Sygn. akt: KIO 1216/23

WYROK

z dnia 16 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 maja 2023 r. przez wykonawcę Strabag spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie przy ul. Parzniewskiej 10 (05-800 Pruszków) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Szczytno z siedzibą w Szczytnie przy ul. Łomżyńskiej 3 (12-100 Szczytno)

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru

najkorzystniejszej oferty w postępowaniu dla części I, II, IV i V zamówienia, unieważnienie czynności z dnia 20 kwietnia 2023 r. polegającej na wezwaniu wykonawcy Usługi Drogowo-Budowlane As-Drog spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie do wyjaśnień treści oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach przyznanie ofercie ww. wykonawcy 0 pkt w ramach kryterium oceny ofert Doświadczenie kierownika budowy w częściach I, II, IV i V zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Szczytno i:

   2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Strabag spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie tytułem wpisu od odwołania;

   2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Szczytno na rzecz wykonawcy Strabag spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, kwotę w wysokości 13 600 zł gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania oraz zastępstwa procesowego.

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 2022 r., poz. 1710 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: ……

Sygn. akt: KIO 1216/23

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

Gmina Szczytno, zwana dalej: „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w trybie podstawowym pn.: Modernizacja infrastruktury drogowej na terenie Gminy Szczytno (nr referencyjny: RR.PFZ.271.7.2023), zwane dalej „postępowaniem”, które zostało podzielone na 5 części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 marca 2023 r. pod numerem: 2023/BZP 00130854/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 1 maja 2023 r. wykonawca Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami Pzp czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu w zakresie część I, II, IV i V zamówienia polegających na: wyborze oferty wykonawcy Usługi Drogowo–Budowlane As–Drog Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie (zwanego dalej: „Wykonawcą”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu, nieprawidłowym badaniu i oceny oferty ww. Wykonawcy i przyznaniu jej po 10 pkt w kryterium oceny ofert „Doświadczenie kierownika budowy” w ramach każdej z ww. części zamówienia, wezwaniu Wykonawcy do wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp oraz od zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej i innych zaniechań.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp przez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty Wykonawcy złożonej w

zakresie części I, II, IV i V zamówienia i przyznanie jej w każdej z ww. części po 10 punktów w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie kierownika budowy" określonego w Dziale XIX SWZ „Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert", ust. 1 pkt 3) w odniesieniu do pana L. F., w sytuacji gdy Wykonawca nie potwierdził spełnienia ww. kryterium, gdyż – wbrew wymaganiom zamawiającego określonym w SWZ – nie przedstawił wraz z ofertą dokumentu potwierdzającego spełnianie ww. kryterium, wobec czego w tym kryterium oferta Wykonawcy powinna otrzymać 0 pkt zgodnie z Działem XIX SWZ „Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert", ust. 2 pkt 3); w wyniku powyższego

doszło do niezgodnego z Pzp wyboru oferty ww. Wykonawcy jako najkorzystniejszej w części I, II, IV i V zamówienia;

2) art. 16 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp przez bezpodstawne wezwanie Wykonawcy do wyjaśnień treści oferty pismem z dnia 20 kwietnia 2023 r. w zakresie informacji przedstawionych w ofercie na potwierdzenie spełnienia kryterium oceny ofert „Doświadczenie kierownika budowy", określonego w Dziale XIX SWZ „Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert", ust. 1 pkt 3) w odniesieniu do pana L. F., w sytuacji gdy w treści oferty Wykonawca nie potwierdził spełnienia ww. kryterium, na co zamawiający jednoznacznie wskazał w wezwaniu (tj. że z przedłożonych przez Państwa referencji złożonych na potwierdzenie spełnienia kryterium oceny ofert nie wynika, że Pan L(…) F(…), pełnił funkcję kierownika budowy przy realizacji inwestycji wskazanych w ofercie); w wyniku czego doszło do niedozwolonego prowadzenia negocjacji między zamawiającym a Wykonawcą dotyczącej złożonej oferty oraz zmiany jej treści.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania;

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej w częściach I, II, IV i V zamówienia;

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania Wykonawcy z dnia 20 kwietnia 2023 r. do wyjaśnień treści oferty;

- nakazanie zamawiającemu powtórzenia stosownych czynności w zakresie prawidłowego badania i oceny ofert, w tym przyznania ofercie Wykonawcy 0 pkt w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie kierownika budowy" w częściach I, II, IV i V zamówienia;

- nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w częściach I, II, IV i V zamówienia na podstawie kryteriów oceny ofert ustalonych w SWZ przy uwzględnieniu konsekwencji wynikających z powtórnej oceny ofert;

- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego;

- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w kartach postępowania zamawiającego, a przywołanych w uzasadnieniu odwołania w celu wykazania faktów wskazanych w uzasadnieniu.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp we wniesieniu odwołania, ponieważ jego interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku w wyniku wadliwych czynności i zaniechania dokonania przez zamawiającego czynności prawem przepisanych, do wykonania których był zobowiązany. Odwołujący wskazał, że jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym i przedmiotowym postępowaniu złożył ofertę, która została sklasyfikowana w ramach części I, 3

II, IV i V zamówienia na miejscu drugim. Dokonanie w sposób prawidłowy oceny ofert powinno prowadzić do przyznania ofercie Wykonawcy 0 punktów w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie kierownika budowy", określonego w Dziale XIX SWZ „Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert", ust. 1 pkt 3). W rezultacie w ocenie odwołującego jego oferta powinna zostać sklasyfikowana na miejscu pierwszym w ramach części I, II, IV i V zamówienia. Wskutek naruszenia przepisów Pzp przez zamawiającego, odwołujący pozbawiony został możliwości wykonania zamówienia, pomimo że złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu i jest najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto zdaniem odwołującego jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności i zaniechania zamawiającego uniemożliwiają mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację (a w konsekwencji odwołujący może utracić korzyści związane z realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego). Gdyby zamawiający dokonał czynności badania i oceny ofert zgodnie z ustalonymi w SWZ wymaganiami, prawidłowe dokonanie oceny oferty odwołującego powinno skutkować wyborem oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wyjaśnił, że jest uczestnikiem postępowania, jego oferta została prawidłowo złożona i nie zawiera błędów, a tym samym istnieje możliwość wyboru jego oferty jako oferty najkorzystniejszej. W przypadku uwzględnienia odwołania, odwołujący ma nadal szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Naruszenie wskazanych powyżej przepisów, ma istotny wpływ na wynik postępowania, w czym należy równolegle upatrywać interes we wniesieniu odwołania, ponieważ wpływa to na sytuację prawną odwołującego w postępowaniu. Uchybienia mogą zostać naprawione poprzez nakazanie zamawiającemu wykonania czynności zgodnych z obowiązującymi przepisami Pzp, przy uwzględnieniu zarzutów odwołania.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, że stanowczego podkreślenia wymaga, że w przedmiotowej sprawie, zamawiający sformułował w SWZ w sposób jasny i precyzyjny wymóg załączenia dokumentów potwierdzających

spełnienie kryterium i wskazał przykładowo, że może to nastąpić poprzez przedstawienie protokołu odbioru robót lub referencji. W przywołanym postanowieniu SWZ użyto zwrotu „np.", co świadczy o tym, że zamawiający przewidział katalog otwarty dokumentów, a wykonawcy mieli w tym zakresie pełną dowolność – mogli więc przedstawić oprócz dokumentów wymienionych przez zamawiającego przykładowo kopię dziennika budowy lub jakikolwiek inny dokument zawierający nazwisko kierownika budowy wymienionego w ofercie. W świetle brzmienia Działu XII SWZ, nie ulega wątpliwości, że załączony na potwierdzenie spełnienia kryterium dokument stanowi treść oferty. Wymóg złożenia dokumentu był wymogiem formalnym, skutkującym w przypadku braku jego złożenia tym, że samo oświadczenie wykonawcy nie 4

może skutkować przyznaniem mu punktów w ramach tego kryterium. W niniejszej sprawie, Wykonawca wraz z ofertą przedstawił jedynie referencje z których treści nie wynikało kto pełnił funkcję kierownika budowy, a więc wbrew wymaganiom zamawiającego – nie potwierdził w ofercie spełnienia kryterium oceny ofert „Doświadczenie kierownika budowy".

W ocenie odwołującego powyższe przyznał sam zamawiający w wezwaniu z dnia 20 kwietnia 2023 r., wskazując, że z przedłożonych przez Państwa referencji złożonych na potwierdzenie spełnienia kryterium oceny ofert nie wynika, że Pan L(…) F(…), pełnił funkcję kierownika budowy przy realizacji inwestycji wskazanych w ofercie. W świetle powyższego, zamawiający był zobowiązany do przyznania ofercie Wykonawcy 0 punktów w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie kierownika budowy" w odniesieniu do każdej części zamówienia i nie miał podstaw do wezwania Wykonawcy do wyjaśnień.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. poz. 2415) referencje są dowodami określającymi czy roboty budowlane wskazane w wykazie robót budowlanych (który jest podmiotowym środkiem dowodowym) zostały wykonane należycie. W wyrokach z dnia 17 sierpnia 2018 r. (KIO 1498/18) i z dnia 28 listopada 2018 r., (KIO 2145/16) uznano, że zamawiający oceniając spełnienie warunku udziału w postępowaniu zobowiązany jest do badania złożonych dokumentów łącznie, tzn. badania informacji zawartych w jednolitym dokumencie/wykazie robót wraz z informacjami zawartymi w referencjach albo innych dokumentach załączonych przez wykonawcę. Stanowisko w orzecznictwie odnoszące się do braku obowiązku zawarcia w treści referencji danych wymaganych przez zamawiającego dotyczy wykazania poprzez referencje spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, a nie potwierdzenia spełniania kryteriów oceny ofert. W świetle powyższego, nie można więc uznać, że w przedmiotowej sprawie treść referencji nie musi zawierać informacji wymaganych przez zamawiającego w odniesieniu do potwierdzenia spełniania kryteriów oceny ofert. Jeśli Wykonawca wybrał referencje jako dokumenty, które mają potwierdzić spełnianie kryterium oceny ofert, powinien przedstawić wraz z ofertą taką referencję z której treści wynika, że pan L. F. pełnił funkcję kierownika budowy albo referencję wraz z innym dokumentem potwierdzającym ww. okoliczność (np. pismem zamawiającego). W niniejszej sprawie Wykonawca tego nie uczynił. Należy również zauważyć, że zamawiający, określając, iż wymaga przedłożenia „dokumentów" wykluczył możliwość złożenia jedynie oświadczenia własnego wykonawcy, dlatego też zamieszczenie informacji jedynie w wykazie stanowiącym treść formularza oferty nie jest wystarczające do uznania, że Wykonawca potwierdził spełnienie kryterium oceny ofert „Doświadczenie kierownika budowy". Tym samym odwołujący stwierdził, że bezsporne

jest więc, że Wykonawca w ofercie nie wykazał doświadczenia zaproponowanego kierownika budowy w sposób opisany w SWZ.

W dalszej kolejności odwołujący wyjaśnił, że brak pełnej informacji odpowiadającej wymaganiu w zakresie doświadczenia kierownika budowy, stanowiącej treść oferty, nie podlega uzupełnieniu, ani wyjaśnieniu po terminie składania ofert. Ponadto uznaje się, że art. 128 ust. 1 Pzp nie obejmuje treści oferty w zakresie podlegającym punktacji w ramach kryterium oceny ofert, dlatego też informacje zawarte w ofertach i oceniane w ramach kryteriów oceny ofert nie podlegają uzupełnieniom lub modyfikacjom po upływie terminu składania ofert. Stosowanie uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów na użytek kryteriów oceny oferty mogłoby w prosty sposób prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Przyjmuje się, że dopuszczenie możliwości uzupełniania dokumentów podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert umożliwiałoby uzupełnianie ofert już po ich otwarciu o takie oświadczenia i dokumenty, które by zapewniały wykonawcom uzyskanie większej liczby punktów, co byłoby sprzeczne z dyspozycją art. 223 ust. 1 Pzp.

Odwołujący podniósł, że w przedmiotowej sprawie, zamawiający w sytuacji, gdy w ofercie Wykonawcy nie było zawartych informacji potwierdzających spełniania kryterium oceny ofert „Doświadczenie kierownika budowy" postępując niezgodnie z przywołanym powyżej stanowiskiem wyrażanym w orzecznictwie, wezwał wykonawcę pismem z dnia 20 kwietnia 2023 r. do wyjaśnień treści oferty w zakresie punktowanym w ramach kryterium „Doświadczenie kierownika budowy", co jest niedopuszczalne i świadczy o rażącym naruszeniu art. 223 ust. 1 Pzp. W odpowiedzi na ww. wezwanie Wykonawca złożył wyjaśnienia wraz z dokumentami, uzupełniając dokumenty, do których złożenia był zobligowany wraz z ofertą. W wyniku powyższego doszło do niedozwolonego prowadzenia negocjacji między zamawiającym a Wykonawcą dotyczącej złożonej oferty oraz zmiany jej treści po terminie składania ofert. W ocenie odwołującego, przy ocenie oferty Wykonawcy nie można brać pod uwagę jego odpowiedzi z dnia 21 kwietnia 2023 r., a zamawiający był zobowiązany do oceny oferty na podstawie informacji przedstawionych w jej treści przed terminem składania ofert.

Abstrahując od braku dopuszczalności skierowania do Wykonawcy wezwania do wyjaśnień treści oferty, odwołujący zauważył, że nawet w odpowiedzi z dnia 21 kwietnia 2023 r. Wykonawca nie potwierdził spełniania ww. kryterium, ponieważ przedstawione przez niego dokumenty nie potwierdzają spełnienia przez pana L. F. kryterium oceny ofert „Doświadczenie kierownika". Odwołujący wskazał, że plik zawierający skan pisma „Zaświadczenie dla zadań

inwestycyjnych” z dnia 21 kwietnia 2023 r. nie został opatrzony przez Wykonawcę kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub

podpisem osobistym, tj. nie poświadczono zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej. Już tylko z tego powodu zamawiający nie mógł go brać pod uwagę przy ocenie ofert. Ponadto dokument ten został wystawiony po upływie terminu składania ofert. Z pozostałych dokumentów przedstawionych przez Wykonawcę w wyjaśnieniu z dnia 21 kwietnia 2023 r. również nie wynika fakt pełnienia funkcji kierownika budowy przez pana L. F. w ramach zadań wskazanych w treści oferty. Nie ulega więc wątpliwości, że Wykonawca nie potwierdził spełnienia kryterium oceny ofert „Doświadczenie kierownika budowy”, zamawiający jest zobligowany przyznać jego ofercie w ramach tego kryterium 0 pkt w części I, II, IV i V zamówienia. Każdy wykonawca, jako profesjonalista powinien zdawać sobie sprawę z charakteru postępowania przetargowego w którym uczestniczy, a dokumenty nawet jeśli zostały przygotowane przez osoby trzecie muszą być podpisywane po ich weryfikacji, zwłaszcza w zakresie będącym przedmiotem punktacji.

Zdaniem odwołującego nie ulega wątpliwości, że zamawiający dokonując wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej w części I, II, IV, V zamówienia naruszył także art. 16 Pzp przez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

W ramach postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Usługi Drogowo–Budowlane As–Drog Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie.

W dniu 12 maja 2023 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, że procedura udzielenia zamówienia publicznego jest procedurą sformalizowaną, a treść złożonych w toku postępowania ofert, co do zasady, jest niezmienna. Jednak zamawiający, jeśli poweźmie jakiekolwiek wątpliwości co do treści złożonej oferty może żądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień. Granicą ich dopuszczalności jest brak możliwości zmiany oferty. Na zamawiającym ciąży obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia. Zamawiający nie może poprzestać na własnej interpretacji treści oferty, a winien zadać wykonawcy jasne pytania w zakresie budzącym niejasności. Dokonanie rzetelnej oceny złożonych ofert jest także przejawem zachowania zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu, polegającej również na sumiennym wypełnieniu obowiązków, które na zamawiającego nakłada ustawodawca w toku przeprowadzenia postępowania, tak aby właściwie zabezpieczyć interes wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Zamawiający zobowiązany jest do wszechstronnego zbadania oferty danego wykonawcy, w tym wyjaśnienia wszelkich wątpliwości dotyczących jej zgodności z wymogami wynikającymi z dokumentów

zamówienia. Niezależnie jednak od tego, jaka jest przyczyna błędu, zamawiający powinien dążyć do tego, aby z poszanowaniem i w granicach obowiązującego prawa doprowadzić ofertę wykonawcy do pełnej zgodności z jego oświadczeniem woli. Tylko bowiem prawidłowe oferty mogą zostać ocenione i tylko spośród takich ofert może zostać wyłoniona oferta najkorzystniejsza. Wyjaśnienia treści oferty, o których mowa w art. 223 ust. 1 Pzp, służyć mają rozwianiu wątpliwości, które wynikają zarówno z treści samej oferty jak i z niejasnych dokumentów załączanych do oferty. Uruchomienie procedury z art. 223 ust. 1 Pzp oznacza, że zamawiający miał wątpliwości co do jednoznacznego stwierdzenia o zgodności lub niezgodności oferty z warunkami zamówienia, których rozwianie może nastąpić wyłącznie przy udziale wykonawcy. Zgodnie z art. 223 ust 1 Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Z przepisu nie wynika wyłączenie możliwości uzyskania wyjaśnień w odniesieniu do informacji dotyczących kryteriów oceny ofert. Przepis art. 223 ust. 1 Pzp powinien być rozpatrywany w kategoriach uprawnień zamawiającego, a więc prawa zamawiającego do żądania wyjaśnień, połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień w celu wypełnienia obowiązku przeprowadzenia badania i oceny ofert w sposób staranny i należyty, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy. Zamawiający, korzystając z tego uprawnienia, wyjaśnia treść złożonej oferty. Celem wyjaśnienia treści złożonej oferty jest uzyskanie dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości, niejasności co do treści złożonej oferty pozwoli zamawiającemu dokonać należytego badania i oceny złożonej oferty. Uzyskane dodatkowe informacje (wyjaśnienia) nie mogą jedynie zmienić treści oferty, w tym również w zakresie kryteriów oceny ofert oraz prowadzić do zmiany świadczenia oferowanego zamawiającemu przez wykonawców. Zaniechanie przez zamawiającego wyjaśniania treści oferty, jeżeli jest to konieczne w celu dokonania rzetelnego badania oferty, stanowi naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych. Wyjaśnianie (zwane również niekiedy tłumaczeniem) jest zadaniem myślowym, które polega na wskazaniu uzasadnienia dla podanej przez wykonawcę treści formularza ofertowego. Wyjaśnienia treści oferty stanowią rodzaj wykładni oświadczenia woli wykonawcy (jego oferty).

Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy, zamawiający wskazał, że poprosił Wykonawcę o wyjaśnienie w zakresie wskazanego doświadczenia kierownika budowy (osoby skierowanej do realizacji zamówienia) i podjął czynności związane z prawidłową oceną punktową ofert. Powyższe działanie zdaniem zamawiającego nie stanowiło zmiany treści oferty w sensie

merytorycznym, bowiem Wykonawca nie wprowadzał nowych elementów do treści oferty (formularz ofertowy sporządzony w sposób prawidłowy) tylko uwidocznił element, który z uwagi na wskazanie kierownika budowy z imienia i nazwiska oraz zrealizowanych przez niego zadań inwestycyjnych jest już zawarty w ofercie, tylko nieuwidoczniony.

Wykonawca doprecyzował, że w każdej realizowanej przez siebie inwestycji kierownikiem budowy jest pan L. F. posiadający stosowne uprawnienia, będący jednocześnie Prezesem Zarządu Spółki. Tak więc wskazane w formularzu ofertowym zadania inwestycyjne były przez niego realizowane, a przedłożone na potwierdzenie spełnienia kryterium oceny ofert referencje i wyjaśnienia wykonawcy potwierdzają, że wskazany kierownik budowy (L. F.) pełnił funkcję kierownika budowy przy budowie lub przebudowie dróg o nawierzchni asfaltowej na więcej niż jednej budowie i o wartości nie mniejszej niż 200 tys. złotych i tym samym oferta Wykonawcy w tym kryterium otrzymała 10 pkt. Nie może być tak, że informacje oczywiste i niepowodujące merytorycznej zmiany treści oferty, a nieuwidocznione przez Wykonawcę w ofercie automatycznie uniemożliwiają przyznanie wykonawcy dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert. W niniejszym postępowaniu nie doszło do uzgodnienia treści oferty, a jedynie do doprecyzowania treści oferty przez podkreślenie treści, które zamawiający uznał wcześniej za wskazane nie dość jasno. Nie doszło do zmiany treści oferty. W ramach wyjaśnień nie doszło do powstania stanu, który nie istniał w dacie złożenia oferty. Informacje relewantne dla uzyskania punktów w kryterium doświadczenie kierownika budowy nie zostały wytworzone przez Wykonawcę po złożeniu oferty, gdyż były zawarte w formularzu ofertowym i w toku wyjaśnień zostały jedynie doprecyzowane.

Odnosząc się do zasady pisemności w kwestii składania wyjaśnień złożonej oferty oraz dowodów (dokumentów) załączonych do wyjaśnień, to zamawiający wskazał, że przepisy Pzp nie nakładają na wykonawców obowiązku zachowania formy elektronicznej lub postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym, lub podpisem osobistym przy udzielaniu wyjaśnień treści złożonej oferty. W niniejszym przypadku wykonawca dochował obowiązku udzielenia pisemnych wyjaśnień w rozumieniu przepisów Pzp. Brak podpisu, w sytuacji gdy zamawiający wie, kto złożył przedmiotowe wyjaśnienia (wykonawca zalogowany na platformie zakupowej), nie uprawnia zamawiającego do odrzucenia wyjaśnień, gdyż zgodnie z § 12 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie możliwa jest identyfikacja podmiotu przekazującego dokumenty elektroniczne oraz ustalenie dokładnego czasu i daty ich odbioru. Jednocześnie dokumenty elektroniczne w postępowaniu lub w konkursie muszą spełniać łącznie następujące wymagania:

1) są utrwalone w sposób umożliwiający ich wielokrotne odczytanie, zapisanie i powielenie, a także przekazanie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej lub na informatycznym nośniku danych, 2) umożliwiają prezentację treści w postaci elektronicznej, w szczególności przez wyświetlenie tej treści na monitorze ekranowym,

3) umożliwiają prezentację treści w postaci papierowej, w szczególności za pomocą wydruku,

4) zawierają dane w układzie niepozostawiającym wątpliwości co do treści i kontekstu zapisanych informacji.

Natomiast obowiązek podpisywania dokumentów kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym został zastrzeżony dla: - ofert,

- wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie,
- wniosku, o którym mowa w art. 371 ust. 3 Pzp,
- oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp,
- podmiotowych środków dowodowych, w tym oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp,
- zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby,
- przedmiotowych środków dowodowych,
- dokumentów, o których mowa w art. 94 ust. 2 Pzp, niewystawionych przez upoważnione podmioty, - pełnomocnictwa.

Tym samym w ocenie zamawiającego wyjaśnienia treści oferty oraz załączone na dowód dokumenty (pliki) nie wymagają zatem złożenia podpisu elektronicznego. Referencje czy zaświadczenia mogą być wystawione zarówno przed jak i po dniu składania ofert, o ile potwierdzają, że wykazywane świadczenia zostały zrealizowane przed upływem tego terminu (dotyczy skanu pisma „Zaświadczenie dla zadań inwestycyjnych" z dnia 21 kwietnia 2023 r.).

Ponadto zamawiający zwrócił uwagę na to, że nie oczekiwał poparcia wyjaśnień dowodami jednakże, złożenie ich przez Wykonawcę nie jest zabronione przepisami ustawy i zamawiający nie miał podstaw prawnych, by wyciągać negatywne konsekwencje wobec Wykonawcy.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Jak ustalił skład orzekający zamawiający przesłał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego kopię odwołania w dniu 2 maja 2023 r. przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, natomiast wykonawca Usługi Drogowo-Budowlane As-Drog Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo zawierające zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego w dniu 7 maja 2023 r.

Zgodnie z treścią art. 525 ust. 1 Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Tym samym termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wynosi 3 dni od dnia otrzymania przez wykonawcę kopii odwołania i ma charakter terminu zawitego, przez co nie podlega wydłużeniu ani przywróceniu. Uchybienie terminowi do zgłoszenia przystąpienia skutkuje nieskutecznością przystąpienia. Co istotne liczy się data wniesienia przystąpienia do Prezesa Izby, to znaczy data, w której Prezes Izby to przystąpienie otrzyma.

Mając na uwadze powyższe ustalenia Izba stwierdziła, że przystąpienie zgłoszone przez wykonawcę Usługi Drogowo-Budowlane As-Drog Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie należało uznać za nieskuteczne. W okolicznościach przedmiotowej sprawy termin na skuteczne zgłoszenie przystąpienia ww. wykonawcy minął w dniu 5 maja 2023 r., co oznaczało, że przystąpienie przesłane przez tego wykonawcę Prezesowi Izby w dniu 7 maja 2023 r., nastąpiło z naruszeniem art. 525 ust. 1 Pzp i nie mogło zostać uznane za prawidłowe.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, złożoną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 12 maja 2023 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal jako: „SWZ") wraz z załącznikami;

- ofertę złożoną przez wykonawcę Usługi Drogowo-Budowlane As-Drog Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie (zwanego dalej nadal jako: „Wykonawca");

- wezwanie do wyjaśnień treści złożonej oferty z dnia 20 kwietnia 2023 r. skierowane do Wykonawcy na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp;

- dokumenty złożone przez Wykonawcę w dniu 21 kwietnia 2023 r. w odpowiedzi na powyższe wezwanie;

- zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 26 kwietnia 2023 r., które dotyczyło wszystkich pięciu części zamówienia;

2) załączony do odwołania dokument dotyczący weryfikacji podpisów pod niektórymi dokumentami złożonymi przez Wykonawcę w dniu 21 kwietnia 2023 r.;

3) złożone na posiedzeniu przez zamawiającego dokumenty w postaci wyciągów z czterech dzienników budów, w których inwestorem był zamawiający a wykonawcą firma Usługi Drogowo-Budowlane As-Drog Sp. z o.o.

Izba ustaliła co następuje

Przedmiotem zamówienia jest modernizacja infrastruktury drogowej na terenie gminy Szczytno z podziałem na części. Zamówienie zostało podzielone na pięć części:

1) CZĘŚĆ I: Rozbudowa drogi gminnej nr 196010N w miejscowości Nowiny, gm. Szczytno;

2) CZĘŚĆ II: Rozbudowa drogi gminnej nr 196017N Romany – Zielonka, gm. Szczytno;

3) CZĘŚĆ III: Przebudowa drogi wewnętrznej w miejscowości Nowe Gizewo gm. Szczytno;

4) CZĘŚĆ IV: Przebudowa dróg wewnętrznych w miejscowości Lipowiec, gm. Szczytno;

5) CZĘŚĆ V: Przebudowa dróg wewnętrznych w miejscowości Olszyny gm. Szczytno.

Zgodnie z rozdziałem XIX ust. 1 SWZ – Przy wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający będzie kierował się następującymi kryteriami, z przypisaniem im odpowiednio wag:

1) cena oferty – 60%

2) okres gwarancji – 30%

3) doświadczenie kierownika budowy – 10%.

W ust. 2 pkt 3) ww. rozdziału SWZ zamawiający w następujący sposób określił kwestię przyznawania punktów w odniesieniu do kryterium „Doświadczenie kierownika budowy":

3) Punkty w kryterium doświadczenie kierownika budowy, zostaną przyznane wg następujących zasad:

Doświadczenie kierownika budowy – maksymalnie 10 pkt.

- brak doświadczenia kierownika budowy przy budowie lub przebudowie dróg o nawierzchni asfaltowej i o wartości nie mniejszej niż 200 tys. złotych – 0 pkt.

- pełnienie funkcji kierownika budowy przy budowie lub przebudowie dróg o nawierzchni asfaltowej na jednej budowie i o wartości nie mniejszej niż 200 tys. złotych – 5 pkt.

- pełnienie funkcji kierownika budowy przy budowie lub przebudowie dróg o nawierzchni asfaltowej na więcej niż jednej budowie i o wartości nie mniejszej niż 200 tys. złotych – 10 pkt.

Wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia kryterium oceny ofert powinien załączyć dokumenty potwierdzające spełnienie kryterium (np. protokół odbioru robót, referencje).

Wykonawca w ofercie przedstawił następujące informacje:

Doświadczenie zawodowe kierownika budowy - wykaz pełnionych funkcji kierownika budowy przy budowie lub przebudowie dróg o nawierzchni asfaltowej zgodnie z działem XIX Specyfikacji Warunków Zamówienia - OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT

Lp.	Zamawiający (Inwestor)	Nazwisko i imię kierownika budowy	Rodzaj i miejsce wykonywanych robót,	Wartość robót budowlanych
1.	Gmina Gietrzwałd ul. Olsztyńska 2 11 -036 Gietrzwałd	L(…) F(…) Uprawnienia drogowe wykonawcze bez ograniczeń WAM/BD/0102/12	„Przebudowa drogi gminnej w m. Guzowy Piec na odcinku 601,00 m od skrzyżowania przy ośrodku wypoczynkowym w kierunku drogi powiatowej Nr 1425 N” Wykonanie drogi z betonu asfaltowego.	885.631,28 zł brutto
2.	Gmina Gietrzwałd ul. Olsztyńska 2 11 -036 Gietrzwałd	L(…) F(…) Uprawnienia drogowe wykonawcze bez ograniczeń WAM/BD/0102/12	„Przebudowa Drogi Gminnej Woryty-Rentyny” Wykonanie drogi z betonu asfaltowego.	2.539.930,59 zł brutto

W celu potwierdzenia spełnienia ww. kryterium Wykonawca przedłożył:

- w zakresie poz. 1 ww. wykazu – referencje z dnia 14 lipca 2021 r.;

- w zakresie poz. 2 ww. wykazu – referencje z dnia 14 czerwca 2022 r.

Zamawiający pismem z dnia 20 kwietnia 2023 r. wezwał Wykonawcę na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień, wskazując w wezwaniu, że:

Na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych Dz.U. z 2022 poz. 1710 ze zm.), zamawiający żąda od Państwa jako od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty:

W dziale XIX. OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT specyfikacji warunków zamówienia, Zamawiający określił, że przy wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający będzie kierował się następującymi kryteriami, z przypisaniem im odpowiednio wag: 1) cena oferty – 60% 2) okres gwarancji – 30%

3) doświadczenie kierownika budowy – 10%

Punkty w kryterium doświadczenie kierownika budowy, zostaną przyznane wg następujących zasad: Doświadczenie kierownika budowy – maksymalnie 10 pkt.

- brak doświadczenia kierownika budowy przy budowie lub przebudowie dróg o nawierzchni asfaltowej i o wartości nie mniejszej niż 200 tys. złotych – 0 pkt.

- pełnienie funkcji kierownika budowy przy budowie lub przebudowie dróg o nawierzchni asfaltowej na jednej budowie i o wartości nie mniejszej niż 200 tys. złotych – 5 pkt.

- pełnienie funkcji kierownika budowy przy budowie lub przebudowie dróg o nawierzchni asfaltowej na więcej niż jednej budowie i o wartości nie mniejszej niż 200 tys. złotych – 10 pkt.

Wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia kryterium oceny ofert powinien załączyć dokumenty potwierdzające spełnienie kryterium (np. protokół odbioru robót, referencje).

Z przedłożonych przez Państwa referencji złożonych na potwierdzenie spełnienia kryterium oceny ofert nie wynika, że Pan L(…) F(...), pełnił funkcję kierownika budowy przy realizacji inwestycji wskazanych w ofercie. W związku z powyższym Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień w przedmiotowym zakresie do dnia 25.04.2023 r., do godz. 12:00.

Brak wyjaśnień spowoduje zbadanie i ocenę oferty wykonawcy tylko na podstawie posiadanych przez zamawiającego danych, dokumentów i oświadczeń zawartych w ofercie. Jednocześnie zamawiający informuje, że zgodnie z art. 223 ust. 1 zdanie drugie pzp. niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w treści oferty z wyjątkiem poprawy omyłek, co zostało unormowane w art. 223 ust. 2 pzp

W odpowiedzi na ww. wezwanie, Wykonawca w dniu 21 kwietnia 2023 r. przekazał zamawiającemu odpowiedź zawierającą:

- skan decyzji o wpisie pana L(…) F(…) do Centralnego Rejestru osób posiadających uprawnienia budowlane (plik o nazwie: GINB F(…)L(…)001.jpg);

- skan pisma Zaświadczenie dla zadań inwestycyjnych z dnia 21 kwietnia 2023 r. (plik o nazwie kierownik budowy Woryty-Rentyny i Guzowy Piec 601mb-1.pdf), w którego treści wskazano, że: Przebudowa drogi gminnej w m. Guzowy Piec na odcinku 601,00 m od skrzyżowania przy ośrodku wypoczynkowym w kierunku drogi powiatowej nr 1425 N" Gtw/17/2020 z 11.03.2020 r., „Przebudowa Drogi Gminnej Woryty-Rentyny" Gtw/31/2022 z 31.03.2022 r. Potwierdzamy pełnienie funkcji kierownika budowy dla w/w zadań i wykazanych decyzji o pozwoleniu na budowę wydanych przez Starostę Olsztyńskiego przez Pan L(…) A(…) F(…) o numerze ewidencyjnym WAM/BD/0102/12 uprawnienia WAM/0066/OWOD/12 (…);

- referencje z dnia 14 lipca 2021 r.;

- referencje z dnia 14 czerwca 2022 r.;

- referencje z dnia 14 czerwca 2022 r.;

- zaświadczenie PINB o członkostwie pana L(…) A(…) F(…) w Warmińsko-Mazurskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa;

- plik excel Życiorys.

Zawiadomieniem z dnia 26 maja 2023 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu (we wszystkich pięciu częściach zamówienia). Oferta odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza w III części zamówienia, natomiast w częściach I, II, IV i V najkorzystniejsza okazała się oferta Wykonawcy. W częściach I, II, IV i V oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu. Z przedmiotowego zawiadomienia wynikało, że oferta Wykonawcy we wszystkich częściach otrzymała 10 pkt w kryterium Doświadczenie kierownika budowy.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- 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.;

- art. 239 ust. 1 Pzp – Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.;

- art. 223 ust. 1 Pzp – W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków 15

dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Przy rozstrzyganiu Izba w znacznej mierze przyjęła argumentację odwołującego, uznając ją za słuszną i zasadną. W pierwszej kolejności skład orzekający skupił się na treści opisu kryterium pn. Doświadczenie kierownika budowy i uznał,

że była ona jednoznaczna. Opis ww. kryterium podany w SWZ wyraźnie wskazywał ile punktów mogą dostać wykonawcy w jego ramach i w jaki sposób powinni oni wykazać spełnienie tego kryterium. Istota kryterium odnosiła się do doświadczenia kierownika budowy przy budowie lub przebudowie dróg o nawierzchni asfaltowej i o wartości nie mniejszej niż 200 tys. złotych. Bardzo ważne było również to, że zamawiający wyraźnie wskazał, że wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia kryterium oceny ofert powinni załączyć dokumenty potwierdzające spełnienie kryterium (np. protokół odbioru robót, referencje). Tym samym w okolicznościach przedmiotowej sprawy niewystarczające były dokumenty potwierdzające należyte wykonanie wskazywanych robót budowlanych, ponieważ w celu przyznania punktów w ramach przedmiotowego kryterium konieczne było potwierdzenie, że wskazywana przez wykonawcę osoba wykonywała funkcję kierownika budowy na tych robotach budowlanych. Poza tym, jak słusznie zauważył odwołujący, w opisie sposobu potwierdzenia spełnienia kryterium określonym w SWZ użyto zwrotu „np.", co świadczyło o tym, że zamawiający przewidział otwarty katalog dokumentów, a wykonawcy mieli w tym zakresie pełną dowolność – mogli więc przedstawić oprócz dokumentów przykładowo wymienionych przez zamawiającego także inne dokumenty, takie jak kopię dziennika budowy lub jakikolwiek inny dokument zawierający nazwisko kierownika budowy wymienionego w formularzu ofertowym. W świetle brzmienia rozdziału XII SWZ oraz formularza ofertowego, nie mogło ulegać wątpliwości, że załączone na potwierdzenie spełnienia kryterium dokumenty stanowiły treść oferty. Wymóg złożenia dokumentu był wymogiem formalnym, skutkującym w przypadku braku jego złożenia tym, że samo oświadczenie wykonawcy nie mogło skutkować przyznaniem mu punktów w ramach tego kryterium. W przedmiotowej sprawie, Wykonawca wraz z ofertą przedstawił referencje, z których treści nie wynikało kto pełnił funkcję kierownika budowy, a więc wbrew wymaganiom zamawiającego – nie potwierdził w ofercie spełnienia kryterium oceny ofert pn. Doświadczenie kierownika budowy.

Ponadto Izba uznała za zasadne wskazać, że przedmiotowa sprawa dotyczyła spełnienia kryterium oceny ofert, a nie warunku udziału w postępowaniu. Tym samym nie mogło znaleźć zastosowania wynikające z orzecznictwa stanowisko odnoszące się do braku obowiązku zawarcia w treści referencji danych wymaganych przez zamawiającego. Nie można zatem było uznać, że w przedmiotowej sprawie treść referencji nie musiała zawierać informacji wymaganych przez zamawiającego w odniesieniu do potwierdzenia spełnienia kryterium oceny ofert. Jeśli Wykonawca wybrał referencje jako dokumenty, które miały potwierdzić spełnianie kryterium, to powinien przedstawić wraz z ofertą takie referencje, z których treści wynikałoby, że osoba wskazana jako kierownik budowy, pełniła taką funkcję na podanych w formularzu inwestycjach lub referencje wraz z innymi dokumentami potwierdzającymi ww. okoliczność (np. wyciągiem z dziennika budowy).

W dalszej kolejności Izba odniosła się do wezwania z dnia 20 kwietnia 2023 r., skierowanego do Wykonawcy w celu wyjaśnienia treści oferty. W ocenie składu orzekającego przedmiotowe wezwanie było przejawem wątpliwości zamawiającego, co do spełnienia przez Wykonawcę kryterium dotyczącego doświadczenia kierownika budowy. Jak wskazano powyżej przedmiotowe kryterium zostało opisane w SWZ w sposób jednoznaczny, zatem to wykonawca powinien ponosić skutki nieprzedstawienia wszystkich informacji koniecznych do przyznania punktów, a zamawiający nie powinien wyjaśniać okoliczności dotyczących tego kryterium, które nie zostały podane w ofercie. Tym samym zamawiający wzywając Wykonawcę do wyjaśnień naruszył dyspozycję określoną w art. 223 ust. 1 Pzp. W ocenie składu orzekającego zastosowanie ww. przepisu w związku z wątpliwościami powstałymi przy ocenie ofert w kontekście przyznania punktów w ramach kryterium pozacenowego, powinno następować z najwyższą ostrożnością. W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba nie znalazła żadnego uzasadnienia dla stosowania tego przepisu przez zamawiającego. Chybiona w tym zakresie okazała się również argumentacja zamawiającego, która koncentrowała się na twierdzeniu, że złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie zmieniły treści oferty, ani nie stanowiły negocjacji jej treści. Stanowisko zamawiającego nie mogło uzyskać aprobaty, ponieważ z okoliczności przedmiotowej sprawy niezbicie wynikało, że zamawiający dopiero po przeprowadzeniu procesu wyjaśnień z Wykonawcą, pozbył się wątpliwości powstałych przy ocenie oferty w ramach kryterium Doświadczenie kierownika budowy i mógł z pełnym przekonaniem przyznać punkty w ramach tego kryterium. Na marginesie należało wskazać, że postępowanie przetargowe ma charakter formalny, a formalizm ten nie jest celem samym w sobie procedury przetargowej, ale jest emanacją zasad określonych w art. 16 Pzp. Tym samym mając na uwadze zasady określone w tym przepisie należało stwierdzić, że w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, wykonawcy powinni już na moment składania oferty przedstawić

wszystkie informacje konieczne dla przyznania punktów w ramach spornego kryterium. Przedmiotowe stwierdzenie prowadziło do wniosku, że zamawiający zobowiązany był do przyznania 0 pkt ofercie Wykonawcy w ramach kryterium Doświadczenie kierownika budowy, a czynność wyjaśnienia treści oferty w kontekście tego kryterium była niedopuszczalna.

Stanowiska zamawiającego nie potwierdziły również dowody złożone przez niego na posiedzeniu, które obejmowały wyciągi z czterech dzienników budów, w których inwestorem był zamawiający a wykonawcą – Usługi Drogowo-Budowlane As-Drog Sp. z o.o. Dokumenty te zostały złożone na okoliczność tego, że pan L. F. był kierownikiem budów na inwestycjach prowadzonych przez zamawiającego. Dowody złożone przez zamawiającego Izba uznała za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia, ponieważ dotyczyły innych inwestycji niż te, które zostały wskazane w formularzu ofertowym przez Wykonawcę. Dodatkowo jeśli zamawiający miałby pewność w zakresie spełnienia kryterium przez Wykonawcę to nie musiałby zwracać się z wezwaniem do wyjaśnień, natomiast takie wezwanie zostało skierowane do Wykonawcy, co całkowicie pozbawiało mocy dowodowej złożonych przez zamawiającego dokumentów.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu spowodowało, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy przyznał Wykonawcy 10 pkt w kryterium dotyczącym doświadczenia kierownika budowy, co mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania w zakresie I, II, IV i V części zamówienia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa procesowego (zgodnie z fakturą złożoną na rozprawie).

Przewodniczący: ……