Sygn. akt KIO 527/23

WYROK

z dnia 13 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Monika Kawa-Ogorzałek
Członkowie:	Małgorzata Jodłowska
	Ernest Klauziński
Protokolant:	Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2023r. przez wykonawcę HOCHTIEF Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez SINFONIA VARSOVIA z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania odciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 t.j.) 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: ……..

Członkowie: ……

UZASADNIENIE

Zamawiający – Sinfonia Varsovia z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022r., poz. 1710 ze zm.; dalej: „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pn. „Modernizacja zabytkowych obiektów oraz budowa sali koncertowej przy ul. Grochowskiej na potrzeby Sinfonia Varsovia" (część A)".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 czerwca 2022 roku pod numerem 2022/S 117-329041.

W dniu 27 lutego wykonawca – Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił naruszenie:

1) art. 239 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie błędnej oceny oferty Odwołującego w ramach kryterium oceny ofert w zakresie doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia w odniesieniu do doświadczenia Kierownika Budowy i nieprzyznanie Odwołującemu maksymalnej liczby punktów ramach tego Kryterium;

a w konsekwencji powyższego:

2) art. 16 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący w oparciu o tak postawione zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i w konsekwencji tej oceny, przyznanie Odwołującemu maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium doświadczenia Kierownika Budowy;

3) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej złożonej w Postępowaniu.

Uzasadniając odwołanie Odwołujący wskazał, że jednym z kryteriów oceny ofert w Postępowaniu było doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia (Kryterium D, waga 24% = 24 punkty) (dalej także jako: „Kryterium Doświadczenie"). Zasady przyznania punktów w ramach Kryterium Doświadczenie określone zostały przez Zamawiającego w Rozdziale XII SWZ - Kryteria Oceny Ofert. I tak, w ramach przedmiotowego Kryterium punktacji

podlegało: doświadczenie Kierownika Kontraktu/Projektu (8 punktów — maksymalnie dwa projekty po 4 punkty za każdy projekt); doświadczenie Kierownika Budowy

(8 punktów — maksymalnie dwa projekty po 4 punkty za każdy projekt); doświadczenie Kierownika prac konserwatorskich i restauratorskich (4 punkty — maksymalnie dwa projekty po 2 punkty za każdy projekt) oraz doświadczenie BIM Managera (4 punkty — maksymalnie 1 projekt za 4 punkty).

W wyniku ponownej oceny ofert przeprowadzonej w związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 255/23 Zamawiający ponownie poinformował Wykonawców o ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta złożona przez wykonawcę Doraco. Jak wynika z uzasadnienia Zamawiającego, nie tylko nie przyznał on wykonawcy Doraco 4 punktów w ramach kryterium „Doświadczenie BIM Managera", zgodnie z wyrokiem KIO, ale także nie przyznał Odwołującemu oraz wykonawcy Warbud S.A. po 8 punktów, przyznanych w ramach poprzedniej oceny ofert w ramach „Kryterium Doświadczenie Kierownika budowy". Na uzasadnienie powyższego Zamawiający powołał się na „okoliczności podniesione w korespondencji wykonawcy Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o." oraz udzieloną przez siebie w dniu 15 lipca 2022 r. odpowiedź nr 8 z, a ponadto wskazał, że „Poprzednia ocena ofert wykonawców Hochtief Polska S.A. i Warbud S.A. w zakresie doświadczenia Kierownika Budowy obarczona było błędem Zamawiającego, polegającym na przyjęciu możliwie szerokiej wykładni kryterium oceny ofert – bez uwzględnienia treści odpowiedzi na pytanie nr 8, która w sposób jednoznaczny odsyła do wymogów przewidzianych w Rozdziale III pkt 3.1. podp. e) SWZ".

Odwołujący kwestionując dokonaną ocenę ofert w zakresie kryterium dotyczącym doświadczenia kierownika zauważył, że w odniesieniu do Kierownika Kontraktu / Projektu, jak i Kierownika budowy, w celu określenia zakresu doświadczenia punktowanego w ramach kryterium, Zamawiający posłużył się pojęciem „robót budowlanych", czego, jak należy zakładać, w pełni świadomie Zamawiający nie uczynił już opisując zakres doświadczenia punktowanego w ramach kryterium w odniesieniu do Kierownika prac konserwatorskich i restauratorskich. Zgodnie bowiem z definicją zawartą w art. 3 pkt 7) ustawy z dnia 7 lipca 1994r. prawo budowlane (Dz.U.2021.2351 t.j. z dnia 2021.12.20) przez roboty budowlane należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Skoro więc w odniesieniu do Kierownika robót konserwatorskich i restauratorskich Zamawiający oczekiwał w ramach punktowanego doświadczenia wykazania się realizacjami dotyczącymi obiektów wpisanych do rejestru zabytków, oczywistym jest, że nie mogły to być roboty budowlane polegające na budowie. Ograniczenie takie nie dotyczyło jednak realizacji którymi w celu uzyskania punktów w Kryterium wykazywać miał się Kierownik Kontraktu / Projektu czy Kierownik budowy. Zdaniem Odwołującego powyższy sposób sformułowania przez Zamawiającego zakresu doświadczenia punktowanego w ramach Kryterium nie pozostawia wątpliwości co do tego, że w odniesieniu do Kierownika budowy, Zamawiający nie precyzuje żadnych dalszych

wymagań w odniesieniu do projektów wskazywanych celem wykazania punktowanego doświadczenia tych osób, aniżeli ich wartość i taka ich ilość która przekracza liczbę projektów niezbędnych do wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że to co mogło budzić wątpliwości wykonawców biorących udział w postępowaniu to to, w jaki sposób ustalić liczbę tych „minimalnych projektów" skoro w warunkach udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, Wykonawcy musieli wykazać się dysponowaniem kierownikiem budowy spełniającym szereg warunków, opisanych w Rozdziale III ust. 3 pkt 1) lit. a — e) SWZ. Właśnie ta kwestia była przedmiotem pytania do Zamawiającego, cytowanego przez Zamawiającego obecnie w piśmie z dnia 17 lutego 2023 roku. Lektura przedmiotowego pytania nie pozostawia wątpliwości co do tego, że służyło ono potwierdzeniu, że punktowane w ramach Kryterium Doświadczenie inwestycje mogą zawierać się w inwestycjach potwierdzających posiadanie 5-letniego doświadczenia zawodowego w pełnieniu funkcji Kierownika budowy, o którym stanowił Rozdział III ust. 3 pkt 1) lit. d. SWZ. Tymczasem, udzielając odpowiedzi na powyższe pytanie Zamawiający zmodyfikował w istocie zakres doświadczenia punktowanego w ramach kryterium w odniesieniu do Kierownika budowy, wskazując, że punktowane inwestycje muszą spełniać wymogi opisane w Rozdziale III ust. 3 pkt 1) lit. e). Jednocześnie Zamawiający zmienił także wartość robót budowlanych wskazanych w Rozdziale XII, na potwierdzenie posiadania doświadczenia przez osobę powołaną do pełnienia funkcji Kierownika budowy z dotychczasowych 20.000.000,00 zł netto na 12.000.000,00 zł netto.

Zdaniem Odwołującego istotne w niniejszej sprawie jest dokonanie analizy sposobu prowadzenia Postępowania przez Zamawiającego i wprowadzania przez niego zmian do SWZ. W niniejszym Postępowaniu Zamawiający bez wątpienia dokonywał rozróżnienia pomiędzy wyjaśnianiem istniejącej treści SWZ a wprowadzaniem do niego zmian czy nowych treści, bowiem w sytuacji w której odpowiedź Zamawiającego na wnioski / pytania wykonawców prowadziła do zmiany w treści SWZ, Zamawiający publikował zaktualizowany dokument SWZ, uwzględniając wprowadzone w wyniku odpowiedzi Zamawiającego zmiany i zaznaczając konkretne postanowienia SWZ lub ich fragment, które uległy zmianie. Podkreślił, że pierwszy pakiet odpowiedzi na pytania wykonawców Zamawiający opublikował dnia 15 lipca 2022 r. Szereg pytań przedstawionych przez wykonawców odnosiło się do określonych w Rozdziale XII SWZ Kryteriów oceny ofert (w tym pytanie nr 8, na odpowiedź odnośnie którego powołuje się aktualnie Zamawiający zmieniając punktację Odwołującego w odniesieniu do Kierownika budowy). Na ostatniej stronie dokumentu „Modyfikacja nr 1 oraz odpowiedzi na pytania wykonawców" z dnia 15 lipca 2022 roku Zamawiający wskazał: „W związku z dokonanymi zmianami, oraz dokonaną rewizją dokumentów kontraktowych, Zamawiający dokona publikacji zaktualizowanych dokumentów zamówienia:

a. Specyfikacji Warunków Zamówienia,

b. Załącznika nr 1 do SWZ — Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia,

c. Załącznik nr 5 do SWZ — Wykaz Osób,

d. Załącznika nr 9 do SWZ — Wzór umowy".

W ślad za powyższym, dnia 15 lipca 2022 r. Zamawiający opublikował zmienioną w wyniku swoich odpowiedzi treść SWZ. W zmienionej treści SWZ, w odniesieniu do zakresu doświadczenia punktowanego w ramach kryterium brak jakiegokolwiek odniesienia do wymogów stawianych przez Zamawiającego Kierownikowi budowy na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a określonych w Rozdziale III ust. 3 pkt 1) lit. e. W opublikowanym przez Zamawiającego zmienionym SWZ w odniesieniu do zakresu doświadczenia Kierownika budowy punktowanego w ramach kryterium zmianie uległa wyłącznie wartość robót budowlanych. Także w zaproszeniu do składania ofert z dnia 20 października 2022 r., Zamawiający wskazał, że „wymaga złożenia oferty z wykorzystaniem formularza ofertowego, stanowiącego załącznik do niniejszego zaproszenia. W przypadku niewypełnienia pozycji formularza ofertowego, dotyczących pozacenowych kryteriów oceny ofert, w danym kryterium wykonawca otrzyma 0 punktów". Załącznikiem nr 1 do formularza ofertowego był przygotowany przez Zamawiającego „Wykaz doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia" (dalej także jako „Wykaz"). Także z treści tego formularza w odniesieniu do Kierownika budowy wynika bezpośrednio, że punkty zostaną przyznane za „Doświadczenie w realizacji większej niż minimalna liczbie projektów, o wartości robót budowlanych nie mniej niż 12.000.000.00 zł netto". Co więcej w przedmiotowym Wykazie Zamawiający w sposób szczegółowy wskazał w jakim zakresie informacje dotyczące doświadczenia Kierownika budowy powinny zostać przedstawione przez wykonawców. Podkreślił, że w stosunku do Kierownika budowy, wymagania na jakie obecnie wskazuje Zamawiający nie zostały przez Zamawiającego sprecyzowane, ani w Wykazie, ani w SWZ. Co więcej, informacje jakich podania Zamawiający oczekiwał na potwierdzenie istnienia przesłanek do przyznania punktów w ramach Kryterium Doświadczenia w odniesieniu do Kierownika budowy w żaden sposób nie pozwalały na weryfikację okoliczności, czy wskazane przez wykonawców inwestycje spełniają przesłanki określone przez Zamawiającego w Rozdziale III ust. 3 pkt 1) lit. e SWZ.

W konsekwencji Odwołujący wskazał, że Zamawiający w żadnym opublikowanym dokumencie, po dacie udzielenia przedmiotowej odpowiedzi (która swoim zakresem bezsprzecznie wykraczała poza zakres zadanego pytania), bezpośrednio odnoszącym się do Kryterium Doświadczenia, w tym w zmienionych SWZ czy udostępnionym „Wykazie doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia" nie zawarł jakiegokolwiek odniesienia, czy jakiejkolwiek treści, która sugerowałaby, że Zamawiający w istocie oczekuje, aby Kierownik budowy legitymował się doświadczeniem, zdobytym w ramach inwestycji,

które muszą spełniać wymogi opisane w Rozdziale III ust. 3 pkt 1) lit. e. SWZ. Wręcz przeciwnie, żaden z tych dokumentów nie odnosi się do powyższego, a należy mieć na względzie, że Zamawiający dokonywał zmiany SWZ w trakcie Postępowania trzykrotnie, za każdym razem wprowadzając do SWZ zmiany wynikające z udzielanych przez Zamawiającego odpowiedzi.

Odwołujący odnosząc się do stwierdzenia Zamawiającego zawartego w piśmie z dnia 17 lutego 2023 r., że „Poprzednia ocena ofert wykonawców Hochtief Polska S.A. i Warbud S.A. w zakresie doświadczenia Kierownika Budowy obarczona była błędem Zamawiającego, polegającym na przyjęciu możliwie szerokiej wykładni kryterium oceny ofert — bez uwzględnienia treści odpowiedzi na pytanie nr 8" wskazał, że przyjęcie możliwie szerokiej wykładni kryterium oceny ofert — bez uwzględnienia treści odpowiedzi na pytanie nr 8, było w przedmiotowym Postępowaniu obowiązkiem Zamawiającego. Zamawiający dokonując pierwotnej oceny ofert i informując w piśmie z dnia 18 stycznia 2023 r. o przyznaniu maksymalnej ilości punktów Odwołującemu miał pełną świadomość tego jakie inwestycje punktuje - kierował się przy tym treścią sformułowanych przez siebie oczekiwań. Zmiana punktacji w tym zakresie dokonana przy powtórnej ocenie ofert pozostaje całkowicie nieuzasadniona. Nawet jeżeliby uznać, że intencją Zamawiającego było w istocie objęcie inwestycji wskazywanych na potwierdzenie doświadczenia Kierownika budowy w ramach Kryterium Doświadczenia, także wymaganiami, o jakich mowa w Rozdziale III ust. 3 pkt 1) lit. e. SWZ (czemu jednak przeczą publikowane przez Zamawiającego zmiany treści SWZ), stwierdzić należy, że w Postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego opisu kryteriów oceny ofert w odniesieniu do Doświadczenia osób skierowanych do realizacji inwestycji był nieprecyzyjny. Potwierdza to także fakt, że połowa wykonawców składających oferty w Postępowaniu przedstawiła w Wykazie w zakresie dotyczącym doświadczenia Kierownika budowy inwestycje, które nie dotyczyły remontu lub przebudowy obiektów zabytkowych, a do jakich odnosi się Zamawiający w Rozdziale III ust. 3 pkt 1) lit. e. SWZ. W takim jednak przypadku, Zamawiający powinien wszelkie wątpliwości w tym zakresie rozstrzygnąć do korzyść wykonawcy.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 16 Pzp Odwołujący wskazał, że zachowanie Zamawiającego w niniejszym Postępowaniu nie odzwierciedla podstawowych zasad według jakich powinno być prowadzone Postępowanie, w tym w szczególności zasady równego traktowania wykonawców i zasady przejrzystości. Po pierwsze negatywnie należy ocenić zachowanie Zamawiającego, który dokonując odpowiedzi na pytanie, wykracza swoją odpowiedzią poza zakreślone w pytaniu ramy zagadnienia budzącego wątpliwości, dokonując jednocześnie zmiany zakresu doświadczenia punktowanego w ramach Kryterium. Po drugie, jeżeli Zamawiający postanowił „przy okazji" odpowiedzi na pytanie zmienić zakres

przedmiotowego doświadczenia powinien to uczynić w sposób niebudzący wątpliwości wykonawców. Nie budzi przy tym wątpliwości, że dla samego Zamawiającego wszelkie zmiany dotyczące zakresu doświadczenia punktowanego w ramach Kryterium stanowiły zmiany istotne, wymagające ich bezpośredniego wprowadzenia do tekstu SWZ. Nie wiedzieć z jakich przyczyn, opisując zakres punktowanego w ramach Kryterium doświadczenia w odniesieniu do Kierownika budowy, Zamawiający nie zawarł odniesienia do Rozdziału III ust. 3 pkt 1) lit. 3. SWZ (ani na etapie przygotowania pierwotnego tekstu SWZ, ani wprowadzając zmiany do SWZ po udzielonej odpowiedzi na pytanie nr 8, ani na żadnym innym etapie Postępowania), tak jak uczynił to wprost w przypadku Kierownika prac konserwatorskich i restauratorskich. Niewątpliwie jednak, negatywnych konsekwencji powyższego zaniechania nie powinien ponosić Odwołujący.

Zamawiający oraz Przystępujący w złożonych pismach procesowych wnieśli o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesienia odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła wykonawcę Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła:

Zamawiający w rozdziale XII pkt 2 SWZ zawarł wymaganie w zakresie oceny ofert, tj. „Kryterium Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia (D)". W tabeli w pozycji dotyczącej doświadczenia kierownika robót budowalnych wskazał:

2.	Kierownik budowy	Doświadczenie w realizacji	Maksymalnie	maksymalnie 8,00
		większej niż minimalna liczbie	dodatkowe 2	pkt (po 4,00 pkt za
		projektów, o wartości robót	projekty	projekt)

budowlanych nie mniej niż 20.000.000,00 zł netto

W odpowiedzi na pytanie nr 8 z dnia 12 lipca 2023r. „w nawiązaniu do Rozdz. XII pkt. 2) 2. Kierownik budowy, prosimy o potwierdzenie, że ,,doświadczenie w realizacji większej niż minimalna ilości projektów'' oznacza wykazanie się dodatkowymi projektami ponad te, które zostały wskazane na potwierdzenie warunku udziału w zakresie punktów:

- Rozdz. III pkt. 3. 1) b
- Rozdz. III pkt. 3. 1) c
- Rozdz. III pkt. 3. 1) e

ale już nie ponad inwestycje wskazane na potwierdzenie punktu w Rozdz. III pkt. 3. 1) d.

A zatem punktowane (dodatkowe) inwestycje mogą zawierać się w inwestycjach potwierdzających 5 letnie doświadczenie Kierownik budowy (warunek udziału).

ODPOWIEDŹ ZAMAWIAJĄCEGO: Zamawiający wyjaśnia, że w ramach kryterium oceny ofert - doświadczenie kierownika budowy, punktowane będą realizacje inne niż wykazane na spełnienie warunków udziału w postępowaniu - w Rozdziale III pkt. 3.1 podp. b), c) oraz e).

Dopuszcza się powołanie na inwestycje wykazane dla spełnienia warunku pięcioletniego doświadczenia zawodowego Kierownika budowy. Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że punktowane inwestycje muszą spełniać wymogi opisane w Rozdziale III pkt. 3.1 podp. e). Ponadto Zamawiający wskazuje, że zmianie ulega wartość robót budowlanych wskazanych w Rozdziale XII pkt. 2 podp. 2 – która wynosi 12.000.000,00 zł netto.".

W dniu 15 sierpnia 2023r. Zamawiający wprowadził do SWZ zmiany w tym m.in. w zakresie dotyczącym kryterium oceny ofert dotyczącym doświadczenia kierownika budowy:

Kierownik budowy Doświadczenie w realizacji

Maksymalnie dodatkowe 2 projekty

maksymalnie 8,00 pkt (po

4,00 pkt za projekt)

większej niż minimalna liczbie projektów, o wartości robót budowlanych nie mniej niż 12.000.000,00 zł netto

Dodatkowo Izba ustaliła, że w Rozdziale III pkt. 3.1 podp. e) SWZ Zamawiający ustalił, że kierownik budowy „winien posiadać doświadczenie kierowania budową lub robotami przy co najmniej jednej inwestycji polegającej na remoncie

(rewaloryzacji, renowacji) lub przebudowie budynku zabytkowego wpisanego do rejestru zabytków nieruchomych (lub zespołu takich budynków) o powierzchni użytkowej min. 1000 m2, oraz minimalnej wartości robót budowlanych co najmniej 12.000.000,00 zł netto”.”

W informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 17 lutego 2023r. Zamawiający uzasadniając wysokość przyznawanych Odwołującemu wskazał: „W ramach nakazanej powtórnej oceny ofert, Zamawiający usunął również błąd, jaki popełnił oceniając oferty wykonawców Hochtief Polska S.A. oraz Warbud S.A. w zakresie doświadczenia osoby skierowanej przez ww. wykonawców do piastowania funkcji Kierownika Budowy. Osobom tym przyznano punkty za realizację obiektów nowych, o wartości robót przekraczającej 12 mln zł dla każdej z inwestycji. Nie ulega przy tym wątpliwości, że wskazane osoby legitymują się doświadczeniem wskazanym w złożonych wykazach osób, a informacje zawarte w oświadczeniach wykonawców są zgodne z prawdą – inwestycje te konsekwentnie były opisywane przez wykonawców jako budowa nowych obiektów.

Dokonując pierwotnej oceny ofert w ramach kryterium doświadczenia Kierownika Budowy, Zamawiający nie uwzględnił treści udzielonej przez siebie odpowiedzi na pytanie do treści SWZ. W odpowiedzi nr 8, udzielonej w dniu 15 lipca 2022 r., Zamawiający wskazał:

Zamawiający wyjaśnia, że w ramach kryterium oceny ofert - doświadczenie kierownika budowy, punktowane będą realizacje inne niż wykazane na spełnienie warunków udziału w postępowaniu - w Rozdziale III pkt. 3.1 podp. b), c) oraz e).

Dopuszcza się powołanie na inwestycje wykazane dla spełnienia warunku pięcioletniego doświadczenia zawodowego Kierownika budowy.

Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że punktowane inwestycje muszą spełniać wymogi opisane w Rozdziale III pkt. 3.1 podp. e).

Ponadto Zamawiający wskazuje, że zmianie ulega wartość robót budowlanych wskazanych w Rozdziale XII pkt. 2 podp. 2 – która wynosi 12.000.000,00 zł netto.

W świetle tej odpowiedzi inwestycje oceniane w ramach kryterium oceny ofert Doświadczenie Kierownika Budowy, powinny spełniać warunki opisane w Rozdziale III pkt 3.1 podp. e), które to warunki odnoszą się do trzech kwestii: (a) powierzchni użytkowej, (b) wartości robót oraz (c) polegać na remoncie lub przebudowie budynku zabytkowego.

Udzielona przez Zamawiającego odpowiedź jest wiążąca dla wszystkich uczestników postępowania, jak również nie została w ramach późniejszych czynności odwołana lub zmieniona. W treści dokumentów zamówienia, publikowanych po dacie udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 8 nie ma treści, które w sposób jednoznaczny zmieniałyby interpretację warunku dokonaną w ramach ww. odpowiedzi.

Nie ulega wątpliwości, że inwestycje podane w ramach kryterium oceny ofert na potwierdzenie doświadczenia Kierownika Budowy przez Hochtief Polska S.A. oraz Warbud S.A., nie dotyczyły remontu lub przebudowy obiektów zabytkowych, a budowy nowych obiektów. Tym samym nie spełniają wymogów, od których uzależnione jest przyznanie punktów w ramach kryterium doświadczenie Kierownika Budowy.

Poprzednia ocena ofert wykonawców Hochtief Polska S.A. i Warbud S.A. w zakresie doświadczenia Kierownika Budowy obarczona było błędem Zamawiającego, polegającym na przyjęciu możliwie szerokiej wykładni kryterium oceny ofert – bez uwzględnienia treści odpowiedzi na pytanie nr 8, która w sposób jednoznaczny odsyła do wymogów przewidzianych w Rozdziale III pkt 3.1. podp. e) SWZ. W sytuacji ponownej oceny ofert, błąd ten należało poprawić.”

Izba zważyła:

Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Stosownie zaś do art.16 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie wymagała kwestia prawidłowości zmiany punktacji przyznanej Odwołującemu w kryterium oceny ofert, dotyczącego doświadczenia kierownika budowy, dokonanej podczas ponownej oceny ofert z uwzględnieniem odpowiedzi na pytanie nr 8 udzielonej przez Zamawiającego w dniu 15 lipca 2022r.

Izba w składzie orzekającym stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył ww. przepisów Pzp, a dokonana ocena była prawidłowa.

Na wstępie podkreślić należy, iż pomimo faktu, że wykonawcy składają oferty w oparciu o treść SWZ to jednak treść SWZ należy interpretować z uwzględnieniem wyjaśnień Zamawiającego zwartych w odpowiedzi na pytania wykonawców. Wyjaśnienia treści SWZ stanowią uszczegółowienie, ewentualnie doprecyzowanie opisu zawartego w SWZ. Udzielone odpowiedzi i wprowadzone zmiany treści SWZ są wiążące dla stron i stanowią autentyczną wykładnię postanowień SWZ. Wszystkie odpowiedzi i wyjaśnienia do SWZ oraz wprowadzone zmiany treści SWZ ze swej istoty uzupełniają, więc jej treść i Wykonawcy powinni brać pod uwagę przy sporządzaniu oferty (patrz: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2016 Sygn. akt II CSK 197/15, wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 9 kwietnia 2019 roku, sygn. akt V ACa 41/18).

Izba wskazuje, że zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego z dnia 15 lipca 2022 r., Zamawiający wskazał, że inwestycje oceniane w ramach kryterium oceny ofert Doświadczenie Kierownika Budowy, powinny spełniać warunki opisane w Rozdziale III pkt 3.1 podp. e), które to warunki odnoszą się do trzech kwestii: (a) powierzchni użytkowej, (b) wartości robót oraz (c) polegać na remoncie lub przebudowie budynku zabytkowego.

Jak wyżej wskazano, treść odpowiedzi na pytania wykonawców udzielona w trybie art. 135 ust. 1 i 2 Pzp stanowi integralną część SWZ i ocena ofert wykonawców winna dokonywać się z uwzględnieniem wyjaśnień i zmian specyfikacji dokonanych w ramach udzielonych odpowiedzi (zob. wyrok z dnia 28 sierpnia 2018 r., sygn. akt: KIO 1615/18). Analogicznie w przypadku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W wyroku z dnia 14 sierpnia 2018 r., sygn. akt: KIO 1479/18, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „odpowiedzi udzielane w ramach wyjaśnień treści specyfikacji zamówienia są bezwzględnie wiążące dla wykonawców (tak np. wyrok z 16 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1648/11; wyrok z 7 marca 2012 r., sygn. akt KIO 388/12). Odpowiedź na pytanie związane ze specyfikacją staje się częścią SIWZ i może zmieniać jej pierwotną treść. W takim przypadku zamawiający nie musi dokonywać żadnych dodatkowych czynności, ponieważ zarówno on, jak i wykonawcy, są związani treścią pytań i odpowiedzi. A zatem, oceniając konsekwencje udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi, Krajowa Izba podkreśla, że odpowiedziom na pytania dotyczące treści s.i.w.z. przypisywane są doniosłe skutki. Odpowiedzi te są bowiem uznawane za rodzaj wykładni autentycznej, wiążącej zarówno zamawiającego jak i wykonawców (tak np. w wyroku z dnia 17 listopada 2015 r., sygn. akt KIO 2412/15)".

W ocenie Izby nie budzi żadnych wątpliwości, że Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr 8 zmienił i doprecyzował treść SWZ w sposób wiążący dla wykonawców biorących udział w postępowaniu. Nie ma tu znaczenia, że jak wskazał Odwołujący – Zamawiający wykroczył poza zakres pytania. Treść odpowiedzi jest bowiem wiążąca. Jeżeli natomiast Odwołujący nie zgadzał się ze stanowiskiem Zamawiającego dotyczącym konieczności wykazania się doświadczeniem polegającym na remoncie lub przebudowie budynku zabytkowego miał możliwości skorzystania z odwołania do KIO. Odwołujący z powyższej możliwości nie skorzystał, zatem SWZ został zmieniony w sposób prawomocny i nie ma możliwości jego zmiany na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ocenie Izby de facto do tego zmierzało odwołanie.

Argumentacja Odwołującego podważająca zasadność uznania przez Zamawiającego, przy ocenie ofert udzielonej odpowiedzi na pytanie nr 8, była w ocenie składu orzekającego Izby próbą wzruszenia zmiany SWZ po upływie ustawowego terminu do wniesienia odwołania dotyczącego tej zmiany. Tym samym argumentacja ta została uznana za spóźnioną.

Ponadto, w ocenie Izby całkowicie nieuprawnione było z kolei twierdzenie Odwołującego, że odpowiedź na pytanie nr 8 nie stanowiła wiążącej dla wykonawców zmiany SWZ. Podkreślić należy, że wbrew stanowisku Odwołującego już samo udzielenie odpowiedzi jest wiążące dla każdej ze stron postępowania przetargowego, a na Zamawiającym nie ciążą żadne dodatkowe obowiązki w zakresie modyfikacji treści

dokumentacji postępowania jak np. sporządzenie tekstu jednolitego SWZ i innych załączników odpowiedź tą uwzględniającą. Z tego powodu argumentacja Odwołującego nie zasługiwała na uwzględnienie.

W konsekwencji Izba za niezasadne uznała zarzuty dotyczące naruszenia art. 239 Pzp oraz art. 16 Pzp, w związku z czym odwołanie oddaliła.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……