

Sygn. akt: KIO 1629/23

WYROK

z dnia 22 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2023 r. przez wykonawcę BIURO PROJEKTÓW P. W. prowadzący działalność gospodarczą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miejską Kraków - Urząd Miasta Krakowa w Krakowie,

przy udziale wykonawcy Pracowni Konserwacji Zabytków „Arkona” sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
  - a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
  - b) poprawienie w Wykazie doświadczenia Głównego Projektanta, stanowiącym załącznik nr 1A do formularza ofertowego, wykonawcy BIURO PROJEKTÓW P. W. prowadzący działalność gospodarczą w Krakowie w punkcie 2 Wykazu, innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia niepowodującej istotnych zmian w treści oferty w trybie art. 223 ust.2 pkt 3 ustawy PZP poprzez wpisanie daty 28.10.2020 r. jako daty wydania decyzji o pozwoleniu na budowę;
  - c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
  - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 701 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset jeden złotych zero groszy) stanowiącą wpis od odwołania, koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty związane z dojazdem na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (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 1629/23

U z a s a d n i e

Zamawiający – Gmina Miejska Kraków - Urząd Miasta Krakowa w Krakowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn. „Wykonanie dokumentacji projektowej dla budynku Urzędu Miasta Krakowa pl. Wszystkich Świętych 3-4 w celu dostosowania do przepisów PPOŻ”, znak postępowania OR-10.271.15.2023 r. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 marca 2023 r. pod numerem 166399-2023.

W dniu 6 czerwca 2023 r. wykonawca BIURO PROJEKTÓW P. W. prowadzący działalność gospodarczą w Krakowie wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp w zw. z art. 223 ust. 1 oraz art. 223 ust. 3 ustawy pzp -poprzez zaniechanie poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, nie powodującej istotnych zmian w treści oferty bądź nie potraktowanie omyłki jako „nieścisłości” nie powodującej istotnej zmiany w treści oferty oraz nie mającej żadnego wpływu na treść oferty
- 2) art. 239 ust. 1 oraz 253 ust. 1 ustawy pzp - poprzez wybór oferty Nr 2 złożonej przez Wykonawcę Pracowni Konserwacji Zabytków „Arkona” Sp. z o.o. Plac Władysława Sikorskiego 3/8 w Krakowie jako najkorzystniejszej w

postępowaniu, podczas gdy Oferta Odwołującego winna być wybrana za najkorzystniejszą bowiem powinna uzyskać najwyższą ocenę w opisanych w SWZ kryteriach oceny ofert.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosił o:

1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, 2) dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert,

3) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że:

#### I. Informacje wstępne

Przedmiotem zamówienia o znaku postępowania OR-10.271.15.2023 jest udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonanie dokumentacji projektowej dla budynku Urzędu Miasta Krakowa pl. Wszystkich Świętych 3-4 w celu dostosowania do przepisów PPOŻ”. Postępowanie jest prowadzone w trybie podstawowym, bez negocjacji, zgodnie z art. 275 pkt 1 pzp.

Zamawiający przesłał do Odwołującego w dniu 29.05.2023r. drogą elektroniczną zawiadomienie o wyborze oferty Nr 2 złożonej przez Wykonawcę Pracownia Konserwacji Zabytków „Arkona” Sp. z o.o. Plac Władysława Sikorskiego 3/8 w Krakowie - jako oferty najkorzystniejszej.

Dowód:

- informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 29.05.2023r.

Czynności te zostały jednak podjęte z naruszeniem przepisów ustawy pzp mającym istotny wpływ na wynik postępowania. W takich okolicznościach konieczne stało się złożenie niniejszego odwołania.

#### II. Uzasadnienie zarzutów odwołania

W pkt. 20.3 SWZ Zamawiający określił, iż Wykonawca, który zamierza ubiegać się o uzyskanie dodatkowych punktów, winien w Wykazie ( sporządzonym zgodnie ze wzorem Załącznika nr 1A do Formularza Ofertowego) wskazać doświadczenie Głównego Projektanta (ponad wykazane w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w 5.1.1 .SWZ).

Tym samym w celu uzyskania dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert, o którym mowa w pkt 20.3. SWZ należało wypełnić wzór Załącznika nr 1A do Formularza Ofertowego WYKAZ DOŚWIADCZENIA GŁÓWNEGO PROJEKTANTA.

Zamawiający określił odpowiednio ilość punktów przyznanych dodatkowo za wskazanie opracowania dokumentacji projektowej (jedno opracowanie- 5 pkt; dwa opracowania -10 pkt; trzy opracowania 20 pkt; cztery opracowania 30 pkt.)

Dalej- w pkt 20.3 SWZ - w zakresie przyznania dodatkowych punktów- Zamawiający jasno określił wymogi do wykazania doświadczenia - poprzez wskazanie osoby wyznaczonej do

pełnienia funkcji Głównego Projektanta, spełniającego warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.2.1. SWZ, który w okresie ostatnich dziesięciu lat liczonych wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert (a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) należycie wykonał (tzn. zakończył) opracowanie dokumentacji projektowej (tryb zaprojektuj/lub zaprojektuj i wybuduj) w zakresie przebudowy bądź adaptacji budynku wpisanego do rejestru zabytków lub wpisanego do ewidencji gminnej zabytków (lub równoważnego wykazu/rejestru/ewidencji państw członkowskich Unii Europejskiej), które wymagało uzyskania pozwolenia konserwatorskiego oraz uzyskania postanowienia Państwowej Straży Pożarnej na spełnienie wymagań w zakresie bezpieczeństwa pożarowego w sposób odmienny od obowiązujących przepisów do etapu uzyskania pozwolenia na budowę...”

Odwołujący w Załączniku nr 1A do Formularza Ofertowego - WYKAZ DOŚWIADCZENIA GŁÓWNEGO PROJEKTANTA - w poz. 2 Wykazu, wskazał opracowanie dokumentacji projektowej, w którym podał, jako datę wydania decyzji o pozwoleniu na budowę „rok 2020”. Odwołujący nie podał daty w pełnej w postaci dnia i miesiąca; a jedynie rok wydania decyzji.

Zamawiający w oparciu o przepis art. 223 ust. 1 ustawy pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień braku podania dziennej daty wystawienia decyzji o pozwoleniu na budowę.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyjaśnił, że omyłkowo nie podał daty dziennej wydania decyzji o pozwoleniu na budowę i równocześnie podał pełną datę wydania decyzji pozwolenia na budowę i załączył kopię przedmiotowej decyzji. Ponadto w odpowiedzi wyjaśnił, która data wpisu do rejestru zabytków dla przedmiotowego budynku jest prawidłowa.

W wykazie dla przedmiotowej dokumentacji projektowej Wykonawca, omyłkowo podał w dacie wpisu do rejestru zabytków budynku miesiąc sierpień (16.08.2008r.) podczas gdy prawidłowo jest to miesiąc wrzesień (16.09.2008r.).

Zamawiający przyjął wyjaśnienia Odwołującego, ale stwierdził, że w/w opracowanie wskazane w poz. 2 tabeli - nie spełnia wymogów postawionych przez Zamawiającego w pkt 20.3. SWZ, aby uzyskać dodatkowe punkty z uwagi na brak podania pełnej daty dziennej wydania decyzji pozwolenia na budowę.

W tym miejscu należy podkreślić, iż w cytowanym pkt. 20.3 SWZ, Zamawiający nie określił wskazania daty dziennej wydania decyzji pozwolenia na budowę jako warunku wymaganego do przyznania dodatkowej punktacji za doświadczenie Głównego Projektanta.

Z treści zawartej w pkt. 20.3 SWZ jednoznacznie wynika, że Zamawiający określając przedział czasowy „ostatnich dziesięciu lat liczonych wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert (a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) należycie wykonał (tzn. zakończył) opracowanie dokumentacji - zagwarantował wykonawcom w razie posiadania takowego doświadczenia - przyznanie dodatkowych punktów za wykonanie opracowania (opracowań) w tym właśnie okresie, a zatem intencją Zamawiającego była dodatkowa gratyfikacja dla wykonawców, którzy posiadają takie doświadczenie i wypełnią poszczególne pozycje w tabeli stanowiącej przecież jedynie wzór do wypełnienia konkretnych pozycji.

Nie można pominąć także treści określonej w zapisie w pkt. 20.3 - Uwagi! Pkt 2) „...Za datę zakończenia realizacji projektu przyjmuje się datę wydania decyzji o pozwoleniu na budowę lub datę wydania równoważnej „decyzji”, jeśli jest wymagana w świetle prawa właściwego danego państwa członkowskiego Unii Europejskiej dla przedmiotu dokumentacji projektowej.”

Zamawiający nie wskazał w przywołanym pkt. 20.3 SWZ, że podanie daty w formie dnia, miesiąca i roku jest warunkiem koniecznym do przyznania dodatkowych punktów, a jedynie uściślił, że data wydania decyzji pozwolenia na budowę będzie uważana za datę zakończenia projektu.

Dowód:

SWZ-pkt. 20.3 Załącznik 1A do Oferty Wezwanie do złożenia wyjaśnień Odpowiedź Odwołującego

Przedstawiona przez Odwołującego, w Wykazie doświadczenia Głównego Projektanta, jako dowód spełnienia warunku doświadczenia Głównego Projektanta dokumentacja projektowa, bezsprzecznie spełnia wymagania stawiane przez Zamawiającego do przyznania dodatkowych punktów za to opracowanie.

Po pierwsze dotyczy budynku wpisanego do rejestru zabytków jako obręb A-167/M z dnia 16.09.2008r. ul. Ułanów-Cieślowskiego-Spadochroniarzy, po drugie dla przedmiotowego budynku uzyskano postanowienie Państwowej Straży Pożarnej na spełnienie wymagań w zakresie bezpieczeństwa pożarowego w sposób odmienny od obowiązujących przepisów do etapu uzyskania pozwolenia na budowę, po trzecie pozwolenie na budowę zostało uzyskane

w okresie ostatnich dziesięciu lat liczonych wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert, bo w 2020r.

Takie informacje Zamawiający mógł w sposób jednoznaczny, niebudzący żadnych wątpliwości powziąć z WYKAZU DOŚWIADCZENIA GŁÓWNEGO PROJEKTANTA przedłożonego przez Wykonawcę jako załącznik do OFERTY.

W wykazie Wykonawca wskazał dokładny nr wpisu budynku do rejestru zabytków, we właściwym polu (dokumentacja spełnienia wymagania w zakresie bezpieczeństwa pożarowego w sposób odmienny od obowiązujących przepisów do etapu uzyskania pozwolenia na budowę) wskazał „TAK”. W polu data wydania decyzji pozwolenia na budowę wpisał rok 2020, który faktycznie jest rokiem wydania decyzji pozwolenia na budowę i spełnia warunek stawiany przez Zamawiającego wykonania dokumentacji projektowej w ostatnich dziesięciu latach liczonych wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert. Ponadto Wykonawca podał numer decyzji pozwolenia na budowę 62/BZ/2020, z którego w sposób jednoznaczny wynika rok wydania decyzji, który warunkuje wykazanie doświadczenia Głównego Projektanta.

Dodatkowo do OFERTY Wykonawca załączył referencje, gdzie Zamawiający - 35 Wojskowy Oddział Gospodarczy Rząska, ul. Krakowska 2, 30-901 Kraków, wskazał zakres opracowania dokumentacji projektowej, która bezsprzecznie odpowiada treści określonej w poz. 2 Załącznika nr 1A do Formularza Ofertowego, a zatem potwierdza doświadczenia za które miały być przyznane dodatkowe punkty zgodnie z postanowieniami określonymi w pkt. 20.3 SWZ.

W przedmiotowych referencjach podany jest okres sporządzenia dokumentacji projektowej maj 2019- październik 2020 oraz numer wydania decyzji pozwolenia na budowę - 62/BZ/2020. Referencje zostały podpisane przez Komendanta ppłk Paweł Grad.

Dowód;

referencje 35 Wojskowy Oddział Gospodarczy Rząska, ul. Krakowska 2 decyzja pozwolenia na budowę 62/BZ/2020

Przedstawiony dowód oraz oświadczenie Odwołującego zawarte w Załączniku Nr 1A do Formularza Ofertowego obejmujące fakt posiadania przez Odwołującego doświadczenia Głównego Projektanta o którym mowa w pkt. 20.3 SWZ nie powinno budzić jakichkolwiek

wątpliwości Zamawiającego, albowiem, informacje podane przez Odwołującego w wykazie doświadczenia Głównego Projektanta zostały potwierdzone w załączonych do oferty referencjach.

Marginalnie tylko wskazuje, iż Zamawiający ma pełną możliwość weryfikacji referencji zarówno u zamawiającego -35

Wojskowy Oddział Gospodarczy Rząska, czy w ogólnodostępnych stronach internetowych WUOZ-u lub wyszukiwarce Rejestru Wniosków, Decyzji i Zgłoszeń.

Należy również zauważyć, że każda decyzja pozwolenia na budowę jest oznaczona numerem, w którym podany jest rok jej wydania. Nie może zatem stanowić jakichkolwiek wątpliwości, czy wskazana przez Odwołującego decyzja o nr 62/BZ/2020, spełnia warunek określony przez Zamawiającego dotyczący okresu sporządzenia dokumentacji projektowej -...w okresie ostatnich dziesięciu lat liczonych wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert..." ponieważ została wydana w 2020 roku.

Zamawiający w decyzji z dnia 29.05.2023r. nie wybrał oferty Odwołującego za najkorzystniejszą, pomimo, iż co najmniej winna ona dostać nie 10 (za dwa opracowania), lecz 20 punktów (za trzy opracowania), a co za tym idzie byłaby ofertą najkorzystniejszą.

W ocenie Odwołującego Zamawiający bezpodstawnie i wbrew ustawie ocenił sposób wypełnienia przez odwołującego wzoru tabeli określonej w Załączniku nr 1A do Formularza Ofertowego.

Zamawiający zdaje się nie zauważyć lub nie chce zauważyć faktu, że podanie przez Odwołującego jakiegokolwiek daty dziennej - w postaci dnia i miesiąca roku 2020 - nie czyni żadnej różnicy, przykładowo gdyby Odwołujący podał omyłkowo datę 1.01.2020; 30.06.2020 czy też 31.12.2020 - za każdym razem spełniałby wymóg o którym mowa w pkt. 20.3 SWZ, zaś Zamawiający byłby zobowiązany do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień i ewentualnie poprawienia omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp - jako oczywistej omyłki; lub art. 223 ust. 2 pkt 3) - jako innej omyłki nie powodującej istotnej zmiany w treści oferty.

Tak samo więc- wobec nie podania daty dziennej- Zamawiający winien był poprawić omyłkę jako nie powodującą istotnej zmiany w treści oferty bądź przyjąć wyjaśnienia Odwołującego i przyznać dodatkowe punkty zgodnie z pkt. 20.3. SWZ.

Brak podania daty dziennej jest jedynie rodzajem nieścisłości czy niejasności oferty -ale nie jest okolicznością która powinna powodować brak przyznania dodatkowych punktów, skoro Odwołujący wypełnia warunek dodatkowego doświadczenia za które winien otrzymać dodatkowe punkty (podał w sposób nie budzący wątpliwości spełnianie doświadczenia za opracowanie w poz. Nr 2 poprzez wskazanie roku 2020).

Oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego i mając na względzie zapisy określone w pkt 20.3 SWZ - jest ofertą najkorzystniejszą.

W tym miejscu należy dodać, iż jak wynika z ugruntowanej linii orzeczniczej, przepisy ustawy Pzp. nie regulują w jaki sposób należy rozumieć pojęcie istotnej zmiany w treści oferty. Oceny w tym zakresie należy dokonywać mając na uwadze konkretne okoliczności danej sprawy.

Przepis art. 223 ust. 1 ustawy pzp. daje Zamawiającemu prawo do żądania wyjaśnień, połączone z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień w celu wypełnienia obowiązku przeprowadzenia badania i oceny ofert w sposób staranny i należyty. 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 (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 marca 2023 r. KIO 664/23 Wymóg zgodności cywilnoprawnych reguł wykładni oświadczeń woli z naczelnymi zasadami udzielania zamówień. Odrębne zakresy zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 3 oraz 4 p.z.p)

W cyt. wyroku wskazano, iż jak podkreśla się w orzecnictwie europejskim " (...) na wykonawcy spoczywa obowiązek sporządzenia oferty w sposób nie budzący wątpliwości interpretacyjnych, by możliwe było zwrócenie się zamawiającego do odwołującego, aby dane z oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem, że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty. (...) Celem instytucji wezwania do wyjaśnień jest umożliwienie wykonawcy uzasadnienia poważnego charakteru przedstawionej oferty w sposób kompletny i użyteczny." (wyrok TSUE z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s.).

W niniejszej sprawie w złożonych przez Odwołującego wyjaśnieniach nie doszło do zmiany oferty czy też przedstawienia nowej oferty, ponieważ wyjaśnienie Odwołującego stanowi wyłącznie doprecyzowanie złożonego wcześniej oświadczenia, które w żaden sposób nie stanowi istotnej zmiany treści oferty.

Wyjaśnienia Odwołującego nie stanowią jakiegokolwiek ingerencji w treść złożonej oferty i nie mogą być kwalifikowane jako istotna zmiana treści oferty.

### III. Podsumowanie

Biorąc pod uwagę wyżej przedstawione okoliczności faktyczne oraz wskazane naruszenia przepisów ustawy pzp, odwołanie winno zostać uwzględnione, a czynności Zamawiającego w zakresie badania i oceny ofert powinny zostać powtórzone zgodnie z zakresem przedstawionych przez Odwołującego żądań.

W konsekwencji powinno dojść do unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i następnie do wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Nie można pominąć także okoliczności, iż celem ustawy oraz działań Zamawiającego-działającego w sferze finansów

publicznych- winna być dbałość o wydawane środki publiczne, w tym wybór oferty najkorzystniejszej pod względem ceny.

Oferta Odwołującego jest blisko 570 000,00zł tańsza od oferty wybranej za najkorzystniejszą, co budzi uzasadnione wątpliwości do sposobu zamiaru wydatkowania środków publicznych -mając na uwadze iż oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymogi SWZ.

Dodatkowo podkreślić należy, iż Odwołujący jako wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji związanych z niejasnymi czy nieprecyzyjnymi zapisami SWZ, czy też działaniami Zamawiającego; zapisy w pkt. 20.3 SWZ nie zawierały obowiązku wskazania daty decyzji o czym mowa powyżej, zaś Odwołujący po wezwaniu do złożenia wyjaśnień- złożył wyjaśnienia z podaniem daty wydania decyzji - potwierdzając jednocześnie wykonanie opracowania zawartego w poz. 2 Wykazu, a zatem doświadczenie o którym mowa w pkt. 20.3 SWZ.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 czerwca 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Zamawiający wskazał, że:

Liczba punktów uzyskanych przez Odwołującego w kryterium doświadczenie Głównego Projektanta (P2) została przyznana prawidłowo i nie może być zmieniona bez naruszenia

zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji wykonawców konkurujący o niniejsze zamówienie.

Przed wszystkim należy zaznaczyć, że kwestia punktacji ofert w kryterium oceny ofert to nie jest bynajmniej kwestia badania, czy doszło do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (jak błędnie i wielokrotnie usiłuje sugerować Odwołujący). Jest to bowiem odmienna kwestia (inna zarówno proceduralnie, jak i merytorycznie) od oceny „jakościowej”, tj. oceny który z wykonawców w wyższym stopniu zapewnia „organizację, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeśli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia”, w rozumieniu art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy. Dla tej oceny jakościowej znaczenie ma także staranność samego Wykonawcy w przedstawieniu przedmiotowych środków dowodowych, uwzględniająca jej profesjonalną – zgodnie z kodeksem cywilnym – miarę, jaka wynika z faktu zawodowego prowadzenia działalności gospodarczej.

Odwołujący zupełnie pomija w swoim wywodzie relewantny dla sprawy fakt, że Zamawiający, w pkt 6.1.2. SWZ wyraźnie zapisał wymóg, iż „Wykaz doświadczenia Głównego Projektanta” winien być „sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1A do Formularza Ofertowego SWZ, wypełniony i podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osoby umocowane należycie do reprezentowania Wykonawcy, wraz z załączeniem przedmiotowych środków dowodowych, tj. dowodów określających, czy wskazane projekty zostały wykonane należycie, w celu ewentualnego uzyskania dodatkowych punktów i poprawnego ustalenia ich liczby, w kryterium oceny ofert, o którym mowa w pkt 20.3. SWZ”.

Konsekwentnie też wzór ww. załącznika 1A, niezależnie od jego modyfikacji w innych częściach, zawsze zawierał wyraźne pouczenie zawarte w odrębnej kolumnie tabeli o potrzebie podania daty w konkretnym/zidentyfikowanym potrójnym układzie, tj. dd-mm-rr. Skoro relewantny wykaz należało sporządzić zgodnie z wzorem, to każdy wykonawca był jednoznacznie pouczony o potrzebie nie tylko samego podania „jakiejs daty”, ale wprost podania daty w układzie szczególności opisanej w tabeli. Nie ma zatem nawet głębszego sensu odwoływanie się do definicji daty wg Słownika języka polskiego, bo jest ona w 100% zbieżna z wymogiem wyraźnie zakomunikowanym w samej dokumentacji zamówienia. Data bowiem to: 1. «numer dnia, miesiąc i rok określone dla każdej doby» oraz 2. «oznaczenie dnia, miesiąca i roku jakiegoś wydarzenia». Każdorazowo, nawet definicyjnie, mamy potrójną identyfikację poprzez dzień, miesiąc i rok. Zwrócić należy uwagę, że Zamawiający wymagał nie tyle podania jakiejś/jakiegokolwiek daty związanej z wykonanym uprzednio projektem, ale podania konkretnej „daty wydania decyzji o pozwoleniu na budowę (dd-mm-rrrr)” – a zatem

podania elementu decyzji administracyjnej wymaganego dla identyfikacji jej (nie)istnienia, stosownie do wymogów art. 107 § 1 pkt 2 kpa.

Wywodu o potrzebie zachowania zgodności z minimalnymi wymaganiami wzoru dokumentu i zakazie jego modyfikacji, zwłaszcza polegającej na usuwaniu istotnych treści/wymagań, nie sposób też pominąć. Ten bowiem argument Odwołującego – który dziś rości sobie prawo wykazywania przesłanek do uzyskania dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert, w sposób jaki uzna za wystarczający w swojej subiektywnej ocenie – jest nie do przyjęcia (jest nieracjonalny). Twierdzenia Odwołującego jakoby dokument opublikowany przez Zamawiającego stanowił „jedynie wzór do wypełnienia” nie są zasadne. „Wzór” w tym przypadku nie oznacza przyznania żadnemu wykonawcy prawa, czy to do swobodnej modyfikacji, czy też do pomijania danych istotnych dla obiektywnej oceny zasadności przyznania punktów. Wprost przeciwnie – Zamawiający zamieścił „wzór” wykazu doświadczenia Głównego Projektanta w tym celu, aby jednoznacznie wskazać minimalny zakres danych, które są obligatoryjne do podania i istotne dla ustalenia zasadności przyznania dodatkowych punktów w kryterium jakościowym. Wykonawcy mogli tak sformułowany wzór „modyfikować” graficznie, dodając np. swoje logo, czy też merytorycznie – np. wskazując dodatkowe informacje jakie uważali za istotne dla uwiarygodnienia wybranej pozycji wykazu.

Podawanie identyfikatorów konkretnej decyzji (dotyczącej projektu już zrealizowanego) służyło wyeliminowaniu praktyki potencjalnego wprowadzania Zamawiającego w błąd, czy to w skutek pomyłki, czy też w skutek celowego działania określonego wykonawcy. Temu obowiązkowi Odwołujący nie sprostął, usiłując dziś przekonywać, że podawanie daty wydania decyzji rzekomo pozostaje irrelewantne dla wykazania doświadczenia, skoro „zgadza się” rok jej

wydania, a ten mieści się w roczniku objętym prawem do powoływania się na doświadczenie w nim zdobyte. Przypomnieć przy tym należy także, iż nawet miesiąc wpisu budynku do rejestru zabytków (kolumna poprzedzająca kolumnę podawania daty wydania decyzji) podany został błędnie, dopełniając miary niejednoznaczności danych mających identyfikować sporną pozycję doświadczenia.

Do popełnienia omyłek Odwołujący przyznał się zresztą wprost w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia statusu podanych Zamawiającemu informacji (wezwanie z 26 kwietnia 2023 r. i odpowiedź Wykonawcy/Odwołującego z 27 kwietnia 2023 r.). Dodatkowo, dopiero wówczas (a zatem po upływie terminu składania ofert), przesłał on „na dowód” pominiętą uprzednio treść samej decyzji. Zamawiający „przyjął” tak złożone wyjaśnienia Wykonawcy/Odwołującego

„do wiadomości”, przeprowadzając na ich podstawie ocenę zasadności (nie)przyznania punktów w jakościowym kryterium oceny ofert. Nieuprawnione są zatem aktualne sugestie odwołania, iż Zamawiający przyjął wyjaśnienia jako „uzupełnienie” pominiętych w ofercie danych. Żadne bowiem „uzupełnianie” dokumentów przedmiotowych, zwłaszcza po upływie terminu składania ofert, nie było i nie jest dopuszczalne. Takie działanie byłoby bowiem naruszeniem przepisów ustawy, które innymi narzędziami formalnymi oprzyrządowują uzupełnianie/wyjaśnianie/weryfikację dokumentów w ramach kwalifikacji podmiotowej (np. wykazywanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu), a innymi kwalifikacji przedmiotowej oferty (dowody pozwalające przyznawać punkty w jakościowych kryteriach oceny ofert). W konsekwencji, dokładnie ta sama pozycja doświadczenia, może być uzupełniana dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale nie może być uzupełniana dla wykazania prawa do uzyskania dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert.

Na marginesie wskazać też należy, że to czy dana pozycja niesie w sobie potencjał do wykazania prawa do uzyskania punktów w kryterium jakościowym nie przesądza jeszcze o tym, czy procedura wykazywania tego faktu przebiegła należycie i skutecznie.

Pamiętać także należy, iż w uwagach do pkt 6.1.2. SWZ Zamawiający zastrzegł m.in.: „Wykonawca składa ww. dokumenty wraz z ofertą. Nie dopuszcza się możliwości uzupełnienia ww. dokumentów. Jeżeli Wykonawca nie dołączy do oferty ww. dokumentów, Zamawiający nie przyzna dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert, o którym mowa w pkt 20.3. SWZ.” Równoznaczne z niedołączeniem dokumentów do oferty jest także ich nieprawidłowe wypełnienie, czy też pominięcie przy wypełnianiu formularza wymaganych informacji. Nie jest przy tym zadaniem Zamawiającego – czego wprost domaga się Odwołujący – poszukiwanie przybliżonej „daty” wydania decyzji na podstawie:

jej numeru, okresu sporządzania dokumentacji, czy daty wpisu budynku do rejestru zabytków – jak się zresztą okazało błędnie podanej. Nie jest też tak, że w ramach kryterium oceny jakościowej nie ma znaczenia, czy decyzję wydano między majem a październikiem, czy też pomiędzy sierpniem a wrześniem, byle niewątpliwie w 2020 r. Taka ścieżka argumentacji uzasadniałaby także absurdalny przecież wniosek, że dopuszczalne byłoby też złożenie ogólnego oświadczenia, że wszystkie pozycje wykazu zrealizowano w ciągu ostatnich np. dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert. Tymczasem sam Odwołujący przeczy własnej argumentacji, stosując poprawną logikę wypełniania dokumentu, z podaniem daty (dd-mm-rr) wydania decyzji, dla pozostałych trzech pozycji wypełnianego wykazu. Dodać także należy, że samo mnożenie wątpliwości co do daty wydania decyzji podważa także

wiarygodność danych wpisanych potencjalnie bez błędu. Niezależnie jednak od powyższego wywodu, ciężar dowodu zawsze obciąża tego, kto z danego faktu chce wywodzić korzystne dla siebie skutki prawne. Temu wyzwaniu, w zakresie starannego wykazania w ustawowym terminie (tj. wraz z ofertą) istotnej dla niego okoliczności, Odwołujący z pewnością nie podołał. Zamawiający nie może też dokonywać ex-post oceny intencji wykonawcy i sprawdzania jaki mógł być powód powołania się ogólnie na „decyzję wydaną w 2020 r.”. Taka nieprecyzyjna i wprowadzająca w błąd wieloznaczność „identyfikacji” decyzji administracyjnej, gdyby została uznana za dopuszczalną, pozwalałaby potencjalnie w toku postępowania de facto wymieniać jedne decyzje na inne, gdyż każda wieloznaczność stwarza ryzyko istnienia wielu desygnatów pojęcia, tu: „decyzja z 2020 r.”. Przypomnieć należy, iż nawet w toku tej samej inwestycji wydawanych jest często wiele różnych decyzji administracyjnych i postanowień. Zamawiający zdecydowanie chciał uniknąć sporu o to, czy istotnie podano, w celu ubiegania się o dodatkowe punkty, taki projekt, którego realizację zakończono. Dodał też uwagę (drugą) pod pkt 20.3. SWZ zaznaczając wprost: „Za datę zakończenia realizacji projektu przyjmuje się datę wydania decyzji o pozwoleniu na budowę lub datę wydania równoważnej „decyzji”, jeśli jest wymagana w świetle prawa właściwego danego państwa członkowskiego Unii Europejskiej dla przedmiotu dokumentacji projektowej.” Treść tej uwagi nie była zmieniana w toku postępowania.

Działania „uszczelniające” Zamawiającego, w stosunku do treści potencjalnych ofert, zawarte w treści dokumentów zamówienia, służyły przy tym zapewnieniu wypełnienia normy ustawowej z art. 107 ust. 3 ustawy, która wprost zakazuje dopuszczenia instytucji uzupełnia przedmiotowych środków dowodowych, ilekroć dany środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z „kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert”, jak to ma miejsce w niniejszym przypadku.

Instytucja poprawiania innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, nie powodującej istotnych zmian w treści oferty, nie może służyć do obchodzenia tego zakazu. Zresztą powinna ona służyć wyłącznie swoistemu „ratowaniu” ofert podlegających potencjalnie odrzuceniu, co bynajmniej nie dotyczy oferty Odwołującego. Ponadto wskazać należy, iż każda ingerencja w treść oferty (ulepszenie), przekładająca się na ocenę w ramach kryteriów oceny ofert, jest istotna z definicji. Zakaz wynikający z przywołanego powyżej art. 107 ust. 3 ustawy jest tylko potwierdzeniem tego spostrzeżenia.

Tymczasem Odwołujący, który w toku postępowania nie formułował żadnych wątpliwości wobec jakichkolwiek zapisów SWZ, dziś dopiero stawia zarzut o rzekomo niejasnych i nieprecyzyjnych zapisach SWZ. Dziś też wywodzi – wbrew

własnemu wcześniejszemu

oświadczeniu o „popelnieniu omyłki” – iż SWZ (rzekomo, bo wbrew jej treści) nie zwierała obowiązku wykazaniaiennej daty wydania decyzji o pozwoleniu na budowę, a tym samym (poprzez rzekome zaniechanie Zamawiającego) miałyby być nieprecyzyjne. W konsekwencji „brak” ten nie mógłby aktualnie obciążać negatywnymi skutkami oferty Odwołującego. Takie zarzuty, w świetle przedstawionych powyżej dowodów, pozostają całkowicie nieuprawnione. Prawdopodobnie wynikają przy tym z desperacji Odwołującego, aby „utracone” zamówienie – pomimo braku dochowania miary nawet zwykłej staranności w wypełnianiu dokumentów - jednak uzyskać, de facto kosztem wykonawcy, który swoje dokumenty przygotował staranniej.

Na koniec warto uzupełnić niniejszy wywód przez przypomnienie, że Odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień (zgodnie z ogólną rekomendacją RIO dla Zamawiającego, aby wyjaśniać nawet kwestie pozornie jasne dla Zamawiającego), z jakiego powodu nie wpisałiennej daty wydania decyzji. W odpowiedzi poinformował najpierw, że nie wpisałiennej daty omyłkowo, a w odwołaniu dodał, że Zamawiający mógł przecież samodzielnie pozyskać datę wydania decyzji o pozwoleniu na budowę dla poz. 2 wykazu, korzystając np. z ogólnodostępnej bazy danych. Argument ten jest o tyle nielogiczny, że w złożonym Formularzu Ofertowym Odwołujący bynajmniej nie wskazał Zamawiającemu takiej bazy. Niezależnie zatem od ustalenia, czy podobne działania byłoby dopuszczalne, nie było ono nawet zaproponowane Zamawiającemu na etapie składania ofert.

Odwołujący nie może oczekiwać od Zamawiającego domyślenia się, czy też poszukiwania źródeł pozyskania informacji, jakie Wykonawca miał mu obowiązek podać już w ofercie. To wykonawcy, którzy informacje posiadają, składają – wg własnego uznania – oświadczenia wiedzy i woli na wybrany przez siebie temat i w wybranym przez siebie zakresie. Odwołujący w dniu składania ofert niewątpliwie posiadał wskazaną decyzję. Została mu ona bowiem wysłana – jak wynika z późniejszych informacji – już w 2020 r. Nie miał zatem żadnych przeszkód, aby wpisać pełną datę w relewantnym wykazie. Była to kwestia jego własnej decyzji i jego profesjonalnej staranności, w tym dochowania standardu kontroli dwojgą par oczu. W ramach tych działań Wykonawca/Odwołujący mógł też złożyć, już wraz z ofertą, kopię samej decyzji. SWZ bowiem nie wprowadził zakazu w tym zakresie, dopuszczając dowolne wykazywanie okoliczności, że „wskazane projekty zostały wykonane należyście” (por. uwaga druga pod pkt. 6.1.2. SWZ).

Na marginesie wspomnieć należy, iż przywoływany w odwołaniu art. 128 ust. 5 ustawy, pozwalający na weryfikację podawanych przez wykonawców informacji lub dokumentów przez samego Zamawiającego „u źródła” jest irrelewantny dla oceny stanu faktycznego objętego

odwołaniem. Dotyczy bowiem weryfikacji podmiotowych środków dowodowych, a nie weryfikacji przedmiotowych środków dowodowych, o których staranność wykazania toczy się niniejszy spór.

Z ostrożności Zamawiający zaznacza również, iż sugestie zawarte w ostatniej części wyводу odwołania, jakoby Zamawiający niewłaściwie zamierzał wydatkować środki publiczne, co rzekomo budzi „uzasadnione wątpliwości do sposobu zamiaru wydatkowania środków publicznych” są niezrozumiałe, niepoparte żadnymi dowodami, a ponadto zawierają zniesławiające insynuacje stanowiące potencjalnie czyn zabroniony. Zamawiający, jak wynika z zestawienia ofert, otrzymał wycenę rynkową realizacji zamówienia pochodzącą, aż od sześciu potencjalnych wykonawców. Na sfinansowanie zamówienia przeznaczył przy tym kwotę 4 200 000,00 zł brutto. Aktualnie wybrana oferta nie przekracza nawet połowy założonego przed wszczęciem zamówienia budżetu. Oferta Odwołującego proponowała najniższą cenę realizacji zamówienia, jednak została złożona w postępowaniu, w którym kryterium ceny nie było jedynym kryterium wyboru oferty, a – znane od początku wszystkim potencjalnym wykonawcom – jedno z dwóch ustalonych kryteriów jakościowych, uzyskało przesądzający wpływ na ostateczne wskazanie oferty najkorzystniejszej.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 marca 2023 r. pod numerem 166399-2023.

W dniu 6 czerwca 2023 r. wykonawca BIURO PROJEKTÓW P. W. prowadzący działalność gospodarczą w Krakowie wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp w zw. z art. 223 ust. 1 oraz art. 223 ust. 3 ustawy pzp -poprzez zaniechanie poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, nie powodującej istotnych zmian w treści oferty bądź nie potraktowanie omyłki jako „nieścisłości” nie powodującej istotnej zmiany w treści oferty oraz nie mającej żadnego wpływu na treść oferty

2) art. 239 ust. 1 oraz 253 ust. 1 ustawy pzp - poprzez wybór oferty Nr 2 złożonej przez Wykonawcę Pracownia Konserwacji Zabytków „Arkona” Sp. z o.o. Plac Władysława Sikorskiego 3/8 w Krakowie jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy Oferta Odwołującego winna być wybrana za najkorzystniejszą bowiem powinna

uzyskać najwyższą ocenę w opisanych w SWZ kryteriach oceny ofert.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę BIURO PROJEKTÓW P. W. prowadzący działalność gospodarczą w Krakowie, ul. Świętokrzyska 12, 30-015 Kraków, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Pracownia Konserwacji Zabytków „Arkona” sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Plac Gen. Władysława Sikorskiego 3/8, 31-115 Kraków.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 czerwca 2023 r. (pismo z dnia 16 czerwca 2023 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy 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, z uwzględnieniem ust. 2 i dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 223 ust. 3 ustawy PZP, W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, zamawiający wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy PZP, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z 253 ust. 1 ustawy PZP, 1. Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,
- 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że

sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważy, że naruszenie przez Zamawiającego art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp w zw. z art. 223 ust. 1 oraz art. 223 ust. 3 ustawy pzp - poprzez zaniechanie poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, nie powodującej istotnych zmian w treści oferty bądź nie potraktowanie omyłki jako „nieścisłości” nie powodującej istotnej zmiany w treści oferty oraz nie mającej żadnego wpływu na treść oferty, jest zdaniem Izby zasadny.

Izba wskazuje, że Zamawiający w pkt 20.3 SWZ opisał kryterium doświadczenie Głównego Projektanta w poniższy sposób: „Liczba punktów uzyskanych w kryterium doświadczenie Głównego Projektanta (P2) będzie obliczana następująco: Wykonawca który zamierza ubiegać się o uzyskanie dodatkowych punktów, winien w wykazie (sporządzonym zgodnie ze wzorem Załącznika nr 1A do Formularza Ofertowego) wskazać doświadczenie Głównego Projektanta (ponad wykazywane w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w 5.1.1. SWZ). Za wykazanie się doświadczeniem - osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Głównego Projektanta, spełniającego warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.2.1. SWZ, który w okresie ostatnich dziesięciu

lat liczonych wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert (a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) należycie wykonał (tzn. zakończył) opracowanie dokumentacji projektowej (tryb zaprojektuj/lub zaprojektuj i wybuduj) w zakresie przebudowy bądź adaptacji budynku wpisanego do rejestru zabytków lub wpisanego do ewidencji gminnej zabytków (lub równoważnego wykazu/rejestru/ewidencji państw członkowskich Unii Europejskiej), które wymagało uzyskania pozwolenia konserwatorskiego oraz uzyskania postanowienia Państwowej Straży Pożarnej na spełnienie wymagań w zakresie bezpieczeństwa pożarowego w sposób odmienny od obowiązujących przepisów do etapu uzyskania pozwolenia na budowę - Wykonawca otrzyma następująca liczbę punktów:

Doświadczenie Głównego Projektanta (ponad wykazywanie w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w 5.1.1. SWZ)		Liczba punktów
Za wskazanie jednego opracowania dokumentacji projektowej		5 pkt
Za wskazanie dwóch opracowań dokumentacji projektowej		10 pkt
Za wskazanie trzech opracowań dokumentacji projektowej	20 pkt	
Za wskazanie czterech opracowań dokumentacji projektowej	30 pkt	

przy czym 1 pkt odpowiada 1%

Uwagi!

- 1) Zamawiający wraz z ofertą żąda załączenia przedmiotowych środków dowodowych, tj. dowodów określających, czy projekty, wykazane w ramach doświadczenia (przedstawionego dla uzyskania dodatkowych punktów), zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa powyżej są referencje, protokoły zdawczo-odbiorcze (lub częściowe protokoły zdawczo-odbiorcze) lub inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego projekty były Wykonywane;
- 2) Za datę zakończenia realizacji projektu przyjmuje się datę wydania decyzji o pozwoleniu na budowę lub data wydania równoważnej „decyzji”, jeśli jest wymagana w świetle prawa właściwego danego państwa członkowskiego Unii Europejskiej dla przedmiotu dokumentacji projektowej;
- 3) Ta sama dokumentacja projektowa (sporządzona w trybie zaprojektuj lub zaprojektuj i wybuduj) nie może jednocześnie służyć Wykonawcy do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w 5.1.1. oraz do uzyskania dodatkowych punktów w tym kryterium oceny ofert;
- 4) Wybór imiennie wskazanej osoby spełniającej warunek udziału w postępowaniu, do ubiegania się o dodatkowe punkty w niniejszym kryterium oceny ofert, oznacza zobowiązanie do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dla tej samej osoby, bez możliwości wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez inną osobę (brak możliwości rozdzielenia oceny spełnienia warunku i dodatkowych punktów na dwie lub więcej osób);
- 5) Wykonawca, w ww. wykazie doświadczenia, może wskazać maksymalnie cztery projekty. W przypadku wskazania ich większej liczby, Zamawiający przy przyznawaniu punktów w kryterium oceny ofert weźmie pod uwagę wyłącznie cztery pierwsze pozycje podane w tabeli;
- 6) W przypadku konieczności złożenia wyjaśnień odnośnie doświadczenia wskazanego dla uzyskania dodatkowych punktów, Wykonawca nie może przedstawić informacji na temat innego projektu”.

Natomiast zgodnie z pkt 6.1.2. SWZ, Zamawiający wskazał: „Wykaz doświadczenia Głównego Projektanta, sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1A do Formularza Ofertowego SWZ, wypełniony i podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osoby umocowane należycie do reprezentowania Wykonawcy, wraz z załączeniem przedmiotowych środków dowodowych, tj. dowodów określających, czy wskazane projekty zostały wykonane należycie, w celu ewentualnego uzyskania dodatkowych punktów i poprawnego ustalenia ich liczby, w kryterium oceny ofert, o którym mowa w pkt 20.3. SWZ, zgodnie z wymogami opisanymi w tym punkcie - jeśli dotyczy.

Uwaga!

Wykonawca składa ww. dokumenty wraz z ofertą. Nie dopuszcza się możliwości uzupełnienia ww. dokumentów. Jeżeli Wykonawca nie dołączy do oferty ww. dokumentów, Zamawiający nie przyzna dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert, o którym mowa w pkt 20.3. SWZ.

Zamawiający wraz z ofertą żąda załączenia przedmiotowych środków dowodowych, tj. dowodów określających, czy projekty, wykazane w ramach doświadczenia, zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa powyżej są referencje, protokoły zdawczo-odbiorcze (lub częściowe protokoły zdawczo-odbiorcze) lub inne dokumenty

wystawione przez podmiot, na rzecz którego projekty były Wykonywane; ta sama dokumentacja projektowa (sporządzona w trybie zaprojektuj lub zaprojektuj i wybuduj) nie może jednocześnie służyć Wykonawcy do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w 5.1.1. oraz do uzyskania dodatkowych punktów w tym kryterium oceny ofert;

Wybór imiennie wskazanej osoby spełniającej warunek udziału w postępowaniu, do ubiegania się o dodatkowe punkty w kryterium oceny ofert, o którym mowa w pkt 20.3. SWZ, oznacza zobowiązanie do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dla tej samej osoby, bez możliwości wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez inną osobę (brak możliwości rozdzielenia oceny spełnienia warunku i dodatkowych punktów na dwie lub więcej osób).”

Izba zważy, że Odwołujący w załączniku nr 1A do formularza ofertowego - Wykaz doświadczenia głównego projektanta - w poz. 2 Wykazu, wskazał opracowanie dokumentacji projektowej, w którym podał rok wydania decyzji o pozwoleniu na budowę „2020”, nie podając pełnej daty w postaci dnia i miesiąca, przy czym ww. Wykazie Zamawiający wymagał podania daty wydania decyzji o pozwoleniu na budowę w układzie („dd-mm-rrrr”).

W związku z powyższym, Zamawiający w dniu 26 kwietnia 2023 r. w oparciu o art. 223 ust. 1

ustawy PZP wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień (przyczyn) niepodania w Wykazie dziennej (pełnej) daty wystawienia decyzji o pozwoleniu na budowę o nr 62/BZ/2020.

Izba wskazuje, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 kwietnia 2023 r. wyjaśnił, że omyłkowo nie podał daty dziennej wydania decyzji o pozwoleniu na budowę, jednocześnie podając datę wydania decyzji pozwolenia na budowę o nr 62/BZ/2020 -28.10.2020 r., załączając również kopię przedmiotowej decyzji.

W wyniku powyższych wyjaśnień, Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 29 maja 2023 r. wskazał: „w poz. 2 Wykazu, wskazał opracowanie dokumentacji projektowej, w którym podał datę wydania decyzji o pozwoleniu na budowę wyłącznie jako rok 2020. Zamawiający bezsprzecznie wymagał jednak wskazania pełnej daty dziennej wydania decyzji o pozwoleniu na budowę, oznaczonej jako: dzień, miesiąc i rok (dd-mm-rrrr). W tych okolicznościach, Wykonawca został wezwany do złożenia wyjaśnień (przyczyn) niepodania dziennej (pełnej) daty wystawienia decyzji o pozwoleniu na budowę. Ponadto, w tej samej pozycji wykazu, wskazane zostały rozbieżne daty dotyczące wpisu budynku do rejestru zabytków. W tym zakresie Wykonawca został również wezwany do złożenia wyjaśnień, która data wpisu do rejestru zabytków jest prawidłowa. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca poinformował, że omyłkowo nie podał daty dziennej wydania decyzji o pozwoleniu na budowę. Podał przy tym (ex post) pełną datę i załączył kopię przedmiotowej decyzji. Wyjaśnił także powody rozbieżności dotyczących daty wpisu do rejestru zabytków (wskazał prawidłową datę). Należy jednak zauważyć, że w opisanym powyżej stanie faktycznym, Wykonawca nie wykazał spełnienia wymogów postawionych przez Zamawiającego w pkt 20.3. SWZ, aby uzyskać dodatkowe punkty za to opracowanie. Zamawiający wymagał bowiem podania konkretnej, pełnej daty wydania decyzji o pozwoleniu na budowę, czego Wykonawca zaniechał w terminie wskazanym w SWZ (termin składania ofert), wpisując w oryginalnym pierwotnym brzmieniu wykazu jedynie rok wydania decyzji. W tym kontekście przypomnieć należy, że zgodnie z uwagą nr 6 podaną w pkt 20.3. SWZ, Zamawiający dopuścił wyłącznie możliwość składania wyjaśnień odnośnie doświadczenia wskazanego dla uzyskania dodatkowych punktów, ale nie ich uzupełniania. W związku z powyższym, ww. opracowanie nie spełnia wymogów postawionych przez Zamawiającego w pkt 20.3. SWZ, aby uzyskać dodatkowe punkty”.

W ocenie Izby, po pierwsze Zamawiający w SWZ wskazał, że Wykaz dotyczący doświadczenia głównego projektanta (P2), sporządzany na podstawie wzoru zawartego w załączniku nr 1A do SWZ, stanowi dokument składany razem z formularzem oferty, a po drugie przedmiotowe środki dowodowe mają stanowić dowody potwierdzające należyte

wykonanie projektów (zadań) wskazanych w Wykazie, tj. referencje, protokoły zdawczo-odbiorcze (lub częściowe protokoły zdawczo-odbiorcze) lub inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego projekty były wykonywane.

Izba zważy, że Odwołujący w ramach złożonej oferty dołączył przedmiotowy środek dowodowy, tj. poświadczenie 35 Wojskowego Oddziału Gospodarczego z siedzibą w Rzęsce z dnia 16.12.2020 r., zgodnie z którym „Na podstawie opracowanej dokumentacji 35 Wojskowy Oddział Gospodarczego z siedzibą w Rzęsce, otrzymał decyzję pozwolenia na budowę nr 62/BZ/2020 na podstawie której będą realizowane roboty budowlane. Prace realizowane były w okresie od maja 2019 r. do października 2020 r. Zostały wykonane zgodnie z umową, terminowo i bez żadnych zastrzeżeń”, co w ocenie Izby wypełnia wymóg pkt 6.1.2 SWZ.

Izba nie podziela argumentacji Zamawiającego, że załączona do wyjaśnień z dnia 27 kwietnia 2023 r. kopia decyzji pozwolenia na budowę o nr 62/BZ/2020 stanowi „uzupełnienie dokumentów przedmiotowych, zwłaszcza po upływie terminu składania ofert”, jak sugeruje Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Nadto Izba nie podziela wywodów Zamawiającego jakoby Odwołujący przesłał „pominiętą uprzednio treść samej decyzji”, ponieważ w ocenie Izby nie stanowiła ona przedmiotowego środka dowodowego i jako taka nie podlegała rygorom art. 107 ustawy PZP.

Izba zważy, że Zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie, że celem żądania wskazania dat decyzji było uniknięcie sporu o to „czy istotnie podano, w celu ubiegania się o dodatkowe punkty, taki projekt, którego realizację zakończono”, jednakże w uzasadnieniu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający nie wskazał, aby przyczyną nieprzyznania Odwołującemu punktów w kryterium głównego projektanta P2 za zadanie z poz. 2 Wykazu, była wątpliwość co do tego, czy zadanie (projekt) z poz. 2 Wykazu zostało zakończone. Potwierdził to również Odwołujący na rozprawie: „Zamawiający w decyzji o wyborze oferty nie wskazał tego, aby przyczyną nieprzyznania punktacji za zadanie z poz. 2 był brak wiedzy o tym, czy zadanie zostało zakończone”, a powyższe nie zostało zakwestionowane przez

Zamawiającego na rozprawie.

Co istotne, Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 29 maja 2023 r. poza brakiem zapisaną daty wydania decyzji pozwolenia na budowę bez zachowania wymaganego formatu (dd-mm-rrrr) Zamawiający nie wskazał żadnych innych przyczyn nieprzyznania punktacji za zadanie z poz. 2 Wykazu.

Izba zważa, że zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Tym samym poprawienie nieprawidłowości z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP występującej w ofercie uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek, po pierwsze niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowe działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli, a po drugie poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Zdaniem Izby, w realiach niniejszej sprawy, Zamawiający na podstawie otrzymanej decyzji o pozwoleniu na budowę dołączonej do wyjaśnień Odwołującego z dnia 27 kwietnia 2023 r., która w ocenie Izby jest ściśle powiązana z poświadczeniem z 16.12.2020 r. dołączonym do Wykazu, powinien był dokonać poprawy treści Wykazu na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP w poz. 2 poprzez wpisanie daty wydania pozwolenia na budowę, tj. 28.10.2020 r., zamiast „2020”. W ocenie Izby powyższa zmiana nie powoduje istotnej zmiany treści oferty (Wykazu), ponieważ nie dochodzi do zmiany kandydata do funkcji głównego projektanta (P2), jak również zmiana taka nie powoduje wskazania jakiegokolwiek innego zadania (projektu) wykonanego przez tego kandydata, które nie było wskazane już w pierwotnej treści oferty (Wykazu).

Co istotne, w ocenie Izby, Zamawiający w wyniku dokonanej poprawy otrzyma oświadczenie Odwołującego merytorycznie o tej samej treści, co pierwotnie złożone, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP. Izba zważa, że nie jest możliwe poprawienie oferty na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP w sytuacji, w której prowadziłyby to do negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. W ocenie Izby zadane pytanie przez Zamawiającego z dnia 26 kwietnia 2023 r., jak również odpowiedź Odwołującego z dnia 27 kwietnia 2023 r. nie stanowi zdaniem Izby o jakichkolwiek negocjacjach pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Jak wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej poprawa innej omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP jest możliwa, jeśli nie prowadzi do wytworzenia zupełnie nowej treści oświadczenia woli. W związku z powyższym poprawa oferty jest możliwa w sytuacji, w której Zamawiający korzystał uprzednio z wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP, a z taką sytuacją mamy do czynienia w realiach niniejszej sprawy (tak m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12

października 2017 r., sygn. akt. KIO 1998/17, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2017 r., sygn. akt. KIO 2246/17).

Nadto Izba wskazuje, że podanie w Wykazie innej daty wpisu do rejestru zabytków budynku, tj. 16.08.2008 r., zamiast 16.09.2008 r. (wynikający z poświadczenia z dnia 16.12.2020 r.) jest irrelevantne do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Izba zważa, że biorąc pod uwagę to, iż cyfra 8 i 9 znajdują się obok siebie, to w ocenie Izby stanowi to o ewidentnej omyłce.

Potwierdził to również sam Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach z dnia 27 kwietnia 2023 r.: „W wykazie omyłkowo wpisano miesiąc sierpień”.

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Izby, Zamawiający naruszył również art. 239 ust. 1 oraz 253 ust. 1 ustawy PZP poprzez nieprzyznanie Odwołującemu 20 punktów za trzy opracowania dokumentacji projektowej.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a i 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 (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: .....