Sygn. akt: KIO 3880/24

WYROK

Warszawa, 13 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Andrzej Niwicki
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 7 listopada 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 października 2024 r. przez wykonawcę Q-REKBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miasto Stołeczne Warszawa Zarząd Zieleni m.st. Warszawa

przy udziale wykonawcy przystępującego do postępowania po stronie zamawiającego - M.S. Firma Ogrodniczo-Produkcyjno-Handlowo-Usługowa, Stara Iwiczna

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.1. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Q-REKBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.
2.2. Zasądza od Q-REKBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Miasta Stołecznego Warszawa Zarząd Zieleni m.st. Warszawa kwotę 3 600 zł (słownie trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 3880/24

Uzasadnienie

Zamawiający: Miasto Stołeczne Warszawa w ramach którego działa Zarząd Zieleni m.st. Warszawy prowadzi w trybie podstawowym postępowanie pn: Opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej oraz wykonanie robót budowlanych związanych z realizacją zadania inwestycyjnego pn.: „Modernizacja alejek w Parku Arkadia”

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w BZP 2024/BZP 00466828/01 z 22 sierpnia 2024 r.

Odwołujący: Q-REKBUD Sp. z o.o. Warszawa wniósł 21 października2024 r. odwołanie wobec:

1.wadliwej ocenie oferty Odwołującego w zakresie kryterium oceny ofert „Doświadczenie kierownika budowy” z naruszeniem art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz 2 Pzp,

2.wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy – Firma Ogrodnicza Produkcyjno-Handlowo-Usługowa M.S. Stara Iwiczna 05-500 Piaseczno

co skutkuje naruszeniem art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej, a przy uwzględnieniu danych w ofercie Odwołującego i postanowień SWZ ma bezpośredni wpływ na zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W oparciu o przedstawione zarzuty na podstawie art. 554 ust. 1 i 3 Pzp wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik Postępowania,

2.powtórzenie czynności oceny ofert w Postępowaniu i w jej wyniku:

-dokonanie oceny oferty Odwołującego w zakresie kryterium oceny „Doświadczenie kierownika budowy” w sposób zgodny z SWZ oraz treścią oferty Odwołującego – co w konsekwencji w oparciu o dane zawarte w ofercie winno skutkować uzyskaniem przez Odwołującego w ramach tego kryterium maksymalnej przewidzianej punktacji tj. 40 pkt,

-ponowienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Oferta Odwołującego zgodnie z rankingiem ofert przy uwzględnieniu tj. zgodnej z SWZ i treścią oferty w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy”, znajdowałaby się na pierwszej pozycji. Ponadto cena oferty mieści się w budżecie Zamawiającego.

Przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany w Programie funkcjonalno użytkowym, który stanowi załącznik nr 1 do SWZ wraz z załącznikami.

2. Kryteria oceny ofert w postępowaniu.

W celu dokonania oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający zastosował w SWZ kryteria oceny ofert:

3.Sposób oceny ofert w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy”

Zgodnie z SWZ Zamawiający przewidział następujący sposób oceny ofert w ramach kryterium „Doświadczenie”:

W trakcie postępowania na etapie poprzedzającym złożenie ofert Zamawiający wyjaśniając treść SWZ w zakresie sposobu punktacji ofert w kryterium „Doświadczenie” potwierdził powyższe zasady wskazując (Komunikat nr 4 z 10.09.2024r.):

Analogicznie w ogłoszeniu o zamówieniu w BZP – Sekcja 4.3.1.

- załączyć dokumenty potwierdzające wykonanie przez kierownika budowy wykazanych zamówień (np. opinie, zaświadczenia lub inne poświadczenia złożone w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem).

• Zamawiający zastrzega, że brak którejkolwiek z powyższych informacji będzie skutkować przyznaniem 0 punktów w przedmiotowym kryterium. Dokumenty potwierdzające doświadczenie kierownika budowy, które Wykonawca składa wraz z ofertą celem uzyskania punktów w kryterium „doświadczenie kierownika budowy” nie podlegają uzupełnieniu.

Reasumując punktacja w kryterium opierała się o dane dotyczące kandydata na stanowisko kierownika budowy zawarte w Formularzu ofertowym.

Wykonawca mający zamiar uzyskać dodatkową punktację w ramach wymaganych na potrzeby punktacji danych miał:

1.Podać w Formularzu ofertowym następujące informacje:

-wskazanie imienia i nazwiska osoby kierownika budowy,

-kwalifikacji zawodowych oraz

-oferowanego doświadczenia (wraz z podaniem informacji nt. wykonanych przez wskazaną osobę robót budowlanych obejmujących budowę lub przebudowę ścieżki z nawierzchni mineralnej na terenie zieleni objętym wpisem do rejestru zabytków

2.Załączyć do oferty:

-dokumenty potwierdzające wykonanie przez kierownika budowy wykazanych zamówień (np. opinie, zaświadczenia lub inne poświadczenia złożone w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem).

Zgodnie z pouczeniem zawartym w SWZ - brak którejkolwiek z powyższych informacji będzie skutkować przyznaniem 0 punktów w przedmiotowym kryterium. Dokumenty potwierdzające doświadczenie kierownika budowy, które Wykonawca składa wraz z ofertą celem uzyskania punktów w kryterium „doświadczenie kierownika budowy” nie podlegają uzupełnieniu.

W odniesieniu do wymogu załączenia poza tabelą doświadczenia kandydata, dodatkowo dokumentów potwierdzających wykonanie przez kierownika wskazanych zamówień – SWZ zawiera otwarty katalog takich dokumentów, kto re mogą służyć za wymagane potwierdzenie wykonania (przykładowe wskazanie dokumentów „np.”).

Wskazane przykładowo w SWZ dokumenty które mogą potwierdzaćfakt wykonania zamówień to w szczególności – opinie, zaświadczenia lub inne poświadczenia.

Dodatkowo SWZ nie wskazuje ani nie ogranicza kręgu podmiotów – wystawco w dokumentów potwierdzających

wykonanie wykazanych zamówień – w szczególności ci SWZ nie warunkuje punktacji od konieczności złożenia takich dokumentów pochodzących wyłącznie czy to od inwestora czy tez zleceniodawcy bądź pracodawcy kierownika.

Ponadto treść SWZ wymagała jedynie aby dokumenty te miały wyłącznie potwierdzaćsamo wykonanie wykazanych na potrzeby punktacji zamówień referencyjnych – brak jest w opisie kryterium dodatkowych danych jakie miałyby znaleźć się w dokumencie w szczególności takich jak ocena jakości świadczeń itp.

Wzór Formularza ofertowego w zakresie danych nt doświadczenia kierownika budowy powielał opis zasad punktacji w kryterium zgodny z SWZ:

3. Treść oferty Odwołującego – podstawy punktacji w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy."

Odwołujący złożył w postępowaniu wymagany dla potrzeb uzyskania punktacji w kryterium „Doświadczenie" wypełniony Formularz ofertowy podając w jego treści wszystkie wymagane dla potrzeb uzyskania dodatkowej punktacji informacje tj.:

Poza wymaganymi dla potrzeb punktacji danymi dotyczącymi doświadczenia zawodowego kandydata Odwołujący złożył wymagany przez Zamawiającego dodatkowy dokument.

Dokumentem tym jest pisemne oświadczenie kierownika budowy z którego treści bezpośrednio wynika poświadczenie, że realizował w charakterze kierownika budowy wymienione w treści oświadczenia zamówienia referencyjne o których mowa w treści wykazu zawartego w Formularzu ofertowym.

Zgodnie z treścią dokumentu (plik „Oświadczenie M.C. - Podpis1.pdf"):

Zatem Odwołujący złożył z ofertą wymagany dla potrzeb punktacji dodatkowy poza Formularzem ofertowym dokument zawierający potwierdzający wykonanie przez kierownika budowy wykazanych zamówień podlegających punktacji w ramach kryterium. Dokument został złożony w wymaganej formie – poświadczona za zgodność z oryginałem przez wykonawcę kopia – odwzorowanie cyfrowe /skan oświadczenia kierownika.

W świetle powyższego Odwołujący spełnił wymagania SWZ warunkujące uzyskanie dodatkowej punktacji w ramach kryterium „Doświadczenie" kierownika budowy. W pełni zasadne i zgodne z SWZ i treścią oferty było uzyskanie punktacji na poziomie maks. tj. 40 pkt.

4.Ocena oferty Odwołującego przez Zamawiającego – uzasadnienie punktacji w decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z treścią zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej wraz z przyznaną punktacją w pozacenowym kryterium oceny ofert z 16.10.2024r. Zamawiający nie przyznał Odwołującemu żadnej dodatkowej punktacji uzasadniając decyzje w następujący sposób:

Powyższe wskazuje, że Zamawiający z ewidentnym naruszeniem SWZ w zakresie zasad przyznawania punktów w ramach kryterium odmówił punktacji Odwołującemu, pomimo, że ten poza danymi wymaganymi dla potrzeb punktacji złożył wymagany dodatkowy dokument zawierający poświadczenie wykonania wymienionych w wykazie robot referencyjnych.

Zamawiający uznał jak wynika z uzasadnienia punktacji, że dokument w postaci oświadczenia kierownika budowy nie może stanowić wymaganego w SWZ dokumentu potwierdzającego wykonanie przez kierownika wykazanych zamówień .

Zgodnie z SWZ warunkiem punktacji dodatkowej w kryterium Doświadczenie poza danymi nt tych zamówieńzawartymi w Formularzu ofertowym, było złożenie dokumentów potwierdzających wykonanie wykazanych zamówień przez kierownika:

- dokumenty potwierdzające wykonanie przez kierownika budowy wykazanych zamówień (np. opinie, zaświadczenia lub inne poświadczenia złożone w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem).

Wskazać należy, że wbrew uzasadnieniu punktacji katalog dokumentów, które mogły zostać złożone w charakterze potwierdzających wykonanie przez kierownika wymienionych zadań był otwarty, a w szczególności SWZ nie zabraniał w żaden sposób złożenia takiego dokumentu bezpośrednio przez samego kandydata.

W przeciwieństwie do poświadczenia należytego wykonania zamówienia jako podmiotowego środka dowodowego wymóg SWZ nie wskazuje koniecznościwystawienia przez zleceniodawcę czy tez inwestora (w przypadku podmiotowych środków dowodowych zgodnie z Rozporządzeniem nawet w takim przypadku dopuszczalne byłoby oświadczenie własne wykonawcy) jak również zawarcia w treści dokumentu innych, dodatkowych informacji poza potwierdzeniem faktu wykonania przez kierownika wskazanych w jego treści zamówień .

Żadnych dodatkowych wymagań ani w odniesieniu do podmiotu wystawcy oświadczenia jak i jego treści SWZ nie formułuje.

O ile Zamawiający miał inne intencje w powyższym zakresie to jednak pozostają one bez znaczenia z punktu widzenia ustalonych i obowiązujących tak Zamawiającego jak i wszystkich uczestników postępowania zasad i podstaw oceny w ramach kryteriów oceny ofert.

Uzasadnienie punktacji wskazuje, że podstawą braku punktacji ma być :

Nie załączenie do oferty wymaganych odpowiednich poświadczeń potwierdzających wykazane przez kierownika budowy zamówienia uniemożliwia weryfikację przedstawionych przez Wykonawcę informacji.

Wbrew stanowisku Zamawiającego Zamawiający oczekiwał dokumentów, które miały potwierdzać fakt wykonania zamówień referencyjnych przez kierownika, a same poświadczenia są wymienione w katalogu przykładowych dokumentów („na przykład") na równi z opiniami, zaświadczeniami, poświadczeniami i innym dokumentacji z których treści ma jedynie wynikać fakt wykonania usług przez kierownika.

Celem żądania dokumentów było wyłącznie potwierdzenie odrębnym dokumentem, poza oświadczeniem wiedzy samego wykonawcy składanym na Formularzu ofertowym, że kandydat na stanowisko Kierownika Budowy faktycznie posiada premiowane doświadczenie zawodowe. Taki dokument został złożony z ofertą i zawiera wymagane informacje, a w konsekwencji słusznie stanowi podstawę punktacji w ramach powołanego kryterium.

-Zamawiający usiłuje odczytywać brzmienie postanowień SWZ w sposób intencjonalny, a co najważniejsze, pomija faktycznie brzmienie specyfikacji, która nie zawiera ograniczenia podmiotowego odnoszącego się do autora/wystawcy przedmiotowego środka dowodowego,

-Zamawiający nie wyklucza żadnego dokumentu pod warunkiem, że zawiera potwierdzenie faktu wykonania usług przez kandydata na stanowisko kierownika budowy,

-złożony dokument został wystawiony nie przez ubiegającego się o zamówienie wykonawcę ale bezpośrednio przez Kandydata na stanowisko Kierownika Budowy. Osoba ta nie jest i w trakcie realizacji zamówień referencyjnych dla punktacji, nie była pracownikiem Przystępującego, również sam Przystępujący nie realizował zamówienia bezpośrednio jako wykonawca ani podwykonawca zamówienia w ramach, którego Kandydat uzyskał punktowane doświadczenie.

Mamy do czynienia z informacją nie pochodzącą od samego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia.

Zamawiający nie kwestionuje ani zawartości oświadczenia, ani jego kompletności w kontekście wymagań jakie stawiał przed dokumentem Zamawiający ani tez prawdziwości danych w nim zawartych.

Jednocześnie Zamawiający w żaden sposób nie kwestionuje wiarygodności, prawdziwości i rzetelności danych zawartych w oświadczeniu Kandydata.

SWZ nie uniemożliwiała złożenia dokumentu prywatnego – oświadczenia wiedzy Kierownika, który pełnił taką funkcję. Dokument ten nie stanowi w świetle SWZ substytutu „referencji" w odniesieniu do podmiotowych środków dowodowych.

Skoro Zamawiający skorzystał z uprawnienia do żądania dodatkowych skonkretyzowanych w zamkniętym katalogu dokumentów dla potrzeb punktacji w kryterium oceny, to następcze wyciąganie negatywnych konsekwencji w oparciu o de facto zmodyfikowany po terminie złożenia ofert wymóg, to rażące naruszenie zasady wynikającej z prawniczej paremii in dubio contra proferentem, tj. wszelkie wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi (ryzyko wieloznaczności wyrazen powinien ponosić ten, kto wyrażenia formułował).

Obowiązywanie ww. reguły interpretacyjnej uzasadnia także jej związek z wyraz oną w art. 16 pkt 2 ustawy Pzp zasadą przejrzystości, „która oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk" (wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 7 marca 2018 r., sygn. akt: VIII Ga 102/18, z szerokim powołaniem na orzecznictwo TSUE).

Izba w orzecznictwie słusznie wskazuje na obowiązki Zamawiającego dotyczące s ścisłej, zawężającej nie zaś rozszerzającej interpretacji wymagań przetargowych – tak przykładowo:

KIO 560/23, Dokumentacja sporządzona w postępowaniu powinna być rozumiana w sposób ścisły - stanowi to gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelnych zasad zamówień publicznych określonych w art. 16 p.z.p.,. (…), KIO 720/23, wyrok z dnia 30 marca 2023 r.,

KIO 717/23, wyrok z dnia 29 marca 2023 r.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiła wykonawczyni M.S. Firma Ogrodniczo-Produkcyjno-Handlowo-Usługowa, Stara Iwiczna, ul. Słoneczna 95 wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławczaustaliła stan faktyczny sprawy na podstawie na podstawie zgromadzonej dokumentacji, na którą składa się dokumentacja postępowania o udzielenie zamówień przedłożona przez zamawiającego, stanowiska stron przedstawione na piśmie wraz ze złożonymi dowodami, a także stanowiska stron i uczestnika przestawione do protokołu postępowania odwoławczego prowadzonego w formie elektronicznej oraz pisemnej.
Izba zważyła, co następuje**.**
W niniejszej sprawie odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony wpis w wymaganej wysokości. Nadto, odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.
Izba uznała również, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Spełnione są zatem, wynikające z art. 505 PZP, przesłanki materialnoprawne skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.
Odwołanie rozpatrzono w granicach zarzutów podniesionych, a wywiedzionych z treści decyzji odwołującego o nieprzyznaniu odwołującemu dodatkowych punktów w pozacenowym kryterium oceny oferty, a dotyczącym doświadczenia osoby deklarowanej jako kierownik budowy. Ponadto izba uwzględniła, stosownie do art. 552 ustawy pzp, stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego to jest do zamknięcia rozprawy.
Odwołujący opiera argumentację na treści specyfikacji, w której przedstawiono otwarty katalog dokumentów mogących poświadczyć wymagane oraz dodatkowo punktowane doświadczenie kierownika budowy przez sformułowanie „dokument poświadczający doświadczenie np.…". W świetle tego wymogu przedstawiono na potwierdzenie doświadczenia pisemne oświadczenie własne osoby wskazanej do pełnienia przedmiotowej funkcji.
Zakładając dopuszczalność uznania takiego oświadczenia jako spełniającego wymóg specyfikacji co do poświadczenia / potwierdzenia posiadanego doświadczenia, należy zauważyć, że autor tego dokumentu, w toku postępowania odwoławczego, złożył zamawiającemu kolejne oświadczenie, w którym wycofuje swoje oświadczenie, które było złożone przez odwołującego wraz z ofertą. Niezależnie od przyczyn i intencji, oświadczenie pierwotne z dnia 16 września 2024 r. w takim stanie rzeczy utraciło swój walor dokumentu poświadczającego doświadczenie uprzednio deklarowane.
Wobec dokonanych ustaleń, zakładając poprawność dokumentu pierwotnego na okoliczność poświadczenia deklarowanego doświadczenia, co wiązałoby się z negatywną oceną czynności zamawiającego kwestionowanych w odwołaniu, skład orzekający stwierdza, że uchybienie to pozostaje bez wpływu na wynik postępowania i ocenę oferty odwołującego w kryterium pozacenowym. Zatem stosownie do art. 554 ust. 1 ustawy pzp odwołanie zostało oddalone wobec braku wpływu naruszeń na ostateczny wynik postępowania prowadzonego przez zamawiającego.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 i 576 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 pkt 2 a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego odwołującego.

Przewodniczący:…….....