

WYROK

Warszawa, dnia 16 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2024 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Mostowych „Trakt” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wysokie Mazowieckie w postępowaniu prowadzonym przez Powiat Białostocki - Powiatowy Zarząd Dróg w Białymstoku

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – BK-TRAS Roboty Drogowe Borsukiewicz Spółka jawna z siedzibą w Białymstoku

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,

2.2. zasądza od Powiatu Białostockiego - Powiatowego Zarządu Dróg w Białymstoku na rzecz Przedsiębiorstwa Robót Drogowo-Mostowych „TRAKT” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu uiszczonych wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika strony.

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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 1055/24

Uzasadnienie

Powiatowy Zarząd Dróg w Białymstoku (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. - dalej: „ustawa Pzp”) w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest przebudowa z rozbudową drogi powiatowej nr 1380B Tykocin - Złotoria Etap IV (gm. Tykocin), numer referencyjny: ZP.2620.5.2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 31 stycznia 2024 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2024/BZP 00082308.

W dniu 25 marca 2024 r. Zamawiający przekazał informację o wyborze oferty złożonej przez BK-TRAS Roboty Drogowe Borsukiewicz sp. j. Wykonawca Przedsiębiorstwa Robót Drogowo-Mostowych „TRAKT” sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 247 ust. 1 i 2 Pzp i art. 134 ust. 1 pkt 14 i 18 Pzp oraz pkt 15.6 i pkt 17.4. Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) Rozdział I, przez nieprawidłową ocenę oferty Odwołującego i zaniechanie przyznania w kryterium pozacenowym „doświadczenie zawodowe kierownika budowy” 20 punktów, w sytuacji gdy oferta Odwołującego spełnia warunki dla przyznania maksymalnej liczby punktów w tym podkryterium, i w konsekwencji wybranie oferty, która w istocie nie była najkorzystniejszą,

2) art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 Pzp i art. 16 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp przez brak prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, przejawiające się przede wszystkim w nieuwzględnieniu przez Zamawiającego 3 z 4 robót wskazanych w pkt 3 formularza ofertowego, w sytuacji, gdy wszystkie roboty odpowiadały kryteriom określonym w pkt 17.4 SWZ, co wynika jednoznacznie z treści oświadczenia powiązanego z tytułem drugiej kolumny tabeli zawartej w pkt 3 formularza ofertowego, natomiast z formularza ofertowego oraz SWZ nie wynikał wymóg uwzględnienia innych danych dotyczących tych robót, a także Zamawiający nie wdrażał procedury określonej 223 ust. 1 PZP, co w

konsekwencji doprowadziło Zamawiającego do wyboru oferty, która w istocie nie była ofertą najkorzystniejszą,

3) naruszenie art. 253 ust. 1 Pzp poprzez niedostateczne sporządzenie uzasadnienia faktycznego i prawnego z wyboru najkorzystniejszej oferty, przejawiające się w braku podania podstaw faktycznych i prawnych nieprzyznania Odwołującemu punktów za kryterium „doświadczenie zawodowe kierownika budowy”, oraz braku podania podstaw faktycznych i prawnych nieuwzględnienia 3 spośród 4 robót zgodnych z pkt 17.4 I Rozdziału SWZ, uprawniających do uzyskania przez Odwołującego dodatkowych punktów.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert.

W uzasadnieniu Odwołujący podał w szczególności, że Zamawiający naruszył przepisy Pzp, postanowienia SWZ i dokonał w sposób nieprawidłowy wyboru najkorzystniejszej oferty.

Po pierwsze Zamawiający wbrew przepisom, zaniechał przyznania Odwołującemu 20 punktów za kryterium oceny w postaci doświadczenia zawodowego kierownika budowy. Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. W myśl art. 240 Pzp, Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały (ust. 1). Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawionych w ofertach (ust. 2). Jak stanowi art. 247 Pzp w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia zamawiający określa wagę, jaką przypisuje każdemu z kryteriów wybranych do celów ustalenia oferty najkorzystniejszej, z wyjątkiem sytuacji, gdy najkorzystniejszą ofertę określa się wyłącznie na podstawie ceny (ust. 1). Wagi przypisane każdemu z kryteriów mogą być wyrażone za pomocą przedziału z odpowiednią rozpiętością maksymalną (ust. 2). Specyfikacja Warunków Zamówienia zawiera co najmniej: opis sposobu przygotowania oferty (art. 134 ust. 1 pkt. 14 Pzp), opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert (art. 134 ust. 1 pkt 18 Pzp). Zgodnie z pkt 15.6 Rozdziału I Specyfikacji Warunków Zamówienia oferta złożona przez Wykonawcę powinna zawierać m.in. Wypełniony formularz oferty sporządzony wg wzoru stanowiącego Rozdział II SWZ, zaś zgodnie z pkt 17.4 SWZ doświadczenie zawodowe kierownika budowy dotyczy osoby skierowanej do realizacji niniejszego zamówienia do pełnienia funkcji kierownika budowy, posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności inżynierskiej drogowej (bez ograniczeń) lub odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów albo odpowiadające im kwalifikacje zawodowe, które zostały uznane na zasadach określonych w przepisach odrębnych, posiadającej doświadczenie w wykonaniu robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie lub rozbudowie dróg publicznych klasy min. Z o wartości min. 500 000,00 zł brutto (każda) – przy czym za 3 lub więcej takich robót Oferent otrzyma 20 punktów. Zgodnie z pkt 17.4 SWZ w zaznaczonym przez Zamawiającego podkreśleniem na wstępie mówi min., że Zamawiający rozpatrzy kryterium doświadczenia zawodowego kierownika budowy na podstawie oświadczenia wykonawcy w formularzu ofertowym. Oświadczenie Odwołującego umieszczone w ofercie zawierało 4 budowy spełniające kryteria z pkt 17.4 SWZ, a mimo to do oceny ofert Zamawiający przyjął tylko 1 robotę. Odwołujący nie wie, którą ze wskazanych budów w formularzu ofertowym uznano.

Po drugie, pkt 17.4 SWZ w dalszej części podkreślonego wstępu stanowi, iż rozpatrywanie tego kluczowego dla postępowania kryterium odbywać się będzie łącznie z wykazaniem doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy. Zamawiający nie dopełnił tego zapisu, gdyż nie wystąpił do Odwołującego o przedstawienie przedmiotowego wykazu stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ. Jeżeli Zamawiający miał wątpliwości co do oświadczenia Odwołującego, zawartego w pkt 3 formularza ofertowego, mógł się zwrócić o wyjaśnienie tych informacji lub poprosić o załączniki, wg których sam zakładał weryfikację oferty w cytowanych fragmentach SWZ. Jeżeli Zamawiający żądał wskazania już w ofercie konkretnie jakiejś informacji, parametru czy wskaźnika (np. podania kategorii drogi) powinien wskazać to jednoznacznie i niebudzącym wątpliwości zapisem w SWZ, a także stworzyć w proponowanym wzorze tabeli odpowiednią rubrykę na podanie takiego parametru. W sytuacji, jeżeli formularz ofertowy w pkt 3 zawierał tabelę podlegającą wypełnieniu, gdzie w kolumnie drugiej wers pierwszy wskazano, iż należy wpisywać nazwy zadań inwestycyjnych – drogi klasy min. Z (tj. takie za które przysługują dodatkowe punkty przy ocenie oferty), to uznać należy, że każda wyszczególniona w tej tabeli inwestycja przez oferenta dotyczy drogi klasy min. Z. Wpisywanie w formularzu ofertowym w tabeli znajdującej się w pkt 3, inwestycji dotyczących dróg o niższej klasie od „Z”, w świetle tytułu kolumny drugiej, oraz pierwszego zdania pkt 3 formularza ofertowego: „Na potwierdzenie posiadania przez w/w osobę doświadczenia zgodnie z opisem kryterium zawartym w pkt. 17.4 SWZ przedstawiamy poniższą tabelę...” - stanowiłoby składanie fałszywego oświadczenia. Zamawiający nie ma jakichkolwiek prawnych możliwości podważania oświadczeń składanych w ofertach. Zgodnie z art. 16 pkt 1) i 2) Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o

udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, oraz w sposób przejrzysty. Zasada przejrzystości postępowania jest pochodną zasady równego traktowania wykonawców. Oznacza ona, że wszystkie warunki i zasady postępowania o udzielenie zamówienia powinny być zapisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, który po pierwsze pozwoli wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie umożliwi zamawiającemu ocenę bez niedozwolonej uznaniowości, czy oferty odpowiadają wymaganiom określonym w postępowaniu. Obowiązek zapewnienia przejrzystości postępowania ma na celu zagwarantowanie braku faworyzowania i arbitralnego traktowania wykonawców. (red. M. Jaworska, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, wyd. 5, 2023 r.). Zasada prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, określona w art. 16 pkt 2 Pzp, zmierzająca do wyboru najkorzystniejszej oferty obligowała Zamawiającego co najmniej do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w trybie art. 223 ust. 1 Pzp. Odwołujący wskazał precyzyjnie nazwy inwestycji, ich wartości, dane Inwestorów, zatem Zamawiający działający z należytą starannością w przypadku powzięcia jakichkolwiek wątpliwości powinien je wyjaśnić.

Po trzecie, Zamawiający w przekazanym Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, odstąpił od obowiązku uzasadnienia faktycznego wyboru najkorzystniejszej oferty. Zgodnie z art. 253 ust. 1 Pzp Zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty o wyborze najkorzystniejszej – podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Jak podkreśla się w orzecznictwie, prawidłowe uzasadnienie punktacji jest szczególnie istotne przy poza cenowych kryteriach oceny np. w wyroku z dnia 1 października 2019r., sygn. akt KIO 1845/19, KIO wskazała: „Postawienie wykonawcy w sytuacji, w której nie może sformułować zarzutu wobec braku wskazania przyczyn, dla których ocena jego oferty była negatywna, prowadzi nie tylko do naruszenia obowiązku podania uzasadnienia faktycznego, ale również naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ma ona szczególne znaczenie przy kryteriach, które odnoszą się do subiektywnych odczuć komisji przetargowej. Wykonawca nie może w takiej sytuacji domyślać się jakie elementy były decydujące dla końcowego wyniku oferty.” W wyroku z dnia 2 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2284/19 i KIO 2288/19, KIO, wyraziła pogląd, iż „Wymóg podania uzasadnienia faktycznego oznacza, że zamawiający nie może ograniczyć się do podania wyłącznie liczby przyznanych punktów, ale ma także obowiązek wskazać, dlaczego danej ofercie przyznał albo nie przyznał określonej liczby punktów.” Z zawiadomienia z dnia 25.03.2024 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty, Odwołujący nie jest w stanie wywnioskować, dlaczego Zamawiający uwzględnił na poczet doświadczenia zawodowego kierownika budowy tylko 1 robotę, w sytuacji, gdy Odwołujący deklaruował w formularzu ofertowym aż 4 roboty.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał w szczególności, że Odwołujący oświadczył w ofercie, że kierownik budowy W.G. posiada doświadczenie zdobyte przy min 1 robocie budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie lub rozbudowie dróg publicznych klasy min. Z (zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 24 czerwca 2022 roku w sprawie warunków technicznych- budowlanych dotyczących dróg publicznych) o wartości min 500 000 zł brutto każda na stanowisku kierownika lub kierownika robót drogowych, zgodnie z zapisami pkt 5.1.4 lit b) SWZ, co oznacza, że oferta spełnia warunki udziału w postępowaniu. Przy dokonaniu oceny ofert można było uzyskać punkty za wykazanie w tabeli wskazanej w formularzu oferty dodatkowej roboty ponad wymaganą - przydzielano 10 punktów oraz dwóch dodatkowych robót ponad wymaganą- przydzielano 20 punktów (maksymalna ilość punktów za doświadczenie kierownika budowy). Jednym z kryteriów przy ocenie ofert „doświadczenia zawodowego kierownika budowy” było doświadczenie w wykonaniu robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie lub rozbudowie dróg publicznych klasy min. Z (zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 24.06.2022 r. w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych) o wartości min. 500 000,00 zł brutto (każda) na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót drogowych, zgodnie z formułą. W ofercie na stronie 2 w tabeli Odwołujący w kolumnie drugiej „Nazwa zadania inwestycyjnego, opis doświadczenia zgodny z wymogami SWZ (droga klasy min. Z)” pod poz. 1 i 2 wymienia drogi powiatowe, wskazuje numery tych dróg, oraz nazwy tych dróg, wartość robót, natomiast nie wskazuje klasy tych dróg, Zamawiający nie jest w stanie ocenić czy jest to klasa Z czy G, GP czy też L. Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 24 czerwca 2022 roku w sprawie warunków technicznych - budowlanych dotyczących dróg publicznych droga powiatowa może posiadać w trudnych warunkach również klasę L (patrz §12 ust 3 pkt 3 tegoż rozporządzenia). O ile jeżeliby wykonawca wskazał w tabeli, że drogi te są drogami klasy Z, G, GP to otrzymałby punkty, to w przypadku drogi klasy L nie otrzymałby punktów. Natomiast odnosząc się do dróg wskazanych pod pozycją 3 i 4 w tabeli zawartej na stronie 2 oferty Odwołujący wskazuje tylko nazwę ulic, miejscowość oraz wartość robót, nie wskazuje natomiast jaka jest to droga czy powiatowa, czy gminna, nie wskazuje ani numerów dróg, ani klasy. Dlatego też Zamawiający dokonując oceny oferty w oparciu o zapis w SWZ „w przypadku braku wskazania przez

wykonawcę w ofercie dodatkowego doświadczenia zawodowego kierownika budowy, Zamawiający przyjmie, że Wykonawca posiada minimalne doświadczenie zawodowe (tak jak na spełnienie warunku udziału), tym samym przyzna 0 pkt” uznał, że Kierownik W.G. wykonał min 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub rozbudowie dróg publicznych klasy min. Z (zresztą takie też złożył oświadczenie Odwołujący na stronie 1 oferty) dlatego też spełnił wymagania stawiane przez Zamawiającego do udziału w postępowaniu. Nie wykazał natomiast w tabeli zawartej w formularzu oferty dodatkowych robót spełniających wymagania Zamawiającego, za które można było uzyskać dodatkowe punkty i dlatego też przyznano mu za to kryterium 0 punktów, zgodnie z kryterium oceny ofert wskazanym w punkcie 17.4 SWZ

Dalej Zamawiający stwierdził, że nie sposób się zgodzić z zarzutem zawartym w punkcie III podpunkt 2) odwołania, iż doszło do naruszenia art. 239 ust 1 Pzp w zw. z art. 242 ust 1 pkt 1 Pzp i art. 16 ust 1 i 2 Pzp w zw. z art. 223 ust 1 Pzp przez brak prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie Wykonawców. Odwołujący wskazuje, że rozpatrywanie kryterium doświadczenia kierownika budowy stosownie do punktu 17.4 SWZ odbywać się miało łącznie z wykazaniem doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy. Zamawiający zdaniem Odwołującego nie dopełnił tego obowiązku, albowiem nie zwrócił się do niego o przedstawienie wykazu stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ. Ze stanowiskiem Odwołującego w tym zakresie nie sposób się zgodzić, albowiem wykaz stanowiący załącznik nr 5 do SWZ składany był przez wykonawcę na wezwanie Zamawiającego w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu jako podmiotowy środek dowodowy, które dotyczyły oferty najwyższej ocenionej (rozdział 9 SWZ), a oferta Odwołującego nie została najwyższej oceniona. Wskazane w rozdziale 9 SWZ podmiotowe środki dowodowe, w tym między innymi „Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego” stanowiący załącznik numer 5 służyły zgodnie z zapisami zawartymi w tym rozdziale do potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu, a nie do kryterium oceny ofert. Wbrew twierdzeniom Odwołującego w punkcie 17.4 nie ma mowy, że doświadczenie kierownika budowy przy ocenie ofert będzie odbywało się łącznie z załącznikiem nr 5 do SWZ.

Zamawiający nie zgodził się także z twierdzeniami Odwołującego, że jeżeli miał wątpliwości co do oświadczenia Odwołującego zawartego w punkcie 3 formularza to powinien wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień stosownie do treści art 223 ust 1 Pzp i stwierdził, że aby uzyskać 20 punktów za doświadczenie kierownika budowy Wykonawca musiał wskazać w ofercie dodatkowe dwie roboty budowlane (ponad wymagane tak jak na spełnienie warunku udziału) polegające na budowie lub przebudowie lub rozbudowie dróg publicznych min klasy Z. Jednak wykonawca nie wskazał w ofercie istotnego warunku, że wykonał dodatkowe dwie roboty budowlane na drogach publicznych min klasy Z, albowiem nie wskazał klasy drogi w ofercie i wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty prowadziłyby do zmiany jej treści, co jest niedopuszczalne w świetle art. 223 ust 1 Pzp.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, że jeżeli Zamawiający żądał wskazania w ofercie jakiejś informacji, parametru czy wskaźnika powinien wskazać to jednoznacznie i niebudzącym wątpliwości zapisem w SWZ oraz stworzyć we wzorze tabeli odpowiednią rubrykę na podanie takiego parametru, Zamawiający stwierdził, że idąc takim tokiem myślenia dlaczego Odwołujący wpisał w tabeli wartość wykonanych robót budowlanych, chociaż w tym zakresie jest podobny zapis w SWZ „o wartości min. 500 000,00 zł brutto (każda) na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót drogowych” i też nie ma w tabeli rubryki na podanie tego parametru i nie budziło to wątpliwości Odwołującego. Wszyscy pozostali Wykonawcy przystępujący do przetargu wpisali w rubryce drugiej tabeli wszystkie parametry wskazane w SWZ i pozostałych dokumentach przez Zamawiającego mianowicie: kategorię drogi, nazwę drogi, wartość inwestycji oraz klasę drogi Z, G, GP.

Zdaniem Zamawiającego nie doszło również do naruszenia art. 253 ust 1 Pzp, gdyż spełnił warunki informacyjne wskazane w art. 253 ustawy Pzp w stosunku do Odwołującego, albowiem poinformował go o punktacji przyznanej ofercie w każdym kryterium oceny ofert i o łącznej punktacji.

Wykonawca BK Tras Roboty Drogowe Borsukiewicz sp. j. (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego, stając się uczestnikiem postępowania. W pisemnym stanowisku Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Na rozprawie strony i Przystępujący podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Odwoławczy legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego.

Izba ustaliła co następuje:

W pkt 5. SWZ, w którym Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu 5.1.4 wskazano:

„5.1. O udzielenie niniejszego zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

(...)

5.1.4

a) (...)

b) dysponuje lub będzie dysponował:

- osobą, którą skieruje do realizacji niniejszego zamówienia, jako kierownik budowy posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności inżynierskiej drogowej w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2023 r. poz. 682 ze zm.) lub odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów albo odpowiadające im kwalifikacje zawodowe, które zostały uznane na zasadach określonych w przepisach odrębnych oraz zrealizowała min. 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie dróg publicznych klasy min. Z (zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 24 czerwca 2022 r. w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych) o wartości min. 500 000,00 zł brutto na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót; (należy wskazać imię i nazwisko do oferty)

• (...)

5.2. Doświadczenie kierownika budowy stanowi kryterium oceny ofert, zgodnie z pkt. 17.4. SWZ. W przypadku, gdy Wykonawca zamierza ubiegać się o punkty w tym kryterium, powinien w formularzu oferty wypełnić tabelę zgodnie z jej treścią”

W pkt 15.6 SWZ wskazano: „Oferta złożona przez Wykonawcę powinna zawierać:

- Wypełniony formularz oferty sporządzony wg wzoru stanowiącego Rozdział II SWZ

(...)”

W pkt 17.1 Rozdziału I SWZ zostało wskazane: „Przy wyborze oferty zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami oceny ofert i ich znaczeniem: cena brutto 60%, okres gwarancji 20%, doświadczenie kierownika budowy 20% gdzie 1% = 1pkt”

Zgodnie z pkt 17.4 Rozdziału I SWZ Ocena ofert w kryterium „doświadczenie zawodowe kierownika budowy” będzie rozpatrywana na podstawie oświadczenia Wykonawcy wykazanego w formularzu oferty wraz z wykazaniem doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy. Doświadczenie zawodowe kierownika budowy dotyczy doświadczenia osoby skierowanej do realizacji niniejszego zamówienia do pełnienia funkcji kierownika budowy, posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności inżynierskiej drogowej (bez ograniczeń) w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2023 r. poz. 682 ze zm.) lub odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów albo odpowiadające im kwalifikacje zawodowe, które zostały uznane na zasadach określonych w przepisach odrębnych, posiadającej doświadczenie w wykonaniu robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie lub rozbudowie dróg publicznych klasy min. Z (zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 24.06.2022 r. w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych) o wartości min. 500 000,00 zł brutto (każdą) na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót drogowych, zgodnie z formułą:

- min. 1 robota budowlana (tak jak na spełnienie warunku udziału), o których mowa wyżej, zrealizowaną przez osobę skierowaną do realizacji niniejszego zamówienia do pełnienia funkcji kierownika budowy otrzyma - 0 pkt.
- 1 dodatkowa robota budowlana (ponad wymagane tak jak na spełnienie warunku udziału), o których mowa wyżej, zrealizowaną przez osobę skierowaną do realizacji niniejszego zamówienia do pełnienia funkcji kierownika budowy otrzyma - 10 pkt.
- 2 dodatkowe roboty budowlane lub więcej (ponad wymagane tak jak na spełnienie warunku udziału), o których mowa

wyżej, zrealizowanymi przez osobę skierowaną do realizacji niniejszego zamówienia do pełnienia funkcji kierownika budowy otrzyma - 20 pkt.

W przypadku braku wskazania przez wykonawcę w ofercie dodatkowego doświadczenia zawodowego kierownika budowy, Zamawiający przyjmie, że Wykonawca posiada minimalne doświadczenie zawodowe (tak jak na spełnienie warunku udziału), tym samym przyzna 0 pkt.

W przypadku zaoferowania przez Wykonawcę w ofercie dodatkowego (ponad wymagane na spełnienie warunku udziału) doświadczenia zawodowego kierownika budowy w ilości większej niż 2 roboty budowlane Zamawiający przyzna 20 pkt.”

Oferta Odwołującego zawiera oświadczenia:

„Oferujemy wykonanie zadania **za cenę netto w wysokości: 2 021 506,50 zł**, plus podatek VAT w wysokości 464 946,50 zł, co daje **cenę brutto: 2 486 453,00 zł** – w trybie split payment - płatność podzielona (słownie: dwa miliony czterysta osiemdziesiąt sześć tysięcy czterysta pięćdziesiąt trzy złote 00/100) obliczoną na podstawie załączonych do oferty kosztorysów ofertowych.

Ponadto oświadczamy, że:

- 1. Udzielamy 84 miesięcznej gwarancji na zrealizowany przedmiot umowy – stanowi kryterium oceny ofert zgodnie z zapisami pkt. 17 SWZ.**
- 2. Do pełnienia funkcji kierownika budowy skierujemy W.G. (wstawić imię i nazwisko), posiadającą/ego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi (bez ograniczeń) w specjalności inżynierskiej drogowej posiadającą/ego doświadczenie min. 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub rozbudowie dróg publicznych klasy min. Z (zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 24.06.2022 r. w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych) o wartości min. 500 000,00 zł brutto (każda) na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót drogowych, zgodnie z zapisami pkt. 5.1.4 lit. b) SWZ.**
- 3. Na potwierdzenie posiadania przez ww osobę doświadczenia zgodnie z opisem kryterium zawartym w pkt. 17.4 SWZ przedstawiam/y poniższą tabelę i oświadczam/y, że ww. osoba posiada doświadczenie przy realizacji niżej wskazanych zadań:**

Lp.	Nazwa zadania inwestycyjnego, opis doświadczenia zgodny z wymogami SWZ (droga klasy min. Z)	Pełniona funkcja na zadaniu, zgodna z wymogami SWZ	Termin realizacji robót data zakończenia robót (d-m-r)	Podmiot na rzecz którego wykonana była robota budowlana
1	Przebudowa i rozbudowa drogi powiatowej nr 1961B Wizna – Męczki – Jedwabne Wartość robót - 14 800 00,00 zł.	Kierownik budowy	20.11.2020r. – 22.12.2022	ZDP Łomża 18-400 Łomża ul. Poligonowa 30
2	Przebudowa z rozbudową drogi powiatowej nr 2081B Rosochate Kościelne – Dąbrowa Wielka Wartość robót – 4 951 301,08 zł	Kierownik budowy	29.10.2021r. – 30.09.2022r.	ZDP Wysokie Mazowieckie 18-200 Wysokie Mazowieckie ul. 1 Maja 8
3	Budowa drogi od ul. 1 Maja do ul. Ludowej w Wysokiem Mazowieckiem Wartość robót 15 149 102,38 zł.	Kierownik budowy	01.04.– 31.12.2019r.	Gmina Miejska 18-200 Wysokie Mazowieckie ul. Ludowa 15
4	Budowa drogi od ul. 1 Maja do ul. Szpitalnej w Wysokiem Mazowieckiem Wartość robót – 9 314 541,55 zł.	Kierownik budowy	09.04.– 31.10.2018r.	Gmina Miejska 18-200 Wysokie Mazowieckie ul. Ludowa 15

(...)

W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający podał, że dokonał wyboru oferty wykonawcy BK-TRAS z ceną wynosi 2 510 990,17 zł. Drugie miejsce zajęła oferta złożona przez Odwołującego z cenę 2 486 453,00 zł. Pozostałe oferty zostały odrzucone. Z tabeli zawartej w tym piśmie wynika, że w kryterium ceny oferty Zamawiający przyznał ofercie wykonawcy BK-TRAS 59,41 punktów, zaś ofercie Odwołującego 60 punktów, za kryterium okresu

gwarancji przyznał obydwu wykonawcom 20 punktów, zaś w kryterium wg oznaczenia w nagłówku tabeli: *Doświadczenie kierownika budowy [roboty budowlane, w tym 1 robota na spełnienie warunku udziału w postępowaniu]* ofercie wykonawcy BK-TRAS przyznał 20 pkt, zaś ofercie Odwołującego nie przyznał punktów (wstawiając w tej kolumnie 0). Oferta BK-TRAS otrzymała łącznie 99,41 punktów, zaś oferta Odwołującego 80 pkt. Zamawiający nie poinformował co jego zdaniem zdecydowało o punktacji przyznanej poszczególnym ofertom w kryterium doświadczenie kierownika budowy.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Stosownie do 16 pkt 1 i 2 Pzp: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty;*

Zgodnie z art. 239 ust. 1. Pzp: *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

W myśl art. 247 ust. 1 i 2 Pzp: *1. W ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia zamawiający określa wagę, jaką przypisuje każdemu z kryteriów wybranych do celów ustalenia oferty najkorzystniejszej, z wyjątkiem sytuacji, gdy najkorzystniejszą ofertę określa się wyłącznie na podstawie ceny. 2. Wagi przypisane każdemu z kryteriów mogą być wyrażone za pomocą przedziału z odpowiednią rozpiętością maksymalną.*

W myśl art. 134 ust. 1 pkt 14 i 18 Pzp: *1. SWZ zawiera co najmniej: 14) opis sposobu przygotowywania oferty; 18) opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert;*

Art. 223 ust. 1. Stanowi: *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. 253 ust. 1 Pzp: *Zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty o wyborze najkorzystniejszej - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.*

W okolicznościach analizowanej sprawy należy uznać, iż Zamawiający nie zastosował się do zasad przez siebie określonych w SWZ oraz wynikających z ww. wskazanych przepisów.

W postępowaniu odwoławczym zostało ustalone, że powodem, dla którego Zamawiający nie przyznał punktów ofercie Odwołującego w kryterium doświadczenie kierownika budowy, mimo, że liczba przedstawionych w ofercie robót wskazywała na to, że zostanie przyznana w tym kryterium maksymalna liczba punktów, tj. 20, było to, że przy żadnej z czterech pozycji w tabeli z osobna Odwołujący nie podał jakiej klasy drogi dotyczyło dane zadanie. Na rozprawie Zamawiający wyjaśnił, że jednocześnie uznał, że Odwołujący spełnił warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia osoby skierowanej na funkcję kierownika budowy, bowiem opierał się na oświadczeniu tego wykonawcy z pkt 2 formularza oferty.

Zwraca uwagę, że jak wynika z formularza oferty, opracowanego przez Zamawiającego, a według którego została złożona przez Odwołującego oferta, w jego pkt 2 nie było wskazania konkretnego zadania, a jedynie ogólne oświadczenie skorelowane z wymogiem SWZ, w tym dotyczące klasy drogi min. Z. Wykonane roboty zostały podane zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego w pkt 3 formularza, gdzie w nagłówku odnośnej kolumny widniał zapis wprowadzony przez Zamawiającego: „*Nazwa zadania inwestycyjnego, opis doświadczenia zgodny z wymogami SWZ (droga klasy min. Z)*”.

Trudno zatem znaleźć wytłumaczenie, dlaczego Zamawiający uznał, że Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 5.1.4 lit. b SWZ, gdzie zostało wskazane, że doświadczenie kierownika budowy stanowi także kryterium oceny ofert zgodnie z pkt 17.4 SWZ, a jednocześnie, w sytuacji gdy Odwołujący wypełnił tabelę zawartą w pkt 3 oferty na potrzeby punktacji w tym kryterium, w sposób skorelowany z treścią nagłówka odnośnej kolumny (nr 2), wprowadzoną przez samego Zamawiającego (analogicznie jak treść wprowadzona w pkt 2 formularza oferty), uznał, że wskazana przez Odwołującego osoba legitymuje się doświadczeniem jedynie przy wykonaniu jednego zadania. Zwraca przy tym uwagę, że w tabeli zawartej w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty w kolumnie dotyczącej punktacji doświadczenia Zamawiający podał: „*Doświadczenie kierownika budowy [roboty budowlane, w tym 1 robota na spełnienie warunku udziału w postępowaniu]*”. Nie ma przy tym sporu, że Zamawiający nie wzywał Odwołującego do złożenia wykazu na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Ze stanowiska Zamawiającego wynika zatem, że jedna robota wskazana w wykazie znajdującym się w ofercie potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Nie jest jednak wiadomo, która, a jak ustalono, przy żadnej z osobna nie było wskazania na klasę drogi.

Nie sposób zatem uznać, że Zamawiający działał konsekwentnie. Skoro, jak przyznał na rozprawie, uznaje, że podpis na formularzu oferty wystarczy do uznania, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony, to musi zastanawiać, dlaczego ten sam podpis, już nie jest wystarczający, gdy w kolumnie tabeli, w której w nagłówku znajduje się wyraźne oznaczenie klasy drogi, której dotyczy, tj. „droga klasy min. Z”, znajdują się oświadczenia Odwołującego wskazujące na doświadczenie wskazanej osoby zdobyte na czterech zadaniach. Tym bardziej, że Zamawiający nie podniósł i nie wykazał, aby w innym miejscu opracowanej przez siebie dokumentacji postępowania wprowadził wymóg, aby niezależnie od oznaczenia w nagłówku kolumny dotyczącej minimalnej klasy dróg, których dotyczą wskazywane przez wykonawców zadania, w każdej wprowadzanej przez wykonawcę pozycji znalazło się określenie klasy drogi. Nadto nie jest sporne, że Zamawiający nie punktował dodatkowo doświadczenia zdobytego przy wykonaniu robót dotyczących wyższej klasy drogi, a zatem dla uzyskania punktów w spornym kryterium wystarczyło wskazać roboty dotyczące budowy, przebudowy lub rozbudowy drogi klasy min. Z. Zauważenia również wymaga, że nie zostało podniesione i wykazane przez Zamawiającego, aby wskazany przez Odwołującego do pełnienia funkcji kierownika budowy pan W.G. nie zdobył wymaganego doświadczenia przy wykonywaniu robót wskazanych w pkt 3 oferty tego wykonawcy.

Nie można zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, że występuje analogia co do określenia wartości robót, która została podana przez Odwołującego w każdej z czterech pozycji pkt 3 formularza ofertowego. Zamawiający w SWZ wymagał, aby była to wartość min 500 000,00 zł brutto, jednak inaczej niż w przypadku klasy drogi, w nagłówku tej kolumny nie wskazał na taką wartość. Jej podanie w każdej pozycji tabeli należy zatem inaczej traktować.

Zgodzić się należy z Odwołującym, że jeśli Zamawiający miał wątpliwości co klasy drogi, to powinien wystąpić do tego wykonawcy o wyjaśnienia treści oferty. Nie można natomiast podzielić stanowiska Zamawiającego, który na rozprawie stwierdził, że nie mógł wystąpić o wyjaśnienia oferty, ponieważ prowadziłoby to do uzupełnienia oferty o informacje dotyczące klasy drogi. Treść tabeli zawartej w pkt 3 oferty wskazuje bowiem, że wbrew stanowisku Zamawiającego, w ofercie Odwołującego znajduje się informacja, jakiej klasy drogi dotyczyły wskazane w tabeli roboty. Skoro bowiem w nagłówku tabeli jest wskazanie: „droga klasy min. Z”, to wpisywane w tej kolumnie informacje w każdej pozycji muszą dotyczyć takiej drogi, a zatem oferta zawiera informacje w tym zakresie. W konsekwencji, wyjaśnienia nie mogły doprowadzić do merytorycznego uzupełnienia oferty.

W ocenie Izby, w okolicznościach analizowanej sprawy, skoro Odwołujący w kolumnie, gdzie w nagłówku widniało oznaczenie na minimalną klasę drogi, której roboty dotyczyły, wskazał cztery roboty, należało rozumieć treść złożonego przez niego oświadczenia w ten sposób, że dotyczą one drogi klasy min. Z. W świetle postanowień SWZ Odwołujący nie był zmuszony do powtórzenia treści zawartej już w nagłówku tej kolumny w każdej pozycji. W konsekwencji brak takiego powtórzenia nie mógł skutkować brakiem przyznania punktów w kryterium oceny ofert, w sytuacji, gdy nie wykazano, że oświadczenia zawarte w tabeli w pkt 3 oferty nie odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy.

O tym, dlaczego ofercie złożonej przez Odwołującego w kryterium doświadczenie kierownika budowy nie zostały przyznane punkty, Odwołujący mógł się dowiedzieć dopiero w postępowaniu odwoławczym. Tymczasem w sytuacji, gdy w sprawie nie ma sporu co do tego, że w tabeli zawartej w pkt 3 formularza ofertowego wykonawca ten wskazał cztery roboty, z uwagi na zasadę przejrzystości postępowania, powinien on być poinformowany, dlaczego nie otrzymał punktów. Tym bardziej, że jak stwierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, doświadczenie kierownika budowy do oceny ofert powinno być wskazane w tabeli zgodnie z jej treścią zawartą na stronie drugiej formularza oferty, i to zawartość tabeli stanowi punktowane doświadczenie kierownika budowy przy wyborze oferty zgodnie z punktem 17.4 SWZ, a jak wyżej wskazano, treść tabeli wypełnionej przez Odwołującego wskazuje, że dla uzyskania punktów w omawianym kryterium oceny ofert podał cztery zadania.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

W analizowanej sprawie zostało stwierdzone naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania. W związku z tym odwołanie podlega uwzględnieniu.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: