

WYROK

z dnia 28 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Kot
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2021 r. przez odwołującego -

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MURKRAK Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Węgrzcach, Z.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z.M. Zakład Remontowo-Budowlany „M.” z siedzibą w Miechowie w postępowaniu prowadzonym przez Muzeum - Nadwiślański Park Etnograficzny w Wygielzowie i Zamek Lipowiec z siedzibą w Wygielzowie

przy udziale wykonawcy Arco System Sp. z o.o. z siedzibą w Oświęcimiu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) 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

Muzeum - Nadwiślański Park Etnograficzny w Wygielzowie i Zamek Lipowiec z siedzibą w Wygielzowie (dalej: „Zamawiający” oraz „Muzeum”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez możliwości negocjacji na wykonanie robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj” dla zadania pn. „Muzeum Pożarnictwa w Alwernii - Nowy Oddział Muzeum Nadwiślański Park Etnograficzny w Wygielzowie i Zamek Lipowiec” (znak sprawy: 5/I/2021) (dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 10 listopada 2021 r. pod numerem: 2021/BZP 00266003.

W dniu 10 grudnia 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 10 grudnia 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MURKRAK Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Węgrzcach, Z.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z.M. Zakład Remontowo-Budowlany „M.” z siedzibą w Miechowie (dalej: „Odwołujący” oraz „MURKRAK”) wniosli odwołanie od sposobu oceny oferty Odwołującego w zakresie pozacenowego kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej - „Doświadczenie Kierownika Budowy”.

MURKRAK wskazał, że informację o sposobie oceny jego oferty w zakresie kryterium pozacenowego uzyskał od Zamawiającego w dniu 7 grudnia 2021 r. (informacja przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej na adres poczty mailowej Odwołującego). W wyżej wymienionej wiadomości Zamawiający wskazał, że doświadczenie Kierownika Budowy - Pana K.N., w wymienionych realizacjach nr 1,2,3 (na spełnianie warunku udziału w postępowaniu), wynosi łącznie 45 miesięcy, liczone jako suma miesięcy wskazanych w wykazie kontraktów. W związku z powyższym Zamawiający uznał, że realizacje wpisane w wykazie na spełnienie warunku nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego w rozdz. VI pkt 1.4.1 lit. a) SWZ, gdyż Kierownik Budowy - Pan K.N. nie posiada co najmniej 5-letniego doświadczenia w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy podczas realizacji inwestycji polegającej na budowie, przebudowie, rozbudowie lub remoncie w co najmniej trzech obiektach o kubaturze każdego z nich minimum 9000 m³ (nabytego po uzyskaniu uprawnień budowlanych w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, liczonego jako suma miesięcy wskazanych w wykazie kontraktów). Ponadto Zamawiający poinformował Odwołującego, że nie odrzuca jednak oferty MURKRAK, ponieważ po uwzględnieniu dla celów spełnienia warunku kolejnej przedstawionej realizacji (nr 1, dodatkowo punktowanej) Kierownik Budowy wykazuje minimalne wymagane doświadczenie. Jednakże z uwagi na to, że realizacja ta została uwzględniona dla celów spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający nie może dodatkowo punktować tej realizacji. Tym samym Zamawiający uznał, że Wykonawca wykazał jedynie 2 dodatkowo punktowane realizacje.

Mając na uwadze powyższe MURKRAK wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,

2. nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej oceny oferty Odwołującego w zakresie wskazanego pozacenowego kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.

W treści uzasadnienia odwołania MURKRAK zaznaczył, że w przedmiotowym postępowaniu, w odniesieniu do Kierownika Budowy, jako jednej z kluczowych osób nadzoru, Zamawiający odniósł się dwoma postanowieniami tj.: warunkiem udziału w postępowaniu ujętym w rozdz. VI pkt 1.4.1 lit. a) SWZ (strona 8 SWZ) oraz pozacenowym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej opisanym w rozdz. XVI pkt 3 (strona 22 SWZ) o wadze 40%.

Odwołujący zauważył, że w odniesieniu do powyższych wymagań, w Formularzu oferty (Załącznik A do SWZ) Zamawiający wskazał, iż doświadczenie osoby wymienionej jako Kierownik Budowy należy ująć w formie tabeli. Przy czym tabela ujęta we wspomnianym załączniku zarówno w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu jak i do kryterium wyboru oferty została sformatowana przez Zamawiającego w ten sposób, iż w odniesieniu do każdej z powyższych okoliczności, wskazał tylko na trzy pozycje.

Odwołujący podkreślił, iż osobę, która została przewidziana do pełnienia funkcji

Kierownika Budowy - Pana K.N., wpisał w sześć kolejnych wierszy tabeli - wykaz sześciu realizacji polegających na budowie, przebudowie, rozbudowie lub remoncie obiektów o kubaturze minimum 9000 m³, przy wykonywaniu których Pan K.N. pełnił funkcję Kierownika Budowy. Odwołujący wypełnił tabelę w porządku chronologicznym CV zawodowego Pana K.N. tzn. poczynawszy od najbardziej aktualnej realizacji - zakończonej w 2019 r., skończywszy na ostatniej realizacji - zakończonej w 2012 r. MURKRAK wskazał, że wykazane, sumaryczne doświadczenie Pana K.N. na stanowisku Kierownika Budowy wynosi ponad 10 lat.

Ponadto w ocenie Odwołującego w złożonym wykazie sześciu realizacji inwestycji można wskazać trzy realizacje, które potwierdzają, iż osoba wpisana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, zdobyła sumarycznie co najmniej 5-letnie doświadczenie. Na tą okoliczność MURKRAK przedstawił dziewięć wariantów trzech realizacji, gdzie w każdym z wariantów okres doświadczenia osoby wskazanej jako Kierownik Budowy jest dłuższy niż 5 lat, co stanowi o potwierdzeniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego powyższe oznacza, że bez względu na to, które ze wskazanych trzech realizacji zostanie przyjęte jako potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, pozostają jeszcze wykazane trzy realizacje stanowiące „dodatkowe doświadczenie”. Stąd wniosek MURKRAK, zgodnie z którym pozostałe trzy realizacje z sześciu wykazanych, stanowiąc „dodatkowe doświadczenie” będące podstawą punktacji w pozacenowym kryterium wyboru odnoszącym się do doświadczenia osoby wskazanej jako Kierownik Budowy, winny prowadzić do przyznania Odwołującemu - 3 dodatkowe doświadczenia - 100 pkt w kryterium o wadze 40% - 40 pkt.

Odwołujący wskazał, że ocena dokonana przez Zamawiającego i wywiedzione z niej wnioski i decyzje, pozostając w zgodności z bardzo formalistycznym sposobem oceny, stoi w całkowitej sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym wykazanym w treści oferty. Przyjęcie procedury oceny spełnienia warunku udziału poprzez przyjęcie jednego z dziewięciu wskazanych wariantów pozycji tabeli, nie powoduje merytorycznej zmiany treści oferty - wszystkie sześć realizacji zostało wskazanych (zawartych) w treści oferty. Tym bardziej, że wszystkie sześć pozycji dotyczy inwestycji o identycznym zakresie - budowie, przebudowie, rozbudowie lub remoncie obiektów o kubaturze każdego z nich minimum 9000 m³. W ocenie Odwołującego powyższe powoduje, że bez znaczenia jest dla rzetelnej oceny, zgodnej ze stanem faktycznym, w której pozycji (części 6-wierszowej tabeli), zawarto poszczególne realizacje. Odwołujący stwierdził, że sposób wypełnienia przez niego tabeli zawartej w Załączniku A do SWZ niewątpliwie mógł spowodować pewną niedogodność dla Zamawiającego przy badaniu oferty, ale nie oznacza to, że Muzeum nie było w stanie samodzielnie zweryfikować i potwierdzić zaistnienia okoliczności spełnienia przez MURKRAK warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia Kierownika Budowy oraz wykazania przez Odwołującego trzech realizacji stanowiących „dodatkowe doświadczenie” podlegające ocenie w zakresie przyjętego kryterium wyboru oferty.

W dniu 23 grudnia 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

1. umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp,
2. dodatkowo z ostrożności procesowej oddalenie odwołania,
3. zasądzenie kosztów postępowania.

Zamawiający wskazał, że w jego ocenie niniejsze postępowanie odwoławcze stało się zbędne z uwagi na to, iż Odwołujący w terminie przewidzianym na wniesienie odwołania nie zakwestionował czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 10 grudnia 2021 r. Wobec powyższego Muzeum uznało, że zaistniała sytuacja, w której przestał istnieć spór poddany pod rozstrzygnięcie Izby.

Ponadto zdaniem Zamawiającego momentem relevantnym dla wniesienia odwołania

jest co do zasady pozyskanie informacji co do wyboru oferty najkorzystniejszej (niekoniecznie własnej) lub co do unieważnienia postępowania, gdyż do tej chwili każdy zamawiający prowadzi procedurę badania i oceny ofert.

Kolejno Zamawiający stwierdził, że wniesienie odwołania było przedwczesne.

W ocenie Muzeum wysłany w odpowiedzi na wniosek wykonawcy e-mail Zamawiającego

z dnia 7 grudnia 2021 r. miał jedynie charakter techniczny - dotyczył przebiegu postępowania i wyjaśniał, na jakim etapie jest procedura badania i oceny ofert. Muzeum stoi na stanowisku, że nie można uznać przedmiotowej wiadomości za czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którą należy skarżyć. Zamawiający nadmieniał również, że rozstrzygnięcie postępowania miało miejsce w dniu 10 grudnia 2021 r.,

a zatem odwołanie jest przedwczesne.

Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazał, że jego działanie było prawidłowe i tym samym nie naruszył przepisów ustawy Pzp. Muzeum podkreśliło, że SWZ jako całość była w tym zakresie jednoznaczna i nie pozostawiała wykonawcom żadnego pola do interpretacji. Zamawiający zaznaczył, że Odwołujący nie złożył żadnego wniosku o wyjaśnienie treści SWZ w tym zakresie.

Ponadto w tabeli, która zawiera oświadczenia wykonawcy, wyraźnie oddzielono w szczególności doświadczenie Kierownika Budowy w zakresie warunku udziału w postępowaniu oraz dodatkowo punktowane - w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert. Zamawiający zauważył, że Odwołujący wypełnił tabelę w określony sposób - jak sam przyznaje - bez staranności.

Muzeum wskazało, że MURKRAK nie może oczekiwać od Zamawiającego, aby modyfikował jego oświadczenia w sposób, który foruje Odwołującego i narusza zasady uczciwej konkurencji względem innych wykonawców. Zamawiający podniósł, iż oprócz dziewięciu wariantów, które podaje Odwołujący istnieje jeszcze co najmniej kilka, które nie pozwalają na jednoczesne uznanie, iż MURKRAK spełnia warunek udziału i winien dostać maksymalną liczbę punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert. Nie wiadomo dlaczego Zamawiający miałby więc działać za wykonawcę i wylizać, który wariant jest najkorzystniejszy. To przerzucanie odpowiedzialności za zaniechania wykonawcy na Zamawiającego - tymczasem Zamawiający ma obowiązek być bezstronnym i obiektywnym gospodarzem postępowania, a nie jego uczestnikiem.

Nadto Zamawiający stoi na stanowisku, iż dopóki wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia Kierownika Budowy - nie ma prawa dostać ani jednego punktu w pozacenowym kryterium oceny ofert w zakresie doświadczenia Kierownika Budowy. W ocenie Zamawiającego świadczy o tym określenie w SWZ (rozdz. XVI pkt 3 SWZ oraz treść Formularza oferty), iż punktowane jest doświadczenie dodatkowe. Zamawiający wskazał, że przyznawanie punktów w sytuacji, gdy nie jest spełniony warunek udziału w postępowaniu, jest po prostu nieprawidłowe i wprost sprzeczne z SWZ.

Pismem z dnia 22 grudnia 2021 r. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i podtrzymał argumentację zawartą w treści złożonego odwołania. Jednocześnie MURKRAK wskazał, że w okolicznościach przedmiotowego sporu nadrzędne winno być poprawienie przez Zamawiającego omyłki popełnionej przez Odwołującego poprzez racjonalną zmianę kolejności wykazu w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wykonawca Arco System Sp. z o.o. z siedzibą w Oświęcimiu zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (dalej: „Przystępujący” oraz „Arco Sp. z o.o.”) wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Ponadto Izba nie znalazła podstaw do umorzenia postępowania w oparciu o przepis art. 568 pkt 2 Pzp z tego powodu, iż postępowanie stało się zbędne lub niedopuszczalne. W niniejszym stanie faktycznym, kiedy Odwołujący kwestionuje czynność sposobu oceny jego oferty, w następstwie której dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej, Izba uznała, że brak jest podstaw do stwierdzenia, iż przedmiot sporu upadł i dalsze prowadzenie postępowania jest niedopuszczalne.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Arco System Sp. z o.o. z siedzibą w Oświęcimiu.

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 nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania oraz dowód złożony przez Przystępującego w trakcie rozprawy w postaci tabeli na okoliczność wykazania, że jest jeszcze więcej wariantów przerzucania doświadczenia pomiędzy tabelą w Formularzu oferty, w której należało wpisać inwestycje potwierdzające wymaganie warunków udziału w postępowaniu oraz realizacji dodatkowo punktowane aniżeli te, które zostały wskazane w odwołaniu.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z rozdz. VI pkt 1.4.1 lit. a) SWZ „(...) O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

1.4.zdolności technicznej lub zawodowej, tj.:

1.4.1 dysponuje osobami zdolnymi do realizacji zamówienia tj.:

a) dysponuje Kierownikiem Budowy posiadającym uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia oraz posiada co najmniej 5-letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy podczas realizacji inwestycji polegającej na budowie, przebudowie, rozbudowie lub remoncie w co najmniej trzech obiektach o kubaturze każdego z nich minimum 9000 m³ (nabyte po uzyskaniu uprawnień budowlanych w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, liczone jako suma miesięcy wskazanych w wykazie kontraktów) (...).”

Z kolei stosownie do treści rozdz. XVI pkt 1 SWZ kryterium oceny ofert w Postępowaniu stanowi:

1. cena za całość przedmiotu zamówienia - 60%,
2. doświadczenie Kierownika Budowy - 40%.

Kolejno w rozdz. XVI pkt 3 SWZ Zamawiający wskazał:

„3. Punkty przyznawane za kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” będą liczone następująco:

- 3.1. jedno dodatkowe doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy podczas realizacji inwestycji polegającej na budowie, przebudowie, rozbudowie lub remoncie w obiekcie o kubaturze minimum 9000 m³ - 30 punktów
- 3.2. dwa dodatkowe doświadczenia w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy podczas realizacji inwestycji polegającej na budowie, przebudowie, rozbudowie lub remoncie w obiekcie o kubaturze minimum 9000 m³ - 60 punktów
- 3.3. trzy i więcej dodatkowych doświadczeń w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy podczas realizacji inwestycji polegającej na budowie, przebudowie, rozbudowie lub remoncie w obiekcie o kubaturze minimum 9000 m³ - 100 punktów”.

Wykonawca miał wykazać doświadczenie Kierownika Budowy wymagane na spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. VI pkt 1.4.1 lit. a) SWZ, a także doświadczenie Kierownika Budowy - dodatkowo punktowane, w tabeli znajdującej się w Formularzu oferty stanowiącym Załącznik A do SWZ. We wspomnianej tabeli wyraźnie oddzielono część, w której należało wskazać realizacje wymagane na spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia Kierownika Budowy od części, w której wykonawca deklarował dodatkowo punktowane doświadczenie Kierownika Budowy podlegające ocenie w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert.

Odwołujący w części nazwanej „Doświadczenie Kierownika Budowy - wymagane na spełnienie warunków udziału w postępowaniu” w Formularzu oferty wskazał trzy inwestycje, podczas których Pan K.N. pełnił funkcję Kierownika Budowy tj.:

1. inwestycja wykonywana na rzecz Gminy Zielonki w okresie od 31 sierpnia 2017 r. do 6 lutego 2019 r. (wiersz nr 1);
2. inwestycja wykonywana na rzecz 35 Wojskowego Oddziału Gospodarczego z

siedzibą w Rzęsce w okresie od 25 listopada 2015 r. do 14 lutego 2017 r. (wiersz nr 2);

3. inwestycja wykonywana na rzecz Gminy Miejskiej Kraków - Zarząd Infrastruktury Sportowej w Krakowie w okresie od 18 lipca 2013 r. do 29 sierpnia 2014 r.

Zgodnie z obliczeniami Zamawiającego doświadczenie Pana K.N. w wymienionych

powyżej realizacjach wynosi łącznie 45 miesięcy, liczone jako suma miesięcy wskazanych w wykazie kontraktów, a zatem jest mniejsze od wymaganego w SWZ co najmniej 5-letniego doświadczenia.

Z kolei w tabeli w części „Doświadczenie Kierownika Budowy - dodatkowo punktowane” MURKRAK wskazał:

1. inwestycję wykonaną na rzecz Politechniki Krakowskiej im. Tadeusza Kościuszki w okresie od 17 sierpnia 2012 r. do 31 stycznia 2014 r. (wiersz nr 1);
2. inwestycję wykonaną na rzecz Krakowskiego Centrum Biurowego Pilotów 2 Sp. z o.o. i wspólnicy Sp. k. z siedzibą w Krakowie w okresie od 27 lutego 2008 r. do 27 stycznia 2012 r. (wiersz nr 2);
3. inwestycję wykonaną na rzecz Apollo Film Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie w okresie od 2 kwietnia 2012 r. do 3 kwietnia 2012 r. (wiersz nr 3).

W związku z tym, że Zamawiający uznał, iż realizacje wskazane w części tabeli „Doświadczenie Kierownika Budowy - wymagane na spełnienie warunków udziału w postępowaniu” nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego

w rozdz. VI pkt 1.4.1 lit. a) SWZ w zakresie posiadania co najmniej 5-letniego

doświadczenia, Muzeum aby nie odrzucać oferty Odwołującego, uwzględniło pierwszą realizację umieszczoną w części tabeli „Doświadczenie Kierownika Budowy - dodatkowo punktowane” dla celów spełnienia wyżej wymienionego warunku. W związku z powyższym Zamawiający przyznał punkty jedynie za dwie dodatkowo punktowane realizacje.

W rozdz. X pkt 3.1 Muzeum określiło sposób komunikacji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami, w szczególności w zakresie składania oświadczeń, wniosków (innych niż oferty), zawiadomień oraz przekazywania informacji tj.:

1. za pośrednictwem dedykowanego formularza dostępnego na ePUAP oraz na miniPortalu (tzw. „Formularz do komunikacji”), przy czym przy wykorzystaniu niniejszego narzędzia Zamawiający i Wykonawca posługują się numerem ogłoszenia (BZP), ID postępowania bądź narzuconym znakiem sprawy

lub

2. za pomocą poczty elektronicznej (adres e-mail osoby upoważnionej do porozumiewania się z wykonawcami tj. Pana M.G., e-mail: m.s.g.@gmail.com).

MURKRAK w dniu 3 grudnia 2021 r. wysłał do Zamawiającego maila z prośbą o udostępnienie protokołów z postępowania, w tym w szczególności protokołu z oceny ofert wraz z uzasadnieniem, w związku z powyższą informacją o tym, że oferta Arco Sp. z o.o. została oceniona najwyżej. W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający w dniu 7 grudnia 2021 r. wysłał do Odwołującego wiadomość wraz z protokołem postępowania aktualnym na dzień 6 grudnia 2021 r. oraz uzasadnieniem sposobu oceny oferty MURKRAK. Muzeum wskazało, że w związku z tym, że pierwsza realizacja z części dodatkowo punktowanej została uwzględniona dla celów spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia Kierownika Budowy, Zamawiający uznaje, iż MURKRAK wykazał jedynie dwie punktowane realizacje. Wiadomość ta została wysłana do Odwołującego przez Pana M.G. tj. osobę upoważnioną do porozumiewania się z wykonawcami, zgodnie z postanowieniami SWZ.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący w dniu 10 grudnia 2021 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od sposobu oceny jego oferty w zakresie pozacenowego kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołanie zostało przesłane do

Zamawiającego za pośrednictwem ePUAP w tym samym dniu o godz. 14:34.

Informacja o wyniku Postępowania została przekazana Odwołującemu w dniu 10 grudnia 2021 r. o godz. 17:49, a zatem po otrzymaniu przez Muzeum informacji o wniesieniu odwołania w Postępowaniu. W treści uzasadnienia informacji o rozstrzygnięciu Zamawiający wskazał, że oferta Przystępującego, która została wybrana jako najkorzystniejsza otrzymała łącznie 93,7068 pkt (w tym cena oferty brutto - waga 60% - 53,7068 pkt, doświadczenie Kierownika Budowy - waga 40% - 40,0000 pkt). Natomiast oferta MURKRAK otrzymała łącznie 84,0000 pkt (w tym cena oferty brutto - waga 60% - 60,0000 pkt, doświadczenie Kierownika Budowy - waga 40% - 24,0000 pkt).

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do twierdzeń Zamawiającego oraz Przystępującego, iż odwołanie jest przedwczesne i jako takie winno podlegać oddaleniu.

Izba stwierdza, że mail z dnia 7 grudnia 2021 r. stanowi potwierdzenie dokonania przez Zamawiającego czynności podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, od której przysługuje odwołanie. Powyższą wiadomością MURKRAK został bowiem poinformowany o sposobie oceny jego oferty w pozacenowym kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy”. Zamawiający w treści wiadomości wskazał, że uznaje, iż Odwołujący wykazał jedynie dwie punktowane realizacje i podał uzasadnienie takiej decyzji. Niewątpliwie z treści maila wynika w jaki sposób Zamawiający ocenił ofertę MURKRAK. Należy zauważyć, że zgodnie z rozdz. XVI pkt 3.2 SWZ za dwa dodatkowe doświadczenia w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy wykonawca otrzymywał 60 pkt. Punkty przyznane w ramach kryterium były odpowiednio przemnożone przez wartości wskazane jako waga kryterium (rozdz. XVI pkt 4 SWZ) (2 dodatkowe doświadczenia - 60 pkt w kryterium o wadze 40% - 24 pkt). Ponadto Izba wskazuje, że przedmiotowy mail został wysłany przez osobę, która zgodnie z treścią SWZ jest upoważniona do kontaktu z wykonawcami. Jak słusznie zauważył Odwołujący w toku rozprawy - mail ten stanowi wiadomość formalną, o czy świadczą zwroty w nim zawarte takie jak: „Zamawiający uznał”, „Zamawiający uznaje”. Stosownie do zapisów SWZ składanie oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz przekazywanie informacji odbywa się elektronicznie również za pomocą poczty elektronicznej (adres e-mail osoby wskazanej do kontaktu z wykonawcami). Co istotne, informacja zawarta w mailu została potwierdzona trzy dni później w rozstrzygnięciu tj. w dniu 10 grudnia 2021 r. (Odwołujący otrzymał 24 pkt w kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy”). Wobec powyższego w wyniku czynności oceny ofert, o skutku której MURKRAK dowiedział się w dniu 7 grudnia 2021 roku, Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Niezasadne są zatem twierdzenia Zamawiającego, że złożone odwołanie dotyczyło jedynie przypuszczeń wykonawcy co do sposobu oceny jego oferty w kryterium pozacenowym.

Mając na uwadze wskazane okoliczności Izba przyjęła, że informacja o sposobie oceny oferty Odwołującego w pozacenowym kryterium oceny ofert z dnia 7 grudnia 2021 roku stanowiła potwierdzenie dokonania czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Nadto Izba nie podziela stanowiska wyrażonego przez Zamawiającego oraz Przystępującego, zgodnie z którym z uwagi na to, że Odwołujący nie kwestionował czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, to ewentualne uwzględnienie odwołania nie wpływa na wynik postępowania, gdyż decyzja o rozstrzygnięciu jest już ostateczna i nie podlega zaskarżeniu. Izba zgadza się z twierdzeniem Odwołującego, że Zamawiający może zmienić swoje stanowisko aż do momentu zawarcia umowy, a zatem w przypadku uznania, że ocena oferty Odwołującego w kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” została dokonana w sposób nieprawidłowy, Zamawiający zobowiązany byłby do powtórnej oceny oferty MURKRAK w zakresie pozacenowego kryterium, co jednocześnie wiązałoby się z koniecznością unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Przechodząc do zarzutów odwołania Izba ustaliła, iż Odwołujący zarzuca naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp. Izba wskazuje, że choć w treści odwołania MURKRAK nie wskazał podstawy prawnej zarzutu, to przytoczenie w odwołaniu niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności lub zaniechań zamawiającego oraz przedstawienie uzasadniających je okoliczności faktycznych, nawet bez zidentyfikowania właściwych przepisów ustawy Pzp, umożliwia Izbie dokonanie subsumpcji stanu faktycznego pod właściwą normę prawną. Odwołujący w toku rozprawy wskazał, iż podstawą odwołania jest zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp. MURKRAK podniósł również, że art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, na który powoływał się w piśmie z dnia 22 grudnia 2021 r. oraz w trakcie rozprawy, jest dopełnieniem zarzutu postawionego w odwołaniu.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp związana jest zarzutami przedstawionymi w odwołaniu, a zatem rozpoznaje odwołanie w granicach postawionych w nim zarzutów i nie może orzekać ponad te zarzuty. Niewątpliwie nie jest dopuszczalne rozszerzanie zarzutów odwołania podczas rozprawy bądź w kolejnych pismach procesowych składanych w toku postępowania odwoławczego. Mając na uwadze powyższe zasadnym jest przyjęcie, że Izba nie może orzekać w zakresie naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który nie stanowił zarzutu odwołania, a więc należy go uznać za zarzut spóźniony, który nie podlega merytorycznemu rozpoznaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się. Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił ofertę Odwołującego w zakresie pozacenowego kryterium tj. zgodnie z postanowieniami SWZ.

Należy wskazać, że punkty w zakresie kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” przyznawane były za dodatkowe doświadczenie tj. ponad doświadczenie Kierownika Budowy wymagane na spełnienie warunków udziału w postępowaniu, co w sposób jednoznaczny wynika z postanowień rozdz. XVI pkt 3 SWZ oraz z treści Formularza oferty stanowiącego Załącznik A do SWZ. Izba stwierdziła, że Formularz oferty jest czytelny i nie pozostawiał wykonawcom żadnego pola do interpretacji w zakresie jego wypełnienia. W tabeli, w której wykonawca miał wpisać zrealizowane inwestycje, wyraźnie oddzielono wykazywane doświadczenie Kierownika Budowy wymagane na spełnienie warunków udziału w postępowaniu od doświadczenia Kierownika Budowy dodatkowo punktowanego - w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert. Należy zauważyć, że Odwołujący na wstępnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie zgłaszał zastrzeżeń do zapisów SWZ w powyższym zakresie, a zatem zasadne jest przyjęcie, że nie miał żadnych wątpliwości odnośnie tego, w jaki sposób należy wypełnić tabelę zawartą w Formularzu oferty, aby potwierdzić posiadane doświadczenie Kierownika Budowy - wymagane na spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz uzyskać maksymalną liczbę punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert. Pomimo tego z tabeli uzupełnionej przez Odwołującego wynika, że doświadczenie Pana K.N. wskazane w realizacjach ujętych w części tabeli odnoszącej się do doświadczenia Kierownika Budowy wymaganego na spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie wynosiło łącznie co najmniej 5 lat zgodnie z wymaganiami SWZ (rozdz. VI pkt 1.4.1 lit. a) SWZ). Wobec powyższego Zamawiający dla celów wykazania doświadczenia Kierownika Budowy wymaganego na spełnianie warunków udziału w postępowaniu uwzględnił kolejną realizację z tabeli tj. pierwszą inwestycję wskazaną w części dotyczącej doświadczenia Kierownika Budowy - dodatkowo punktowanego. Tym samym należało stwierdzić, że Odwołujący wykazał dwie dodatkowo punktowane realizacje. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym przyznawanie punktów w zakresie kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” w sytuacji, gdy z tabeli w części dotyczącej doświadczenia Kierownika Budowy wymaganego na spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie wynika, że Pan K.N. posiada co najmniej 5-letnie doświadczenie w pełnieniu wyżej wymienionej funkcji, winno być uznane za sprzeczne z postanowieniami SWZ. Należy bowiem przyjąć, że SWZ w zakresie dotyczącym Kierownika Budowy formułowała zarówno minimalne doświadczenie wymagane na spełnienie warunków udziału w postępowaniu jak również przewidywała punktację w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert tj. za doświadczenie dodatkowe.

Odwołujący - jak sam przyznał w treści odwołania - wypełnił tabelę bez staranności. MURKRAK nie może zatem oczekiwać od Zamawiającego, aby ten modyfikował jego oświadczenia zawarte w treści oferty. Takie postępowanie naruszałoby zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji względem innych wykonawców. Izba nie podziela twierdzenia Odwołującego, że działania Zamawiającego cechuje nadmierny formalizm oraz że przyjęcie jednego z dziewięciu wariantów przerzucania doświadczenia pomiędzy pozycjami tabeli nie spowoduje merytorycznej zmiany treści oferty. Izba wskazuje, że jest jeszcze więcej wariantów zmiany kolejności doświadczenia w zakresie sześciu realizacji wskazanych w Formularzu oferty. Obarczanie Zamawiającego wyliczaniem, który wariant jest najkorzystniejszy jest całkowicie nieuzasadnione. Nie można zatem przyjąć, że Zamawiający, biorąc pod uwagę realizacje ujęte w złożonym Formularzu oferty, mógł samodzielnie zweryfikować i potwierdzić wykazanie doświadczenia Kierownika Budowy wymaganego na spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz doświadczenia dodatkowego, za które można byłoby przyznać ofercie MURKRAK maksymalną liczbę punktów (40 pkt). Mając na uwadze powyższe Izba zauważa, że za niedopuszczalne należy uznać ingerowanie w treść oferty w zakresie kryterium oceny ofert, a de facto kreowanie jej na nowo.

W treści uzasadnienia odwołania MURKRAK wskazuje, że ma świadomość, iż dopuścił się pewnej niestaranności w zakresie wypełniania tabeli znajdującej się w Formularzu oferty (kolejność wskazywanych realizacji). Tym samym Odwołujący przyznaje, że uzupełnił tabelę w sposób nieprawidłowy, który uniemożliwia przyznanie jego ofercie maksymalnej liczby punktów w kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” bez zmiany treści oferty, i próbuje przerzucić na Zamawiającego odpowiedzialność za swoje

zaniechania. Izba wskazuje, że Odwołujący występując w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako podmiot prowadzący działalność gospodarczą, tj. profesjonalista, powinien zachować należytą staranność podczas przygotowywania oferty. W ocenie Izby w stosunku do profesjonalistów miernik należytej staranności jest podwyższony w odniesieniu do ogólnego miernika staranności dłużnika, albowiem określa się go z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej działalności. Wykonawca biorący udział w postępowaniu musi zatem brać pod uwagę konsekwencje, jakie go spotkają w przypadku niedochowania należytej staranności podczas przygotowywania oferty.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), rozstrzygając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: