Sygn. akt: KIO 2250/20

WYROK
z dnia 21 października 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant:Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 października 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2020 roku przez wykonawcę**Plus Inwest P. Ż. sp. j., ul. Kolejowa 11a, 55-010 Żerniki Wrocławskie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu, ul. Długa 49, 53-633 Wrocław**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm w składzie: **Primost Południe Sp. z o.o. (lider), ZBD Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą dla lidera: ul. Odkrywkowa 91, 42-504 Będzin**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie częściowo w zakresie zarzutu błędnego zastosowania art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 poz. 1843) i uznania, że ofertą najkorzystniejszą jest oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm w składzie: Primost Południe Sp. z o.o. (lider), ZBD Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą dla lidera: ul. Odkrywkowa 91, 42-504 Będzin, podczas gdy z uwagi na nieprawidłową ocenę oferty odwołującego Plus Inwest P. Ż. sp. j., ul. Kolejowa 11a, 55-010 Żerniki Wrocławskie w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy" oferta ta nie powinna otrzymać zero punktów i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 4 września 2020 r. oraz ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach przyznanie ofercie wykonawcy Plus Inwest P. Ż. sp.j., ul. Kolejowa 11a, 55-010 Żerniki Wrocławskie w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy" 5 punktów za 2 zadania: „Naprawa konstrukcji mostu milenijnego" oraz „Remont mostu w ciągu ul. Sienkiewicza w Dzierżoniowe"; oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu, ul. Długa 49, 53-633 Wrocław i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000,00 zł**
(słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Plus Inwest P. Ż. sp. j., ul. Kolejowa 11a, 55-010 Żerniki Wrocławskie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od zamawiającego **Zarządu Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu, ul. Długa 49, 53-633 Wrocław**na rzecz wykonawcy **Plus Inwest P. Ż. sp. j., ul. Kolejowa 11a, 55010 Żerniki Wrocławskie** kwotę **13 805, 00 zł**
(słownie: trzynaście tysięcy osiemset pięć złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, noclegu i wynagrodzenia pełnomocnika.
Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 poz. 1843) 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:

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

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na *„Remont wiaduktu drogowego w ciągu ul. Kowalskiej nad ul Bolesława Krzywoustego we Wrocławiu”* przez Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu, ul. Długa 49,53-633 Wrocław (dalej „zamawiający”) wykonawca Plus Inwest P. Ż. Sp. j. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum: Primost Południe Sp. z o.o. oraz ZBD Sp. z o.o. Sp.k. (dalej „konsorcjum”) pomimo, iż za ofertę najkorzystniejszą zamawiający zobowiązany był uznać ofertę odwołującego.

W ocenie odwołującego zamawiający błędnie uznał, że w zakresie wymaganego SIWZ doświadczenia kierownika budowy odwołujący nie powinien otrzymać 10 punktów (zamawiający przyznał zero punktów) pomimo, iż kierownik wskazany przez odwołującego posiada wymagane w SIWZ doświadczenie zawodowe.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 poz. 1843) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 91 ust. 1, poprzez błędne zastosowanie tego przepisu i uznanie, że ofertą najkorzystniejszą zgodnie z kryteriami oceny oferty jest oferta konsorcjum, podczas gdy z uwagi na nieprawidłową ocenę ofert w odniesieniu do oferty odwołującego w zakresie kryterium doświadczenie kierownika budowy (wymóg na str. 11 SIWZ), zamawiający zobowiązany był przyznać w tym kryterium odwołującemu 3 pkt, a nie zero,
2. art. 7 ust. 1 w z w. z art. 87 ust. 1, poprzez zaniechanie wyjaśnienia oferty odwołującego się w zakresie kryterium doświadczenie kierownika budowy i błędne uznanie, że kierownik wskazany przez odwołującego nie posiadał doświadczenia w realizacji 3 zadań, polegających na poprawie stanu technicznego, remoncie lub przebudowie obiektu mostowego o długości teoretycznej min. 25 m, na których osoba taka pełniła funkcję kierownika budowy lub kierownika robót mostowych.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, a nadto o obciążenia zamawiającego kosztami postępowania według norm przepisanych, w tym kosztami zastępstwa procesowego zgodnie z przedłożonym rachunkiem.

Odwołujący stanął na stanowisku, że wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający dokonał, pozostając w błędnym przekonaniu, że odwołujący nie wykazał, iż dysponuje osobą posiadającą doświadczenie w prowadzeniu inwestycji, której parametry zostały opisane na str. 11 SIWZ („Kryterium doświadczenie kierownika budowy - ilość zadań polegających na poprawie stanu technicznego, remoncie lub przebudowie obiektu mostowego o długości teoretycznej min. 25m, na *których* osoba wymagana zgodnie z rozdz. IV pkt 1.2) SIWZ pełniła funkcję kierownika budowy lub kierownika robót mostowych. Kryterium będzie rozpatrywane na podstawie ilości zadań zadeklarowanej przez Wykonawcę w Formularzu oferty:
- najmniejsza ilość zadań wymagana przez Zamawiającego -*1* Wykonawcy, którzy zadeklarują: a) 1 zadanie - otrzymają 0 pkt b) 2 zadania - otrzymają 5 pkt c) 3 zadania - otrzymają 10 pkt.

Zdaniem odwołującego winien otrzymać maksymalną ilość punktów, tj. 10, a zamawiający błędnie uznał, że odwołujący wykazał się w zakresie osoby kierownika budowy tylko 1 wykonanym zadaniem, co jest, wedle odwołującego, błędnym i niewyjaśnionym przez zamawiającego ustaleniem, a nie ustaleniem rzetelnym zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Podkreślił, że zamawiający nie uzasadnił w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty dlaczego uznał, że odwołujący wykazał, że wskazany przez niego kierownik robót nie brał udział w realizacji więcej niż jednego zadania i które zadania wskazane przez odwołującego zamawiający uznał za niespełniające wymagań wskazanych w SIWZ, a które z 3 wskazanych zadań uznał zamawiający za spełniające wymagania, co - zdaniem odwołującego - także narusza art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż takie prowadzenie postępowania ogranicza uczciwą konkurencję w postępowaniu.

Odwołujący uznał nadto, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1, poprzez zaniechanie wyjaśnienia oferty odwołującego się w zakresie kryterium doświadczenie kierownika budowy - zamawiający nie podjął wymaganych działań i nie wezwał odwołującego w sposób umożliwiający udzielenie odpowiedzi w zakresie doświadczenia kierownika budowy, co stanowi samodzielną podstawę do nakazania zamawiającemu unieważnienia tak podjętej czynności, nie poprzedzonej wyjaśnieniem treści złożonej oferty i brakiem prawidłowego wezwania do

złożenia wyjaśnień, czy dodatkowych dokumentów na potwierdzenie, iż oferta odwołującego spełnienia wymagania określone w SIWZ.

Wskazał, że zamawiający, pismem z 25.06.2020 r., wezwał go lakonicznie do wskazania dla osoby inż. Z. Z. innych dwóch realizacji (zadań) niż „Rewitalizacja dawnego obszaru uzdrowiskowego na terenie położonym w miejscowości Głuchołazy" oraz „Remont mostu*w ciągu ..... ul. Henryka Sienkiewicza w ..... Dzierżoniowie", gdyż w ocenie zamawiającego wskazane wyżej dwa zadania nie obejmowały realizacji robót budowlanych mających na celu* poprawę stanu technicznego, remont lub przebudowę obiektu mostowego o długości teoretycznej min. 25 m.

Uzupełnił, iż pismem z 26.06.2020 r. zamawiający uznał arbitralnie, iż w zakresie zadania:

- *„Rewitalizacja dawnego obszaru uzdrowiskowego na terenie położonym w miejscowości Głuchołazy"* - nie może tego zadania zaliczyć w poczet doświadczenia kierownika budowy, gdyż w ramach tego zadania został wybudowany most,
  a Zamawiający wymagał od kierownika doświadczenia w zakresie remontu lub
  przebudowy mostu
  oraz
- *„Remont mostu w ciągu ul. Henryka Sienkiewicza w Dzierżoniowie"*- długość faktyczna płyty ustroju nośnego mostu wyniosła 23,26 m, a nie minimum 25 m, co jest ustaleniem, w ocenie odwołującego, błędnym i zupełnie gołosłownym, a odwołujący przedstawił w piśmie z 15.07.2020 r. dodatkowe dowody potwierdzające długość mostu remontowanego w Dzierżoniowie powyżej 25 m.

Odwołujący potwierdził, iż co prawda zamawiający wymagał, żeby kierownik budowy posiadał doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi, mającymi za przedmiot *poprawę stanu technicznego, remont lub przebudowę* obiektu mostowego *o długości teoretycznej min. 25 m,* niemniej jednak kierownik budowy, który brał udział w wybudowaniu mostu (inż. Z. Z.) posiada niezbędne doświadczenie w zakresie pełnego procesu budowy mostu - kierownik budowy jest osobą pełniącą najważniejszą funkcję w czasie realizacji robót budowlanych, a jego udział wymagany jest od pierwszej czynności, jaką jest zarejestrowanie dziennika budowy i pierwszy wpis o objęciu funkcji kierownika budowy, aż do ostatniej czynności, jaką jest wpis w dzienniku budowy o zakończeniu realizacji robót mostowych i oświadczenie kierownika robót o zrealizowaniu tychże robót zgodnie z projektem budowlanym wobec czego kierownik robót (branża mostowa) jest osobą, której udział w realizacji robót budowlanych obiektów inżynieryjnych, jakimi są mosty jest wymagany prawem od samego początku realizacji robót i aż do ich zakończenia.

Stwierdził, iż jeżeli w ramach zadania inwestycyjnego zrealizowano by tylko poprawę stanu technicznego, to zakres odpowiedzialności i zakres działania kierownika robót w ww. branży mostowej byłby dużo węższy niż zakres zadań kierownika robót, który nadzoruje wybudowanie od początku obiektu budowlanego, jakim jest most; osoba kierownika robót mostowych lub konstrukcyjnych w zakresie budowy obiektu mostowego posiada z pewnością daleko większe doświadczenie niż osoba posiadająca te same co on uprawnienia budowlane, ale doświadczenie jedynie np. w realizacji poprawy stanu technicznego mostów, ponieważ osoba taka, choćby wykonała kilka razy więcej zadań o charakterze i zakresie polegającym na poprawie stanu technicznego istniejącego mostu, to nie może równać się z doświadczeniem kierownika budowy, który kierował budową nowego mostu, zgodnie z projektem budowlanym. Uzupełnił, że istniejący most jest obiektem, którego poprawa stanu technicznego nie generuje tylu problemów technicznych i ryzyk budowlanych jak wybudowanie nowego mostu - kwestia naprężeń, obciążeń, osadzenia konstrukcji nośnej (czyli ustroju nośnego) mostu.

Zdaniem odwołującego osoba z uprawnieniami w branży mostowej lub konstrukcyjnej bez doświadczenia w wybudowaniu choćby jednego mostu ma mniejsze doświadczenie i wiedzę budowlaną niż osoba z tymi samymi uprawnieniami, ale posiadająca w swoim życiorysie zawodowym inwestycję polegającą na wybudowaniu mostu.

Uznał, że jeżeli zamawiający wymagał mniej ważkiego doświadczenia od kierownika budowy robót mostowych, to wykazanie doświadczenia kierownika budowy o znacznie wyższej obiektywnie wartości zarówno praktycznej jak i teoretycznej winno prowadzić do uwzględnia takiego doświadczenia.

Ocenił, że działanie zamawiającego jest też nielogiczne, gdyż osoba z doświadczeniem przekraczającym wymaganie zamawiającego, ale dla realizacji zamówienia potrzebnym, uznawana jest przez zamawiającego za mniej doświadczoną niż osoba z mniej wszechstronnym doświadczeniem (osoba nadzorująca tylko np. remont

mostu).

W odniesieniu do obiektu mostowego w ciągu ul. Sienkiewicza w Dzierżoniowie (brak wymaganej w SIWZ *długości teoretycznej min. 25* m) odwołujący stwierdził, że ustalenie zamawiającego jest gołosłowne; zamawiający otrzymał od odwołującego wyczerpujące wyjaśnienia w zakresie długości przedmiotowego mostu, tj. pismem z 17.07.2020 r. odwołujący przekazał dowody wskazujące na fakt długości ustroju nośnego mostu powyżej 25 m (dokładnie 25,55 m). Podał, że ustrój nośny tworzą: dźwigary główne, oparte na nich pomosty (pomost umożliwia ruch pojazdów i pieszych po przęśle) oraz elementy usztywniające tzw. stężenia.

Wskazał, że zgodnie z wyjaśnieniami, poprzez zespawanie stalowych dźwigarów nad filarami nastąpiło uciąglenie żelbetowej płyty pomostowej przez co powstała ciągła żelbetowa płyta pomostowa o długości większej niż 25 m.

Podniósł, że zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do wyjaśnień odwołującego oraz, że dane potwierdzające długość uciąglonej płyty pomostowej wynikają z Projektu wykonawczego, a więc z ostatecznej wersji projektu budowlanego mostu (str. 11 pkt 4.3.2). Wskazał, że na etapie opracowania Projektu wykonawczego doprecyzowane zostały wszystkie elementu mostu i zarówno technologia jak i zakres remontu ww. mostu i finalne parametry mostu po wykonaniu remontu.

Podsumował, że w wyniku uciąglenia płyty mostowej doszło do przedłużenia ustroju nośnego mostu.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 18 września 2020 r. - dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, „*Pisma odwołującego się"* z dnia 16 października 2020 r., „*Pisma przygotowawczego pełnomocnika przystępującego"* z dnia 19 października 2020 r., a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, czego zamawiający nie kwestionował.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut pierwszy - błędnego zastosowania przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp i uznania, że ofertą najkorzystniejszą zgodnie z kryteriami oceny oferty jest oferta przystępującego, podczas gdy z uwagi na nieprawidłową ocenę ofert w odniesieniu do oferty odwołującego w zakresie kryterium „Doświadczenie kierownika budowy" zamawiający zobowiązany był przyznać w tym kryterium odwołującemu 3, a nie zero punktów częściowo się potwierdził.

Tytułem wstępu skład orzekający Izby zauważa, że odwołujący omyłkowo wskazał, iż jego oferta w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy" winna uzyskać 3 pkt., a nie punkty za 3 wskazane zadania.

Wynika to z uzasadnienia odwołania, zgodnie z którym odwołujący wskazywał, że winien otrzymać maksymalną ilość punktów, tj. 10, a zamawiający błędnie uznał, że odwołujący wykazał się w zakresie osoby kierownika budowy tylko 1 wykonanym zadaniem.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W rozdziale IV „*Warunki udziału w postępowaniu."* pkt 1 lit. c.2) SIWZ zamawiający wskazał, że wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności zawodowej, jeżeli wykaże, że dysponuje osobą zdolną do wykonania zamówienia, tj.: kierownikiem budowy, posiadającym uprawnienia (...), który w okresie ostatnich 5 lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótsze - w tym okresie pełnił funkcję kierownika budowy lub kierownika robót mostowych na minimum jednym zamówieniu polegającym na remoncie lub przebudowie obiektu mostowego o długości płyty ustroju nośnego wynoszącej min. 25 m.

W ww. rozdziale IV pkt 5 zamawiający zastrzegł, że wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia Wykazu osób, potwierdzającego spełnienie warunku uczestnictwa określonego w rozdz. IV pkt 1 SIWZ.

Zgodnie z rozdziałem XII „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert.' pkt 1 zamawiający, jako jedno z trzech kryteriów, przewidział „Doświadczenie kierownika budowy - ilość zadań polegających na remoncie lub przebudowie obiektu mostowego o długości płyty ustroju nośnego wynoszącej min. 25m, na których osoba wymagana zgodnie z rozdz. IV pkt 1.2) SIWZ pełniła funkcję kierownika budowy/kierownika robót budowlanych - 10%"

Jednocześnie zgodnie z ww. rozdziałem XII pkt 4 zamawiający przewidział, że w tymże kryterium oceni „ilość zadań polegających na poprawie stanu technicznego, remoncie lub przebudowie obiektu mostowego o długości teoretycznej min. 25m, na których osoba wymaga zgodnie z rozdz. IV pkt 1.2) SIWZ pełniła funkcję kierownika budowy lub kierownika robót mostowych'.

Zamawiający podał, że „Kryterium będzie rozpatrywane na podstawie ilości zadań zadeklarowanej prze
Wykonawcę w Formularzu oferty:
- najmniejsza ilość zadań
wymagana przez Zamawiającego - 1, Wykonawcy, którzy zadeklarują: a) 1 zadanie - otrzymają 0 pkt b) 2 zadania - otrzymają 5 pkt c) 3 zadania - otrzymają 10 pkt.

Odwołujący w swoim Formularzu ofertowym (wypełnionym zgodnie z opracowanym przez zamawiającego wzorem) w pkt. 8 zadeklarował 3 zadania.

Pismem z dnia 4 czerwca 2020 r. zamawiający, powołując się na przepis art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia *„oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp"*, tj. m.in. wykazu osób, potwierdzającego spełnienie warunku uczestnictwa określonego w rozdz. IV pkt 1 SIWZ. Załącznikiem do wezwania był wzór Wykazu osób, przewidujący w czterech kolumnach podanie następujących informacji: *„Nazwa zamówienia"* (1), *„Szczegółowy zakres robót' (2), „Pełniona funkcja: Kierownik budowy/kierownik robót mostowych" (3), „Termin umowny rozpoczęcia zakończenia" (4).*

Odwołujący złożył Wykaz osób przy piśmie z dnia 8 czerwca 2020 r. Wskazał w nim Z. Z. i 3 zamówienia: „Naprawa konstrukcji mostu milenijnego", „Rewitalizacja dawnego obszaru uzdrowiskowego w Głuchołazach", „Remont mostu w ciągu ul. Sienkiewicza w Dzierżoniowie".

Pismem z dnia 19 czerwca 2020 r. zamawiający, powołując się na przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia *„poprawionego Wykazu osób z prawidłowo wypełnioną kolumną nr 2 „Szczegółowy zakres robót" dla każdego ze wskazanych zamówień'.*

Odwołujący złożył poprawiony Wykaz osób przy piśmie z dnia 22 czerwca 2020 r. Wskazał te same 3 zamówienia, uszczegóławiając ich opis.

W piśmie do zamawiającego z dnia 15 lipca 2020 r., wobec unieważnienia przez zamawiającego czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, odwołujący, w odniesieniu do mostu w Dzierżoniowie, wskazał, że *„Dokładana długość płyty ustroju nośnego wynosi 25,55 co spełnia wymagania określonego przez Zamawiającego."*

Wykaz złożony przez odwołującego przy piśmie z dnia 22 czerwca 2020 r. zamawiający poddał ocenie w ramac
ponowionej czynności badania i oceny ofert (pierwsza czynność wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejsze
została przez zamawiającego unieważniona w wyniku uwzględnienia odwołania
złożonego przez obecnego
przystępującego).

Pismem z dnia 4 września 2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej,

oferty przystępującego.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W odniesieniu do zadania z pozycji 2 Wykazu osób - Rewitalizacja dawnego obszaru uzdrowiskowego w Głuchołazach.

Abstrahując od niespójności opisu sposobu oceny ofert w kryterium *„Doświadczenie kierownika budowy”* zawartego w pkt. 1 (remont lub przebudowa obiektu mostowego) i 4 (poprawa stanu technicznego, remont lub przebudowa obiektu mostowego) rozdziału XII SIWZ, stwierdzić należy, że zamawiający przesądził, nadając tym postanowieniom przytoczone powyżej brzmienie, iż punktowane doświadczenie kierownika budowy to doświadczenie zdobyte przy poprawie stanu technicznego, remoncie lub przebudowie - taki jedynie wniosek płynie z zastosowania literalnej wykładni postanowień SIWZ (w pkt. 1 i 4 rozdziału XII SIWZ mowa o: poprawie stanu technicznego, remoncie lub przebudowie obiektu mostowego, a nie o jego budowie).

Skład orzekający Izby wskazuje, za uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 2009 r., III CZP 110/09, że „W ramach dyrektyw preferencji metod wykładni na czoło wysuwa się powszechnie akceptowana w orzecznictwie i w piśmiennictwie zasada pierwszeństwa wykładni językowej oraz subsydiarności wykładni systemowej i funkcjonalnej. Zasada pierwszeństwa wykładni językowej, choć nie ustala absolutnego porządku preferencji, to jednak dopuszcza odstępstwa od wyniku jej zastosowania tylko wówczas, gdy wynik ten prowadzi albo do absurdu, albo do rażąco niesprawiedliwych lub irracjonalnych konsekwencji. Nie zawsze więc zachodzi konieczność posłużenia się kolejno wszystkimi rodzajami wykładni; nie ma w szczególności potrzeby sięgania po dyrektywy celowościowe wówczas, gdy już po zastosowaniu dyrektyw językowych albo językowych i systemowych uda się uzyskać właściwy wynik wykładni. Jak ujął to Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 1 marca 2007 r., III CZP 94/06 (OSNC rok 2007, nr 78, poz. 95), odstępstwo od jasnego i oczywistego sensu przepisu wyznaczonego jego jednoznacznym brzmieniem mogą uzasadniać tylko szczególnie istotne i doniosłe racje prawne, społeczne, ekonomiczne lub moralne; jeśli takie racje nie zachodzą, należy oprzeć się na wykładni językowej (por. też uzasadnienie uchwały pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2004 r., III CZP 37/04, OSNC rok 2005, nr 3, poz. 42, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2004 r., V CK 21/04, OSNC rok 2005, nr 7-8, poz. 137 oraz uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 lipca 2005 r., I KZP 18/05, OSNKW rok 2005, nr 9, poz. 74). Wykładnia językowa wymaga uwzględnienia dyrektyw języka potocznego, a zatem przypisania zawartym w normie prawnej wyrażeniom podstawowego i powszechnie przyjętego znaczenia”.

Odwołujący nie powoływał się na żadne szczególnie istotne i doniosłe racje prawne, społeczne, ekonomiczne lub moralne, które wymagałyby zastosowania wykładni innej niż językowa, prezentując jedynie własną ocenę, sprowadzająca się do tego, że doświadczenie zdobyte przy budowie mostu przewyższa to, zdobyte przy poprawie stanu technicznego, remoncie czy przebudowie.

Wobec jednoznacznych postanowień SIWZ traktujących wyłącznie o doświadczeniu zdobytym przy realizacji zadania polegającego na poprawie stanu technicznego, remoncie lub przebudowie obiektu budowlanego, doświadczenie zdobyte przy realizacji zadania polegającego na budowie obiektu mostowego wskazanej przez odwołującego osoby nie mogło prowadzić do przyznania odwołującemu dodatkowych punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy”.

W odniesieniu do zadania z pozycji 3 Wykazu osób - „Remont mostu w ciągu ul. Sienkiewicza w Dzierżoniowie”.

Abstrahując od niespójności opisu sposobu oceny ofert w kryterium *„Doświadczenie kierownika budowy"* zawartego w pkt. 1 (remont lub przebudowa obiektu mostowego o długości płyty ustroju nośnego wynoszącej min. 25 mj i 4 (poprawa stanu technicznego, remont lub przebudowa obiektu mostowego o długości teoretycznej min. 25 m) rozdziału XII SIWZ, stwierdzić należy, że zamawiający nie wskazał w SIWZ, jak rozumieć *długość płyty ustroju nośnego"* czy *„długość teoretyczną”* obiektu mostowego - nie podał żadnej własnej definicji, nie odwołał się także do żadnych przepisów.

Uzasadnia to wniosek, iż zamawiający kwestię wyboru metody pomiaru długości płyty ustroju nośnego czy długości teoretycznej obiektu mostowego pozostawił wykonawcom.

Co więcej, wskazany przez zamawiającego sposób oceny ofert w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy", przewidujący oparcie się na deklaracji wykonawcy co do liczby zadań w ramach, których wskazana przez wykonawcę osoba zdobyła doświadczenie, także przemawia za wnioskiem, że kwestię wyboru metody pomiaru długości płyty ustroju nośnego czy długości teoretycznej obiektu mostowego pozostawił wykonawcom.

W konsekwencji, skład orzekający Izby uznał, że przyjęta przez odwołującego metoda pomiaru długości płyty ustroju nośnego mostu w Dzierżoniowie, zgodnie z którą długość ta wynosi powyżej 25 m jest dopuszczalna, a w związku z tym składane przez uczestników postępowania dowody na potwierdzenie w jaki sposób należy obliczyć długość obiektu mostowego zbędne.

Przesądza to w dalszej kolejności o uznaniu, że osoba wskazana przez odwołującego w Wykazie osób zdobyła doświadczenie przy realizacji zadania z pozycji 3 „Remont mostu w ciągu ul. Sienkiewicza w Dzierżoniowie", co, wobec uznania przez zamawiającego doświadczenia tej osoby z pozycji 1 Wykazu osób (bezsporne), prowadzi do wniosku, że odwołujący w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy" winien uzyskać 5 pkt (za 2 zadania).

Uwzględniając fakt, iż oferta odwołującego uzyskała (zgodnie z zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej z 4 września 2020 r.) 90,00 pkt w tym 0 pkt w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy", zaś oferta wskazana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza 92,10 pkt, stwierdzić należy, że przyznanie odwołującemu 0 pkt miało wpływ na wynik postępowania (przyznanie ofercie odwołującego dodatkowych 5 pkt oznacza, że to oferta odwołującego uzyska łącznie najwyższa ocenę, tj. 95,00 pkt.).

Na marginesie skład orzekający Izby podkreśla odrębność warunków udziału w postępowaniu od kryteriów oceny ofert i odrębność sposobów ich oceny. Zamawiający, przewidując w SIWZ ocenę warunku w zakresie zdolności zawodowej na podstawie Wykazu osób, zaś kryterium „Doświadczenie kierownika budowy" na podstawie deklaracji wykonawcy zawartej w Formularzu ofertowym nie może, będąc - podobnie jak wykonawcy - związany postanowieniami opracowanej przez siebie SIWZ, „mieszać" podstaw oceny.

Zarzut drugi - zaniechania przez zamawiającego wyjaśnienia oferty odwołującego w zakresie kryterium doświadczenie kierownika budowy i błędne uznanie, że kierownik wskazany przez odwołującego nie posiadał doświadczenia w realizacji 3 zadań, polegających na poprawie stanu technicznego, remoncie lub przebudowie obiektu mostowego o długości teoretycznej min. 25 m, na których osoba taka pełniła funkcję kierownika budowy lub kierownika robót mostowych, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 w z w. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp zawiera zamknięty katalog czynności (w postępowaniach - jak przedmiotowe - tzw. podprogowych) wobec, których wykonawcy przysługuje odwołanie. Katalog ten nie zawiera zaniechania przez zamawiającego wyjaśnienia treści oferty wykonawcy.

Czynnością, wobec której wykonawcy przysługuje odwołanie jest wybór oferty najkorzystniejszej.

Z przysługującego mu uprawnienia odwołujący skorzystał, podnosząc zarzut dotyczący naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez błędne zastosowanie tego przepisu i uznanie, że ofertą najkorzystniejszą zgodnie z kryteriami oceny oferty jest oferta konsorcjum, podczas gdy z uwagi na nieprawidłową ocenę ofert w odniesieniu do oferty odwołującego w zakresie kryterium doświadczenie kierownika budowy (wymóg na str. 1 1 SIWZ), zamawiający zobowiązany był przyznać w tym kryterium odwołującemu 3 pkt, a nie zero.

Jednocześnie, co trafnie podniósł przystępujący w swoim stanowisku pisemnym, odwołujący zarzutu zaniechania przez zamawiającego wyjaśnienia treści jego oferty w zakresie kryterium doświadczenie kierownika budowy nie powiązał z czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby zarzutu nie mógł poddać ocenie co do meritum.

Ze względu na częściowe potwierdzenie się zarzutu pierwszego, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: