast oferta wykonawcy FLEXIPOWER otrzymała w tym kryterium 10 punktów. Odwołujący w dniu 2 grudnia 2020 r. skierował do zamawiającego wniosek dotyczący uzasadnienia przyznanej punktacji w kryterium oceny ofert, dotyczący doświadczenia personelu kluczowego, tj. kierownika budowy, w zakresie części III zamówienia, w odniesieniu do oferty odwołującego oraz w odniesieniu do oferty wykonawcy FLEXIPOWER.

Zamawiający w piśmie z dnia 4 grudnia 2020 r. wyjaśnił, że:

W pkt 14.2 SIWZ IDW Zamawiający ustalił kryterium b) Doświadczenie personelu kluczowego - Kierownika budowy o wadze 20%. W pkt. 14.3 SIWZ IDW Zamawiający określił sposób oceny tego kryterium w zakresie Części III jako „Doświadczenie Kierownika budowy (osoby skierowanej do realizacji zamówienia - kierownika robót branży elektrycznej), polegające na wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, na stanowisku kierownika budowy (w formule dostawa z montażem lub robót budowlanych), zamówień obejmujących montaż co najmniej 60 instalacji fotowoltaicznych dla gospodarstw domowych w ramach jednej umowy, o wartości minimum 1.000.000 zł brutto każde zamówienie" wg skali punktowej: 0 zamówień - D 0 pkt; 1 zamówienie - D 10 pkt; 2 zamówienia - D 20 pkt.

Równocześnie w Formularzu ofertowym Zamawiający zamieścił odpowiedni wzór oświadczenia Wykonawcy o treści: „Oświadczamy, że osoba skierowana do realizacji zamówienia na stanowisku Kierownika Budowy/Kierownika robót branży elektrycznej: Pani/Pan: posiada doświadczenie, polegające na wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, na stanowisku kierownika budowy (w formule dostawa z montażem lub robót budowlanych), zamówień obejmujących montaż co najmniej 60 instalacji fotowoltaicznych dla gospodarstw domowych w ramach jednej umowy, o wartości minimum 1.000.000 zł brutto każde zamówienie, w liczbie. szt. zamówień." Pod oświadczeniem Zamawiający zamieścił wzór tabeli do wypełnienia przez Wykonawcę, w której Wykonawca miał podać: Nazwę i opis zamówienia, pozwalający na ocenę spełnienia kryterium oceny ofert zgodnie z rozdz. 14.3. SIWZ, liczbę instalacji, datę zakończenia realizacji i podmiot na rzecz którego zadanie zostało wykonane.

Wykonawca INERGIS S.A. przedstawił w swojej ofercie następujące doświadczenie Kierownika budowy:

L.p.	*Nazwa i opis zamówienia, pozwalający na ocenę spełnienia kryterium oceny ofert zgodnie z rozdz. 14.3. SIWZ*	*Liczba instalacji*	*Data zakończenia realizacji dd-mm-rrrr*	*Podmiot na rzecz którego zadanie zostało wykonane*
1	*"Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych i pomp ciepła w budynkach mieszkalnych w Świdniku w ramach projektu pn. Świdnik przyjazny środowisku — edycja II — budynki mieszkalne (pompy ciepła i ogniwa fotowoltaiczne"*	*219*	*30.06.2020r*	*Gmina Miejska Świdnik ul. Stanisława Wyspiańskiego 27 21-040 Świdnik*
2	*"Montaż instalacji OZE w ramach projektów parasolowych na terenie min Łopuszno"*	*227*	*30.07.2020r*	*Gmina Łopuszno ul. Konecka 12, 26-070 Łopuszno*

Ad. 1) W opisie zamówienia brak informacji: ile było wykonanych instalacji fotowoltaicznych, jaka była wartość wykonanych instalacji fotowoltaicznych. Zamawiający nie może jednoznacznie stwierdzić, że wykazane doświadczenie Kierownika budowy spełnia warunek opisany w kryterium. Zamawiający nie przyznał Wykonawcy punktów za to zamówienie.

Ad.2) W opisie zamówienia brak informacji: jakie to były instalacje i ewentualnie ile było instalacji fotowoltaicznych, czy instalacje fotowoltaiczne zostały wykonane dla gospodarstw domowych, jaka była wartość instalacji fotowoltaicznych. Zamawiający nie może jednoznacznie stwierdzić, że wykazane doświadczenie Kierownika budowy spełnia warunek opisany w kryterium. Zamawiający nie przyznał Wykonawcy punktów za to zamówienie.

Mając powyższe na względzie, Zamawiający nie przyznał Wykonawcy INERGIS S.A. punktów w Kryterium

„Doświadczenie personelu kluczowego - Kierownika budowy".

Wykonawca FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. przedstawił w swojej ofercie następujące doświadczenie Kierownika budowy:

L.p.	*Nazwa i opis zamówienia, pozwalający na ocenę spełnienia kryterium oceny ofert zgodnie z rozdz. 14.3. SIWZ*	*Liczba instalacji*	*Data zakończenia realizacji dd-mm-rrrr*	*Podmiot na rzecz którego zadanie zostało wykonane*
1	*Poprawa jakości powietrza poprzez zwiększenie udziału OZE w wytwarzaniu energii na terenie Miasta i Gminy Ostrzeszów" - część 1 zamówienia zaprojektowanie, dostawa i montaż 414 instalacji fotowoltaicznych. Wartość inwestycji wynosiła: 5 549 252,00 zł*	*414*	*16.06.2019*	*Miasto i Gmina Ostrzeszów, ul. Zamkowa 31, 63500 Ostrzeszów*
2	*Dostawa i montaż wraz z zaprojektowaniem i uruchomieniem 88 mikro-instalacji fotowoltaicznych dla Gminy Sitkówka-Nowiny - w ramach realizacji projektu Czysta energia z OZE dla mieszkańców Gminy Sitkówka-Nowiny i Gminy Piekoszów" - zaprojektowanie, dostawa i montaż 88 instalacji fotowoltaicznych. Wartość inwestycji wynosiła 1 205 557,00 zł*	*88*	*30.10.2019*	*Gmina Sitkówka-Nowiny, ul. Białe Zagłębie 25, 26-052 Nowiny*

Ad. 1) W opisie zamówienia brak informacji: czy instalacje fotowoltaiczne zostały wykonane dla gospodarstw domowych, jaka była wartość instalacji fotowoltaicznych wykonanych dla gospodarstw domowych. Zamawiający nie może jednoznacznie stwierdzić, że wykazane doświadczenie Kierownika budowy spełnia warunek opisany w kryterium. Zamawiający nie przyznał Wykonawcy punktów za to zamówienie.

Ad.2) Zamawiający stwierdził, że wykazane doświadczenie Kierownika budowy spełnia warunek opisany w kryterium. Zamawiający przyznał Wykonawcy 10 punktów za to zamówienie.

Mając powyższe na względzie, Zamawiający przyznał Wykonawcy FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. 10 punktów w Kryterium „Doświadczenie personelu kluczowego - Kierownika budowy".

Z swojej ocenie Zamawiający kierował się uzasadnieniem wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 11 lutego 2020 r. (sygn.. akt: KIO 177/20), w którym stwierdzono m.in.:

„Z uwagi na rangę kryteriów oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, niedopuszczalne jest wywodzenie przez Zamawiającego z oświadczenia złożonego przez wykonawcę treści, której oświadczenie to wprost nie zawiera bądź dokonywanie poprawy w sposób, który nie jest oczywisty. Mechanizmów takich nie przewiduje ustawa Pzp. To obowiązkiem wykonawcy jest dochowanie staranności i złożenie takiego oświadczenia, co do którego Zamawiający nie będzie miał wątpliwości. Zważyć także należy, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający prawidłowo zastrzegł, że opis doświadczenia niejednoznaczny i nie pozwalający na jego ocenę nie będzie premiowany." oraz „Ocena oferty w kryterium oceny ofert w ten sposób, że Zamawiający nie ma wynikającej z treści złożonego przez wykonawców oświadczenia pewności co do zakresu posiadanego doświadczenia, a mimo to przyznaje ofercie maksimum punktów, jest nie tylko niezgodna z treścią Specyfikacji, ale też stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji."

Mając powyższe na względzie, Zamawiający przyznał poszczególnym Wykonawcom punkty w Kryterium „Doświadczenie personelu kluczowego - Kierownika budowy", jakie podał w Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie Części III z dnia 30. 11.2020.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. w związku z naruszeniem art. 65 § 1 K.c. w związku z art. 14 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie wadliwej oceny oferty złożonej przez odwołującego w ramach kryterium „Doświadczenie personelu kluczowego - Kierownika budowy", co skutkowało zaniechaniem przyznania ofercie odwołującego jakichkolwiek punktów w ramach ww. kryterium.

Izba wskazuje, że odwołujący – wykazując doświadczenie zawodowe Pana M. D. – nie uczynił zadość wymogom wskazanym w s.i.w.z. Izba podkreśla, że informacja w zakresie tych wymogów została przez zamawiającego bardzo precyzyjnie określona. W Formularzu ofertowym zamawiający zamieścił odpowiedni wzór oświadczenia wykonawcy o treści: „Oświadczamy, że osoba skierowana do realizacji zamówienia na stanowisku Kierownika Budowy/Kierownika robót branży elektrycznej: Pani/Pan: posiada doświadczenie, polegające na wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, na stanowisku kierownika budowy (w formule dostawa z montażem lub robót budowlanych), zamówień obejmujących montaż co najmniej 60 instalacji fotowoltaicznych dla gospodarstw domowych w ramach jednej umowy, o wartości minimum 1.000.000 zł brutto każde zamówienie, w liczbie. szt. zamówień." Pod

oświadczeniem zamawiający zamieścił wzór tabeli do wypełnienia przez wykonawcę, w której wykonawca miał podać: Nazwę i opis zamówienia, pozwalający na ocenę spełnienia kryterium oceny ofert zgodnie z rozdz. 14.3. s.i.w.z., liczbę instalacji, datę zakończenia realizacji i podmiot na rzecz którego zadanie zostało wykonane.

Z powyższego wynika, że wykonawcy obowiązani byli w tabeli wskazać informacje wprost potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Wykonawcy obowiązani byli precyzyjnie wyspecyfikować cechy zamówienia pozwalające zamawiającemu na dokonanie oceny, czy wskazana osoba spełnia wymagane doświadczenie. Tego rodzaju informacje nie znalazły się tabeli. Odwołujący wskazał wyłącznie nazwę zamówienia, nie podając informacji o ilości instalacji fotowoltaicznych ani wartości zamówienia, a w przypadku usługi wskazanej pod pozycją 2 – również informacji o rodzaju instalacji i informacji, czy były one montowane dla gospodarstw domowych.

Nie sposób zgodzić się z odwołującym, iż fakt spełniania postawionych warunków wynikał ze złożonego w formularzu ofertowym oświadczenia o posiadaniu stosownego doświadczenia. Zamawiający wymagał złożenia precyzyjnych informacji i dopiero one – wraz ze złożonym w formularzu oświadczeniem – stanowić miały podstawę dokonania oceny oferty odwołującego. Brak podstawowych informacji na temat wykonanych zamówień uniemożliwił bowiem dokonanie oceny zgodnie z zasadami przyjętymi w s.i.w.z.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego, iż złożone przez niego oświadczenie winno być interpretowane zgodnie z zasadami wskazanymi w Kodeksie cywilnym, Izba wskazuje, iż – istotnie – zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy P.z.p., do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielnie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy P.z.p. nie stanowią inaczej. Jednakowoż, w orzecznictwie sądów powszechnych podkreślane jest dość powszechnie, iż dyrektywy wykładni oświadczeń woli zawarte w art. 65 § 1 K.c. mają zastosowanie tylko wówczas, gdy treść oświadczenia woli jest niejasna lub wieloznaczna. (zob. np. wyrok SA w Łodzi z dnia 6 maja 2015 r. sygn. I ACa 1640/14). W rozpoznawanym przypadku nie można mówić o jakiejkolwiek niejasności w treści tabeli. Wykonawca nie podał bowiem informacji, które były wymagane przez zamawiającego. Wykładnia treści tabeli nie może prowadzić do jej uzupełnienia o informacje, które się w niej nie znalazły.

Odnosząc się do zarzutu odwołującego dotyczącego nadmiernego formalizmu zamawiającego, Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego istotnie cechuje się dość wysokim formalizmem. Niemniej jednak, jak słusznie określa judykatura m. in. w wyroku w Sądu Okręgowego w Gliwicach z 23 lutego 2007 roku sygn. akt: X Ga 23/07/za, iż „Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad PZP. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy".

Podkreślenia wymaga, że odwołującego, z uwagi na profesjonalny charakter jego działalności, obowiązuje podwyższona staranność, o której mowa w art. 355 § 2 K.c. Owa staranność obejmuje również czynności podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które charakteryzuje się wysokim stopniem sformalizowania. Niemniej jednak wykonawca przystępujący do takiego postępowania winien znać obowiązujące w tym zakresie przepisy i zasady z nich wynikające i stosować je przy dokonywanych czynnościach.

Postępowanie zamawiającego natomiast, zgodne z przepisami ustawy nie może być nigdy utożsamiane z niepotrzebnym formalizmem, do jakiego referował odwołujący. Niewątpliwie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiące szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć formalizm postępowania nie może być celem samym w sobie, to szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje zamawiających do takiego właśnie działania, o ile jest ono zgodne z postanowieniami ustawy. Zamawiający, który wobec jednego z podmiotów odstąpiłby od zasad obowiązujących w postępowaniu i nie respektowałby wyznaczonych przez siebie wymogów, naraziłby się na zarzut nierównego traktowania wykonawców.

Ogólnie wskazać tu należy, podzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70^1 § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że – obok ogłoszenia – zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to s.i.w.z. należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie s.i.w.z. jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w si.w.z. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm s.i.w.z., jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków 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.

Tym samym Izba doszła do przekonania, że zamawiający ocenił ofertę odwołującego z poszanowaniem zasad określonych w s.i.w.z. i zasadnie nie przyznał jej punktów w zakresie kryterium „Doświadczenie personelu kluczowego - Kierownika budowy".

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień treści złożonej oferty, tj. do wyjaśnienia wątpliwości czy wskazane w ofercie doświadczenie Kierownika budowy odpowiada wszystkim wymaganiom określonym w ramach kryterium „Doświadczenie personelu kluczowego - Kierownika budowy".

W myśl art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p., 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.

Z powyższego wynika, że wyjaśnienia składane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. nie mogą prowadzić w rzeczywistości do uzupełnienia dokumentu o treści, które nie zostały w nim zawarte. Jak już wyżej wskazano, odwołujący, w treści tabeli, nie wskazał informacji, które były wymagane. Podniesiony przez odwołującego zarzut zmierza zatem w istocie do tego, by – w drodze wyjaśnień – uzupełnić wykaz o informacje dotyczące doświadczenia Pana M. D. .

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie wadliwej oceny oferty złożonej przez wykonawcę FLEXIPOWER w ramach kryterium „Doświadczenie personelu kluczowego - Kierownika budowy", co skutkowało bezzasadnym przyznaniem ofercie wykonawcy FLEXIPOWER 10 punktów w ramach ww. kryterium.

Odwołujący zdaje się nie dostrzegać różnicy pomiędzy interpretacją oświadczenia zawartego w ofercie a żądaniem interpretacji treści, których w ofercie nie było. Są to dwie sytuacje, pomiędzy którymi nie sposób postawić znaku równości. Podkreślenia wymaga, że zamawiający musi dochować należytej staranności w ocenie ofert i prawidłowo dokonać oceny ich treści. Nie sposób natomiast zarzucić zamawiającemu nieprawidłowości w sytuacji, gdy substrat mający stanowić podstawę oceny oferty, w tej ofercie się nie znalazł.

Izba przeanalizowała wyjaśnienia zamawiającego, zawarte w odpowiedzi na odwołanie, dotyczące sposobu dokonania wykładni opisu usługi zawartej złożonej przez przystępującego tabeli pod pozycją 2, w tym w szczególności sformułowania „dla mieszkańców" i uznała ich zasadność. Nie sposób pominąć, że zamawiający zaakceptował również opis zawarty w tabeli złożonej przez odwołującego w tym zakresie, że określenie „w budynkach mieszkalnych" uznał za spełniające wymogi wskazane w s.i.w.z. dla doświadczenia kierownika budowy. Izba podkreśla, że przedmiotem zarzutu jest sam fakt dokonania przez zamawiającego wykładni treści zawartej w tabeli i jednoczesne zaniechanie dokonania takiej wykładni w ofercie odwołującego, w sytuacji, gdy odwołujący – w przeciwieństwie do przystępującego – nie podał treści mających – w jego przekonaniu – stanowić przedmiot wykładni.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

……