

WYROK
z dnia 22 października 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza, w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2020 r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2020 r. przez wykonawcę **B. D. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą B&W Usługi Ogólnobudowlane B. D.** w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo "Nogat" Sp. z o.o. z siedzibą w Kałdowo Wieś**

Przy udziale wykonawcy **WODKAN-G. Sp. z o.o. z siedzibą w Kartuzach** głaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4.534 zł (słownie: cztery tysiące pięćset trzydzieści cztery złote) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na rozprawę oraz z tytułu opłat skarbowych od pełnomocnictwa.

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

Przewodnicząca:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Przedsiębiorstwo „Nogat” sp. z o.o. z siedzibą w Kałdowo Wieś prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r., poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Rozbudowa i przebudowa przepompowni ścieków „PARKOWA” w Malborku.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 sierpnia 2020 r. pod numerem 576517-N-2020.

W dniu 2 października 2020r. wykonawca – B. D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą B&W Usługi Ogólnobudowlane B. D., na wniosła odwołanie od niezgodnej z obowiązującym prawem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 28 września 2020 r. podjętej przez Zamawiającego polegającej na nienależytej weryfikacji złożonych ofert, niezgodnego z przepisami prowadzenia negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dopuszczenie do wprowadzenia zmian w treści oferty, a w konsekwencji wybranie oferty która nie jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ zamówienia.

Odwołująca zarzuciła Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

a) art. 87 ust. 1 w zw. art. 7 ust. 1 przez niezgodne z Pzp wezwanie wykonawcy WODKAN-G. sp. z o.o. z siedzibą w Kartuzach (dalej: „Przystępujący”) do złożenia wyjaśnień w stosunku do złożonej przez Wykonawcę oferty, podczas gdy w świetle przepisów PZP niedopuszczalne jest prowadzenie negocjacji lub jakichkolwiek zmian w stosunku do treści złożonej przez Wykonawcę oferty, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania,

b) art. 91 ust. 1 przez nieprawidłową ocenę oferty Przystępującego poprzez przyznanie tej ofercie maksymalnej liczby punktów za doświadczenie kierownika budowy, co skutkowało wybraniem tej oferty przez Zamawiającego jako oferty najkorzystniejszej, mimo iż oferta ta – prawidłowo oceniona – nie powinna otrzymać najwyższej liczby punktów w postępowaniu.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołująca wniosła o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Przystępującego,
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w szczególności oferty Przystępującego,
3. dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodów wskazanych w odwołaniu na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołująca wyjaśniła, że Zamawiający - zgodnie z postanowieniami zawartymi w rozdziale 10 SIWZ „Opis kryteriów”, w kryterium nr 3 „Doświadczenie kierownika budowy” - do obliczenia punktów przyznanych w kryterium przyjął ilość robót wykonanych w ciągu ostatnich 10 lat związanych z budową kolektora sanitarnego lub sieci sanitarnej o wartości netto minimum 1 500 000 zł, na której osoba wskazana na funkcję kierownika budowy pełniła funkcję kierownika budowy lub kierownika robót. Zamawiający za wykazanie doświadczenia w każdej z robót budowlanych (oprócz robót wykazanych do spełnienia warunku udziału w postępowaniu) przyznawać miał 3,8 pkt za każdą z wykazanych robót, do łącznej wysokości 19 pkt.

Zgodnie z pkt 5 wzoru formularza ofertowego Wykonawca w zakresie kryterium dodatkowej punktacji za doświadczenie kierownika budowy, powinien wskazać zleceniodawcę, nazwę budowy, rodzaj robót związanych z budową kolektora sanitarnego lub sieci sanitarnej lub sieci kanalizacji deszczowej o wartości netto minimum 1 500 000 zł wykonywanych w ciągu ostatnich 10 lat. Przystępujący złożył ofertę, zawierającą wypełniony formularz dotyczący przyznania dodatkowej punktacji za doświadczenie kierownika budowy w zakresie 5 budów nie wskazując w jakim terminie roboty były zrealizowane.

Zamawiający w dniu 14 września 2020 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, w którym to zażądał potwierdzenia czy roboty wskazane w kryterium doświadczenia kierownika budowy zostały zrealizowane w ciągu ostatnich 10 lat, wraz ze wskazaniem terminów realizacji budów. Wykonawca w dniu 17 września 2020 r. przedstawił tabelę doświadczenia kierownika budowy określoną w pkt 5 wzoru oferty uzupełnioną o terminy realizacji. Następnie Zamawiający w dniu 28 września 2020 r. zawiadomił o dokonaniu czynności

wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

W ocenie Odwołującej ocena oferty Przystępującego dokonana przez Zamawiającego była nieprawidłowa, ponieważ zgodnie z art. 87 ust. 1 zdanie drugie Zamawiający nie może w drodze wezwania do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty doprowadzić do wprowadzenia jakichkolwiek zmian w jej treści. Zgodnie z wyrokiem KIO z 10 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 865/20 wyjaśnienia treści oferty muszą dotyczyć elementów w niej wyrażonych, które w obiektywnej ocenie wywołują wątpliwości Zamawiającego, nie mogą jednak prowadzić do uzupełniania o elementy w niej niewyrażone — jak to ma miejsce w niniejszym postępowaniu. Wskazała, że charakter wezwania wynikającego z art. 87 ust. 1 Pzp nie może w żadnym wypadku dotyczyć kryterium oceny ofert i stwierdziła, że wezwanie do złożenia wyjaśnień w wyżej wymienionym zakresie stanowi oczywiste naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania.

Odwołująca stwierdziła również, że zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Uwzględniając natomiast powyższe wadliwości w działaniach Zamawiającego, nie powinien on przyznać Przystępującemu 19 pkt za doświadczenie kierownika budowy ze względu na niewykazanie odpowiedniego doświadczenia w zakresie kryterium 3 tj. doświadczenia kierownika budowy, co skutkować powinno otrzymaniem przez Przystępującego 81 pkt zamiast 100 pkt (60 pkt w kryterium ceny, 21 punktów w kryterium gwarancji jakości i 0 punktów w kryterium doświadczenie kierownika) i jednocześnie wyborem oferty Odwołującej jako oferty najkorzystniejszej.

W odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp stwierdził, że jest on bezzasadny, bowiem Zamawiający nie wykonał jakiegokolwiek czynności, która naruszałaby lub wychodziła poza zakres jego dyspozycji. Korespondencja zainicjowana przez Zamawiającego i kierowana do Przystępującego miała na celu uzyskanie potwierdzenia okoliczności realizacji robót wskazanych w punkcie 5 oferty w okresie ostatnich 10 lat. Wskazana korespondencja nie inicjowała jakiegokolwiek negocjacji między Zamawiającym a Przystępującym i w żadnym wypadku nie spowodowała modyfikacji treści złożonej oferty w żadnym z jej wymaganych zakresów (t.j. - osoby przewidzianej do pełnienia funkcji kierownika budowy, zakresu jego doświadczenia zawodowego, listy robót podanych w formularzu). W związku z powyższym nie sposób — według Zamawiającego - twierdzić, że wyjaśnienia potwierdzające dodatkowe okoliczności, niewymagane do podania w treści formularza oferty, stanowią niedozwolone negocjacje oferty lub prowadzą do zmiany w jej treści. Twierdzenie Odwołującej, jakoby żądanie wyjaśnień treści oferty było w tym przypadku niedopuszczalne jest zatem chybione, co potwierdza również stanowisko zaprezentowane przez KIO w wyroku z dnia 3 stycznia 2019 r., sygn.: KIO 2569/18, zgodnie z którym: „Nie można zgodzić się z zapatrywaniem, jakoby w odniesieniu do części treści oferty podlegającej ocenie w kryterium pozacenowym ustawodawca wyłączył możliwość jej wyjaśniania w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Ograniczenie takie nie wynika ze wzmiankowanego przepisu, który przewiduje jedynie zakaz negocjowania treści złożonej oferty”. W przedmiotowej sprawie, wyjaśnienia dotyczyły kryterium pozacenowego i w żaden sposób nie doprowadziły do negocjowania treści złożonej oferty.

Zamawiający za bezzasadny uznał również zarzut dotyczący naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, wyjaśniając, że wybór najkorzystniejszej oferty został przeprowadzony przez niego zgodnie z zasadami ustawowymi, według listy kryteriów i ich wagi przewidzianych i określonych w SIWZ.

W piśmie procesowym z dnia 14 października 2020r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Wskazał, że zgodnie z Rozdziałem 10 pkt 1 SIWZ, jako jedno z kryteriów oceny oferty (kryterium 3) wskazano doświadczenie kierownika budowy. Dla oceny ofert w ramach wskazanego kryterium przyjęto, że za każdą robotę budowlaną (oprócz robót wskazanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu) związaną z budową kolektora sanitarnego lub sieci sanitarnej o wartości minimum 1.500.000 złotych netto, wykonaną w ciągu ostatnich 10 lat, w ramach której wskazano w ofercie osoba pełniła funkcję kierownika budowy lub kierownika robót, oferta otrzyma 3,8 punkt (maksymalnie 19 punktów). Jednocześnie w SIWZ wskazano, że „Podczas oceny ofert Zamawiający w celu przyznania punktów za kryterium 3 oceni informacje podane przez wykonawcę w tabeli znajdującej się w punkcie 5 formularza oferty”. Natomiast w treści tabeli wskazano następujące pola do uzupełnienia:

- Rodzaj robót związanych z budową kolektora sanitarnego lub sieci sanitarnej lub sieci kanalizacji deszczowej o wartości netto minimum 1.500.000 PLN, oraz

- Zleceniodawca i nazwa budowy w ramach której osoba sprawowała funkcję kierownika budowy lub robót.

Z powyższego wynika więc, że w treści tabeli nie umieszczono pola, w którym należałoby wskazać terminy wykonania robót. Również w pozostałej części formularza oferty brak jest miejsca właściwego dla informacji o dacie realizacji robót, w ramach której wymagane doświadczenie uzyskała osoba wyznaczona do pełnienia funkcji kierownika budowy w ramach przedmiotowego zamówienia. W związku z powyższym, zdaniem Przystępującego Zamawiający zarówno w postanowieniach SIWZ, jak również we wzorze formularza oferty nie zażądał podania dat realizacji robót budowlanych stanowiących podstawę do oceny ofert w ramach kryterium doświadczenia kierownika budowy. Co więcej brak jest również postanowień SIWZ, które wskazywałyby, że brak podania dat wykonania robót wymienionych w punkcie 5. formularza oferty skutkować będzie nieprzyznaniem dodatkowych punktów w ramach przedmiotowego kryterium. Skoro w SIWZ wskazano, że ocena kryterium doświadczenia nastąpi na podstawie tabeli umieszczonej w formularzu oferty, a Przystępujący zamieścił tam wszelkie wymagane informacje, to bezspornym pozostaje, że formularz oferty został wypełniony prawidłowo, a Zamawiający mógł dokonać na tej podstawie oceny ofert i przyznać ofercie Przystępującego punkty w ramach kryterium 3, zgodnie z postanowieniami Rozdziału 10 ust. 2 pkt 3) SIWZ. Mając na względzie powyższe, nie sposób przyjąć, że doszło do nieprawidłowej oceny złożonej przez Przystępującego oferty, a w konsekwencji do naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp.

Odnosząc się natomiast do zarzutu nieprawidłowego zastosowania art. 87 ust. 1 Pzp Przystępujący wskazał, że argumentacja podniesiona przez Odwołującą jest nieprawidłowa. Przystępujący prawidłowo podał w formularzu oferty wszystkie dane wymagane przez Zamawiającego, a złożone przez niego wyjaśnienia potwierdzały jedynie okoliczność realizacji robót wskazanych w punkcie 5. oferty w okresie ostatnich 10 lat. Nie powodowały natomiast modyfikacji treści oferty w zakresie osoby przewidzianej do pełnienia funkcji kierownika budowy, ani zakresu jego doświadczenia, w odniesieniu do listy robót podanej pierwotnie w formularzu ofertowym. W związku z powyższym nie sposób twierdzić, że wyjaśnienia potwierdzające dodatkowe okoliczności, niewymagane do podania w treści formularza oferty, stanowią niedozwolone negocjacje oferty lub prowadzą do zmiany w jej treści. Tym samym zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp należy uznać za chybiony.

Nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującej, jakoby żądanie wyjaśnień treści oferty było w tym przypadku niedopuszczalne, co wynika wprost z orzecznictwa KIO, a w szczególności z wyroku KIO z dnia 3 stycznia 2019 r., sygnatura KIO 2569/18, gdzie wskazano, że: „Nie można zgodzić się z zapatrywaniem, jakoby w odniesieniu do części

treści oferty podlegającej ocenie w kryterium pozacenowym ustawodawca wyłączył możliwość jej wyjaśniania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Ograniczenie takie nie wynika ze wzmiankowanego przepisu, który przewiduje jedynie zakaz negocjowania treści złożonej oferty."

Na posiedzeniu z udziałem stron postępowania w dniu 22 października 2020r., Odwołujący przedłożył pismo procesowe, w którym nie zgodził się z poglądem Zamawiającego, jakoby korespondencja z Przystępującym nie stanowiła uzupełnienia złożonej przez niego oferty, ani nie doprowadziła w żaden sposób do jej modyfikacji. Podkreślił, że jednym z kryteriów oceny ofert wskazanym w SIWZ było doświadczenie zawodowe kierownika budowy. Zgodnie z postanowieniami zawartymi w SIWZ (rozdział 10, ust. 2 pkt 3), Zamawiający do obliczenia punktów przyznanych w powyższym kryterium przyjął ilość robót odpowiedniego rodzaju, na których to osoba wskazana na kierownika budowy pełniła funkcję kierownika budowy bądź kierownika robót, wykonanych w ciągu ostatnich 10 lat. Powyższy zapis SIWZ nie był kwestionowany przez żadnego z wykonawców. Powyżej wskazane kryterium jest tożsame z warunkiem udziału w postępowaniu wskazanym w Rozdziale 3 pkt 2.3.2 SIWZ, w którym wprost wskazano, że Wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu jeżeli skieruje do realizacji zamówienia publicznego Kierownika budowy, który m.in. „pełnił funkcję kierownika budowy, kierownika robót w ciągu ostatnich 10 lat na co najmniej dwóch zadaniach inwestycyjnych związanych z budową kolektora sanitarnego lub sieci sanitarnej o wartości minimum 1.500.000 PLN.” Sformułowanie przez Zamawiającego warunku w powyższy sposób jednoznacznie potwierdza, że chciał on wybrać wykonawcę, który posiada doświadczenie zdobyte we wskazanym ściśle określonym okresie. Jednocześnie należy podkreślić, że wymóg ten był znany i niekwestionowany przez żadnego z wykonawców na żadnym etapie postępowania.

Odwołujący wskazał, iż pomimo wyraźnego wymogu zawartego w SIWZ Przystępujący w pierwotnej ofercie zawarł wypełniony formularz dotyczący przyznania dodatkowej punktacji za doświadczenie kierownika budowy w zakresie aż 5 budów, jednakże nie wskazał żadnych informacji dotyczących okresów i terminów, w jakich roboty te były realizowane, a więc nie wykazał wymaganej przesłanki wykonania budów w ciągu ostatnich 10 lat. Dopiero wystosowanie przez Zamawiającego w dniu 14 września 2020 r. wezwania do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, w którym to zażądano wskazania terminów realizacji wymienionych budów, spowodowało przedstawienie przez Przystępującego w dniu 17 września 2020 r. tabeli doświadczenia kierownika budowy określonej w pkt 5 wzoru oferty uzupełnionej o terminy realizacji, pomimo że wymóg wskazania terminów był znany wykonawcą na dzień składania ofert. W związku z powyższym, nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, jakoby korespondencja z Przystępującym miała na celu jedynie „potwierdzenie” dodatkowych okoliczności, a nie uzupełnianie złożonej już oferty. Potwierdzać można wyłącznie elementy, które wynikają z treści oferty a nie takie, które nie zostały w niej zawarte.

Odwołujący podkreślił, iż negocjowanie treści oferty i wyprowadzanie niedozwolonych zmian w trakcie prowadzonych wyjaśnień może polegać np. na wyprowadzaniu do oferty nowej treści, takiej, która pierwotnie się tam nie znajdowała. Wszystkie istotne elementy oświadczenia woli wykonawcy powinny się w ofercie znaleźć, w przeciwnym razie nie sposób ustalić treści tego oświadczenia bez jego istotnej zmiany lub prowadzenia ustaleń z Zamawiającym już po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne na mocy klauzuli zawartej w art. 87 ust. 1 Pzp zdanie drugie. Odwołujący wskazał ponadto, iż wykaz robót wykonanych w określonym w SIWZ przedziale czasowym (tj. w ciągu ostatnich 10 lat) stanowił jedno z kryteriów pozwalających na otrzymanie punktów w ramach kryterium oceny. Bez pełnej informacji dotyczącej terminu realizacji wskazanych robót, Zamawiający nie mógł wprost stwierdzić, iż Wykonawca spełnia wymogi udziału w przetargu oraz przyznać punktacji w ramach kryterium oceniania. Przystępujący dzięki wezwaniu do wyjaśnień, a więc już po złożeniu pierwotnej oferty, miał możliwość podjęcia decyzji o tym, jakie okresy zdobywanego przez kierownika budowy doświadczenia zostaną wskazane. Tym samym Wykonawca mógł złożonymi wyjaśnieniami wpłynąć na ilość przy znanych punktów w ramach kryterium oceniania, jednocześnie kształtując wynik przetargu, co stanowi i naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący zauważył, że również Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 wyraził pogląd iż gdy zostanie dokonana selekcja kandydatów i złożone zostaną ich oferty, zasadniczo nie mogą one zostać zmienione ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani z inicjatywy kandydata. Zasada równego traktowania kandydatów oraz wynikający z niej obowiązek przejrzystości sprzeciwiają się bowiem wszelkim negocjacjom pomiędzy instytucją zamawiającą a kandydatami. Dopuszczenie, by instytucja zamawiająca mogła zwrócić się do kandydata, którego ofertę uważa ona za niedokładną lub niezgodną z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji, z żądaniem udzielenia wyjaśnień w tym względzie mogłoby bowiem w przypadku, w którym oferta tego kandydata zostałaby ostatecznie przyjęta, prowadzić do wrażenia, że owa instytucja zamawiająca negocjowała tę ofertę potajemnie, na szkodę innych kandydatów i z naruszeniem zasady równego traktowania.

Odwołujący podtrzymał zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, tym samym uznając argumentację Zamawiającego za bezzasadną. Mając na względzie, iż wezwanie na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp dotyczyło kryterium oceny ofert, a więc - biorąc pod uwagę całość powyższego wyводу - stanowiło oczywiste naruszenie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości, nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, jakoby wybór najkorzystniejszej oferty został przeprowadzony przez Zamawiającego zgodnie z zasadami ustawowymi.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

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

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę WODKAN-G. sp. z o.o. z siedzibą w Kartuzach zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła:

Zgodnie z Rozdziałem 10 SIWZ „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert” Zamawiający w zakresie kryterium nr 3 „Doświadczenie kierownika budowy” (waga 19 pkt), wskazał, że do określenia wagi kryterium 3 przyjmuje ilość robót wykonanych w ciągu ostatnich 10 lat związanych z budową kolektora sanitarnego lub sieci sanitarnej o wartości netto minimum 1.500.000 PLN, na której wskazana osoba pełniła funkcję kierownika budowy lub kierownika robót, jakie prowadził wskazany kierownik budowy dla określenia doświadczenia zawodowego, uznając jego spełnienie. Zamawiający poinformował, że za wykazanie doświadczenia każdej z robót budowlanych, oprócz robót wykazanych do spełnienia warunku udziału w

postępowaniu WYKONAWCA otrzyma 3,8 pkt. Łącznie za w/w kryterium WYKONAWCA może otrzymać maksymalnie 19 pkt. Ponadto Zamawiający wyjaśnił, że w celu przyznania punktów za kryterium 3 oceni informacje podane przez wykonawcę w tabeli znajdującej się w punkcie 5 formularza oferty oraz, że do obliczenia punktacji w kryterium 3 (Dw) nie zostanie uwzględnione doświadczenie wskazane na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła ponadto, że pkt 5 Formularza oferty miał następującą konstrukcję:

Lp.	Zleceniodawca i nazwa budowy w ramach której osoba sprawowała funkcję kierownika budowy lub robót	Rodzaj robót związanych z budową kolektora sanitarnego lub sieci sanitarnej o wartości netto minimum 1.500.000 PLN
-----	---	--

Przystępujący wypełniając tabelę zawartą w punkcie 5 Formularza oferty podał następujące informacje:

Lp.	Zleceniodawca i nazwa budowy w ramach której osoba sprawowała funkcję kierownika budowy lub robót	Rodzaj robót związanych z budową kolektora sanitarnego lub sieci sanitarnej lub sieci kanalizacji deszczowej o wartości netto minimum 1.500.000 PLN,
1	Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Gdyni – „Część 3 – Rehabilitacja techniczna kolektora ściekowego WRR w Wejherowie i Redzie”	Budowa kolektora GRP DN 1200 – 654m Rehabilitacja kolektora metodą bezwykopową – 324m Kwota: 5 177 000,00 zł netto
2	Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Gdyni – Remont kolektora sanitarnego WRR odcinku od dworca w Redzie do granicy miast Reda/Rumia	Budowa kolektora GRP DN 1200 -696,16m Kwota: 4 962 720,00 zł netto
3	Gmina Stare Pole – „Budowa kanalizacji sanitarnej w Ząbrowie z elementami projektowania w zakresie przyłączy”	Budowa kolektora PVC DN 200-160 – 5 205,4m Budowa kolektora PE DN 90-40 – 9 101,4m Kwota: 6 247 000,00 zł netto
4	Gmina Przdłkowo – „Budowa kanalizacji sanitarnej w Kłosowie i Kłosówku”	Budowa kolektora PVC DN 200-160 – 6 184m Budowa kolektora PE DN90-40 – 4 313 m Kwota: 3 490 000,00 zł netto
5	Gmina Somonino – „Roboty budowlane w zakresie budowy sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowościach: Rybaki i Rąły”	Budowa kolektora PVC i PE DN 250-200 – 3889,9m Budowa kolektora PE DN 110-63 – 864,6m Kwota netto: 2 591 000,00 zł netto

Zamawiający pismem z dnia 14 września 2020r., działając w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał Przystępującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących m.in. punktu 5 Formularza oferty, tj. do wyjaśnienia czy roboty budowlane wykazane w pkt 5 Formularza oferty, jako doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika budowy, zrealizowane zostały w ciągu ostatnich 10 lat oraz zażądał podania terminów realizacji wskazanych w tym punkcie budów.

Przystępujący w odpowiedzi z dnia 17 września 2020r. potwierdził, iż wymienione roboty jako doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy zrealizowane zostały w ostatnich 10 latach. Jednocześnie w tabeli zawartej w przedmiotowym piśmie Przystępujący – jak ustaliła Izba, podał terminy realizacji budowy, w następujący sposób:

Lp.	Zleceniodawca i nazwa budowy w ramach której osoba sprawowała funkcję kierownika budowy lub robót	Terminy realizacji
1	Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Gdyni – „Część 3 – Rehabilitacja techniczna kolektora ściekowego WRR w Wejherowie i Redzie”	od 31.07.2018r. do 24.01.2019r.
2	Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Gdyni – Remont kolektora sanitarnego WRR odcinku od dworca w Redzie do granicy miast Reda/Rumia	od 15.10.2019r. do 29.07.2020r.
3	Gmina Stare Pole – „Budowa kanalizacji sanitarnej w Ząbrowie z elementami projektowania w zakresie przyłączy”	od 12.10.2017. do 31.08.2018
4	Gmina Przdłkowo – „Budowa kanalizacji sanitarnej w Kłosowie i Kłosówku”	od 20.05.2015. do 01.07.2015
5	Gmina Somonino – „Roboty budowlane w zakresie budowy sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowościach: Rybaki i Rąły”	od 20.09.2019. do 13.08.2020

Izba zważyła:

W ocenie Izby zarzut dotyczący naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

Wskazać należy, że zgodnie z powyższym przepisem Zamawiający w toku badania i oceny ofert może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest jednak prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści uznać należy za zasadny.

W opinii składu orzekającego niezasadne jest stanowisko Odwołującej zgodnie z którym Zamawiający w rozpoznawanym stanie faktycznym nie miał możliwości zastosowania art. 87 ust. 1 Pzp. Wskazać należy, że zgodnie z postanowieniami Rozdziału 10 SIWZ Zamawiający wprost wskazał, że w celu przyznania punktów za kryterium 3 oceni informacje podane przez wykonawcę w tabeli znajdującej się w punkcie 5 formularza oferty, w której jak wyżej wskazano brak było konieczności wskazania okresów w jakim określone zadanie było realizowane. W związku z powyższym, skoro z tabeli zawartej w punkcie 5 Formularza oferty na podstawie której Zamawiający przyznawał punkty w kryterium nr 3, nie wynikał precyzyjny i jasny wymóg dotyczący konieczności podania terminów realizacji określonych zadań, ale jednocześnie Zamawiający jak wynika z opisu dotyczącego tego kryterium wymagał, aby prace te były wykonane w okresie ostatnich 10 lat, to nic nie stało więc na przeszkodzie, aby Zamawiający – mając wiedzę zarówno co do osoby wskazanej na stanowisko Kierownika budowy jak i wszystkie pozostałe, wymagane przez siebie w punkcie 5 informacje – przed udzieleniem określonej w SIWZ punktacji w kryterium nr 3 uzyskał od Przystępującego informacje, że budowy te zrealizowane zostały w ciągu ostatnich 10 lat oraz, aby wykonawca ten podał konkretne terminy realizacji wskazanych w tym punkcie budów. Uzupełnienie natomiast tabeli zawartej w punkcie 5 Formularza oferty w powyższym zakresie nie

stanowiło, w ocenie Izby, zmiany oferty w sensie merytorycznym, zwłaszcza wobec braku jednoznacznego wskazania w tym punkcie jak i w SIWZ obowiązku zamieszczenia informacji o terminach realizacji robót. Podkreślić ponadto należy, że udzielone przez Przystępującego wyjaśnienia dotyczyły jedynie okresów realizacji robót wskazanych w kolumnie 2 tabeli zawartej w punkcie 5 Formularza oferty, nie powodowały natomiast modyfikacji treści oferty ani w zakresie osoby przewidzianej do pełnienia funkcji kierownika budowy, ani zakresu jego doświadczenia, w odniesieniu do listy robót podanej pierwotnie w formularzu ofertowym. W związku z powyższym, Izba w składzie orzekającym stwierdziła, że w niniejszym postępowaniu nie doszło ani do negocjacji pomiędzy Przystępującym a Zamawiającym, ani tym bardziej nie doszło do zmiany w jej treści. Udzielone wyjaśnienia w ocenie Izby co najwyżej doprecyzowałyby okoliczności wynikających wprost z całościowej treści oferty.

Reasumując skład orzekający uznał, że w rozpoznawanym stanie faktycznym Zamawiający miał prawo skorzystać z możliwości wezwania wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty.

Skład orzekający za niezasadny uznał również zarzut dotyczący naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp. Jak wynika z postanowień Rozdziału 10 SIWZ, punkty w kryterium nr 3 miały być przyznawane wyłącznie na podstawie informacji zawartych w punkcie 5 Formularza oferty. W konsekwencji skoro Przystępujący zamieścił w tabeli zawartej w tym punkcie wszystkie informacje, których podania żądał Zamawiający, a wskazane realizacje budow umożliwiły Przystępującemu uzyskanie w ramach tego kryterium 19 punktów, to Zamawiający postąpił w sposób prawidłowy przyznając ofercie Przystępującego punkty w ramach kryterium 3 w tej wysokości, a tym samym nie sposób uznać, że doszło do nieprawidłowej oceny złożonej przez Przystępującego oferty, a w konsekwencji do naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp.

Z tych przyczyn Izba uznała zarzuty naruszenia przepisów art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp za niezasadne.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów, nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, 191 ust. 2 i 192 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 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. z 2018r., poz. 972).

Przewodniczący: