

WYROK

Warszawa, dnia 15 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ESIX SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie, M.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.U.H. EL PROFESSIONAL MARIUSZ MASZOTA w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Ząbkowice Śląskie przy udziale uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego ELEKTROTIM SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Wrocławiu

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 239 ust. 1 oraz art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu Gminie Ząbkowice Śląskie:
 - 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
 - 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach nakazuje Zamawiającemu przyznanie wykonawcy ELEKTROTIM SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą we Wrocławiu 0 punktów w ramach kryterium pozacenowe dotyczącego doświadczenia projektanta
 - 3) wezwać wykonawcę ELEKTROTIM SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą we Wrocławiu do poprawienia/uzupełnienia wykazu osób w zakresie doświadczenia projektanta w specjalności elektrycznej
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ESIX SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie, M.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.U.H. EL PROFESSIONAL MARIUSZ MASZOTA w 1/3 oraz zamawiającego Gminę Ząbkowice Śląskie w 2/3 i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ESIX SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie, M.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.U.H. EL PROFESSIONAL MARIUSZ MASZOTA tytułem wpisu od odwołania
 - 3.2. zasądza od zamawiającego Gminy Ząbkowice Śląskie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ESIX SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.U.H. EL PROFESSIONAL MARIUSZ MASZOTA kwotę 13 3 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy trzysta trzydzieści cztery złote zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez wykonawców tytułem wpisu od odwołania.

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:

UZASADNIENIE:

Gmina Ząbkowice Śląskie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla inwestycji pn: „Budowa infrastruktury elektroenergetycznej dla Strefy inwestycyjnej Europark Ząbkowice Śląskie”, nr referencyjny: ZP.271.12.2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 lipca 2023 r. pod numerem: 2023/S 135-431623.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ESIX SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie, M.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.U.H. EL PROFESSIONAL MARIUSZ MASZOTA (dalej: „Odwołujący”) w dniu 27 grudnia 2023 r. wnieśli odwołanie

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności oraz zaniechań Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezzasadne wezwanie wykonawcy ELEKTROTIM S.A. do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie informacji, jakie podlegały ocenie w ramach kryteriów oceny ofert i tym samym naruszenie zakazu prowadzenia negocjacji dotyczącej złożonej oferty;
- art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wadliwą ocenę oferty ELEKTROTIM S.A. w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert w zakresie w jakim przedłożona oferta nie zawierała informacji pozwalających na przyznanie wykonawcy dodatkowych punktów;
- art. 128 ust. 1 i 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ELEKTROTIM S.A. do złożenia wyjaśnień ewentualnie do uzupełnienia wykazu osób w zakresie dotyczącym doświadczenia projektanta w specjalności elektrycznej;

i tym samym naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażonych w art. 16 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej;
- unieważniania czynności wezwania w dniu 27 września br. wykonawcy ELEKTROTIM S.A. do złożenia wyjaśnień w sprawie informacji niezbędnych do oceny oferty w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert;
- ponowienie badania i oceny ofert w oparciu o pierwotne brzmienie oferty wykonawcy ELEKTROTIM S.A.
- wezwania wykonawcy ELEKTROTIM S.A. do wyjaśnienia oraz ewentualnie uzupełnienia wykazu osób w zakresie doświadczenia projektanta w specjalności elektrycznej wskazywanego przez wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- ponowne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

I. Zarzut dotyczący kryteriów oceny ofert

Zamawiający w niniejszym postępowaniu ustanowił pozacenowe kryterium oceny ofert dotyczące doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Wykonawcy w formularzu ofertowym byli obowiązani wykazać, że:

- osoba wskazana na stanowisko projektanta w specjalności elektrycznej posiadania doświadczenie zawodowe w stworzeniu więcej niż dwóch dokumentacji projektowych na budowę linii kablowej SN /WN1 o długości co najmniej 4,0 km każda;
- osoba wskazana na stanowisko kierownika budowy posiadania doświadczenie zawodowe obejmujące sprawowanie określonych w SWZ funkcji przy realizacji więcej niż dwóch zadań polegających na budowie linii kablowej SN / WN o długości co najmniej 4,0 km każda.

Tytułem wstępu należy zauważyć, że ustawa Pzp jak i praktyka organów kontrolnych wyklucza możliwość uzupełniania jak i wyjaśniania informacji zawartych w treści oferty, a dotyczących badania kryteriów oceny ofert. Nie znajduje w szczególności zastosowania art. 223 ust. 1 Pzp dotyczący wyjaśnienia treści złożonych ofert. Na marginesie można dodać, że nie znajdują zastosowania także art. 128 ust. 1 oraz art. 128 ust. 4 Pzp w zakresie uzupełniania oraz wyjaśniania tzw. podmiotowych środków dowodowych, gdyż zgodnie z definicją ustawową nie dotyczą one informacji składanych w ramach kryteriów oceny ofert (argument z brzmienia z art. 124 Pzp).

U podstaw powyższego zakazu leżą dwie zasadnicze przyczyny. Po pierwsze możliwość uzupełniania bądź też wyjaśniania informacji na temat doświadczenia ocenianego w ramach kryteriów oceny ofert sprzyjałoby możliwości tworzenia zmów przetargowych. Wykonawcy znając swoje oferty mogliby w zмовie wpływać na wynik osiągnięty w rankingu ofert.

W dalszej części uzasadnienia zarzuty Odwołujący przytoczył tezy wyroków Krajowej Izby Odwoławczej oraz odpowiedź na pytanie z Systemu informacji prawnej Lex.

Zdaniem Odwołującego skoro w treści oferty brak jest informacji pozwalających na przyznanie dodatkowych punktów to nie ma żadnych podstaw do uzupełnienia, ale także do wyjaśniania w tym zakresie treści oferty.

Zarzut dotyczący wadliwej oceny oferty wykonawcy Elektrotim S.A

Zgodnie z treścią art. 242 ust. 2 pkt 5 kryteriami jakościowymi oceny ofert mogą być m.in. kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Zamawiający zgodnie z deklaracjami dodatkowo punktować będzie (wymagania łączne) doświadczenie:

- osoby wskazanej na stanowisko projektanta w specjalności elektrycznej posiadania
- mającej doświadczenie zawodowe w stworzeniu więcej niż dwóch dokumentacji projektowych na
- budowę
- linii kablowej
- SN /WN

- o długości co najmniej 4,0 km każda.

Odnosząc powyższe do oferty wykonawcy Elektrotim oraz doświadczenia projektanta:

- Prace wskazywane w pozycji nr 2 mają status „w trakcie realizacji”. Zgodnie z treścią kryterium wymagane dotyczyło stworzenia (co świadczy o zakończeniu prac) dokumentacji projektowej. Zatem wskazana dokumentacja nie spełnia wymagań.
- Prace wskazywane w pozycji nr 3. Brak jest informacji że prace dotyczyły linii kablowej SN lub WN. Prace dotyczą linii napowietrznej (a nie linii kablowej).
- Prace wskazywane w pozycji nr 4. Brak jest informacji że prace dotyczyły linii kablowej SN lub WN. Prace dotyczą linii napowietrznej (a nie linii kablowej).
- Prace wskazywane w pozycji nr 5. Brak jest informacji że prace dotyczyły linii kablowej SN lub WN. Prace dotyczą linii napowietrznej (a nie linii kablowej).
- Prace wskazywane w pozycji nr 6. Brak jest informacji że prace dotyczyły linii kablowej SN lub WN. Prace dotyczą linii napowietrznej (a nie linii kablowej).

Wykonawca Elektrotim jedynie w pozycji 1 i 2 tabeli wskazał poprawnie na linię kablową która jest linią SN. W pozostałych pozycjach takich informacji zabrakło gdyż wskazywane prace nie spełniają wymagań SWZ. Co więcej, w piśmie z dnia 4 października br. wykonawca powtórzył, że prace z pozycji 2 jeszcze trwają. Ponadto postawił tezę z którą nie można się zgodzić, że miał prawo wskazać na prace wykonywane, gdyż projektant nabywa doświadczenie zawodowe niezależnie od ewentualnego odebrania sporządzonej dokumentacji przez zamawiającego. W ocenie Odwołującego brak odbioru prac świadczy o trwających pracach projektowych, tym samym o braku możliwości powoływania się na takie prace. Zamawiający wezwał także Elektrotim do wyjaśnienia, dlaczego nie podał w tabeli informacji na temat rodzaju linii (napowietrzna czy kablowa). Elektrotim wskazał, że skoro modyfikacją SWZ Zamawiający dopuścił linii obok linii SN (średniego napięcia) także linie WN (wysokiego napięcia) to nie trzeba było wykazywać się doświadczeniem w projektowaniu linii kablowych. Tyle że taka interpretacja SWZ jest wbrew literalnemu (i celowościowemu) brzmieniu dokumentacji przetargowej. W Specyfikacji Zamawiający jednoznacznie wskazywał na linie „kablów”. Samo wezwanie Zamawiającego takie dychotomiczne rozumienie prezentowało („napowietrzna czy kablowa”). Innymi słowy Zamawiający dopuścił obok linii kablowych SN (średniego napięcia), także linie kablowe WN (wysokiego napięcia).

W zakresie doświadczenia kierownika robót ustanowiono następujący warunek:

- posiada doświadczenie zawodowe obejmujące sprawowanie określonych w SWZ funkcji;
- przy realizacji więcej niż dwóch zadań polegających na
- budowie
- linii kablowej
- SN / WN;
- o długości co najmniej 4,0 km każda.

Odnosząc powyższe do oferty wykonawcy Elektrotim oraz doświadczenia kierownika budowy:

- Prace wskazywane w pozycji nr 2. Brak jest wskazania, że dotyczą linii kablowej SN/WN.
- Prace wskazywane w pozycji nr 4. Brak jest wskazania, że dotyczą linii SN/WN. Brak także informacji że dotyczą budowy linii kablowej.

Dodatkowego wyjaśnienia wymaga, że nie można utożsamiać budowy linii kablowej z budową linii napowietrznej. Mamy w tym zakresie (jest to wiedza notoryjna dla uczestników niniejszego postępowania przetargowego) z odmiennymi obiektami inżynieryjnymi, dla których wydane są odrębne normy branżowej:

- Norma PN-EN 50341-1:2016) Elektroenergetyczne linie napowietrzne prądu przemiennego powyżej 1 kV -- Część 2-22: Krajowe Warunki Normatywne (NNA) dla Polski (oparte na EN 50341-1:2012).
- N SEP-E-003 Elektroenergetyczne linie napowietrzne. Projektowanie i budowa. Linie prądu przemiennego z przewodami pełnoizolowanymi oraz z przewodami niepełnoizolowanymi.
- PN-EN 50397-1:2021-04 Przewody w osłonie do linii napowietrznych oraz osprzęt do nich, na napięcie znamionowe prądu przemiennego wyższe od 1 kV i nieprzekraczające 36 kV wprowadza EN 50397-1:2020 [IDT]
- Elektroenergetyczne linie kablowe. N SEP-E-004 Elektroenergetyczne i sygnalizacyjne linie kablowe. Projektowanie i budowa. (Norma SEP która powołuje się na inne normy techniczne).

W ślad za tym docelowy operator sieci dystrybucyjnej (OSD), stawia osobne wymagania w zakresie standardów technicznych jakie należy zachować na etapie projektowania i budowania linii napowietrznych i linii kablowych.

Powyższe znajduje także odzwierciedlenie w przepisach prawa, jak chociażby w treści rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 17 lutego 2020 r. w sprawie sposobów sprawdzania dotrzymania dopuszczalnych poziomów pól elektromagnetycznych w środowisku (t.j. Dz. U. z 2022 roku poz. 2630 ze zm.) w którym używa się odrębnych pojęć dla linii elektroenergetycznych: linii napowietrznych oraz linii kablowych.

Nieprzypadkowo zatem Zamawiający oczekiwał wykazania się doświadczeniem (literalne brzmienie warunku) odnoszącym się do przedmiotu zamówienia, a nie do innych prac odbiegających swoją specyfiką. Próba wykazania się przez wykonawców doświadczeniem zdobytym przy innego typu projektach (niż wprost wskazane w SWZ) stanowi zatem naruszenie zasady uczciwej konkurencji i nie może znaleźć akceptacji.

Odwołujący odwołał się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej.

Biorąc pod uwagę powyższe, wykonawca ELEKTROTIM nie wykazał posiadania doświadczenia w 6 pracach projektanta oraz 2 kierownika budowy (zatem łącznie 6 dodatkowo punktowanych). Tym samym winien otrzymać jedynie 10 punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert.

Odwołujący podkreślił, że wystarczy nieuwzględnienie doświadczenia projektanta Elektrotim (zero punktów) bez badania doświadczenia kierownika budowy do przesunięcia tego wykonawcy na pozycję trzecią rankingu ofert, a Odwołującego na pozycję drugą.

Odwołujący wnosi o nakazanie przez Izbę unieważnienia badania i oceny ofert wraz z ponownym przeprowadzeniem badania oferty wykonawcy Elektrotim, bez przyznania niezasadnie przypisanych punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert.

II. Zarzut dotyczący wykazu osób

Zgodnie z treścią SWZ o udzielenie zamówienia może się ubiegać wykonawca, który dysponuje projektantem w specjalności elektrycznej posiadającym odpowiednie uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń oraz doświadczenie w opracowaniu:

- co najmniej dwóch dokumentacji projektowych
- na budowę linii kablowej SN / WN • o długości co najmniej 4,0 km każda.

Wykonawca Elektrotim wskazał na doświadczenie Pana A.S. w wykonaniu dwóch prac. Przy czym w zakresie pierwszej wskazano na linię kablową („wykonanie dokumentacji projektowej dla linii kablowej SN”). W przypadku drugiej pozycji w tabeli zabrakło informacji o tym że była to linia kablowa. Według wiedzy Odwołującego projektowana linia była linią napowietrzną.

Odwołujący odwołał się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej.

W ocenie Odwołującego zachodzą podstawy do wezwania wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 i 5 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień i ewentualnie do uzupełnienia wykazu osób w zakresie dotyczącym doświadczenia projektanta w specjalności elektrycznej.

W złożonej pismem z 9 stycznia 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołaniach i wniósł o ich oddalenie w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie wykazał interesu we wniesieniu odwołania. Zamawiający przytoczył treść art. 505 ust. 1 ustawy Pzp oraz tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 września 2016 r. w sprawie o sygn. KIO 1719/16.

Przepis art. 179 ustawy Pzp statuuje ogólną zasadę, iż środki ochrony prawnej przysługują tylko tym uczestnikom postępowania, którzy mają lub mieli interes w uzyskaniu zamówienia oraz ponieśli lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. (...)

Odwolujący winien dowieść, że posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia. Interes przywołany w art. 505 ust. 1 Pzp nie jest interesem materializującym się w ochronie ogólnie pojętej praworządności i korygowania nieprawidłowości działań czy też zaniechań zamawiającego, lecz interesem mającym na celu ochronę konkretnego wykonawcy, w konkretnym postępowaniu, ukierunkowanym na uzyskanie przez tego wykonawcę stanu, w którym dany wykonawca będzie mógł uzyskać dane zamówienie.

Zamawiający wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu w dniu 12.09.2023r. skierowano do Odwołującego oraz firmy SPIE Elbud Gdańsk S.A. zawiadomienia o poprawieniu w ofercie omyłek, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Wartość oferty Odwołującego po poprawie omyłek wyniosła: 19 261 431,00 PLN, a wartość oferty firmy SPIE Elbud Gdańsk S.A. po poprawie omyłek wyniosła: 21.311.403,12 PLN.

Zgodnie z informacją Zamawiającego z dnia 01.09.2023r. w zakresie dyspozycji art. 222 ust. 4 ustawy Pzp, Gmina Ząbkowice poinformowała, że na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia zamierza przeznaczyć środki finansowe w wysokości 19 000 000 PLN brutto.

Zamawiający wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący nie uzyska zamówienia publicznego, gdyż cena oferty firmy SPIE Elbud Gdańsk S.A. sklasyfikowanej na drugim miejscu, a także cena oferty Odwołującego przekracza kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia. W przypadku bowiem odrzucenia oferty już wybranej, Zamawiający unieważni postępowanie, co potwierdza zarzut braku interesu po stronie Odwołującego w złożeniu środków odwoławczych w tym konkretnym postępowaniu.

Zamawiający podkreślił, że interes Odwołującego musi być w konkretnym postępowaniu, w którym on

uczestniczy i musi polegać na tym, że traci on możliwość wygrania przetargu. Nie może to być więc interes przyszły, niepewny i występujący w innym postępowaniu, prowadzonym przez Zamawiającego po uprzednim unieważnieniu przedmiotowego postępowania przez Zamawiającego. Wykazanie naruszenia interesu prawnego powinno być realne i konkretne, opierać się na faktach, a nie hipotezach lub żądaniach, które nie mogą lub nie muszą być spełnione przez zamawiającego. W szczególności Odwołujący nie może zakładać, że Zamawiający nie mając takiego obowiązku a nawet możliwości, pozyska środki na realizację zamówienia pokrywające znaczącą różnicę (ponad 12%) między ceną oferty SPIE Elbud Gdańsk S.A. a ceną jaką zamierzał i może przeznaczyć na realizację zamówienia.

Nadto Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 15 grudnia 2023 roku oferta Odwołującego została sklasyfikowana na trzecim miejscu listy rankingowej z ilością 83,10 pkt. Na drugim miejscu z ilością 83,48 pkt została sklasyfikowana oferta wykonawcy SPIE Elbud Gdańsk S.A. - powyższe ustalenia są okolicznością niesporną pomiędzy stronami.

W odwołaniu brak jest jednak zakwestionowania oferty SPIE Elbud Gdańsk S.A. co powoduje sytuację, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nawet w sytuacji uwzględnienia odwołania i odrzucenia oferty wykonawcy Elektrotim S.A. sytuacja Odwołującego nie ulega zmianie - dalej ofertą korzystniejszą pozostawałaby oferta SPIE Elbud Gdańsk S.A., a to nie pozwoliłoby Odwołującemu uzyskać zamówienia.

Odnosząc się do treści zarzutów, Zamawiający wskazał:

Zamawiający w niniejszym postępowaniu ustanowił pozacenowe kryterium oceny ofert dotyczące doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia w brzmieniu:

Kryterium nr 2 - Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia

a) Podkryterium nr 1 - doświadczenie PROJEKTANTA

- W przypadku gdy Wykonawca wykaże, że osoba wskazana na stanowisko Projektanta specjalności elektrycznej posiada doświadczenie zawodowe w stworzeniu dwóch dokumentacji projektowych na budowę linii kablowej SN o długości co najmniej 4,0 km każda - otrzyma 0 pkt

- W przypadku gdy Wykonawca wykaże, że osoba wskazana na stanowisko Projektanta specjalności elektrycznej posiada doświadczenie zawodowe w stworzeniu więcej niż dwóch dokumentacji projektowych na budowę linii kablowej SN o długości co najmniej 4,0 km każda - otrzyma za każdą dodatkową dokumentację projektową spełniającą warunki opisane powyżej 5 pkt.

Oferta Wykonawcy w tym podkryterium maksymalnie może otrzymać łącznie 20 pkt. W celu otrzymania 20 pkt, Wykonawca powinien wskazać, iż osoba wskazana na stanowisko Projektanta specjalności elektrycznej posiada doświadczenie zawodowe w stworzeniu łącznie 6 dokumentacji projektowych na budowę linii kablowej SN o długości co najmniej 4,0 km każda

2 dokumentacje projektowe = 0 pkt

3 dokumentacje projektowe = 0 pkt + 5 pkt = 5 pkt

4 dokumentacje projektowe = 0 pkt + 5 pkt + 5 pkt = 10 pkt

5 dokumentacji projektowych = 0 pkt + 5 pkt + 5 pkt + 5 pkt = 15 pkt

6 dokumentacji projektowych = 0 pkt + 5 pkt + 5 pkt + 5 pkt + 5 pkt = 20 pkt

b) Podkryterium nr 2 - doświadczenie KIEROWNIKA BUDOWY

- W przypadku gdy Wykonawca wykaże, że osoba wskazana na stanowisko Kierownika budowy posiada doświadczenie zawodowe obejmujące sprawowanie funkcji kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (definicja wykonania zadania: protokół odbioru lub równoważny dokument), przy realizacji 2 zadań polegających na budowie linii kablowej SN o długości co najmniej 4,0 km każda - otrzyma 0 pkt

- W przypadku gdy Wykonawca wykaże, że osoba wskazana na stanowisko Kierownika budowy posiada doświadczenie zawodowe obejmujące sprawowanie funkcji kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (definicja wykonania zadania: protokół odbioru lub równoważny dokument), przy realizacji więcej niż 2 zadań polegających na budowie linii kablowej SN o długości co najmniej 4,0 km każda - otrzyma za każde dodatkowe zadanie spełniające warunki opisane powyżej - 5 pkt.

Oferta Wykonawcy maksymalnie może otrzymać w tym podkryterium łącznie 20 pkt. W celu otrzymania 20 pkt, Wykonawca powinien wskazać, iż osoba wskazana na stanowisko Kierownika budowy posiada doświadczenie zawodowe w kierowaniu łącznie 6 zadaniami polegającymi na budowie lub przebudowie drogi o kat. ruchu min. KR3, o długości min 1,5 km każda.

2 zadania = 0 pkt;

3 zadania = 0 pkt + 5 pkt = 5 pkt

4 zadania: 0 pkt + 5 pkt + 5 pkt = 10 pkt

5 zadań = 0 pkt + 5 pkt + 5 pkt + 5 pkt = 15 pkt

6 zadań = 0 pkt + 5 pkt + 5 pkt + 5 pkt + 5 pkt = 20 pkt

W toku postępowania do Zamawiającego wpłynęło pytanie o treści:

„Czy Zamawiający dopuści wskazanie projektów i robót dla linii WN w ramach spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej? Pod względem technicznym i formalnym są to dużo bardziej skomplikowane obiekty niż linia SN.”

Zamawiający w dniu 04.08.2023r. udzielił odpowiedzi:

„Zamawiający informuje, że uzna powyższe jako spełnienie warunku udziału w postępowaniu.”

Tym samym zamawiający dopuścił wykazanie się doświadczeniem dla linii WN bez określenia rodzaju linii.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący błędnie wskazuje, że Zamawiający wymaga, aby doświadczenie dla linii WN zawężone było jedynie do linii kablowych. Odwołujący pomija treść odpowiedzi na pytanie nr 3 zestaw 5, której treść jest kluczowa dla oceny złożonych ofert, zamieszczając w odwołaniu własną interpretację brzmienia warunku po odpowiedziach Zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że na etapie przetargu Odwołujący nie wniósł uwag ani zastrzeżeń do treści udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania.

W przypadku wątpliwości co do treści złożonej przez wykonawcę oferty Zamawiający może żądać jej wyjaśnień, nieprowadzących jednak do zmiany jej treści. Ustawa nie wskazuje kwestii, których dotyczyć mają wyjaśnienia. Należy zatem przyjąć, że wyjaśnienia mogą dotyczyć wszelkich elementów wskazanych w ofercie. Wyjaśnienia mają służyć rozwianiu wątpliwości Zamawiającego, które powziął odnośnie do treści oferty, a nie wprowadzeniu do niej nowych treści.

Zamawiający wskazał na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej w sprawach o sygn. akt KIO 1045/16 KIO 1194/18 KIO 1214/14; KIO 1537/21.

Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia będące pozacenowym kryterium oceny ofert stanowiło treść oferty. Zamawiający skorzystał z instytucji wyjaśnień z art. 223 ust. 1 Pzp. i wezwał do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty następujących wykonawców: Elektrotim S.A., Odwołującego - konsorcjum firm Esix Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe EI Professional M.M., EL-MONT Sp. z o.o. sp.k.

Zamawiający przytoczył treść wezwania skierowanego do ww. wykonawców.

Konsekwencją otrzymania wyjaśnień od wykonawców było:

- Dla wykonawcy Elektrotim S.A. przyznanie maksymalnej ilości punktów w kryterium doświadczenie personelu
- Dla Odwołującego - konsorcjum firm Esix Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe EI Professional M.M. uznanie jednej z dwóch wyjaśnianych pozycji doświadczenia.
- Dla wykonawcy EL-MONT Sp. z o.o. Sp.k. odrzucenie oferty.

W odwołaniu Odwołujący zarzuca naruszenie art. 223 ust. 1 Pzp poprzez bezzasadne wezwanie wykonawcy Elektrotim S.A. do złożenia treści oferty w zakresie informacji, jakie podlegały ocenie w ramach kryterium oceny ofert. Odwołujący nie zarzuca natomiast bezzasadnego naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp poprzez bezzasadne wezwanie wykonawcy EL-MONT Sp. z o.o. Sp.k i Odwołującego, mimo, iż są one tożsame z wezwaniem dla Elektrotim S.A.

Zamawiający zwrócił uwagę, że wezwanie do wyjaśnień wykonawcy EL-MONT Sp. z o.o. Sp.k było korzystne dla Odwołującego, gdyż w jego wyniku oferta firmy EL-MONT Sp. z o.o. Sp.k, niżej sklasyfikowana, została odrzucona. Także wezwanie do wyjaśnień Odwołującego było dla niego zyskowne, gdyż Zamawiający uznał część wyjaśnianego, punktowanego doświadczenia.

Odwołujący wnosi o unieważnienie czynności wezwania w dniu 27 września 2023 r. wykonawcy Elektrotim S.A. do złożenia wyjaśnień w sprawie informacji niezbędnych do oceny ofert w ramach pozacenowego kryterium ofert oraz dokonania powtórnego badania i oceny oferty wykonawcy Elektrotim S.A.. Dokonując unieważnienia czynności tylko wobec Elektrotim S.A. Zamawiający naruszyłby zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że na zarzut składa się nie tylko wskazanie podstawy prawnej, ale przede wszystkim okoliczności faktycznych będących podstawą zarzutu. Okoliczności powinny zostać przez odwołującego wskazane w pełnym zakresie. Budowanie zarzutu w oparciu o niepełny zakres okoliczności faktycznych, winno skutkować oddaleniem zarzutu. Nie może być bowiem uznany za zasadny zarzut, na potwierdzenie którego odwołujący przytacza w sposób wybiórczy niektóre okoliczności faktyczne, pomijając pozostałe z nich, które mają znaczenie dla rozpoznania takiego zarzutu. Innymi słowy, Odwołujący powinien w celu skutecznego zbudowania zarzutu przytoczyć wszystkie istotne dla jego rozpoznania okoliczności i podjąć z nimi polemikę, bądź uzasadnić dlaczego potwierdzają one podniesiony zarzut.

Zarzut odwołania co do bezzasadnego wezwania wykonawcy Elektrotim S.A. do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie informacji, jakie podlegały ocenie w ramach kryteriów oceny ofert został sformułowany o wybiórczo przywołany stan faktyczny. Odwołujący bowiem nie przywołuje informacji, iż Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie informacji, jakie podlegały ocenie w ramach kryteriów oceny ofert również Odwołującego i wykonawcę EL-MONT Sp. z o.o. Sp.k.. Gmina Ząbkowice Śląskie uważa, że jeśli Odwołujący chce

rzeczywiście chce zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a nie bazować na wybiórczo prezentowanych faktach, to powinien wziąć pod uwagę treść i zakres wezwań dla samego Odwołującego i EL-MONT Sp. z o.o. Sp.k.. Odwołujący nie ma prawa do zignorowania pozostałych wezwań, w przeciwnym wypadku naszym zdaniem doszłoby do wybitnie selektywnego, sprzecznego z zasadą równego traktowania wykonawców. Zaniechanie przez Odwołującego wskazania, iż nie tylko wobec Elektrotim S.A. Gmina Ząbkowice zastosowała art. 223 ust. 1 powołuje ryzyko, że zarzut zostanie oceniony jako podniesiony w oparciu tylko o wybiórcze okoliczności faktyczne.

Odwołujący wybrał tylko okoliczności obrazujące stan faktyczny w sposób wybiórczy, dostosowany do jego potrzeb, co stawia pod znakiem zapytania jego rzeczywiste intencje przyświecające takiemu wyborowi. W uznaniu Gminy Ząbkowice Śląskie argumentacja jest przykładem wybiórczej i podporządkowanej wyłącznie własnym interesom wykładni przepisów.

Przesłanka szkody powinna być badana w kontekście całego danego postępowania o udzielenie zamówienia. Szkada Odwołującego powinna być wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, Tymczasem Odwołujący zarzuca naruszenie ustawy PZP tylko wobec oferty najkorzystniejszej, tym samym nie zostało wykazane przez Odwołującego, iż Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom PZP czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Działanie Zamawiającego ma zapewnić poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Zamawiający nie może w sposób wybiórczy, swobodny i dowolny stosować ustawy Pzp.

Naruszenie art. 128 ust 1 i 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Elektrotim S.A. do złożenia wyjaśnień i ewentualnie do uzupełnienia wykazu osób w zakresie dotyczącym doświadczenia projektanta w specjalności elektrycznej.

Kluczowe znaczenie dla oceny ofert w zakresie doświadczenia personelu będącego pozacenowym kryterium oceny ofert, a także oceny wykazu osób w zakresie doświadczenia projektanta w specjalności elektrycznej ma treść warunków udziału w postępowaniu, opis kryteriów oceny ofert i treść odpowiedzi na pytania.

Zamawiający przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2011 r.

Bezsporna pozostaje też kwestia, iż linia napowietrzna i linia kablowa to dwa różne rozwiązania techniczne o różnej złożoności technicznej.

Jak wskazano powyżej odpowiedź na zadane w trakcie postępowania pytanie odnośnie spełnienia warunku w postępowaniu należy odczytywać literalnie czyli, że Zamawiający dopuścił dla linii wysokiego napięcia wykazanie się dowolnym rodzajem linii mimo, iż dla linii średniego napięcia wymaga, aby była to linia kablowa.

Ustawodawca określił, iż zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Jak podkreśla Izba w wyroku z dnia 8 marca 2013 r., KIO 426/13, obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej.

Zamawiający zachował niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań eliminować z udziału w postępowaniu. Opis spełnienia warunków udziału w postępowaniu dopuszczający linie wysokiego napięcia bez określenia rodzaju linii jest odpowiedni do celu jakiemu służy, tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia i nieograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania.

Zamawiający dokonał oceny oferty firmy Elektrotim S.A., na obie okoliczności tj. na spełnienie warunku udziału w postępowaniu i uzyskaniu punktów w ramach kryterium oceny ofert i uznał, że wszystkie z wymienionych inwestycji wpisują się odpowiednio w warunek i kryterium.

Odwołujący reprezentuje pogląd, iż Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie odnośnie warunków udziału w postępowaniu dopuścił jedynie linie kablowe wysokiego napięcia, tymczasem Zamawiający dla oceny warunku i kryterium utrzymuje dosłowną, literalną treść odpowiedzi na pytanie czyli, dopuszczenie linii wysokiego napięcia bez względu na ich rodzaj.

Wykonawca ELEKTROTIM SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą we Wrocławiu zgłosił przystąpienie do postępowania

odwoławczego po stronie Zamawiającego. Pismem z dnia 9 stycznia 2024 r. ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, oraz Uczestnika postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia wraz z załącznikami, pytania do specyfikacji wraz z odpowiedziami, ofertę Uczestnika postępowania, wezwania do złożenia wyjaśnień, odpowiedzi na ww. wezwania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba nie zgadza się z twierdzeniami Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał interesu we wniesieniu odwołania albowiem cena jego oferty przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co skutkować będzie unieważnieniem postępowania jak również z uwagi na fakt, że oferta Odwołującego znajduje się na trzeciej pozycji w rankingu ofert.

Unieważnienie postępowania w oparciu o art. 255 pkt 3) ustawy Pzp jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym, zależnym od wyniku postępowania odwoławczego, dalszej oceny ofert, jak również możliwości zwiększenia przez Zamawiającego kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, powyższe okoliczności nie rzutują na spełnienie przesłanek wskazanych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Nadto, zgodnie z wiodącym orzecznictwem interesu Odwołującego można dopatrywać się również w dążeniu do unieważnienia postępowania. Podkreślenia wymaga, że z treści art. 505 ust. 1 ustawy Pzp nie wynika aby środki ochrony prawnej przysługiwały wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi wyłącznie w sytuacji, gdy ma lub miał interes w uzyskaniu *danego* zamówienia lub nagrody w konkursie.

Abstrahując od powyższego, Zamawiający nie przedłożył żadnego dowodu na potwierdzenie, że nie będzie miał możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Pozbawienie Odwołującego tak ważkiego prawa, jakim jest prawo do wniesienia odwołania nie może być oparte o głoślowe twierdzenia Zamawiającego.

Odnosząc się do pozycji Odwołującego w rankingu ofert, Zamawiający oświadczył, że nie wzywał wykonawcy SPIE ELBUD GDAŃSK S.A. z siedzibą w Gdańsku, znajdującego się na drugim miejscu w rankingu ofert, do złożenia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Powyższe stwarza możliwość Odwołującemu zakwestionowania czynności Zamawiającego w drodze przysługujących mu środków prawnych, bez względu na zajmowane przez Odwołującego miejsce w rankingu. W przypadku uwzględnienia odwołania przy ponownym badaniu ofert, Odwołujący miałby szansę podnoszenia zarzutów wobec wybranego wykonawcy.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę ELEKTROTIM SPÓŁK. AKCYJNA z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Elektrotim”). Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się Uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Stan faktyczny pomiędzy Stronami w dużej mierze nie był sporny.

Poza sporem było w szczególności, że Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla inwestycji Budowa infrastruktury elektroenergetycznej dla Strefy inwestycyjnej Europark Ząbkowice Śląskie.

Poza sporem był również fakt wezwania wykonawców wskazanych w treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty.

Bezsporne było również to, że dla oceny ofert w zakresie doświadczenia personelu będącego pozacenowym kryterium oceny ofert, a także oceny wykazu osób w zakresie doświadczenia projektanta w specjalności elektrycznej znaczenie ma treść warunków udziału w postępowaniu, opis kryteriów oceny ofert i treść odpowiedzi na pytania.

Zamawiający przyznał Elektrotim 20 punktów w podkategorii doświadczenie Projektanta oraz 20 punktów w podkategorii doświadczenie Kierownika Budowy.

Elektrotim w formularzu ofertowym w pkt 4 wskazał, że

1) osoba wyznaczona do realizacji zamówienia wyznaczona na stanowisko PROJEKTANTA

A.S. posiada doświadczenie zawodowe w stworzeniu dokumentacji projektowych na budowę linii kablowej SN o długości co najmniej 4,0 km każda, w następującej ilości:

Doświadczenie projektanta (zaznaczyć właściwe):	Nazwa i lokalizacja inwestycji	Zakres, przedmiot, opis parametrów [w tym długość]	Dane inwestora (nazwa i adres)
1-sza dokumentacja projektowa	Przytoczna - Lubikowo	Wykonanie dokumentacji projektowej dla linii kablowej SN relacji RS Przytoczna do Lubikowa o długości 4,2km	ENEA Operator Sp. z o.o. 00-479 Poznań ul. Strzeszyńska 58
2-ga dokumentacja projektowa	Obszar RD Mędzychód RD Sulcin RD Choszczno RD Dąbno	Wykonanie dokumentacji projektowej przebudowy oraz budowy linii kablowych SN w ramach 16 zadań dla ENEA - łącznie powyżej 73 km (w trakcie realizacji)	ENEA Operator Sp. z o.o. 00-479 Poznań ul. Strzeszyńska 58
3-cia dokumentacja projektowa	Hajduki - Tułowice	Wykonanie dokumentacji projektowej dla linii 110kV Hajduki - Tułowice - 30,4km	Tauron Dystrybucja SA Oddział Opole ul. Ludwika Waryńskiego 1 45-047 Opole
4 - ta dokumentacja projektowa	Glinki - Reclaw	Wykonanie dokumentacji projektowej dla linii 220kV Glinki - Reclaw - 33km	PSE Operator SA ul. Warszawska 165 05-520 Konstancin-Jeziorna
5 - ta dokumentacja projektowa	Wrocław - Pasikurówice	Wykonanie dokumentacji projektowej dla linii 400kV+2x110kV - Pasikurówice - Wrocław - 40km	PSE Operator SA ul. Warszawska 165 05-520 Konstancin-Jeziorna
6 - ta dokumentacja projektowa	Tarnów - Rzeszów	Wykonanie dokumentacji projektowej dla linii 400kV Tarnów - Rzeszów (86,1 km)	PSE Operator SA ul. Warszawska 165 05-520 Konstancin-Jeziorna

2) osoba wyznaczona do realizacji zamówienia wyznaczona na stanowisko KIEROWNIKA

BUDOWY B.F. - doświadczenie zawodowe obejmujące sprawowanie funkcji kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (definicja wykonania zadania: protokół odbioru lub równoważny dokument), przy realizacji zadań polegających na budowie linii kablowej SN o długości co najmniej 4,0 km każda, w następującej ilości:

Doświadczenie Kierownika Budowy (zaznaczyć właściwe):	Nazwa i lokalizacja inwestycji – pozwalająca na jej identyfikację	Zakres, przedmiot, opis parametrów [w tym długość]	Dane inwestora (nazwa i adres)
1-sze zadanie	Modernizacja stacji transformatorowej R9 w Zakładzie Produkcji Wody na Grobli we Wrocławiu	Modernizacja stacji transformatorowej R9, w tym ułożenie linii kablowych SN o długości 5,5 km	Mejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji we Wrocławiu ul. Na Grobli 19 50-421 Wrocław
2-ie zadanie	Modernizacja instalacji technologicznych pięciu pompowni w ramach realizacji projektu modernizacji popowodziowej finansowanego	Modernizacja pompowni, w tym stacji transformatorowych oraz montaż linii kablowych o długości 7km	Mejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji we Wrocławiu ul. Na Grobli 19 50-421 Wrocław
3-ie zadanie	Wykonanie stacji transformatorowych ST-G, ST-1, ST-2, ST-3, oraz linii kablowych SN i nn zakładu 3M Wrocław ul. Kwidzińska	Wykonanie stacji transformatorowych ST-G, ST-1, ST-2, ST-3, oraz linii kablowych SN o długości 5km	3M Poland Manufacturing Sp.z.o.o. Kwidzińska 6 51-416 Wrocław
4-te zadanie	Odbudowa skrzyżowania ul. Reymonta i ul. Łowieckiej we Wrocławiu	Odbudowa skrzyżowania wraz z przebudową sieci elektroenergetycznej ZEC Łowiecka o długości 5km	Zarząd Dróg i Utrzymywania Masta we Wrocławiu ul. Długa 49 53-633 Wrocław
5-te zadanie	Ułożenie linii kablowej w ulicach Janowickiej i Flekarskiej we Wrocławiu dla RGSN WOS Wrocław	Ułożenie linii kablowej 20kV o długości 6km	Dyrekcja Mejskich Inwestycji Komunalnych ul. Powstańców Śl. 5 53-332 Wrocław
6-te zadanie	Zadanie 51038 Łask Lotnisko-Modernizacja systemu elektroenergetycznego ST1-ST4	Ułożenie linii kablowej 20kV o długości 9km	12 Terenowy Oddział Lotniskowy al. Jerozolimskie 97 00-909 Warszawa

Elektrotim, na wezwanie Zamawiającego, złożył podmiotowe środki dowodowe m.in. wykaz osób – stanowiący Załącznik nr 7 do IDW. W wykazie Uczestnik postępowania wskazał, że do realizacji zamówienia skieruje jako projektanta w specjalności elektrycznej Pana A.S.. W tabeli „doświadczenie zawodowe” wskazał dwie dokumentacje projektowe:

Projektant opracował dokumentację projektową dla zadania pn.: „Wykonanie dokumentacji projektowej dla linii kablowej SN relacji RS Przytoczna do Lubikowa”
Zadanie obejmowało budowę linii SN o długości - 4,2km
Inwestor: ENEA Operator Sp. z o.o., ul. Strzeszyńska 58, 00-479 Poznań

Projektant opracował dokumentację projektową dla zadania pn.: „Wykonanie dokumentacji projektowej dla linii 400kV+2x110kV - Pasikurówice - Wrocław”
Zadanie obejmowało budowę linii VN o długości - 40,0km
Inwestor: PSE Operator SA, ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin-Jeziorna

Treść postanowień specyfikacji warunków zamówienia w zakresie kryterium oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu, oferty Uczestnika postępowania, wezwań do złożenia wyjaśnień oraz wyjaśnień złożonych przez wykonawców przytoczone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie odpowiadają rzeczywistości, wobec czego za zbędne należy uznać ich powtarzanie.

Dla rozstrzygnięcia odwołania konieczne jest również przytoczenie treści pytań oraz odpowiedzi na pytania, mianowicie:

Zestaw pytań nr 5

(...)

Zestaw pytań nr 11

Osią sporu pomiędzy Stronami było kwestia możliwości wezwania Uczestnika postępowania do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie kryterium oceny ofert oraz interpretacja treści warunków udziału w postępowaniu i opisu kryteriów oceny ofert.

Izba dała wiarę w całości dowodom z dokumentów postępowania złożonych przez Zamawiającego gdyż nie były one przez Strony oraz Uczestnika postępowania kwestionowane, a Izba nie znalazła podstaw, aby z urzędu podważyć ich wiarygodność i moc dowodową.

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, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części, tj. w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 239 ust. 1 oraz art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wadliwą ocenę oferty ELEKTROTIM S.A. w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert w zakresie w jakim przedłożona oferta nie zawierała informacji pozwalających na przyznanie wykonawcy dodatkowych punktów oraz zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 i 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ELEKTROTIM S.A. do złożenia wyjaśnień i ewentualnie do uzupełnienia wykazu osób w zakresie dotyczącym doświadczenia projektanta w specjalności elektrycznej

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

Art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty.”

Uzasadnienie Odwołującego ww. zarzutów jest tożsama bowiem sprowadza się do interpretacji treści warunków udziału w postępowaniu oraz opisu kryterium oceny ofert w nawiązaniu do odpowiedzi na pytania zadane przez wykonawców w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z tego względu możliwe jest odniesienie się do nich wspólnie.

Na wstępie wskazać należy, że doniosłość dokumentu, jakim jest specyfikacja warunków zamówienia wraz z załącznikami, sprowadza się do szczególnej roli w postępowaniu – z jednej strony określa oczekiwania zamawiającego dotyczące wykonawców, by uczynić zadość swoim wymaganiom, a z drugiej zaś – wyznacza granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując weryfikacji złożonych ofert. Postanowienia zawarte w SWZ są wiążące dla uczestników oraz zamawiającego. Zamawiający nie może, po upływie terminu składania ofert, zmienić czy też doprecyzować jakichkolwiek postanowień. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mają prawo oczekiwać, że zarówno ich oferta jak i oferty pozostałych wykonawców zostanie poddana ocenie w zakresie wyartykułowanym w dokumentacji postępowania.

Wadliwa ocena oferty Uczestnika postępowania sprowadzała się do błędnej interpretacji warunków udziału w postępowaniu i opisu kryterium oceny ofert dotyczące doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Nieprzekonująca jest argumentacja Zamawiającego, że dopuścił on wykazanie się doświadczeniem dla linii WN bez określenia rodzaju linii. Zamawiający całą argumentację oparł na fragmencie odpowiedzi na pytanie nr 3 z zestawu 5. Z treści odpowiedzi na pytanie nr 3 z zestawu 5, nr 1 z zestawu 6, nr 2 z zestawu 11 w sposób jasny wynika, że Zamawiający dopuścił wskazanie projektów i robót obejmujących budowę linii kablowej SN lub/i WN o długości co najmniej 4,0 km każda. W następstwie zastosowania wykładni językowej należy stwierdzić, że Zamawiający dopuścił możliwość wykazania się doświadczeniem przy budowie linii kablowej SN, linii kablowej WN, linii kablowej SN i WN. Zdaniem Izby wskazane postanowienie w swej treści jest jednoznaczne i nie nasuwa żadnych wątpliwości interpretacyjnych.

W omawianej sprawie Uczestnik postępowania przyjął korzystną dla siebie interpretację warunku i opisu kryterium oceny ofert wbrew ich treści. Jeśli wykonawca ma jakiegokolwiek wątpliwości co do tego, w jaki sposób postanowienia specyfikacji warunków zamówienia należy interpretować ma możliwość zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ. Skoro Uczestnik postępowania tego nie zrobił, postanowienia te stały się wiążące dla wszystkich i zamawiający ma obowiązek egzekwować powyższe na etapie dokonywania oceny ofert.

W związku z powyższym Zamawiający niesłusznie przyznał Uczestnikowi postępowania 20 punktów w podkryterium doświadczenie Projektanta oraz 20 punktów w podkryterium doświadczenie Kierownika Budowy.

- Uczestnik postępowania wykazał, że osoba wskazana na stanowisku Projektanta posiada doświadczenie zawodowe w stworzeniu 2 dokumentacji projektowych dla linii kablowej SN. Biorąc pod uwagę punktację wskazaną w specyfikacji warunków zamówienia oferta Uczestnika postępowania w tym podkryterium powinien otrzymać 0 punktów.
- Uczestnik postępowania wykazał, że osoba wskazana na stanowisku Kierownika Budowy posiada doświadczenie zawodowe w kierowaniu 4 zadaniami dla linii kablowej SN. Biorąc pod uwagę punktację wskazaną w specyfikacji warunków zamówienia oferta Uczestnika postępowania w tym podkryterium powinien otrzymać 10 punktów.

Odnosząc się do naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wskazać należy, co następuje:

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.

Zgodnie z Rozdziałem II, podrozdział II.7 ust. 1 pkt 4 lit. b) SWZ o udzielenie zamówienia publicznego może się ubiegać wykonawca, który dysponuje minimum 1 osobą - projektanta w specjalności elektrycznej posiadającą doświadczenie zawodowe – opracowanie co najmniej 2 dokumentacji projektowych na budowę linii kablowej SN o długości co najmniej 4,0 km każda. W odpowiedzi na pytania wykonawców, Zamawiający dopuścił projektanta w specjalności elektrycznej posiadającego doświadczenie zawodowe w opracowaniu co najmniej 2 dokumentacji projektowych na budowę linii kablowej SN lub/i WN.

Zamawiający wezwał Uczestnika postępowania do złożenia podmiotowych środków dowodowych, m.in. wykazu osób – na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale II podrozdział II.7 ust. 1 pkt 4 lit. b). Z wykazu osób (Załącznik nr 7 do IDW) wynika, że projektant w specjalności elektrycznej Pan A.S. posiada doświadczenie w wykonaniu jednej dokumentacji projektowej dla linii kablowej SN i jednej dla linii WN, przy czym nie zostało wskazane czy dokumentacja projektowa dotyczyła linii kablowej WN.

Uczestnik postępowania, na wezwanie Zamawiającego, złożył wykaz osób jednak dokument ten nie potwierdza spełnianie warunków określonych w specyfikacji. W konsekwencji, Zamawiający obowiązany jest wezwać Uczestnika postępowania do poprawienia/uzupełnienia wykazu osób w zakresie doświadczenia projektanta w specjalności elektrycznej.

W pozostałym zakresie odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezzasadne wezwanie wykonawcy ELEKTROTIM S.A. do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie informacji, jakie podlegały ocenie w ramach kryteriów oceny ofert i tym samym naruszenie zakazu prowadzenia negocjacji dotyczącej złożonej oferty

Art. 223 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *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.*

Odwołujący nie przedstawił przekonującej argumentacji prawnej i faktycznej, która pozwalałaby na uwzględnienie ww. zarzutu.

Zgodnie z treścią art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przedmiotowych środków dowodowych lub też innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Wskazany przez Odwołującego przepis nie przesądza o braku możliwości wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dokumentów lub oświadczeń, które służą ocenie ofert w przyjętych kryteriach oceny ofert. Wręcz przeciwnie, treść art. 223 ust. 1 ustawy Pzp dopuszcza możliwość żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących także innych dokumentów i oświadczeń. Celem wyjaśnień jest rozwianie wszelkich wątpliwości zamawiającego, a takie mogą się również pojawić w dokumentach/oświadczeniach, które służą ocenie ofert w przyjętych kryteriach oceny. Istotne jest jednak to, że wyjaśnienia mają polegać na wskazaniu uzasadnienia dla danej treści, uczynić coś zrozumiałym. Wyjaśnienia, w przeciwieństwie do uzupełnienia czy też poprawienia, mają na celu ustalenie rzeczywistej treści dokumentu czy też oświadczenia. Wyjaśnianie polega na udzieleniu odpowiedzi na pytanie „dlaczego tak jest jak wykonawca postanowił w treści”. Wyjaśnienia nie mogą prowadzić do uzupełnienia treści oświadczenia lub dokumentu. W przedmiotowej sprawie nie doszło ani do negocjacji ani też do uzupełnienia/zmiany treści dokumentu/oświadczenia. Co za tym idzie nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 6 w związku z § 2 ust. 1 pkt 2) w zw. z § 5 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Zgodnie z § 7 ust. 3 pkt 1) i 2) 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 w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1), Izba rozdziela:

- 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła;

W przedmiotowej sprawie, Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Spośród trzech zarzutów

dwa okazał się zasadne, zaś jeden – niezasadny.

Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem Odwołujący w części 1/3 i Zamawiający w części 2/3. Na koszty postępowania składał się wyłącznie wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 20 000 PLN.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 20 000 PLN, tytułem wpisu od odwołania, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 6 667 PLN (20 000 PLN x 1/3). Zamawiający nie poniósł dotychczas żadnych kosztów postępowania odwoławczego, tymczasem odpowiada za nie do wysokości 13 334 PLN (20 000 PLN x 2/3). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 334 PLN.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: