

**WYROK**

Warszawa, dnia 26 lutego 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Adriana Urbanik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2024 r. przez wykonawcę Aqua Processer Sp. z o. o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Będzino

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska EKOWODROL Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Aqua Processer Sp. z o. o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

Aqua Processer Sp. z o. o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od odwołującego wykonawcy Aqua Processer Sp. z o. o. z siedzibą

w Gorzowie Wielkopolskim (ul. Nadbrzeźna 17, 66-400 Gorzów Wlkp) na rzecz zamawiającego Gminy Będzino (76-037 Będzino 19) kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy) obejmującą kwotę wynagrodzenia pełnomocnika,

2.3. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Aqua Processer Sp. z o. o. (ul. Nadbrzeźna 17, 66-400 Gorzów Wlkp) nadpłaconej kwoty wpisu od odwołania 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy).

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 338/24

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu w trybie podstawowym pn. „Budowa oczyszczalni ścieków wraz z budową sieci kanalizacji sanitarnej w Gminie Będzino.”, nr referencyjny: ZP.271.18.2023, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 01.12.2023 r. pod nr 2023/BZP 0052785 przez **Gminę Będzino, 76-037 Będzino 19**, zwaną dalej: „Zamawiającym”.

Do wyżej wymienionego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, z późn. zm.), dalej „ustawy Pzp”.

Dnia 30.01.2024 r. (wpływ w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie złożył **wykonawca Aqua Processer spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Nadbrzeźna 17, 66-400 Gorzów Wlkp**, zwany dalej także „Odwołującym”, od niezgodnych z przepisami ustawy czynności (zaniechań) Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia

w zakresie części numer 1 pn. „Budowa oczyszczalni ścieków w m. Tymień”:

1. dokonania w zakresie części 1 wyboru oferty wykonawcy Konsorcjum, Lider: Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska EkoWodrol Spółka z o.o. z siedzibą w Koszalinie, Partner: Biuro Inżynierskie Budzisz Sp. z o.o. z siedzibą w Konikowie (zwaną dalej w treści odwołania: „EkoWodrol”) jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu; podczas gdy prawidłowa i kompletna ocena ofert doprowadza do uznania, że najkorzystniejszą ofertą jest oferta złożona

przez Odwołującą się

2.zaniechania w zakresie części 1 przy ocenie oferty złożonej przez Aqua Processor sp. z o.o. przyznania punktów przy kryterium doświadczenia kierownika budowy oraz kryterium doświadczenia projektanta.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

1.art. 239 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy EkoWodrol w zakresie części 1 jako oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, podczas gdy oferta złożona przez Aqua Processor sp. z o.o. przy uwzględnieniu kryterium doświadczenia kierownika budowy oraz kryterium doświadczenia projektanta była ofertą najkorzystniejszą,

2.art. 240 § 2 w zw. z art. 223 Pzp, poprzez zaniechanie w zakresie części 1 dokonania weryfikacji i porównania poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawionej w ofercie i w uzupełnionym załączniku przez Aqua Processor sp. z o.o. podczas gdy prawidłowa oferta złożona przez Aqua Processor sp. z o.o. przy uwzględnieniu kryterium doświadczenia kierownika budowy oraz kryterium doświadczenia projektanta była ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1;
2. powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1.

Nadto Odwołujący wniósł o przyznanie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Zamawiający w dniu 01.02.2024 r. (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej za pośrednictwem platformazakupowa.pl) wezwał wraz kopią odwołania, uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił w dniu 02.02.2024 r. przystąpienie **wykonawca Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska EkoWodrol sp. z o.o., ul. Słowińska 13, 75-846 Koszalin** (wpływ w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP), zwany dalej „Przystępującym”. Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego Przystępującego.

W dniu 16.02.2024 r. odpowiedź na odwołanie złożył środkami komunikacji elektronicznej Zamawiający, w której w szczególności wniósł o oddalenie odwołania w całości i o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści dokumentów, znajdujących się w aktach postępowania objętego przedmiotem niniejszej sprawy, w szczególności:

- a) Specyfikacji warunków zamówienia („SWZ”) w postępowaniu o nr ZP.271.18.2023 wraz z załącznikiem nr 2 (wzór formularza ofertowego) oraz załącznikiem nr 5 (wzór wykazu osób),
  - b)Oferty Wykonawcy Aqua Processer Spółka z o.o.,
  - c)Pisemnego wezwania Wykonawcy z dnia 04.01.2024 r. do wyjaśnienia treści oferty,
  - d)Pisemnej odpowiedzi Wykonawcy z dnia 08.01.2024 r.
- na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia niniejszego pisma.

W dniu 19.02.2024 r. odpowiednio podczas posiedzenia niejawnego z udziałem stron i rozprawy w szczególności:

- 1)Odwołujący podtrzymał stanowisko jak w odwołaniu, złożył wniosek o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego i fakturę z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 2)Zamawiający podtrzymał stanowisko jak w odpowiedzi na odwołanie i złożył wniosek o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego i rachunek z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3)Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi w postępowaniu odwoławczym dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron i Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp, zaś wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 ustawy Pzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego, a także zawnioskowane w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, to jest odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz stanowiska i oświadczenia stron i Przystępującego, złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W dniu 25.01.2024 r. Zamawiający powiadomił Wykonawców, biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia w szczególności w części nr 1 pn. „Budowa oczyszczalni ścieków w m. Tymień” o wyborze najkorzystniejszej oferty - złożonej przez Wykonawcę Konsorcjum, Lider: Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska EkoWodrol Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie, Partner Konsorcjum: Biuro Inżynierskie Budzisz Spółka z o.o. z siedzibą w Konikowie.

Na podstawie Specyfikacji Warunków Zamówienia:

1)Rozdz. X „Opis sposobu przygotowania oferty (...)” w pkt 1 ppkt 1.1.3 i pkt 1.1.4 oraz ppkt 1.4:

„1. Dokumenty i oświadczenia wymagane od wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, na etapie składania ofert:

1.1. wypełniony formularz oferty z określeniem:

1.1.3 oferowanego doświadczenia kierownika budowy (dot. branży instalacji sanitarnych);

1.1.4 oferowanego doświadczenia projektanta;

- dla każdej części zamówienia, na którą wykonawca składa ofertę. (...)

1.4 wykaz osób wyznaczonych do realizacji zamówienia (potwierdzający spełnienie kryteriów oceny ofert w postępowaniu) - dla każdej części zamówienia, na którą wykonawca składa ofertę – wg załącznika nr 5.”;

2)Rozdz. XIII „Opis kryterium, którymi zamawiający będzie kierował się przy wyborze oferty i sposób oceny ofert (...)”w pkt 5, 6 i 8:

„ 5. Kryterium doświadczenia kierownika budowy (D) będzie rozpatrywane na podstawie zaoferowanego doświadczenia kierownika budowy (dot. branży instalacji sanitarnych). Ilość punktów w tym kryterium zostanie przyznana zgodnie z poniższymi progami:

• od 0 do 5 lat (włącznie): D = 5 punktów,

• pomiędzy 5 a 10 lat: D = 10 punktów,

• 10 lat i więcej: D = 15 punktów.

5.1. Wykonawca zobowiązany jest podać w ofercie oferowane doświadczenie kierownika budowy (dot. branży instalacji sanitarnych), określając je w latach.

5.2. W przypadku braku podania w ofercie doświadczenia kierownika budowy (dot. branży instalacji sanitarnych), zamawiający uzna, że wykonawca zapewnia kierownika budowy z zakresu od 0 do 5 lat.

6. Kryterium doświadczenia projektanta (P) będzie rozpatrywane na podstawie zaoferowanego doświadczenia projektanta dla wykonanych dokumentacji technicznych w zakresie:

6.1. dla części nr 1: budowy, przebudowy lub rozbudowy oczyszczalni ścieków w technologii SBR, (...)

6.3. Ilość punktów w tym kryterium zostanie przyznana zgodnie z poniższymi progami:

• od 0 kompletów: P = 0 punktów,

• 1 komplet: P = 5 punktów,

• 2 komplety: P = 10 punktów,

• 3 komplety i więcej: P = 15 punktów.

6.4. Wykonawca zobowiązany jest podać w ofercie oferowane doświadczenie projektanta, podając ilość wykonanych kompletów powyżej opisanej dokumentacji.

6.5. W przypadku braku podania w ofercie doświadczenia projektanta, zamawiający uzna, że wykonawca zapewnia projektanta, który nie wykonał żadnej dokumentacji technicznej we wskazanym w pkt 9 zakresie. (...)

8. Uwaga: Na potwierdzenie spełnienia kryterium opisanego w pkt. 5 (Kryterium doświadczenie kierownika budowy) oraz w pkt 6 (doświadczenie projektanta) do oferty dołączyć należy wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do

realizacji zamówienia publicznego, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami. Dokument ten musi być załączony przez Wykonawcę przy ofercie, gdyż nie stanowi dokumentu składanego w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wobec czego art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma zastosowania. Wykaz składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.”;

3) Załącznik nr 2 do SWZ – Wzór formularza oferty, na str. 1 Zamawiający podał:

„ Uwaga! Gwarancja, doświadczenie projektanta oraz doświadczenie kierownika budowy – dla każdej z części - stanowi kryterium oceny ofert, które szczegółowo opisane zostały w Rozdziale XIII SWZ .”

Na str. nr 4 Zamawiający podał:

„Załącznikami do niniejszej oferty są:

- formularz cenowy - zał. nr 2a)
- oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu - zał.nr 3
- oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu w postępowania – zał. nr 4
- wykaz osób - zał. nr 5
- informacje związane z powstaniem u zamawiającego obowiązku podatkowego – zał.nr ...\*
- pełnomocnictwo - zał. nr ...\*
- .....- zał. nr ...\* (...)

Uwaga:

\*- niepotrzebne skreślić (...);

4) Załącznik nr 5 do SWZ – „Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego potwierdzający spełnienie kryteriów oceny ofert (...)”.

W tabeli Zamawiający wymagał w szczególności wskazania: „Doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji (podać nazwy wraz z terminem realizacji)”.

Odwołujący zadeklarował dla Części nr 1 zamówienia w Formularzu oferty 20 lat doświadczenia kierownika budowy, oraz 5 sztuk w kryterium doświadczenie projektanta. Odwołujący nie załączył do oferty załącznika nr 5 (wykazu osób).

W dniu 04.01.2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 223 ust.1 ustawy Pzp do wyjaśnienia m.in. braku złożenia wraz z ofertą załącznika nr 5 – wykazu osób.

Pismem z dnia 08.01.2024 r. wezwany wykonawca wyjaśnił: „Działając w imieniu AQUA PROCESSER Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wlkp. i nawiązując do wezwania z dnia 04 stycznia 2024r. w załączeniu przedkładam wyjaśnienia dot. oferty:

1. Składając ofertę omyłkowo nie został dołączony załącznik nr 5 zawierający Wykaz Osób. Dokument ten przedkładam w załączeniu.

2. Składając oświadczenie w przedmiocie spełniania warunków udziału w postępowaniu, omyłkowo nie została przekreślona pozycja 2. Wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. W załączeniu przedkładamy poprawiony załącznik.”.

W Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 25.01.2024 r. Zamawiający podał w szczególności punktację przyznaną złożonym ofertom – Część nr 1, i w pkt 1 Odwołującemu przyznał punkty w szczególności: Doświadczenie kierownika budowy: 5 pkt, Doświadczenie projektanta: 0 pkt.

Spór dotyczył tego, czy na podstawie SWZ wykonawca powinien otrzymać dodatkowe punkty w kryterium kierownika budowy oraz w kryterium doświadczenia projektanta

na podstawie jedynie wskazania w formularzu oferty tego doświadczenia czy też niezbędne było celem uzyskania dodatkowych punktów załączenie do oferty załącznika nr 5 – Wykazu osób.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 ustawy Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału dowodowego (art. 542 ust. 1 ustawy Pzp), Izba stwierdziła, co następuje.

Odwołujący w ocenie Izby nie wykazał skutecznie zasadności zarzutów odwołania.

#x200e

#x200eOдноśnie zarzutu 1 odwołania – naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp, oraz zarzutu 2 odwołania – naruszenia art. 240 § 2 w zw. z art. 223 Pzp (podane wyżej), w ocenie Izby zarzuty nie potwierdziły się.

Odwołujący w odwołaniu w szczególności podał: „Brak uwzględnienia wskazanego przez Wykonawcę doświadczenia w kryterium kierownika budowy oraz w kryterium doświadczenia projektanta skutkujący brakiem przyznania punktów przez Zamawiającego stanowi istotę niniejszego odwołania. Uzasadniając zaś zarzuty wskazuje co następuje.

II Brak uwzględnienia przedłożonych wyjaśnień

W pierwszej kolejności wskazać należy, że Zamawiający pismem z dnia 04 stycznia 2024r. wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty w pozycji dotyczącej doświadczenia projektanta, gdzie Wykonawca wpisał 5 szt. i doświadczenia kierownika budowy, gdzie Wykonawca wpisał 20 lat. Zamawiający w treści pisma wskazał, że w złożonej ofercie brak jest załącznika nr 5 Wykaz osób potwierdzających spełnienie kryteriów oceny ofert. Zamawiający wskazał, że przedstawione informacje nie są możliwe do weryfikacji przez Zamawiającego i w związku z art. 223 ust. 1 Pzp oraz z uwagi na zapis SWZ w Rozdz. XIII pkt 8 wzywamy do wyjaśnienia powyższego zapisu. W odpowiedzi pismem z dnia 08 stycznia 2024r. Wykonawca wskazał, że omyłkowo nie został załączony Załącznik numer 5, który został dołączony do pisma. Pomimo to dokonując oceny Zamawiający nie przyznał punktów

za spełnienie kryterium doświadczenia projektanta i kierownika budowy, podczas gdy

z dokumentów jednoznacznie wynikało, że Wykonawca w tychże pozycjach winien otrzymać po 15 pkt. Istotną z punktu widzenia niniejszego odwołania jest analiza art. 223 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym to: 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 art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Na podstawie powyższego przepisu zamawiający może w toku badania i oceny ofert żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących nie tylko treści złożonych ofert, lecz także – co stanowi w tym miejscu odmienność od regulacji Prawa zamówień publicznych z 2004 r. – przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. W języku polskim słowo „wyjaśnić” oznacza „uczynić coś zrozumiałym”, „podać powody, motywy”. Zastosowanie instytucji wyjaśnień wymaga zatem wystąpienia po stronie zamawiającego wątpliwości, a ich zaistnienie powinno wynikać z uzasadnionych przesłanek, w szczególności z dowodu przedstawionego przez innego wykonawcę, czy też sytuacji, gdy zamawiający samodzielnie nie jest w stanie ustalić rzeczywistej woli wykonawcy. Wyjaśnienia mogą dotyczyć wszystkich elementów oferty: zarówno jej zawartości merytorycznej, jak i warunków wykonania zamówienia. Ograniczeniem jest jedynie to, że zakres żądanych wyjaśnień nie może prowadzić

do negocjacji między zamawiającym a wykonawcą dotyczących złożonej oferty, a także dokonywania jakiegokolwiek zmiany w jej treści, poza czynnościami wymienionymi w ust. 2 komentowanego przepisu (poprawianie omyłek) i art. 187 p.z.p. (w dialogu konkurencyjnym).

Wszelkie uzupełnienia dokumentów czy składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieścić się w granicach złożonej oferty i mogą służyć wyłącznie do wykazania prawidłowości jej treści, zakazane jest natomiast oferowanie w tej drodze świadczeń o innych parametrach czy właściwościach, niż wynikające ze złożonej oferty (vide Gawrońska-Baran Andrzeła i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany). Krajowa Izba Odwoławcza

w Wyroku z dnia 02 czerwca 2022r. sygn. akt KIO 1292/22 wskazała, że celem przepisu

art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p. jest niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert

w przeważającym zakresie poprawnych, na skutek zaistnienia niezgodności z treścią SWZ, których poprawienie nie ma zasadniczego znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia i oczekiwań zamawiającego. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco. W przedmiotowym stanie faktycznym, Wykonawca

w treści oferty wskazał na doświadczenie projektanta i kierownika budowy. Jego błąd polegał na omyłkowym nie dołączeniu wykazu z załącznika numer 5. Złożone uzupełnienie – na skutek wezwania Zamawiającego – w żadnej mierze nie zmieniło treści przedłożonej oferty

– w szczególności nie doszło do zmiany jej parametrów w zakresie deklarowanego doświadczenia projektanta i kierownika budowy. Tym samym zachowanie Zamawiającego jest niekonsekwentne. Z jednej bowiem strony dokonując wezwania z dnia 04 stycznia 2024r. uznał, że zachodzi konieczność złożenia wyjaśnień, po czym złożonych wyjaśnień w ogóle nie uwzględnił. Dokonując zaś wezwania niejako pozwolił na sanowanie braku dołączenia załącznika i jego uzupełnienie. Trzeba bowiem wskazać, że drobna omyłka polegająca na braku dołączenia załącznika do oferty – który jest dokumentem niestandardowym, którego obowiązek przedłożenia nie wynika z przepisów PZP, nie może prowadzić do wyeliminowania oferty, która w pozostałym (w tym wymaganym przepisami PZP) zakresie jest poprawna pod kątem formalnym.

III Zapisy SWZ wskazujące na procedurę stosowania kryterium oceny ofert

Dodatkowo uzupełniając powyższe rozważania należy wskazać na zapisy SWZ dotyczące spornego Załącznika nr 5. I

tak zgodnie z Rozdziałem XIII SWZ pkt 5 i 6 dotyczącym opisu kryterium, którym zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty i sposobie oceny oferty znajduje się tożsamy dla kryterium doświadczenia W przypadku braku podania w ofercie doświadczenia kierownika budowy (dot. branży instalacji sanitarnych) projektanta, zamawiający uzna, że wykonawca zapewnia kierownika budowy z zakresu od 0 do 5 lat.

W przypadku braku podania w ofercie doświadczenia projektanta, zamawiający uzna,

że wykonawca zapewnia projektanta, który nie wykonał żadnej dokumentacji technicznej w we wskazanym w pkt 9 zakresie.

Co istotne zapisy SWZ jednoznacznie wskazują, że tylko i wyłącznie w przypadku braku podania w ofercie doświadczenia – doświadczenie to nie będzie uwzględnione. Tymczasem w przedmiotowym stanie faktycznym w ofercie podano doświadczenie projektanta i kierownika budowy. Zgodnie zaś z Rozdziałem X SWZ i postanowieniami pkt 1.1. wypełniony formularz oferty zawiera określenie oferowanej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, oferowanej długości okresu gwarancji, oferowanego doświadczenia kierownika budowy, oferowanego doświadczenia projektanta. Znaczący to, że te oświadczenia składają się na ofertę. I takie oświadczenie było złożone. Sporny Załącznik numer 5 stanowi zaś niewątpliwie inny dokument, który miał na celu wyłącznie potwierdzenie deklaracji i jak wykazano powyżej mógł zostać uzupełniony. Takie stanowisko potwierdza również zapis zawarty w Rozdziale XIII pkt 8 SWZ, zgodnie z którym to na potwierdzenie spełnienia kryterium opisanego w pkt 5 (kryterium doświadczenie kierownika budowy) oraz w pkt 6 (doświadczenie projektanta) do oferty dołączyć należy wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami. Dokument ten musi być załączony przez Wykonawcę przy ofercie, gdyż nie stanowi dokumentu składanego w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wobec czego art. 128 ust. 1 PZP nie ma zastosowania. Zamawiający w przedmiotowym zapisie nie wskazał, że w przypadku braku załączenia wykazu osób, nie przyzna dodatkowych punktów w kryterium doświadczenia kierownika budowy i projektanta. Jak uczynił to w pkt 5.2 i 6.5. Co więcej Zamawiający sam wskazał, że dokument ten ma być złożony przy ofercie – a więc potwierdził, że nie stanowi to jej części. Reasumując jednoznacznie uznać należy, że samo wskazanie w treści oferty doświadczenie projektanta i kierownika budowy winno powodować przyznanie w tym zakresie odpowiedniej punktacji. Zwłaszcza w sytuacji, kiedy następczo posiadane doświadczenie zostało potwierdzone.

IV Zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej

Przywołane powyżej zarzuty i ich uzasadnienie powodują, że doszło w przedmiotowym stanie faktycznym do naruszenia art. 239 pzp i wybrania oferty, która nie była najkorzystniejsza. Gdyby bowiem Zamawiający w sposób należyty ocenił ofertę złożoną przez Aqua Processor sp. z o.o. wówczas oferta ta otrzymałaby za kryterium doświadczenia kierownika budowy

15 pkt, w kryterium doświadczenia projektanta również 15 pkt. Łączna zaś punktacja

(z uwzględnieniem ceny oraz okresu gwarancji) dałaby Wykonawcy 99,67 punktów a więc ta oferta byłaby najkorzystniejszą.

Mając powyższe na względzie, odwołanie należy uznać za uzasadnione i konieczne.

Jednocześnie wskazuje, że wysokość wpisu od odwołania wyliczono na podstawie art. § 4 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania, zgodnie z którym to: Wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu odwoławczym dotyczącym zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany, wynosi 10 000 złotych - w przypadku zamówienia na roboty budowlane. Przedmiotowe zaś postępowanie zgodnie z określeniem

w SWZ dotyczy robót budowlanych. Wykonawca omyłkowo dokonał przelewu 20 000 zł, stąd też wnoszę o zwrot różnicy na rachunek bankowy Wykonawcy.”.

Zamawiający w SWZ zobowiązał wykonawców do podania w ramach kryteriów oceny ofert - doświadczenia kierownika budowy (w latach) oraz doświadczenia projektanta (w sztukach) w treści oferty, przy czym na potwierdzenie tych danych należało złożyć załącznik nr 5 - Wykaz osób (Rozdział X pkt 1 ppkt 1.4 SWZ oraz zgodnie z Rozdziałem XIII pkt 8 SWZ).

Odwolujący w ofercie wskazał 20 lat doświadczenia kierownika budowy i 5 szt doświadczenia projektanta, jednak nie załączył do oferty Wykazu osób.

W SWZ w Rozdziale XIII pkt 5.2 i pkt 6.5, wyraźnie wskazano, że „W przypadku braku podania w ofercie doświadczenia kierownika budowy, Zamawiający uzna, że Wykonawca zapewnia kierownika budowy z zakresu od 0 do lat 5. Z kolei, „ W przypadku braku podania

w ofercie doświadczenia projektanta, Zamawiający uzna, że wykonawca zapewnia projektanta, który nie wykonał żadnej dokumentacji technicznej (...).”

W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że Odwołujący na etapie postępowania o udzielenie zamówienia rozumiał postanowienia SWZ w spornym zakresie tak, jak rozumiał je Zamawiający – wykonawcy zobowiązani byli do wykazania doświadczenia kierownika budowy oraz doświadczenia projektanta, przy czym aby otrzymać dodatkowe punkty

w kryterium oceny ofert wykonawca winien był przedstawić załącznik nr 5 – Wykaz osób, który stanowił niewątpliwie treść oferty wykonawcy. Bez złożenia wykazu usług mógł wykonawca jedynie uzyskać 5 pkt zgodnie z treścią Rozdziału XIII pkt 5.2 SWZ i Zamawiający takie przyznał. O powyższym w szczególności świadczy samo oświadczenie Odwołującego w treści wyjaśnień z dnia 08.01.2024 r.: „1. Składając ofertę omyłkowo nie został dołączony załącznik nr 5 zawierający Wykaz Osób. Dokument ten przedkładałam w załączeniu.”

Wbrew twierdzeniu Odwołującego Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień oferty Odwołującego nie wezwał go tym samym do uzupełnienia załącznika nr 5 – Wykazu osób.

Nie mógł tego Zamawiający uczynić już z powodu zakazu, wynikającego z ustawy Pzp,

a to art. 107 ustawy Pzp, bowiem wezwanie do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego jest dozwolone po pierwsze wówczas, gdy tak przewidzi Zamawiający

w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia (art. 107 ust. 2 ustawy Pzp),

a Zamawiający powyższe wykluczył w SWZ (zastrzeżenie Zamawiającego zawarte w treści Rozdziału XIII pkt 8: „Dokument ten musi być załączony przez Wykonawcę przy ofercie,

gdyż nie stanowi dokumentu składanego w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wobec czego art. 128 ust. 1 Prawo zamówień publicznych nie ma zastosowania), i gdy

w szczególności nie służy on potwierdzeniu kryteriów oceny ofert (art. 107 ust. 3 ustawy Pzp), a w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia Wykaz osób służy potwierdzeniu kryteriów oceny ofert. Odwołujący zdaje się nie zauważać, że w Wykazie osób wykonawcy mieli podać szczegółowo dane osób, a także ich kwalifikacje, doświadczenie zawodowe, podstawę do dysponowania osobą. Takich szczegółów nie zawierała treść wypełnionego Formularza oferty, a zatem treść Wykazu osób, jako załącznika do wypełnionego Formularza oferty, stanowi treść oferty, niepodlegającą zmianie po terminie złożenia oferty.

Izba także wskazuje, że wbrew twierdzeniu Odwołującego, żądanie Wykazu osób przez Zamawiającego jako przedmiotowego środka dowodowego znajduje swoją podstawę

w art. 106 ustawy Pzp. Ustawa Pzp nie wylicza w sposób enumeratywny możliwych przedmiotowych środków dowodowych, a pozostawia powyższe do decyzji Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, a także prawo Zamawiającego do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert w toku badania i oceny ofert, mógł Zamawiający zastosować art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i zwrócić się do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty. Nadinterpretacją Odwołującego, jak już Izba wyżej wskazała, było wywiedzenie z wezwania do wyjaśnień możliwości uzupełnienia Wykazu osób.

Zamawiający zatem nie naruszył zarzucanych mu w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 ustawy Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie , art. 574 i ustawy Pzp oraz w oparciu

o przepisy ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania

oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U.). Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości

10 000,00 zł i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego. Wobec oddalenia odwołania w całości, koszty ponosi Odwołujący. W związku z tym, iż Zamawiający złożył wniosek o zasądzenie uzasadnionych kosztów stron postępowania odwoławczego

– wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł), oraz z tego tytułu rachunek, Izba zasądziła takie koszty na podstawie § 5 pkt 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.

Na podstawie art. § 2 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania, wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości mniejszej niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy, wynosi 10 000 złotych. Wykonawca wniósł wpis w wysokości 20 000 złotych, a zatem Izba nakazała zwrot nadpłaconej kwoty wpisu 10 000 zł zgodnie z wnioskiem Odwołującego w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....