

WYROK

z dnia 30 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 lipca 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2021 r. przez wykonawcę **Instytut Zrównoważonego Rozwoju Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytecki Dziecięcy Szpital Kliniczny im. L. Zamenhofs w Białymstoku**

przy udziale wykonawcy **R.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Obsługa Inwestycji w Budownictwie R.W. z siedzibą w Łomży** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym przyznanie wykonawcy R.W. prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą Obsługa Inwestycji w Budownictwie R.W. z siedzibą w Łomży 0 punktów w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Uniwersytecki Dziecięcy Szpital Kliniczny im. L. Zamenhofs w Białymstoku i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Instytut Zrównoważonego Rozwoju Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego Uniwersyteckiego Dziecięcego Szpitala Klinicznego im. L. Zamenhofs w Białymstoku na rzecz wykonawcy Instytutu Zrównoważonego Rozwoju Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku kwotę 11 414 zł 95 gr (słownie: jedenaście tysięcy czterysta czternaście złotych dziewięćdziesiąt pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 7 500 zł, wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, koszty dojazdu na rozprawę w kwocie 297,95 zł oraz opłatę skarbową w kwocie 17 zł.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Uniwersytecki Dziecięcy Szpital Kliniczny im. L. Zamenhofs w Białymstoku dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie w trybie podstawowym pn. Usługi nadzoru inwestorskiego nad pracami w ramach projektu pn. „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad robotami budowlanymi i instalacyjnymi przy realizacji zadania „Rozbudowa i przebudowa istniejącego budynku UDSK w Białymstoku.” Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), dalej „ustawa Pzp”.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 maja 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00055333/01.

W dniu 22 czerwca 2021 r. wykonawca Instytut Zrównoważonego Rozwoju Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu działanie niezgodnie z przepisami ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy R.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Obsługa Inwestycji w Budownictwie R.W. z siedzibą w Łomży oraz zaniechanie dokonania wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego, co stanowi naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Do postępowania odwoławczego w dniu 28 czerwca 2021 r. przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca R.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Obsługa Inwestycji w Budownictwie R.W. z siedzibą w Łomży

dalej „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający pismem z dnia 23 lipca 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Przystępującego, informacji Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, piśmie procesowym Odwołującego, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 28 lipca 2021 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie w trybie podstawowym pn. Usługi nadzoru inwestorskiego nad pracami w ramach projektu pn. „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad robotami budowlanymi i instalacyjnymi przy realizacji zadania „Rozbudowa i przebudowa istniejącego budynku UDSK w Białymstoku”.

Zgodnie z pkt V.2 specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający uznawał, że wykonawca posiada wymagane zdolności techniczne lub zawodowe do należytego wykonania zamówienia, jeżeli wykonawca wykaże, że:

- w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał co najmniej 1 usługę pełnienia funkcji inspektora nadzoru budowlanego, sprawozdawczości i rozliczania kontraktu na zadaniu z zakresu budowy lub przebudowy budynku szpitalnego w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (Dz.U. z 2020 r., poz. 1333, 2127, 2320, z 2021 r., poz. 11, 234, 282)

- do realizacji przedmiotowego zamówienia skieruje osoby odpowiedzialne za kierowanie robotami budowlanymi, posiadające wymienione poniżej kwalifikacje zawodowe i doświadczenie:

a) Inspektora nadzoru robót budowlanych – 1 osoba, która posiada: - uprawnienia do nadzorowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2020 r., poz. 1333, 2127, 2320, z 2021 r., poz. 11, 234, 282) lub odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie odrębnych przepisów, - będącą członkiem właściwej izby samorządu zawodowego, zgodnie z ustawą z dnia 15 grudnia 2000 r., o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa (Dz. U z 2001 r., nr 5 poz. 42), - co najmniej 2-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku inspektora robót budowlanych,

b) Inspektora robót elektrycznych – 1 osoba, która posiada: - uprawnienia do nadzoru robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2020 r., poz. 1333, 2127, 2320, z 2021 r., poz. 11, 234, 282) lub odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie odrębnych przepisów, - będącą członkiem właściwej izby samorządu zawodowego, zgodnie z ustawą z dnia 15 grudnia 2000 r., o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa (Dz. U z 2001 r., nr 5 poz. 42), - co najmniej 2-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku inspektora robót elektrycznych,

c) Inspektora robót sanitarnych – 1 osoba która posiada: - uprawnienia do nadzoru robotami sanitarnymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych, bez ograniczeń, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2020 r., poz. 1333, 2127, 2320, z 2021 r., poz. 11, 234, 282) lub odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie odrębnych przepisów, - będącą członkiem właściwej izby samorządu zawodowego, zgodnie z ustawą z dnia 15 grudnia 2000 r., o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa (Dz. U z 2001 r., nr 5 poz. 42), - co najmniej 2-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku inspektora robót sanitarnych.

Na potwierdzenie spełniania powyższych warunków udziału w postępowaniu zgodnie z pkt VII.1 SWZ Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty miał wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień złożenia, następujących podmiotowych środków dowodowych:

- wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy – załącznik nr 5 do SWZ;

- wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami – załącznik nr 4 do SWZ.

Zgodnie z pkt XIX SWZ Zamawiający przewidział następujące kryteria oceny ofert: cena - 60% oraz doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia – 40%. Ocena ofert w kryterium doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji

zamówienia zostanie dokonana na podstawie informacji przedstawionej przez Wykonawcę w Formularzu Oferty w pkt. II. załącznika nr 1 do oferty według poniższych zasad:

• Wykonawca w Formularzu Oferty w pkt. II. załącznika nr 1 do oferty winien wskazać doświadczenie wszystkich trzech osób ponad doświadczenie, które zostało wskazane na potrzeby spełnienia warunku udziału i nie jest punktowane; doświadczenie to dotyczy realizacji w budynkach szpitali w okresie 5 lat. Zamawiający w pierwszej kolejności dokonana sprawdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zakwalifikuje jako spełniające warunek. Dla dodatkowych pozostałych usług, poza spełniającym warunek udziału w postępowaniu, dokona oceny ofert w kryterium doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia.

• W przypadku gdy Wykonawca nie dołączy dokumentów potwierdzających wykonanie usług zostanie mu przyznane 0 pkt.

• Punkty w przedmiotowym kryterium będą przyznawane za doświadczenie zawodowe osoby wskazanej przez Wykonawcę do pełnienia funkcji nadzoru inwestorskiego dla:

- inspektora nadzoru budowlanego – do oceny zostanie przyjęte doświadczenie zawarte w przedziale od 1 do 5 wykonanych usług nadzoru inwestorskiego nad wykonanymi robotami budowlanymi o wartości nie mniejszej niż 10 000 000,00 zł. (kwota dotyczy wartości robót budowlanych), maksymalne punktowane doświadczenie wynosi 5 realizacji, Wykonawca otrzyma maksymalną ilość punktów tj. 40 pkt (...)

- inspektora nadzoru sanitarnego - do oceny zostanie przyjęte doświadczenie zawarte w przedziale od 1 do 5 wykonanych usług nadzoru inwestorskiego nad wykonanymi robotami sanitarnymi o wartości nie mniejszej niż 2 500 000,00 zł. (kwota dotyczy wartości robót sanitarnych), maksymalne punktowane doświadczenie wynosi 5 realizacji, Wykonawca otrzyma maksymalną ilość punktów tj. 40 pkt (...)

- inspektora nadzoru elektrycznego - do oceny zostanie przyjęte doświadczenie zawarte w przedziale od 1 do 5 wykonanych usług nadzoru inwestorskiego nad wykonanymi robotami elektrycznymi o wartości nie mniejszej niż 2 500 000,00 zł. (kwota dotyczy wartości robót elektrycznych), maksymalne punktowane doświadczenie wynosi 5 realizacji, Wykonawca otrzyma maksymalną ilość punktów tj. 40 pkt (...)

Stosownie do pkt VIII.6 SWZ do oferty należało załączyć dowody potwierdzające, iż Wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, wykonał 2 usługi nadzoru inwestorskiego dotyczy – kryterium oceny ofert przy czym dowodami, o których mowa są referencje oraz n/w dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy, referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie oraz dołączyć następującą dokumentację: a. dokumentacja wykonawcza w formacie pdf), b. dokumentacja powykonawcza nadzorowanych budów w pdf z podziałem na branże, c. korespondencja między uczestnikami procesu budowlanego w pdf z posortowaniem wg daty wpływu.

Pismem z dnia 20 maja 2020 r. Zamawiający dokonał zmian w pkt VIII.6 SWZ nadając nowe brzmienie o następującej treści: Dowody potwierdzające, iż Wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, wykonał usługi nadzoru inwestorskiego dotyczy — kryterium oceny ofert przy czym dowodami, o których mowa są referencje oraz n/w dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — oświadczenie wykonawcy, referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie oraz dołączyć następującą dokumentację: a. dokumentacja wykonawcza w formacie pdf), b. dokumentacja powykonawcza nadzorowanych budów w pdf z podziałem na branże, c. korespondencja między uczestnikami procesu budowlanego w pdf z posortowaniem wg daty wpływu.

Do upływu terminu składania ofert złożono dwie oferty, tj. ofertę Odwołującego oraz Przystępującego, która została oceniona najwyżej. Przystępujący w formularzu oferty wskazał w pkt II trzy branże, podając że:

- wyznaczony do realizacji zamówienia inspektor nadzoru branży elektrycznej wykonał 6 usług z zakresu nadzoru, tj.: Budowa centrum logistycznego Cenergo - 2 479 680 zł brutto; Przebudowa i rozbudowa budynku „Młynarzówki” na Ośrodek Dydaktyczno - Muzealny Narwiańskiego Parku Narodowego wraz z wyposażeniem multimedialnym - 4 600 077 zł brutto; Rozbudowa i przebudowa części budynku głównego szpitala na potrzeby Bloku Operacyjnego, Centralnej Sterylizatorni i Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii Szpitala Powiatowego im. Jana Mikulicza w Biskupcu 2 751 847,02 zł brutto; Zadanie polegające na realizacji usług, robót budowlanych i dostaw, w tym na: zaprojektowaniu, wykonaniu, dostawie wraz z montażem stanowisk ekspozycji, celem utworzenia Laboratorium Młodego Mistrza i Odkrywcy - 3 677 601,60 zł brutto; Przebudowa i rozbudowa budynku drukarni Multi Packing Solutions w Białymstoku - 2 663 787,86 zł brutto; dokończenie Rozbudowy i modernizacji byłego Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. K. Dłuskiego w Białymstoku; ul. Żurawia 14 - 4 397 250 zł;
- wyznaczony do realizacji zamówienia inspektor nadzoru branży sanitarnej wykonał 2 usługi z zakresu nadzoru, tj. Przebudowa zabytkowej Hali Targowej na Halę Kultury w Łomży wraz z jej wyposażeniem - 2 259 929,47 zł brutto; wykonanie modernizacji, remontu i przebudowy wraz ze zmianą zagospodarowania terenu budynku po oddziałach zakaźnych Szpitala Wojewódzkiego im. kard. Stefana Wyszyńskiego w Łomży realizowanych w ramach projektu składającego się z dwóch etapów działań: I ETAP „Rozszerzenie działalności Wojewódzkiego Ośrodka Profilaktyki i Terapii Uzależnień w Łomży o świadczenia pielęgnacyjne i rehabilitację dla osób dorosłych w ramach opieki długoterminowej oraz pielęgniarską opiekę długoterminową domową” i II ETAP „Poprawa jakości świadczenia usług w zakresie profilaktyki i terapii uzależnień oraz świadczenie usług w zakresie leczenia długoterminowego opiekuńczo-leczniczego” - 3 481 455,96 zł brutto;
- wyznaczony do realizacji zamówienia inspektor nadzoru budowlanego wykonał 2 usługi z zakresu nadzoru, tj. Przebudowa zabytkowej Hali Targowej na Halę Kultury w Łomży wraz z jej wyposażeniem - 9 590 053,29 zł brutto; wykonanie modernizacji, remontu i przebudowy wraz ze zmianą zagospodarowania terenu budynku po oddziałach zakaźnych Szpitala Wojewódzkiego im. kard. Stefana Wyszyńskiego w Łomży realizowanych w ramach projektu składającego się z dwóch etapów działań: I ETAP „Rozszerzenie działalności Wojewódzkiego Ośrodka Profilaktyki i Terapii Uzależnień w Łomży o świadczenia pielęgnacyjne i rehabilitację dla osób dorosłych w ramach opieki długoterminowej oraz pielęgniarską opiekę długoterminową domową” i II ETAP „Poprawa jakości świadczenia usług w zakresie profilaktyki i terapii uzależnień oraz świadczenie usług w zakresie leczenia długoterminowego

opiekuńczo-leczniczego - 10 522 992,40 zł brutto.

Izba ustaliła, że wszystkie ww. usługi zostały wykonane w okresie ostatnich 5 lat.

Do oferty załączono również: oświadczenie p. M.K., inspektora branżowego o pełnieniu funkcji inspektora branży elektrycznej z wyszczególnieniem 6 usług; oświadczenie p. M.S. inspektora branżowego o pełnieniu funkcji inspektora branży sanitarnej z wyszczególnieniem 2 usług; oświadczenie p. R.W., inspektora branżowego o pełnieniu funkcji inspektora branży konstrukcyjno-budowlanej z wyszczególnieniem 2 usług. Każdy z ww. inspektorów oświadczył, że usługi wymienione w tabeli zostały wykonane osobiście.

Dalej, Izba ustaliła, że Przystępujący załączył do oferty referencje wystawione przez Wojewódzki Ośrodek Profilaktyki i Terapii Uzależnień w Łomży potwierdzające, że Przystępujący wykonał należycie zadanie wskazane w tabeli. Dodatkowo załączono referencje wystawione przez Prezydenta Miasta Łomży potwierdzające, że pan R.W. pełnił funkcję inspektora nadzoru branży konstrukcyjno-budowlanej na zadaniu pn. Przebudowa zabytkowej Hali Targowej na Halę Kultury w Łomży wraz z jej wyposażeniem.

Następnie w wyniku wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych Przystępujący przedłożył wykaz usług, gdzie wskazał usługę dla Wojewódzkiego Ośrodka Profilaktyki i Terapii Uzależnień w Łomży oraz wykaz osób, gdzie podał, że osobą skierowaną do pełnienia funkcji inspektora nadzoru branży instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych jest mgr. inż. M.S., osobą skierowaną do pełnienia funkcji inspektora nadzoru branży instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych jest mgr. inż. M.K., a osobą skierowaną do pełnienia funkcji inspektora nadzoru branży konstrukcyjno-budowlanej z pełnieniem dodatkowo funkcji koordynatora czynności inspektorów w pozostałych specjalnościach jest mgr. inż. R.W.

Zamawiający w dniu 17 czerwca 2021 r. dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, przyznając mu w kryterium pozacenowym 5,33 pkt.

Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Następnie, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający błędnie uznał, że dokumentacja przedstawiona przez Przystępującego potwierdza doświadczenia dwóch osób do realizacji zamówienia w realizacji usług nadzoru inwestorskiego w budynkach szpitali w okresie 5 lat i w wymaganej wartości inwestycji. Odwołujący wskazywał, że przedłożone przez Przystępującego:

1. oświadczenie inspektora branżowego o pełnieniu funkcji inspektora branży elektrycznej zawiera tylko jedną usługę spełniającą określone przez Zamawiającego zasady przyznawania punktacji w kryterium pozacenowym. Ponadto, Przystępujący nie przedłożył dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie tej usługi, co było wymagane w pkt VIII.6 SWZ, poprzestając jedynie na przedmiotowym oświadczeniu, które w żaden sposób nie stanowi potwierdzenie należytego wykonania usługi;
2. oświadczenie inspektora branżowego o pełnieniu funkcji inspektora branży sanitarnej nie zawiera żadnej usługi spełniającej określone przez Zamawiającego zasady przyznawania punktacji w kryterium pozacenowym;
3. oświadczenie inspektora branżowego o pełnieniu funkcji inspektora branży konstrukcyjno-budowlanej nie zawiera żadnej usługi spełniającej określone przez Zamawiającego zasady przyznawania punktacji w kryterium pozacenowym;

W ocenie Odwołującego oferta Przystępującego uzyskaby łącznie 62,45 pkt (59,78 pkt w kryterium ceny oraz 2,67 pkt w kryterium pozacenowym) – przy założeniu uznania oświadczenia inspektora branżowego o pełnieniu funkcji inspektora branży elektrycznej jako dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi. W przypadku nieuznania ww. oświadczenia, oferta Przystępującego uzyskaby łącznie 59,78 pkt (59,78 pkt w kryterium ceny oraz 0 pkt w kryterium pozacenowym). W obu powyższych przypadkach oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą, ponieważ uzyskała łącznie 63,65 pkt (58,32 pkt w kryterium ceny oraz 5,33 pkt w kryterium pozacenowym).

Izba wskazuje, że po pierwsze w zasadzie dopiero z odpowiedzi na odwołanie wynika w jaki sposób zostały przyznane przez Zamawiającego punkty w kryterium pozacenowym. Zamawiający wyjaśnił, że przyznał Przystępującemu 0 punktów w ramach kryterium dotyczącego doświadczenia inspektora budowlanego oraz inspektora sanitarnego. Uznał zaś dwie usługi inspektora branży elektrycznej, wykonane dla Szpitala Powiatowego im. Jana Mikulicza w Biskupcu oraz dla Uniwersyteckiego Szpitala w Białymstoku, co dało Przystępującemu 5,33 pkt. Natomiast w dokumentacji postępowania brak jest jakichkolwiek informacji w zakresie uzasadnienia przyznania punktów poszczególnym wykonawcom w kryterium pozacenowym. Dlatego też zapewne Odwołujący podnosił równocześnie, że oświadczenie inspektora branży sanitarnej oraz branży konstrukcyjno-budowlanej nie zawierają żadnej usługi spełniającej warunki określone przez Zamawiającego. Powyższe potwierdził Zamawiający w złożonym piśmie procesowym.

Rozstrzygnięciu podlegała więc kwestia doświadczenia inspektora branży elektrycznej. W ocenie Odwołującego p. M.K. wskazał tylko jedną usługę (dla Uniwersyteckiego Szpitala w Białymstoku) spełniającą wymogi Zamawiającego, lecz nie przedłożył żadnego dokumentu potwierdzającego jej należyte wykonanie. Drugą zaś usługę (dla Szpitala Powiatowego im. Jana Mikulicza w Biskupcu) prócz braku referencji, opiewa na zbyt małą kwotę. Zamawiający twierdził zaś, że p. M.K. wykazał się dwiema usługami. Rację należy przyznać Zamawiającemu, że wartość inwestycji dla Szpitala Powiatowego im. Jana Mikulicza w Biskupcu przekracza wymagany próg, tj. 2 500 000 zł brutto. Oświadczenie inspektora zawierało wartości netto (podano 2 237 274 zł), podczas gdy tabela w formularzu ofertowym zawierała wartości brutto (podano 2 751 847,02 zł). Zauważenia wymaga również, że Zamawiający nie doprecyzował czy ocenie będą podlegały wartości netto czy brutto. Niemniej powyższe rozważania pozostają irrelevantne dla niniejszego stanu faktycznego, gdyż w ocenie Izby żadna z ww. usług nie spełnia wymogów Zamawiającego ze względu na zaniechanie dołączenia dokumentów potwierdzających wykonanie usług, zgodnie z pkt VIII.6 SWZ.

W ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zasadnym jest przedstawienie uwag natury ogólnej, odnoszących się do roli dokumentów zamówienia. Specyfikacja warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego, który jest zobowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Stosownie do art. 70¹ § 4 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. Specyfikacja warunków zamówienia jest podstawowym dokumentem kształtującym reguły obowiązujące w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. W tym zakresie aktualne pozostaje orzecznictwo Izby, wypracowane pod rządami poprzedniej ustawy, skoro obecna specyfikacja warunków zamówienia, to dawna specyfikacja istotnych warunków zamówienia, a zmianie uległo jedynie nazewnictwo. Natomiast wciąż jest to dokument, którego postanowienia są wiążące w równym stopniu zarówno dla wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak i dla zamawiającego.

Należy podkreślić, że na etapie oceny ofert niedopuszczalna jest zmiana sposobu oceny w stosunku do ostatecznej treści SWZ, co zawsze musi nastąpić przed upływem terminu składania ofert. Prowadzenie postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i przestrzeganie uczciwej konkurencji (a także pisemność postępowania) wymagają, aby potencjalni wykonawcy w pełni mogli zapoznać się przed złożeniem oferty ze sposobem oceny ofert w ramach przyjętych kryteriów. Zamawiający nie może zatem oceniać ofert w sposób odmienny od opisanego, rozszerzając, niewyartykułowany w SWZ. Odwołujący ma prawo oczekiwać od zamawiającego, że będzie on oceniał oferty, w oparciu o określone w SWZ kryteria oceny ofert oraz opis sposobu ich oceny, w tym w oparciu o dopuszczony przez Zamawiającego katalog dokumentów.

Ze względu na znaczenie kryteriów oceny ofert i opisu sposobu oceny ofert, postanowienia SWZ w tym zakresie należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Tak więc ocena ofert powinna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert oraz opisu sposobu oceny ofert, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiającego na etapie oceny ofert. To zamawiający wyznacza granice oceny ofert, a więc niedopuszczalna jest ocena ofert oparta o intencje zamawiającego, nie wyrażone wprost w SWZ.

Przenosząc powyższe rozważania na stan faktyczny niniejszej sprawy należy stwierdzić, że Zamawiający rozszerzył, w trakcie badania ofert, sposób oceny ofert przez rozszerzenie katalogu dokumentów możliwych do przedłożenia celem uzyskania dodatkowych punktów w ramach kryterium pozacenowym, co było działaniem nieuprawnionym.

Zgodnie z postanowieniem SWZ (pkt VIII.6) dowodami potwierdzającymi, iż wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał usługi nadzoru inwestorskiego w ramach kryterium oceny ofert miały być referencje oraz niżej wymienione dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — oświadczenie wykonawcy, referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie oraz następująca dokumentacja: dokumentacja wykonawcza w formacie pdf, dokumentacja powykonawcza nadzorowanych budów w pdf z podziałem na branże, korespondencja między uczestnikami procesu budowlanego w pdf z posortowaniem wg daty wpływu.

Zamawiający dopuścił szereg różnych dokumentów, w tym nawet oświadczenie własne wykonawcy. Natomiast Przystępujący do oferty załączył jedynie oświadczenia inspektorów poszczególnych branż, stwierdzające że wymienione usługi zostały wykonane przez nich osobiście. Do oferty nie zostały załączone żadne referencje czy też inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonane, a dotyczące usług punktowanych w ramach kryteriów pozacenowych. Nie złożono żadnego dokumentu, oświadczenia potwierdzającego należyte wykonanie usługi. Nie zostało załączone nawet oświadczenie własne wykonawcy, czyli Przystępującego, że nie jest w stanie uzyskać wymaganych referencji. Dodatkowo z oświadczenia inspektora branży elektrycznej nie wynika, że usługi zostały należyte wykonane. Rzeczywiście SWZ przewidywała różne dokumenty, na potwierdzenie kryterium pozacenowego, niemniej żaden z nich nie został załączony przez Przystępującego do oferty.

Dostrzeżenia wymaga również, że zamawiający w SWZ nie przewidział możliwości uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w zakresie kryteriów oceny ofert. Zatem za niedopuszczalne należałoby uznać uzupełnienie lub wyjaśnienie dokumentów na użytek kryteriów oceny po otwarciu ofert. Równocześnie ocena oferty na podstawie oświadczeń lub w oparciu o dokumenty, których zamawiający nie wymienił w dopuszczalnym katalogu, prowadzi do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Zamawiający zobligowany jest bowiem do dokonywania czynności w postępowaniu na podstawie ustalonych przez siebie wymagań. Wymagania opisane przez zamawiającego w SWZ decydują o tym, czy dany wykonawca zdecyduje się na udział w danym postępowaniu. Nie mogą być zatem zmieniane po złożeniu ofert.

Ponadto, uwzględniając profesjonalny charakter uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego), wykonawca winien zdawać sobie sprawę, że w celu zdobycia określonej liczby punktów jest zobowiązany załączyć do oferty odpowiednie dokumenty wymagane SWZ. Niewątpliwie działaniem błędnym jest kompletowanie dowodów na etapie postępowania odwoławczego. Izba pominęła argumentację Przystępującego podnoszoną w zgłoszeniu przystąpienia o przyczynach niezłączenia do oferty referencji. Izba nie uwzględniła również dokumentów złożonych przez Zamawiającego podczas rozprawy (oświadczenia Przystępującego wskazującego na przyczyny niezłożenia referencji oraz korespondencji mailowej prowadzonej z

inwestorami wykazywanych usług). Wszelkie informacje przedstawione przez wykonawcę muszą być znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania, celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do oceny oferty w kryterium pozacenowym.

Dodatkowo, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, zasada pisemności w nowej ustawie Pzp wciąż obowiązuje. Zgodnie z motywem 58 preambuły do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE o *ile niezbędne elementy postępowania o udzielenie zamówienia, takie jak dokumenty zamówienia, wnioski o dopuszczenie do udziału, potwierdzenia zainteresowania i oferty powinny zawsze być sporządzane na piśmie, to w innych przypadkach komunikacja ustna z wykonawcami powinna być nadal możliwa, pod warunkiem że jej treść jest w dostatecznym stopniu udokumentowana. Jest to konieczne, by zapewnić odpowiedni poziom przejrzystości umożliwiający weryfikację przestrzegania zasady równego traktowania. W szczególności niezbędne jest, by komunikacja ustna z oferentami – która może mieć wpływ na treść i ocenę ofert – była dokumentowana w dostatecznym stopniu i w odpowiedni sposób, na przykład na piśmie lub za pomocą nagrania, lub streszczeń głównych elementów rozmowy.* Dyrektywa wprost wskazuje, że niezbędne elementy postępowania o udzielenie zamówienia, takie jak dokumenty zamówienia, wnioski o dopuszczenie do udziału, potwierdzenia zainteresowania i oferty, winny być zawsze sporządzane na piśmie. Potwierdzeniem powyższego jest art. 20 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, prowadzi się pisemnie. Wyjątkiem takim jest komunikacja ustna przewidziana w art. 61 ust. 2 ustawy Pzp, gdzie ustawodawca wskazał, że jest dopuszczalna w toku negocjacji lub dialogu oraz w odniesieniu do informacji, które nie są istotne, w szczególności nie dotyczą ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, potwierdzenia zainteresowania, ofert lub prac konkursowych, o ile jej treść jest udokumentowana.

Zatem, nieuprawnione są działania polegające na telefonicznym wzywaniu wykonawcy do złożenia oświadczenia przez wykonawcę, o czym Zamawiający nadmieniał podczas rozprawy. Obowiązkiem wykonawcy jest złożenie poszczególnych dokumentów wraz z ofertą. Nie jest rolą zamawiającego wyřeczanie wykonawcy w tym zakresie. Jeřeli wykonawca sam nie wykazał spełnienia wymogów w zakresie kryteriów pozacenowych, to zamawiający w niniejszym stanie faktycznym winien przyznać wykonawcy 0 punktów. Informacje ustalone zaś przez zamawiającego po telefonicznym wezwaniu nie mogą być podstawą oceny spełnienia przez wykonawcę wymogów.

Odnosząc się z kolei do argumentu Zamawiającego, zgodnie z którym chciał on uniknąć nadmiernego formalizmu, Izba wskazuje, że przestrzeganie przez zamawiającego reguł, które on sam określił w SWZ oraz przepisów określonych w ustawie Pzp, nie jest formalizmem, ale jedynym sposobem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z zasadami, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp.

Reasumując, Izba doszła do przekonania, że w postępowaniu doszło do naruszenia wskazywanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp. Dlatego też Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert, w tym przyznanie wykonawcy R.W. prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą Obsługa Inwestycji w Budownictwie R.W. z siedzibą w Łomży 0 (zero) punktów w ramach kryterium oceny ofert „Dořwiadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”.

Biorąc pod uwagę powyřsze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....