

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

Protokolant:

Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 marca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2024 r. przez wykonawcę Promost Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rzeszowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miasta Sanoka

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawcy INKO Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Promost Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rzeszowie i 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 oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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 865/24

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Miasta Sanoka (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadań: „Budowa mostu na rzece San wraz z budową dróg dojazdowych i skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 886 (ul. Królowej Bony) - ETAP I i ETAP II (nr postępowania: BZP.271.31.2023). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 3/2024 nr 5888-2024 z dnia 4 stycznia 2024 r. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 18 marca 2024 roku wykonawca Promost Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rzeszowie (dalej jako „Odwołujący”), wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy INKO Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Przystępujący”), zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów ustawy Pzp;
- 2.art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie do środków dowodowych mających potwierdzać spełnianie wymogów określonych w opisie kryteriów oceny ofert, które zgodnie z art. 107 ust. 3 ustawy Pzp nie podlegają uzupełnieniu;
- 3.art. 239 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego pomimo braku potwierdzenia przez ww. wykonawcę, we właściwym trybie, wymagań określonych w kryteriach oceny ofert, co doprowadziło do nieprawidłowego przyznania Przystępującemu zawyżonej punktacji w zakresie pozacenowych kryteriów oceny ofert;
- 4.art. 107 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez wezwanie Przystępującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych pomimo iż służyły one kryteriom oceny ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wezwania z

dnia 27 litego 2024 r. do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, skierowanego do Przystępującego, nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny i badania ofert, nakazanie Zamawiającemu przyznania ofercie złożonej przez Przystępującego zero punktów w zakresie pozacenowych kryteriów oceny ofert.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał na ustalone w postępowaniu pozacenowe kryteria oceny ofert dotyczące doświadczenia Inżyniera Kontraktu, doświadczenie Inspektora Nadzoru branży drogowej oraz doświadczenie Inspektora Nadzoru branży mostowej. Odwołujący wskazał, iż dysponowanie osobami wyznaczonymi przez oferentów na pełnienie ww. funkcji, których doświadczenie było oceniane w ramach kryteriów oceny ofert, pozostawało również warunkiem udziału w postępowaniu. Na potwierdzenie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający jako podmiotowy środek dowodowy wymagał złożenia stosownego Wykazu osób, natomiast w odniesieniu do oceny pozacenowych kryteriów oceny ofert, Zamawiający wymagał złożenia dowodów potwierdzających deklarowane doświadczenie kluczowych ekspertów, nadając tym samym wskazanym dowodom status przedmiotowych środków dowodowych. Odwołujący wskazał na art. 7 pkt 20 ustawy Pzp oraz fragment komentarza UZP odnoszący się do przedmiotowych środków dowodowych. Odwołujący podkreślił, że zamawiający ma możliwość przypisać status przedmiotowego środka dowodowego zarówno wykazowi jak i pozostałym dokumentom takim jak projekty, dokumentacje techniczne, referencje i oświadczenia. Jednakże biorąc pod uwagę, że ze względu na swój zakres wszystkie te dokumenty służą potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert zamawiający nie ma niestety możliwości skorzystania z wezwania do ich uzupełniania w przypadku, gdy nie zostaną złożone, ponieważ wprost zabrania tego art. 107 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, iż wbrew powyższej zasadzie nieuzupełnialności przedmiotowego środka dowodowego mającego służyć potwierdzeniu zgodności oferowanych usług z wymaganiami, określonymi w opisie kryteriów oceny ofert, Zamawiający działając w trybie art. 128 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do uzupełnienia niezłożonych w odpowiedzi na pierwotne wezwanie dowodów potwierdzających deklarowane doświadczenie kluczowych ekspertów. Wezwany Wykonawca uzupełnił brakujące dokumenty. Na podstawie uzupełnionych dokumentów Zamawiający przyznał Przystępującemu punkty w kryteriach pozacenowych i dokonał wyboru oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej. Odwołujący wskazał na orzecznictwo potwierdzające zasadę braku możliwości uzupełnienia dokumentów mających umożliwić Zamawiającemu przeprowadzenie oceny ofert w ramach ustanowionych kryteriów i podkreślił, że ustawa Pzp wyraźnie wyłącza możliwość uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego służącego potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert. Zamawiający nie może zatem przewidzieć procedury poprawy przedmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do tych spośród nich, które służą potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert. Takich środków nie można uzupełnić, oznaczałoby to bowiem uzupełnienie przedmiotu oferty. Jeżeli więc Wykonawca nie złożył dokumentów wymaganych na potwierdzenie cech ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert to nie mógł ich już uzupełnić, są to bowiem dokumenty nieuzupełnialne w świetle ustawy Pzp. Wobec braku możliwości wezwania do uzupełnienia środków dowodowych służących kryteriom oceny ofert, należy uznać, iż czynność ta została dokonana z naruszeniem ustawy Pzp, a co za tym idzie przyznanie wybranemu Wykonawcy punktów w kryteriach pozacenowych było pozbawione jakichkolwiek podstaw. Zdaniem Odwołującego fakt, iż Zamawiający nazwał uzupełniane dokumenty „podmiotowymi środkami dowodowymi” zamiast poprawnie „przedmiotowymi środkami dowodowymi” pozostaje bez znaczenia, albowiem o charakterze dokumentu decyduje jego przeznaczenie, a nie formalna nazwa nadana przez Zamawiającego. Odwołujący podniósł, iż Przystępujący powinien uzyskać w pozacenowych kryteriach oceny ofert 0 (zero) punktów, ponieważ dopiero w odpowiedzi na wezwanie o uzupełnienie środków dowodowych potwierdził zgodność z kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert.

Zamawiający w dniu 27 marca 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał w szczególności, iż wbrew twierdzeniu Odwołującego Zamawiający nigdzie w treści SWZ nie wymagał przedłożenia już na etapie składania ofert dokumentów potwierdzających doświadczenie kluczowych dla zamówienia ekspertów. Powołał się na odpowiedź na pytanie nr 3, gdzie Zamawiający wyjaśnił, iż w związku z koniecznością przygotowania oferty przy pomocy systemowego interaktywnego „Formularza ofertowego” w pkt. VIII Kryteria oceny ofert” w punktowanym doświadczeniu Inżyniera Kontraktu, Inspektora Nadzoru branży drogowej, Inspektora Nadzoru branży mostowej należy wpisać w udostępnionym do wpisania polu wyłącznie ilość zadań. Zamawiający nie wymagał w dokumentach przetargowych, w szczególności w SWZ przedłożenia dowodów dla wykazania doświadczenia kluczowych specjalistów. Zamawiający wskazał również, iż wbrew wywodom odwołania nie nadał dowodom potwierdzającym deklarowane doświadczenie kluczowych ekspertów statusu przedmiotowych środków dowodowych w rozumieniu art. 7 pkt 20 ustawy Pzp. Podniósł m.in., iż ustawodawca w sposób jednoznaczny wskazał, że przedmiotowe środki dowodowe składane są wraz z ofertą. Tym samym to na

moment złożenia oferty wykonawca winien dysponować dokumentacją potwierdzającą spełnienie wymagań Zamawiającego wskazanych SWZ. Zamawiający dodał, że jego omyłka polegająca na zbędnym wezwaniu Przystępującego do przedłożenia dodatkowych dokumentów potwierdzających doświadczenie inżynierów szkodziła co najwyżej tylko temu wykonawcy dlatego, że Zamawiający nałożył nań dodatkowy obowiązek nieuwzględniony w SWZ. Zamawiający podniósł ponadto, iż jeżeli Odwołujący uznaje, że Zamawiający błędnie, niezgodnie z przepisami Pzp określił warunki ubiegania się wykonawców o udzielenie zamówienia publicznego powinien być już na etapie składania ofert wnieść odwołanie do KIO czego nie uczynił.

W dniu 27 marca 2024 r. pismo procesowe złożył także Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W piśmie przywołano postanowienia SWZ odnoszące się do kryteriów oceny ofert oraz warunków udziału w postępowaniu, wskazano także na odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 3 do treści SWZ. Przystępujący podniósł, iż przygotował ofertę zgodnie z wytycznymi wskazanymi w SWZ. W sekcji VIII oferty tj. Kryteria oceny oferty w każdym z 3 kryteriów jakościowych dotyczących doświadczenia wskazał po 3 zadania dla każdego punktowanego eksperta. Do oferty zostały dołączone wszelkie dokumenty, które zgodnie z SWZ Przystępujący był zobowiązany dołączyć. Żadnym z dokumentów wymaganych przez Zamawiającego na etapie składania oferty nie były przedmiotowe środki dowodowe jak chciałby Odwołujący. Przystępujący wskazał, że Odwołujący mylnie kwalifikuje dowody wymagane na potwierdzenie doświadczenia kluczowych ekspertów z przedmiotowymi środkami dowodowymi, o których mowa w art. 7 pkt 20 ustawy Pzp. Przystępujący podkreślił, że środki dowodowe powinny zostać wskazane przez Zamawiającego albo w ogłoszeniu o zamówieniu albo dokumentach zamówienia. Zamawiający nie wymagał przedłożenia takich dokumentów wraz z ofertą. Przystępujący powołał orzecznictwo odnoszące się do przedmiotowych środków dowodowych. Dodał, iż w sekcji Wykazu innych dokumentów składanych przez Wykonawcę wraz z ofertą, jak i w sekcji wskazującej na sposób przygotowania oferty, Zamawiający nie opisał katalogu żądanych przedmiotowych środków dowodowych, ani sposobu ich sporządzenia, czy nawet konieczności dołączenia wraz z ofertą. Zgodnie z udzieloną odpowiedzią na pytanie nr 3 Zamawiający podkreślił, że wymaga, aby w pkt. VIII. Kryteria oceny ofert w punktowanym doświadczeniu Inżyniera Kontraktu, Inspektora Nadzoru branży drogowej, Inspektora Nadzoru branży mostowej wpisać w udostępnionym do wpisania polu wyłącznie ilość zadań. Tym samym Zamawiający dokonywał oceny w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert zdefiniowanych w pkt 20 SWZ wyłącznie na podstawie treści formularza ofertowego, a na podstawie dokonanej oceny ofert w dniu Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, co było przewidziane w treści SWZ. Powyższe niezbitnie potwierdza, że oferta Przystępującego została najwyżej oceniona spośród wszystkich złożonych ofert. Tym samym nie doszło do jakiegokolwiek nieuprawnionego wezwania Przystępującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych (gdyż takich Zamawiający nie wymagał) czy też wezwania do uzupełnienia informacji wymaganych przez Zamawiającego w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert (gdyż te zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 3 zawarte zostały w treści oferty), a oferta Przystępującego została przez Zamawiającego poprawnie oceniona, a w wyniku tej oceny Przystępujący został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący ponadto zauważył, że zgodnie z treścią Załącznika nr 6 SWZ Zamawiający wskazał, że gdy wykonawca w ofercie zadeklarował większe doświadczenie zawodowe kluczowych ekspertów do niniejszego oświadczenia należy załączyć dowody potwierdzające deklarowane doświadczenie kluczowych ekspertów. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie określił jaki rodzaj dowodów wymaga od Przystępującego, tym samym Przystępujący uznał, że wystarczającym a jednocześnie dopuszczalnym dowodem jest oświadczenie własne Przystępującego, co do doświadczenia (nazw, terminów trwania i wartości realizowanych zadań), w szczególności w sytuacji, w której Zamawiający nie wymaga określonego dowodu. Odwołujący podkreślił, że dopiero w piśmie z dnia 27.03.2024 r. Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 wezwał Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych obejmujących warunek udziału w postępowaniu dotyczący Doświadczenie zawodowe kluczowych ekspertów wskazując, że dokumentami potwierdzającymi doświadczenie wymienionych osób mogą być: referencje, protokoły odbioru robót, umowy, rachunki, wpisy w dzienniku budowy i itp., co stanowi rozszerzenie wymagań Zamawiającego postawionych w SWZ, gdyż przed terminem otwarcia ofert w żadnym punkcie SWZ Zamawiający nie sprecyzował, jakich dowodów będzie wymagał na potwierdzenie doświadczenia członków personelu Przystępującego punktowanych w ramach kryterium oceny ofert. Mając na względzie powyższe, nawet gdyby przyjąć, że Zamawiający mógł domagać się dodatkowych dowodów potwierdzających dokonaną już ocenę ofert w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert, to takim dowodem mogło być oświadczenie własne Wykonawcy, które złożył w załączniku nr 6 do SWZ. Jednocześnie mając na względzie zasady uczciwości kupieckiej oraz transparentności Przystępujący na wezwanie Zamawiającego złożył wymagane dokumenty traktując je bardziej jako wyjaśnienie niż uzupełnienie potwierdzające wcześniej złożone deklaracje.

Przystępujący podkreślił ponadto, że doświadczenie Inżyniera Kontraktu oraz inspektorów drogowego i mostowego

oraz złożone w toku postępowania dokumenty nie budzą zastrzeżeń Odwołującego ani nie są przedmiotem złożonego odwołania. Z ostrożności procesowej dodatkowo podniósł, iż w niniejszym postępowaniu można mówić o wadliwości sporządzenia SWZ, nie natomiast jak błędnie wskazuje Odwołujący wadliwości wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego. Zamawiający w Załączniku nr 6 do SWZ wskazał: *“W przypadku gdy wykonawca w ofercie zadeklarował większe doświadczenie zawodowe kluczowych ekspertów do niniejszego oświadczenia należy załączyć dowody potwierdzające deklarowane doświadczenie kluczowych ekspertów.”* Wobec tego, że Zamawiający, nie żądał dołączenia dowodów dotyczących doświadczenia wraz ofertą w tym kontekście można jedynie mówić o wadliwości tak sformułowanych zapisów. Przystępujący powołał się na orzecznictwo wskazujące, że niezgodności wewnętrzne dokumentacji zamówienia i ewentualne związane z tym wątpliwości nie mogą obciążać negatywnymi skutkami wykonawców.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę INKO Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, ponadto iż Odwołujący, jako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a wnosząc środek ochrony prawnej dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i przyznania ofercie swojego konkurenta zero punktów w pozacenowych kryteriach oceny ofert, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, w tym dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, a także stanowiska pisemne złożone przez Strony i Uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług związanych z nadzorem inwestorskim nad realizacją umów (dwie umowy z Wykonawcami robót na I-y oraz II-i Etap) zawartych w wyniku oddzielnych postępowań na roboty budowlane pn.: „Budowa mostu na rzece San wraz z budową dróg dojazdowych i skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 886 (ul. Królowej Bony)”.

Zamawiający w punkcie 8 SWZ określił warunki udziału w postępowaniu, w tym m.in. w punkcie 8.2.4 ppkt 2) zawarł warunek: Doświadczenie zawodowe kluczowych ekspertów, wskazując: „Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował ekspertami kluczowymi czyli ekspertami odgrywającymi zasadniczą rolę w realizacji Kontraktu - osobami, skierowanymi przez wykonawcę do realizacji zamówienia, posiadającymi opisane poniżej kwalifikacje. Wszyscy eksperci odgrywający zasadniczą rolę w realizacji Kontraktu nazwani są ekspertami kluczowymi. Należą do nich:

- a) Inżynier Kontraktu - 1 osoba; Kwalifikacje: Wykształcenie wyższe techniczne; Doświadczenie zawodowe: Co najmniej 5 – letnie łączne doświadczenie na stanowiskach kierowniczych np. Kierownik Budowy, Inżynier Kontraktu, Z-ca Inżyniera Kontraktu, Dyrektor Kontraktu, Z-ca Dyrektora Kontraktu, Inżynier Rezydent, Z-ca Inżyniera Rezydenta w zakresie inżynierii komunikacyjnej, przy czym co najmniej 1 kontrakt o wartości co najmniej 50 mln PLN brutto. Inżynier Kontraktu nie może pełnić jednocześnie funkcji Inspektora Nadzoru.
- b) Inspektor Nadzoru Robót Mostowych – 1 osoba wskazana winna posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności mostowej lub równoważne wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów lub równoważne wydane poza granicami RP oraz doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru robót mostowych lub kierownika robót mostowych na min. 1 zakończonym zadaniu inwestycyjnym polegającym na budowie obiektu mostowego (most lub wiadukt) o minimalnej rozpiętości przęsła 80 m oraz klasie nośności A (według PN-85/S-10030) lub klasie obciążenia I zgodnie z PN-EN 1991-2:2007 Eurokod1: Oddziaływanie na konstrukcje; Część 2: Obciążenia ruchome.
- c) Inspektor Nadzoru Robót Drogowych – 1 osoba wskazana winna posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej lub równoważne wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów lub równoważne wydane poza granicami RP oraz doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru robót drogowych, kierownika budowy lub kierownika robót drogowych na min. 1 zakończonym zadaniu inwestycyjnym polegającym na budowie lub rozbudowie odcinka drogi publicznej klasy co

najmniej G wraz ze skrzyżowaniem z drogą publiczną klasy co najmniej Z o wartości min. 10 mln PLN.

- d) Inspektor Nadzoru Robót Wod – Kan i Ciepłowniczych. - 1 osoba wskazana winna posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci i urządzeń sanitarnych, kanalizacyjnych, wodociągowych i sieci grzewczych; sieci i urządzeń gazowych.
- e) Inspektor Nadzoru Robót Elektrycznych i Elektroenergetycznych – 1 osoba wskazana winna posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych oraz elektroenergetycznych.
- f) Inspektor Nadzoru Robót Telekomunikacyjnych - 1 osoba wskazana winna posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej.
- g) Specjalista do spraw rozliczeń – 1 osoba wskazana winna posiadać doświadczenie przy realizacji zakończonego zadania w zakresie rozliczeń finansowych i płatności z tytułu realizacji co najmniej dwóch inwestycji dotyczących robót budowlanych o wartości min. 10 mln PLN.
- h) Osoba prowadząca nadzór nad realizacją zaleceń decyzji środowiskowej oraz przestrzeganiem obowiązujących przepisów ochrony środowiska wymagania: Doświadczenie w prowadzeniu nadzoru przyrodniczego/środowiskowego na co najmniej w 2 inwestycjach drogowych. Uprawnienia: wykształcenie kierunkowe z zakresu ochrony środowiska/przyrodnicze.

W punkcie 10 SWZ zawarto wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie zobowiązani są dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku podstaw wykluczenia (podmiotowe środki dowodowe). W punkcie 10.3 SWZ wskazano, iż Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Wśród tych podmiotowych środków dowodowych wymieniono w pkt 10.8.2 SWZ wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

W punkcie 16 SWZ zawarto opis sposobu przygotowania ofert oraz wymagania formalne dotyczące składanych oświadczeń i dokumentów. W punkcie 16.3 SWZ wskazano, iż wykonawca przygotowuje ofertę przy pomocy systemowego interaktywnego „Formularza ofertowego” udostępnionego przez Zamawiającego na Platformie e-Zamówienia. Zgodnie z punktem 16.9 oferta musi zawierać: 1. wypełniony formularz OFERTOWY, 2. wypełniony JEDZ dla Wykonawcy i podmiotu udostępniającego zasoby (jeśli dotyczy); 3. oświadczenie/a o braku podstaw wykluczenia – druk zamieszczony przez Zamawiającego (Załącznik nr 1 do SWZ), 4. zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby lub inny dokument (jeśli dotyczy) - druk zamieszczony przez Zamawiającego (Załącznik nr 7 do SWZ), 5. oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia podmiotu udostępniającego zasoby - zawarte w druku wzór zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby (wymagane gdy Wykonawca składa dok. z ppkt 4 (Załącznik nr 1 do SWZ), 6. dokument/y potwierdzający/e umocowanie do reprezentowania Wykonawcy i/lub podmiotu udostępniającego zasoby w celu potwierdzenia, że osoba działająca w imieniu Wykonawcy i/lub podmiotu udostępniającego zasoby jest umocowana do jego reprezentowania (...).

W punkcie 19 SWZ zawarto opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert. Kryteriami oceny ofert były: 1. Oferowana cena – 60%, 2. Doświadczenie Inżyniera Kontraktu (DIK) – 20% (Doświadczenie w pełnieniu funkcji na stanowisku kierowniczym tj.: Dyrektor Kierownik Budowy, Inżynier Kontraktu, Z-ca Inżyniera Kontraktu, Dyrektor Kontraktu, Z-ca Dyrektora Kontraktu, Inżynier Rezydent, Z-ca Inżyniera Rezydenta polegającej na zarządzaniu i nadzorze nad realizacją zadania polegającego na budowie obiektu mostowego (most lub wiadukt) o wartości min. 50 mln PLN. Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów, za 2 zadania potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 10 punktów, za 3 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 20 punktów), 3. Doświadczenie Inspektora Nadzoru branży drogowej (DIN_{bd}) – 10% (Doświadczenie w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru robót drogowych, kierownika budowy lub kierownika robót drogowych na zakończonym zadaniu inwestycyjnym polegającym na budowie lub rozbudowie odcinka drogi publicznej klasy co najmniej G wraz ze skrzyżowaniem z drogą publiczną klasy co najmniej Z o wartości min. 10 mln PLN. Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów, za 2 zadania potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 5 punktów, za 3 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 10 punktów), 4. Doświadczenie Inspektora Nadzoru branży mostowej (DIN_{bm}) – 10% (Doświadczenie w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru robót mostowych lub kierownika robót mostowych na min. 1 zakończonym zadaniu inwestycyjnym polegającym na budowie

obiekty mostowe (most lub wiadukt) o minimalnej rozpiętości przęsła 80 m oraz klasie nośności A (według PN-85/S-10030) lub klasie obciążenia I zgodnie z PN-EN 1991-2:2007 Eurokod1: Oddziaływanie na konstrukcje; Część 2: Obciążenia ruchome. Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów, za 2 zadania potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 5 punktów, za 3 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 10 punktów,

W odpowiedzi na pytanie nr 3 do treści SWZ „W związku z koniecznością przygotowania oferty przy pomocy systemowego interaktywnego „Formularza ofertowego” udostępnionego przez Zamawiającego na Platformie e-Zamówienia, zwracamy się z prośbą o potwierdzenie, że w pkt. VIII. Kryteria oceny ofert w punktowanym doświadczeniu Inżyniera Kontraktu, Inspektora Nadzoru branży drogowej, Inspektora Nadzoru branży mostowej należy wpisać w udostępnionym do wpisania polu wyłącznie ilość zadań. Jeżeli należy uwzględnić bardziej szczegółowe informacje prosimy o wskazanie jakie.” Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający potwierdza, że w pkt. VIII. Kryteria oceny ofert w punktowanym doświadczeniu Inżyniera Kontraktu, Inspektora Nadzoru branży drogowej, Inspektora Nadzoru branży mostowej należy wpisać w udostępnionym do wpisania polu wyłącznie ilość zadań.” (pismo z dnia 31.01.2024 r.).

W piśmie z dnia 2.02.2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o zmianie treści SWZ, w tym m.in. wskazał na zmianę załącznika nr 6 do SWZ, tj. wzoru wykazu osób. W zmienionym wzorze wykazu osób znalazła się dodatkowa adnotacja o treści „W przypadku gdy wykonawca w ofercie zadeklarował większe doświadczenie zawodowe kluczowych ekspertów do niniejszego oświadczenia należy załączyć dowody potwierdzające deklarowane doświadczenie kluczowych ekspertów.”

W postępowaniu wpłynęło 7 ofert, w tym Odwołującego i Przystępującego. Zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący w formularzu ofertowym zadeklarowali w pozacenowych kryteriach oceny ofert po trzy zadania dla każdej osoby (Inżyniera Kontraktu, Inspektora Nadzoru branży drogowej, Inspektora Nadzoru branży mostowej).

Zamawiający pismem z dnia 14.02.2024 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu osób (załącznik nr 6 do SWZ z uwzględnieniem zmiany z 2.02.2024 r.). W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący złożył m.in. wspomniany wykaz osób, w którym opisał doświadczenie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w tym w odniesieniu do Inżyniera Kontraktu, Inspektora Nadzoru branży drogowej, Inspektora Nadzoru branży mostowej wskazał po trzy zadania.

Pismem z dnia 27.02.2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, wskazując: „Zamawiający, z uwagi na niezłożenie niektórych podmiotowych środków dowodowych, wzywa Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do uzupełnienia w wyznaczonym terminie następujących oświadczeń lub dokumentów. W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej - Doświadczenie zawodowe kluczowych ekspertów polegających na tym, że Wykonawca dysponuje lub będzie dysponował ekspertami kluczowymi czyli ekspertami odgrywającymi zasadniczą rolę w realizacji Kontraktu - osobami, skierowanymi przez wykonawcę do realizacji zamówienia, posiadającymi kwalifikacje opisane w pkt. 8.2.4 pkt.2) SWZ Zamawiający wymagał złożenia, podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. Wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. W przypadku gdy wykonawca w ofercie zadeklarował większe doświadczenie zawodowe kluczowych ekspertów do przedmiotowego oświadczenia należało załączyć dowody potwierdzające deklarowane doświadczenie kluczowych ekspertów. W związku z powyższym Zamawiający wzywa do uzupełnienia: 1) Dokumentów potwierdzających doświadczenie w pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu na stanowisku kierowniczym tj. Dyrektor Kierownik Budowy, Inżynier Kontraktu, Z-ca Inżyniera Kontraktu, Dyrektor Kontraktu, Z-ca Dyrektora Kontraktu, Inżynier Rezydent, Z-ca Inżyniera Rezydenta polegającej na zarządzaniu i nadzorze nad realizacją jeszcze co najmniej 2 zadań polegających na budowie obiektu mostowego (most lub wiadukt) o wartości min. 50mln PLN; 2) Dokumentów potwierdzających doświadczenie w pełnieniu funkcji Inspektora Nadzoru branży drogowej na stanowisku inspektora nadzoru robót drogowych, kierownika budowy lub kierownika robót drogowych na zakończonym zadaniu inwestycyjnym polegającym na budowie lub rozbudowie odcinka drogi publicznej klasy co najmniej G wraz ze skrzyżowaniem z drogą publiczną klasy co najmniej Z o wartości min. 10 mln PLN dląco najmniej 3 zadań. 3) Dokumentów potwierdzających doświadczenie w pełnieniu funkcji Inspektora Nadzoru branży mostowej na stanowisku inspektora nadzoru robót mostowych lub kierownika robót mostowych na min. 1 zakończonym zadaniu inwestycyjnym polegającym na budowie obiektu mostowego (most lub wiadukt) o minimalnej rozpiętości przęsła 80 m oraz klasie nośności A (według PN-85/S-10030) lub klasie obciążenia I zgodnie z PN-EN 1991-2:2007 Eurokod1:

Oddziaływanie na konstrukcję; Część 2: Obciążenia ruchome dla jeszcze co najmniej 2 zadań. Dokumentami potwierdzającymi doświadczenie wymienionych osób mogą być: referencje, protokoły odbioru robót, umowy, rachunki, wpisy w dzienniku budowy i itp.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący złożył szereg dokumentów potwierdzających wskazane w wykazie osób doświadczenie (uprawnienia budowlane, dyplomy, raporty końcowe z realizacji budowy, świadectwa przejścia, referencje, protokoły odbioru oraz oświadczenia osób wskazanych w wykazie osób).

Zamawiający w dniu 6.03.2024 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę Przystępującego. Zamawiający wskazał także na punktację przyznaną poszczególnym ofertom w kryteriach oceny ofert (Odwołujący i Przystępujący uzyskali po 40 pkt, inni wykonawcy od 25 do 40 pkt, w zależności od deklaracji złożonej w formularzu ofertowym).

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przywołując treść przepisów, których naruszenie zarzucono należy wskazać, iż zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Ust. 3 tego przepisu stanowi, iż przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Z kolei w myśl art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Izba stwierdziła, iż argumentacja zawarta w odwołaniu została oparta na błędnym założeniu, iż ocena ofert w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert miała nastąpić w oparciu o dokumenty wskazane we wzorze wykazu osób (załącznik nr 6 do SWZ), którym należało nadać charakter przedmiotowych środków dowodowych. Stanowisko Odwołującego zostało oparte o wybiórczą analizę postanowień SWZ, nieuwzględniającą ich całokształtu.

Izba wskazuje, iż możliwość żądania złożenia przedmiotowych środków dowodowych, w tym na potwierdzenie zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert, pozostaje w gestii zamawiającego. Z ustawy Pzp wynika fakultatywność żądania przez zamawiającego złożenia przedmiotowych środków dowodowych, ustawodawca pozostawił zamawiającemu możliwość decyzji, czy dane środki dowodowe faktycznie są niezbędne dla postępowania, czy też za wystarczające może zostać uznane oświadczenie wykonawcy. W takiej sytuacji ryzyko związane z poprzestaniem wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy złożonym w ofercie obciąża zamawiającego (por. m.in. wyrok KIO z 19 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3173/22). Natomiast jeżeli Zamawiający zdecyduje się nałożyć na wykonawców obowiązek złożenia podmiotowych środków dowodowych, to jest on zobowiązany wskazać przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Powyższe wynika wprost z art. 106 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Koreluje to z treścią art. 134 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdzie w katalogu obligatoryjnych elementów SWZ wymieniono informację o przedmiotowych środkach dowodowych. Dalej należy wskazać, iż z art 107 ust. 1 ustawy Pzp jednoznacznie wynika, że jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą. Przepis ten jasno określa moment złożenia przez wykonawców przedmiotowych środków dowodowych (wraz z ofertą), co ma na celu zapewnienie zamawiającym możliwości zbadania merytorycznej zgodności ofert z określonymi wymaganiami czy cechami wskazanymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriach oceny ofert jeszcze przed przystąpieniem do kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, tak aby Zamawiający mógł ustalić, która oferta została najwyżej oceniona i który wykonawca zostanie wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Jak wynika z powyższych regulacji, obowiązek złożenia przedmiotowych środków dowodowych musi mieć jednoznaczne oparcie w ustalonych w SWZ wymaganiach. Zamawiający decydując się na żądanie przedmiotowych środków dowodowych musi w SWZ wskazać jednoznacznie, że wymaga złożenia przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą, wskazać jakie to mają być środki oraz wskazać na potwierdzenie jakich wymagań, cech czy kryteriów mają zostać złożone.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia z treści SWZ nie wynikał obowiązek złożenia przez wykonawców wraz z ofertą jakichkolwiek przedmiotowych środków dowodowych, w tym mających potwierdzać zgodność deklaracji złożonych na potrzeby pozacenowych kryteriów oceny ofert z wymaganiami opisanymi w tych kryteriach. W SWZ nie zawarto odrębnego rozdziału czy punktu, który odnosiłby się do przedmiotowych środków dowodowych, nie wskazano na konieczność złożenia jakichkolwiek dokumentów w rozdziale odnoszącym się do kryteriów oceny ofert (pkt 19 SWZ) ani nie wymieniono przedmiotowych środków dowodowych w pkt 16 SWZ, gdzie opisano sposób przygotowania ofert, w tym wyszczególniono dokumenty, jakie należy złożyć wraz z ofertą. W odpowiedzi na pytanie nr 3 do treści SWZ Zamawiający potwierdził, że ocena w pozacenowych kryteriach oceny ofert będzie miała miejsce na podstawie deklaracji złożonych w formularzu ofertowym o ilości zadań, na których personel kluczowy pełnił wymagane funkcje. Zamawiający zapytany o konieczność przedstawienia przez wykonawcę w tym zakresie bardziej szczegółowych informacji odpowiedział, iż „w pkt. VIII. Formularza ofertowego - Kryteria oceny ofert w punktowanym doświadczeniu Inżyniera Kontraktu, Inspektora Nadzoru branży drogowej, Inspektora Nadzoru branży mostowej należy wpisać w udostępnionym do wpisania polu wyłącznie ilość zadań.”

W odwołaniu przemilczano fakt, że treść SWZ nie wskazywała na obowiązek złożenia przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą, jak i przemilczano udzieloną przez Zamawiającego odpowiedź na pytanie nr 3. Odwołujący wywiódł obowiązek złożenia przedmiotowych środków dowodowych wyłącznie z adnotacji zawartej we wzorze wykazu osób (załącznik nr 6 do SWZ), czyli dokumentu stanowiącego podmiotowy środek dowodowy składany wyłącznie przez wykonawcę najwyżej ocenionego. Faktycznie w tym wzorze zawarto uwagę o konieczności złożenia dowodów potwierdzających deklarowane dodatkowe ponad wymagane warunkiem udziału w postępowaniu doświadczenie kluczowych ekspertów, niemniej w ocenie Izby nie można powyższego równoważyć z tym, że Zamawiający przewidział w postępowaniu konieczność złożenia przez wykonawców przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie wymagań wskazanych w pozacenowych kryteriach oceny ofert. Jak wskazano powyżej, obowiązek taki powinien zostać jasno i precyzyjnie w SWZ wyartykułowany, czego w tym przypadku nie uczyniono. Zamawiający zawarł informację o konieczności złożenia bliżej nieokreślonych „dowodów potwierdzających doświadczenie zawodowe kluczowych ekspertów” wyłącznie we wzorze wykazu osób będącym podmiotowym środkiem dowodowym, a ponadto nałożył ten obowiązek jedynie na tego wykonawcę, którego ofertę oceniono najwyżej, podczas gdy taki obowiązek powinien obciążać wykonawców w równym stopniu – każdy z wykonawców powinien takie środki dowodowe złożyć już wraz z ofertą. Brak jest na gruncie przepisów ustawy Pzp uzasadnienia dla obciążenia takim obowiązkiem wyłącznie tego wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Zresztą takie działanie jest sprzeczne z celem, jakemu służą przedmiotowe środki dowodowe, które mają umożliwić Zamawiającemu zbadanie czy oferty są zgodne z warunkami zamówienia lub czy spełniają wymagania określone w kryteriach oceny ofert. Dopiero po dokonaniu takiej oceny (czyli po ustaleniu czy zachodzą podstawy do odrzucenia ofert oraz po ustaleniu rankingu ofert, czyli ustaleniu ile punktów, która oferta powinna otrzymać w kryteriach oceny ofert) Zamawiający dokonuje kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego ofertę oceniono najwyżej, czyli wzywa tego wykonawcę na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W ocenie Izby w oparciu o treść SWZ, a przede wszystkim fakt, że Zamawiający nie przewidział obowiązku złożenia przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą oraz fakt, że odpowiadając na pytanie nr 3 do treści SWZ Zamawiający wskazał wprost, iż na potrzeby kryteriów oceny ofert w formularzu ofertowym wystarczy podać jedynie ilość zrealizowanych zadań, należało stwierdzić, że Zamawiający powinien był dokonać oceny ofert w pozacenowych kryteriach oceny ofert wyłącznie w oparciu o deklaracje zawarte w formularzu ofertowym.

Jak wskazuje się w orzecznictwie TSUE, zgodnie z zasadą przejrzystości wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia muszą być określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność wykonawcom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób (wyrok z dnia 14 grudnia 2016 r., *Connexion Taxi Services*, C-171/15, pkt 40, wyrok z dnia 14 stycznia 2021 r., *RTS infra BVBA* C-387/19, pkt 35). W wyroku SZP z 5 maja 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 22/21, stwierdzono, iż precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający, na etapie oceny ofert, nie jest uprawniony do zmiany treści warunków

zamówienia czy nadawania jego zapisom innego znaczenia niż wynikające z ich oczywistego brzmienia. Z kolei w wyroku z dnia 1 sierpnia 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 81/22 wskazano, iż zasady przejrzystości i równego traktowania obowiązują we wszystkich przetargach publicznych i wymagają tego, by warunki materialne i formalne dotyczące udziału w przetargu były jasno z góry określone i podane do publicznej wiadomości, zwłaszcza w zakresie obowiązków ciążących na oferentach, tak aby mogli oni dokładnie zapoznać się z wymogami przetargu oraz mieć pewność, że takie same wymogi obowiązują wszystkich konkurentów. W orzecznictwie krajowym konsekwentnie podkreśla się, że stwierdzenie wątpliwości czy niespójności co do treści dokumentów zamówienia powinno prowadzić do ich interpretacji na korzyść wykonawcy i nie może pociągać za sobą dla niego negatywnych skutków, zwłaszcza skutków polegających na odrzuceniu oferty. Zasadą jest, że wykonawcy nie powinni ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z niedochowania przez zamawiającego należytej staranności przy kształtowaniu treści dokumentów zamówienia (por. m.in. wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO 2020/21, wyrok KIO z dnia 13 maja 2022 r., sygn. akt KIO 1087/22, wyrok KIO z dnia 2 listopada 2022 r., sygn. akt KIO 2721/22).

Jakkolwiek Izba w pełni podziela stanowisko Odwołującego, iż zamawiający nie jest uprawniony do wzywania wykonawców do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych służących potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert (wszak wynika to wprost z art. 107 ust. 3 ustawy Pzp), to w przedmiotowym przypadku okoliczność ta pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia, ponieważ Zamawiający w ogóle nie nałożył na wykonawców w SWZ obowiązku złożenia przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą. Zamawiający poprzez adnotację zawartą w Wykazie osób stworzył nieznaną ustawie Pzp twórcę, myląc podmiotowe środki dowodowe z przedmiotowymi środkami dowodowymi i żądając złożenia dokumentów, które dotyczyć miały kryteriów oceny ofert na późniejszym niż wymagany etapie postępowania i tylko przez wykonawcę, którego ofertę oceniono najwyżej. Dodatkowo Zamawiający nawet nie skonkretyzował, jakich dokumentów od wykonawcy najwyżej ocenionego w tym zakresie wymaga. Powyższe stało w sprzeczności z przywołanymi wyżej przepisami ustawy Pzp odnoszącymi się do żądania przedmiotowych środków dowodowych. Z kolei wzywając Przystępującego do złożenia dokumentów w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, czy następnie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wciąż wskazywał na brak złożenia „podmiotowych środków dowodowych”. Powyższe pozwala stwierdzić, że wezwanie skierowane do Przystępującego do uzupełnienia dokumentów było nieprawidłowe, jednak błąd Zamawiającego wynikał nie z naruszenia zakazu wynikającego z art. 107 ust. 3 ustawy Pzp jak wskazywał Odwołujący, lecz z wadliwego ukształtowania postanowień SWZ i potraktowania przez Zamawiającego dokumentów mających potwierdzać doświadczenie personelu oceniane w kryteriach oceny ofert jako podmiotowych środków dowodowych.

W konsekwencji fakt wystosowania przez Zamawiającego przedmiotowego wezwania do Przystępującego nie mógł mieć zasadniczego wpływu na wynik postępowania, ponieważ podstawą do oceny ofert w pozacenowych kryteriach oceny ofert w tym przypadku powinny być deklaracje zawarte przez wykonawców w formularzach ofertowych. Jak wynika z informacji o wyniku postępowania Zamawiający ocenił w pozacenowych kryteriach oceny ofert wszystkie oferty, w tym ofertę Odwołującego, który podobnie jak Przystępujący uzyskał maksymalną liczbę punktów. Nie jest zatem prawidłowe stanowisko Odwołującego, iż Zamawiający przyznał Przystępującemu punkty na podstawie uzupełnionych na wezwanie dokumentów, skoro Zamawiający ocenił wszystkie oferty, a przecież inni wykonawcy żadnych dodatkowych dokumentów nie składali. Gdyby ocena ofert miała być dokonywana z uwzględnieniem przedmiotowych środków dowodowych, to każdy z wykonawców musiałby złożyć je wraz z ofertą.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż Odwołujący nie zakwestionował doświadczenia personelu kluczowego Przystępującego mimo, iż dysponował szczegółowymi informacjami i dokumentami, które tego doświadczenia dotyczyły. Tym samym od strony materialnej prawidłowość oceny oferty Przystępującego również nie została podważona.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Z uwagi na oddalenie odwołania w całości Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego.

Przewodnicząca:.....