

Sygn. akt: KIO 2696/18

**WYROK**  
**z dnia 17 stycznia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2018 r. przez wykonawcę ELEKTROTIM spółka akcyjna we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Gminę Wrocław

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę ELEKTROTIM spółka akcyjna we Wrocławiu i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę ELEKTROTIM spółka akcyjna we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od wykonawcy ELEKTROTIM spółka akcyjna we Wrocławiu na rzecz Gminy Wrocław kwotę 3 903 zł 84 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset trzy złote osiemdziesiąt cztery grosze), stanowiącą wynagrodzenie pełnomocnika i koszt dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu**.

**Przewodniczący:.....**

**Sygn. akt KIO 2696/18**

**Uzasadnienie**

I. Gmina Wrocław (dalej: Zamawiający), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest opracowanie dokumentacji dla zadania nr 04690 „Przebudowa ul. Gajowickiej na odcinku od ul. Raławickiej do ul. Zaporoskiej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 września 2018 r., poz. 2018/S 181 - 410148. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017, poz. 1579 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 31 grudnia 2018 r. wykonawca ELEKTROTIM spółka akcyjna we Wrocławiu (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych z uwagi na prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez nieobiektywne i dyskryminujące ocenienie oferty Odwołującego, w sposób niezgodny z treścią określoną przez Zamawiającego zasadą przyznawania punktów. W rezultacie Zamawiający nie przyznał Odwołującemu punktów, podczas gdy zgodnie z kryteriami punkty te powinien otrzymać.
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty nie przewyższa kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.
- 3) art. 93 ust. 3 Prawa zamówień publicznych - poprzez niepodanie uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania.
- 4) naruszenie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i niewezwanie, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1,
- 5) naruszenie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i niewezwanie, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1,
- 6) naruszenie art. 2 pkt. 5 oraz art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez możliwość niewybrania najkorzystniejszej oferty.
- 7) naruszenie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez niewyjaśnienie wątpliwości dotyczących oferty Odwołującego, mimo że niepodjęcie działań przez Zamawiającego spowodowało unieważnienie przetargu.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Odwołujący nie zgadza się z uplasowaniem przez Zamawiającego oferty Wykonawcy BIPROGEO-PROJEKT sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną (1 346 850.00 zł.), w związku z czym przysługuje mu 60,00 punktów w kryterium oceny ofert „cena 60%”. W pozacenowych kryteriach oceny ofert Odwołujący złożył zgodnie z SIWZ, w formularzu ofertowym w pkt. 4.5 oświadczenie w formie wykazu personelu, który będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Wg niniejszego wykazu Odwołujący powinien otrzymać maksymalną ilość punktów w zakresie

poszczególnych kryteriów albowiem spełniał wszystkie kryteria zamawiającego.

W związku z tym, że Zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania nie podał oceny ofert (rankingu ofert) Odwołujący zwrócił się z wnioskiem o udostępnienie protokołów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wraz z załącznikami.

Ww. wniosek złożono w formie pisemnej w dniu 27.12.2018 r w siedzibie Zamawiającego z prośbą o udostępnienie protokołów w tym samym dniu, z uwagi na to, iż Wykonawca miał jedynie 5 dni roboczych na przygotowanie niniejszego odwołania (okres świąteczny). Zamawiający udostępnił protokół dopiero w dniu 31.12.2018r., a więc w ostatnim dniu, kiedy można było złożyć niniejsze odwołanie. W związku z powyższym Odwołujący bazował w większości na własnej analizie i jednocześnie wskazuje, że jego oświadczenie spełnia wymogi Zamawiającego.

Zamawiający nie przyznał ofercie Odwołującego punktów w „Kryterium doświadczenie projektanta branży torowej (T)”, a w protokole komisji przetargowej przedstawił w pkt. 8 argumenty, z którymi Odwołujący się nie zgadza. Odwołujący podnosił, że Zamawiający nigdzie nie przedstawił instrukcji, jak należy wypełniać tabelę, jakich użyć sformułowań w celu uznania przez Zamawiającego referencji za prawidłowe. To Zamawiający zobowiązany jest tak przygotować postępowanie przetargowe, żeby nie budziło żadnych wątpliwości przy składaniu oferty. Odwołujący spełnia warunki postawione przez Zamawiającego uprawniające go do otrzymania większej ilości punktów.

Z podanych przez Wykonawcę informacji podanych w Formularzu ofertowym sporządzonym na podstawie Załącznika nr 1 jednoznacznie wynika, iż doświadczenie projektanta spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ i powinien otrzymać 10 punktów:

Ad. 1 Doświadczenie projektanta branży torowej (T) 10% - Wykonawca powinien otrzymać 10 pkt., gdyż wykazał 1 osobę posiadającą doświadczenie polegające na opracowaniu jako projektant co najmniej trzech dokumentacji projektowych każda zawierająca projekt budowlany i projekt wykonawczy w zakresie wymiany nawierzchni na długości toru nr 2 w stacji Dąbie nad Nerem od km 229, 324 do km 230, 278 oraz wymianę nawierzchni na długości toru nr 2 szlaku Dąbie od km 230, 499 do km 240, 026 będącą częścią zadania o nazwie „Rewitalizacja linii kolejowej nr 131 Chorzów Batory - Tczew; odcinek Bydgoszcz Główna - Zduńska Wola - Chorzów Batory, w torze 2 na szlaku Dąbie - Ponętów PODG Borysławice oraz stacja Dąbie”.

Wymiana nawierzchni stanowi niewątpliwie remont (wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym - definicja art. 3 pkt 8 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U.2018.1202 t.j.).

Zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy o rewitalizacji (Dz.U.2018.1398 t.j.) rewitalizacja stanowi proces wyprowadzania ze stanu kryzysowego obszarów zdegradowanych, prowadzony w sposób kompleksowy, poprzez zintegrowane działania na rzecz lokalnej społeczności, przestrzeni i gospodarki, skoncentrowane terytorialnie, prowadzone przez interesariuszy rewitalizacji na podstawie gminnego programu rewitalizacji.

Ad. 2 Odwołujący wskazuje, że w oświadczeniu co do projektu: kompletne opracowanie projektowe: „Remont torów nr 1 i 2 w km 133,500 - 150,482 wraz z wymianą 4 doborów podrozdnic i naprawę przejazdów w km 148,636, 150,170; 153,465 oraz roboty towarzyszące linia nr 143 Kalety-Wrocław Mikołajów WP2, odcinek Oleśnica - Wrocław Psie Pole” wykazał, że projektant posiada doświadczenie w zakresie kompletnego opracowania projektowego; a zatem zadanie zawiera zarówno projekt budowlany jak i projekt wykonawczy.

Ad. 3 dotyczy zadania o nazwie „Modernizacja linii kolejowej nr 274 Wrocław Świebodzki - Zgorzelec na odcinku Wrocław - Jelenia Góra - modernizacja nawierzchni kolejowej wraz z robotami towarzyszącymi, tor nr 1 i 2 szlak Świebodzice - Wałbrzych Szczawienko”. Nie można się zgodzić z Zamawiającym, że modernizacja nie mieści w żadnym z pojęć tj. przebudowy, budowy, remontu torowiska. Odwołujący wywodził, że zgodnie z wyrokiem KIO 1994/17 modernizacja, pomimo że nie ma definicji ustawowej, jest pojęciem szerszym niż pojęcie remontu zawarte w art. 3 pkt 8 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U.2018.1202 t.j.). Jego zakres jest dużo pojemniejszy. Modernizacja zgodnie ze Słownikiem języka polskiego PWN oznacza „1. unowocześnienie i usprawnienie czegoś”. Określenie „modernizacja” pozostające poza wyraźnie zdefiniowaną siatką pojęciową aktów prawnych (języka prawnego) często jednak przemyka do metajęzyka używanego w stosowaniu prawa (język9 prawniczego) jako szerokie określenie, które dotyczy każdego rodzaju przebudowy, rozbudowy, remontu lub wymiany elementów konstrukcji połączonej z obiektywną poprawą w stosunku do stanu poprzednio istniejącego. Wyżej opisane referencje zawarte w ofercie odwołującego jednoznacznie wskazują, że doświadczenie powinno być punktowane w pełnym zakresie, a decyzja zamawiającego jest całkowicie niezrozumiała.

Jednocześnie nie można, zdaniem Odwołującego, zgodzić się z argumentacją Zamawiającego dotyczącą „Kryterium doświadczenie projektanta branży sanitarnej (S)”. W tym zakresie wykonawca otrzymał 0 punktów w tabeli co do pierwszej referencji (natomiast 5 punktów z całym kryterium), mimo że spełnił wymogi Zamawiającego. Poniżej Odwołujący wskazuje o spełnieniu warunków postawionych przez zamawiającego uprawniającego go do otrzymania większej ilości punktów „Kryterium doświadczenie projektanta branży sanitarnej (S)”.

Ad. 1 Przedmiotowy projekt „Budowa Parkingu P&R przy przystankach komunikacji miejskiej ul. Opolska - Głubczycka we Wrocławiu” obejmował głównie odwodnienie jezdni parkingu, które spełniają kryterium odpowiednie dla obiektu liniowego.

Odwołujący stwierdza ponadto, że skoro przedstawione referencje wskazują na określone prace, to dla Zamawiającego w przedmiotowym przetargu powinno mieć znaczenie tylko i wyłącznie oświadczenie wykonawcy, że spełnia warunki postawione przez Zamawiającego w SIWZ.

Podkreślić należy, że Zamawiający nie wezwał również Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, jeżeli uznał je za nieprawidłowe - na co wskazuje punktacja, którą otrzymał Odwołujący. W tabeli w rubryce „Doświadczenie” Zamawiający wskazał, że rubryka ta dotyczy: „na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz stanowiące podstawę do oceny w ramach kryteriów oceny ofert”, co oznacza, że referencje potwierdzały spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a zatem zamawiający zobowiązany był wezwać do ich uzupełnienia jeżeli były według niego nieprawidłowe.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający nie jest zobowiązany do sprawdzenia dokumentów czy też oświadczeń wykonawcy, ale tylko jeżeli uznaje je za prawidłowe. Zgodnie z przyjętym orzecznictwem KIO (np. 1756/18) wystarczy, że wykonawca składa tylko i wyłącznie oświadczenie, co powinno wystarczyć Zamawiającemu. Jeżeli uzna, że przedstawione dokumenty nie spełniają postawionych przez niego wymogów, to wtedy ma obowiązek wyjaśnić ewentualne wątpliwości w trybie art. 87 Prawa zamówień publicznych zwłaszcza, że w przeciwnym wypadku unieważnia postępowanie, co powoduje przedłużenie postępowania oraz poniesienie dodatkowych, niepotrzebnych kosztów ze środków publicznych. Jednocześnie należy mieć na uwadze, że skoro Odwołujący zaoferował cenę, która pozwalała Zamawiającemu na przeprowadzenie postępowania o zamówienie publiczne to w świetle powyższych argumentów decyzja Zamawiającego dotycząca unieważnienia przetargu nie może się ostać.

Zamawiający w ocenie Odwołującego nieprawidłowo przygotował postępowanie, albowiem nie wskazał nigdzie, jak ma być opisane zadanie i wielu ofertach nie uznał punktacji z uwagi na brak opisu, który nie był wymagany.

Artykuł 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p. może być stosowany tylko i wyłącznie, jeżeli Zamawiający będzie miał pewność, że zastosowana wobec wykonawcy punktacja jest prawidłowa. Unieważnienie postępowania jest wyjątkiem od ogólnej reguły, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się celem wyboru najkorzystniejszej oferty, zatem przesłanki unieważnienia nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Zamawiający zobowiązany jest do podjęcia działań, zanim unieważni przetarg, w tym między innymi do wyjaśnienia wątpliwości co do oferty (art. 87 p.z.p.) lub wezwania do uzupełnienia dokumentów (art. 26 ust. 3 i 4) o ile uzna je za niewłaściwe. Dopiero wtedy może odrzucić ofertę lub unieważnić przetarg.

Odwołujący również podnosił, że Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił swojej decyzji o unieważnieniu postępowania - oferta Odwołującego mieściła się w kwocie, jaką przeznaczył zamawiający na przedmiotowe postępowanie. Odwołujący nie ma jakiegokolwiek wiedzy, dlaczego jego oferta, mimo że cenowo spełniająca wymagania i nieodrzucona nie wygrała postępowania.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
  - 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert i przyznania Odwołującemu punktów zgodnie z podanymi przez Odwołującego informacjami;
  - 3) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
  - 4) prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- oraz o :
- 5) dopuszczenie dowodów załączonych do niniejszego odwołania;
  - 6) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów niniejszego postępowania.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi i na rozprawie wnosił o jego oddalenie.

Zamawiający stwierdzał, że całkowicie chybione pozostają zarzuty Odwołującego, że oferta Odwołującego powinna otrzymać maksymalną ilość punktów w kryterium:

-Doświadczenie projektanta branży torowej (T) — oferta otrzymała 0 punktów — zdaniem Odwołującego powinna otrzymać 10 punktów, bowiem według Odwołującego wszystkie trzy zadania wskazane w Formularzu ofertowym spełniały parametry wymaganego doświadczenia;

-Doświadczenie projektanta branży sanitarnej (S)— oferta otrzymała 5 punktów — zdaniem Odwołującego powinna otrzymać 10 punktów bowiem według Odwołującego także zadanie nr 1 wskazane w Formularzu ofertowym spełniało wymagane parametry doświadczenia.

Według Zamawiającego Odwołujący myli dwa pojęcia związane z doświadczeniem personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia tj. ocenę tego doświadczenia w ramach warunku udziału w postępowaniu oraz jego weryfikację w ramach kryterium oceny ofert, zgodnie z przepisem art. 91 ust. 2 pkt 5 Prawa zamówień publicznych — a to dwie odrębne instytucje.

Zamawiający zauważał, że nie jest prawdą, jak twierdzi Odwołujący, że Zamawiający nigdzie nie przedstawił instrukcji, jak należy wypełniać Formularz ofertowy i jakich używać sformułowań w celu uznania, że personel wyznaczony

do realizacji zamówienia ma doświadczenie punktowane w ramach kryterium doświadczenia tego personelu. Zamawiający w sposób jednoznaczny opisał w Instrukcji dla Wykonawców (dalej: IDW) kryterium doświadczenia projektanta branży torowej oraz projektanta branży sanitarnej, ze wskazaniem jak ma wyglądać oświadczenie Wykonawcy i jakie informacje ma zawierać, co stanowi opis sposobu oceny ofert tj. mierzenia stopnia spełnienia lub niespełnienia przez ofertę preferencji Zamawiającego wyrażonej w postaci przedmiotowego kryterium. I tak:

Jeśli chodzi o doświadczenie Projektanta branży torowej, wszystkie informacje Zamawiający zawarł w punkcie 24.2.3. IDW wskazując m.in. na konieczność podania przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym pełnionej funkcji przez projektanta podczas realizacji zadania, nazwy i przedmiotu zadania wraz z podaniem wszystkich informacji wskazanych w tabeli tego punktu opisujących wymagane w ramach kryterium doświadczenie (przy czym Wykonawca jest zobowiązany wskazać: nazwę zadania, określić czy dotyczyło PB i PW budowy/przebudowy/remontu torowiska tramwajowego lub kolejowego, wskazać długość torowiska).

Dalej Zamawiający wprost wskazał, że w przypadku podania w Formularzu ofertowym danych dotyczących zadania wykazanego w celu potwierdzenia doświadczenia w sposób uniemożliwiający stwierdzenie, na podstawie informacji podanych w Formularzu ofertowym, spełnienia warunku zdolności zawodowej wskazanych osób (np. m. in. brak określenia nazwy lub charakterystyki zadania, uniemożliwiający identyfikację zadania, brak informacji o uprawnieniach, brak wskazania długości toru), Zamawiający nie weźmie pod uwagę takiego zadania przy ocenie ofert w kryterium ofert „Doświadczenie projektanta branży torowej (T)”. Wezwanie do uzupełnienia informacji zawartych w Formularzu ofertowym może bowiem dotyczyć tylko wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 9.2.1.2, IDW, a Zamawiający nie będzie przyznawał punktów za uzupełnione informacje nt. ww. osoby w ramach sformułowanego kryterium.

Jeśli natomiast chodzi o doświadczenie Projektanta branży sanitarnej (S), to wszystkie informacje wymagane od Wykonawcy wraz ze skutkami ich nie wskazania w Formularzu ofertowym zostały zawarte w punkcie 24.2.4. IDW (na analogicznych zasadach jak wyżej).

Formułowanie zatem przez Odwołującego twierdzeń, że Zamawiający nieprawidłowo przygotował postępowanie bo nie wskazał nigdzie jak ma być opisane zadanie jest nieprawdziwe i świadczy o tym, że Odwołujący niedostatecznie dobrze zapoznał się z zapisami SIWZ.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający prawidłowo przyznał ofercie Odwołującego zero punktów w ramach kryterium doświadczenie projektanta branży torowej, ponieważ na podstawie oświadczenia Wykonawcy zawartego w Formularzu ofertowym (a ono jest podstawą do weryfikacji doświadczenia ww. osoby w ramach kryterium) niemożliwe było ustalenie, czy projektant ma wymagane doświadczenie polegające na opracowaniu jako projektant co najmniej dwóch lub trzech dokumentacji projektowych tj. projektu budowlanego i wykonawczego w zakresie budowy lub przebudowy lub remontu torowiska tramwajowego lub kolejowego o długości co najmniej 100 m toru podwójnego lub co najmniej 200 m toru pojedynczego zgodnie z punktem 9.2.1.2. IDW (wykonanie jednej dokumentacji oznaczało zero punktów i jedynie pozwalało na przyjęcie spełnienia warunku udziału w postępowaniu).

Wbrew temu co twierdzi Odwołujący jeśli chodzi o zadanie nr 2 wskazane w Formularzu ofertowym dla oceny doświadczenia projektanta branży torowej pn. Remont torów Nr 1 i 2 w km 133,500 - 150,482 wraz z wymianą 4 doborów podrozdnic i naprawą przejazdów w krns 148,636, 150,170; 153,465 oraz roboty towarzyszące linia nr 143 Kalety - Wrocław Mikołajów WP2, odcinek Oleśnica Wrocław Psie Pole.

Wykonawca nie wskazał w Formularzu ofertowym, czy zadanie to obejmowało swoim zakresem projekt budowlany i projekt wykonawczy. W ofercie Wykonawca posługuje się zwrotem „kpl. opracowanie projektowe wraz ze zgłoszeniem robót budowlanych dla zadania (...)”.

Sformułowanie „kpl.” nie jest żadnym powszechnym/oficjalnym skrótem, który miałby oznaczać, jak można wywieść z treści Odwołania, że jest to „kompletne opracowanie projektowe”. Abstrahując jednak od tego, to absolutnie nie sposób przyjąć na podstawie takiego oznaczenia, że w ramach tzw. kpl. projektant wykonał projekt budowlany i wykonawczy.

Nie wynika to z oświadczenia Wykonawcy zawartego w ofercie, w którym Wykonawca nie wskazał, że projektant wykonał projekt budowlany i wykonawczy, a informacja była wymagana według IDW.

Tym bardziej zaznaczyć należy, że na potrzeby dokonania zgłoszenia robót nie jest wymagany projekt wykonawczy, a wystarczy sama dokumentacja budowlana. Zamawiający nie może zatem domniemywać, że w ramach tego zadania zarówno projekt budowlany jak i wykonawczy został opracowany.

Dalej, wbrew temu co twierdzi Odwołujący, jeśli chodzi o zadanie nr 3 wskazane w Formularzu ofertowym dla oceny doświadczenia projektanta branży torowej pn. Modernizacja linii kolejowej nr 274 Wrocław Świebodzki — Zgorzelec na odcinku Wrocław — Jelenia Góra — modernizacja nawierzchni kolejowej wraz z robotami towarzyszącymi, tor Nr 1 i 2 szlak Świebodzice — Wałbrzych Szczawienko Wykonawca nie wskazał w Formularzu ofertowym, czy zadanie obejmowało swoim zakresem budowę, przebudowę lub remont torowiska tramwajowego lub kolejowego o długości co najmniej 100m toru podwójnego lub co najmniej 200m toru pojedynczego.

I nie sposób zgodzić się 2 argumentacją Odwołującego, że z samej nazwy zadania, jaką podał on w Formularzu ofertowym, Zamawiający miał przyjąć, że w jego zakres wchodzi co najmniej przebudowa lub co najmniej remont torowiska kolejowego na określonej długości, bowiem to tylko i wyłącznie nazwa zadania absolutnie nie decydująca o

zakresie i charakterze rzeczowym robót, dla której została opracowana dokumentacja projektowa.

Bez znaczenia dla sprawy pozostaje także wyrok KIO 1994/17, który wskazuje Odwołujący, bowiem nie dotyczył on oceny doświadczenia personelu wyznaczonego do realizacji zadania w ramach kryterium oceny ofert, a w tym zakresie - o czym szerzej poniżej - wszystkie informacje oczekiwane przez Zamawiającego muszą wynikać wprost z oferty, a nie być przedmiotem interpretacji Zamawiającego.

Kontrując dalej, po przytoczeniu nazwy zadania Wykonawca w Formularzu Ofertowym opisuje jego zakres, jako przebudowę mostu kolejowego oraz przepustów kolejowych, co nie pozwala przyjąć, że przebudowa dotyczyła torowiska kolejowego. Przebudowa mostu kolejowego może absolutnie nie dotyczyć torowiska kolejowego, zdefiniowanego w IDW po punkcie 9.2.1.4 w lit. g) jako górna powierzchnia podtorza kolejowego przystosowana do zabudowania nawierzchni (podtorzem nazywa się z kolei budowlę ziemną przystosowaną do ułożenia toru kolejowego). Przebudowa mostu może obejmować wyłącznie filary, przęsła, nie dotycząc absolutnie torowiska.

To samo odnosi się do przepustów kolejowych stanowiących objekty inżynierskie umożliwiające przeprowadzenie linii kolejowej nad przeszkodami.

Wreszcie z oświadczenia zawartego w Formularzu ofertowym dla tego zadania nie wynika, czy wymagana przez Zamawiającego budowa lub przebudowa lub remont, w zakresie której projektant miał wykonać projekt budowlany i wykonawczy dotyczyła wymaganej długości tj. co najmniej 100m toru podwójnego lub co najmniej 200m toru pojedynczego. Wykonawca wskazał jedynie na przebudowę mostu w km 63,205 oraz przepustów w km 61,773, km 62,701, km 63,55, co abstrahując od argumentacji podniesionej wyżej nie pozwala ustalić, czy projektant opracował dokumentację dotyczącą wymaganej długości torowiska. Na podstawie tak sformułowanego oświadczenia co najwyżej można ustalić, że wykonywane były jakieś prace na kilometrze 63 205 metrów, na kilometrze 61 773 metrów, na kilometrze 62 701 metrów oraz na kilometrze 63 55 metrów, a nie że projektant wykonał projekty dotyczące budowy/przebudowy lub remont torowiska o długości co najmniej 100m lub 200m. Tej długości nie można ustalić na podstawie oświadczenia zawartego w ofercie.

Podobnie wbrew temu, co twierdzi Odwołujący jeśli chodzi o zadanie nr 1 wskazane w Formularzu ofertowym dla oceny doświadczenia projektanta branży torowej pn. Rewitalizacja linii kolejowej nr 131 Chorzów Batory -Tczew, odcinek Bydgoszcz Główna - Zduńska Wola -Chorzów Batory, w torze 2 na szlaku Dąbie - Ponętów, PODG Borysławice oraz stacja Dąbie Wykonawca nie wskazał w Formularzu ofertowym, czy zadanie obejmowało swoim zakresem budowę, przebudowę lub remont torowiska tramwajowego lub kolejowego o długości co najmniej 100m toru podwójnego lub co najmniej 200m toru pojedynczego.

Podsumowując, w świetle powyższego słusznie Wykonawca otrzymał zero punktów w kryterium doświadczenie projektanta branży torowej ponieważ z oświadczeń Wykonawcy zawartych w ofercie, a dotyczących co najmniej dwóch zadań (spośród trzech wskazanych w ofercie) tj. zadania nr 2 i 3 nie wynika, że projektant posiada wymagane doświadczenie.

Wbrew zarzutom Odwołującego także w ramach kryterium doświadczenie projektanta branży sanitarnej Zamawiający jak najbardziej prawidłowo przyznał Wykonawcy zero punktów za wykazane w Formularzu Ofertowym w poz. 1 doświadczenie polegające na opracowaniu projektu budowlanego i wykonawczego budowy parkingu P&R przy przystankach komunikacji miejskiej, ul. Opolska Głębuczka we Wrocławiu - skrzynki rozsączające (dokładnie w wyżej zacytowany sposób Wykonawca opisał doświadczenie projektanta w ofercie).

Zgodnie z punktem 24.2.4. IDW w ramach sformułowanego kryterium punktowany personel miał posiadać doświadczenie w opracowaniu jako projektant branży sanitarnej projektu budowlanego i wykonawczego w zakresie odwodnienia obiektu liniowego z wykorzystaniem wód opadowych realizowanego poprzez zastosowanie rozwiązań wskazanych w opisie kryterium.

Z informacji zawartych w Formularzu ofertowym nie wynika, czy wskazane powyżej zadania nr 1 obejmowało swoim zakresem odwodnienie obiektu liniowego z wykorzystaniem retencjonowania wód opadowych.

Wskazany przez Odwołującego parking nie jest bowiem obiektem liniowym według definicji zawartej w przepisie art. 3 pkt. Ba ustawy Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1332 ze zm.), a do tej definicji i takiego rozumienia obiektu liniowego Zamawiający odsyła w zapisach IDW zawartych po punkcie 9.2.1.4. w lit. j). Przez obiekt liniowy należy bowiem rozumieć obiekt budowlany, którego charakterystycznym parametrem jest długość, w szczególności droga wraz ze zjazdami, linia kolejowa, wodociąg, kanał, gazociąg, ciepłociąg, rurociąg, linia i trakcja elektroenergetyczna, linia kablowa nadziemna i umieszczona bezpośrednio w ziemi, podziemna, wał przeciwpowodziowy oraz kanalizacja kablowa, przy czym kable w niej zainstalowane nie stanowią obiektu budowlanego lub jego części lub urządzenia budowlanego.

W świetle powyższego zarzut Odwołującego o nieprawidłowej punktacji oferty w kryterium doświadczenia personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia w osobach projektanta branży torowej i projektanta branży sanitarnej pozostaje całkowicie chybiony.

Bezasadne pozostają także zarzuty Odwołującego dotyczące rzekomej konieczności wezwania go w trybie przepisu art. 26 ust. 3 lub 4 Prawa zamówień publicznych do uzupełnienia lub wyjaśnienia oświadczeń.

Wezwania, o których mowa w przepisie art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych służą uzupełnieniu lub

wyjaśnieniu oświadczeń i dokument, o których mowa w art. 25 Prawa zamówień publicznych — a więc składanych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia, a także spełnienia przez oferowane dostawy, usługi czy roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. Przedmiotowa procedura nie ma zastosowania do weryfikacji doświadczenia w ramach kryterium oceny ofert, o którym mowa w przepisie art. 91 ust. 2 pkt. 5) Prawa zamówień publicznych.

Powyższe wynika wprost z ww. przepisu i jego odesłania do art. 25 Prawa zamówień publicznych, który jasno wskazuje jakie oświadczenia i dokumenty mogą być uzupełnianie i wyjaśniane. Powyższe potwierdza także wyrok KIO z dnia 2.02.2017 r. KIO 140/17. Zastosowanie kryterium oceny odwołującego się do właściwości wykonawcy (art. 91 ust. 2 pkt 5 PZP) służy bowiem ocenie zespołu wyznaczonego do realizacji zamówienia, a nie ocenie Wykonawcy, jak ma to miejsce na etapie kwalifikacji podmiotowej.

Podkreślić należy również, że w przedmiotowym postępowaniu przetargowym — zgodnie z zapisem pkt. 11.20. IDW Zamawiający zastosował procedurę odwróconą, o której mowa w art. 24 aa Prawa zamówień publicznych. Ta z kolei zakłada dokonanie najpierw oceny ofert (sporządzenie wewnętrznego rankingu ofert), a dopiero następnie zbadanie, czy wykonawca którego oferta została najwyższej oceniona nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Abstrahując zatem od argumentacji wyżej przedstawionej zastosowanie tej procedury dyskwalifikuje jakiegokolwiek wezwanie Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych na obecnym etapie, bowiem jego oferta nie została oceniona najwyższej.

Co istotne wreszcie w pkt 24.2.3. IDW oraz 24.2.4 IDW Zamawiający wprost wskazał, że co prawda w Formularzu ofertowym Wykonawca zobowiązany jest do wskazania wszystkich informacji niezbędnych do oceny spełnienia zarówno warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia projektanta branży torowej i sanitarnej, jak i kryterium oceny ofert w postaci doświadczenia tego personelu, to wezwanie do uzupełnienia informacji zawartych w Formularzu ofertowym może dotyczyć tylko wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 9.2.1.2. i 9.2.1.3. IOW, a Zamawiający nie będzie przyznawał punktów za uzupełnione informacje nt. ww. osób w ramach sformułowanego kryterium.

Całkowicie chybiony pozostaje także zarzut Odwołującego, że Zamawiający powinien zastosować art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i w trybie tego przepisu wyjaśnić wątpliwości dotyczące oświadczeń.

W przypadku kryterium oceny ofert, o którym mowa w art. 91 ust. 2 pkt 5 (w niniejszym postępowaniu doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia) wykluczone jest zastosowanie ww. przepisu art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Potwierdziła to KIO w wyroku KIO z dnia 2.02.2017 r KIO 140/17, wskazując w uzasadnieniu, że procedura z art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, czy też art. 26 ust. 4 nie może mieć zastosowania, gdyż prowadziłaby do zmiany treści oferty — zmiany ulegałyby przedmiot oceny w ramach kryterium doświadczenia personelu.

Gdyby Zamawiający zażądał od Odwołującego wyjaśnień dotyczących złożonych przez niego oświadczeń w Formularzu ofertowym dotyczących kryterium doświadczenia projektanta branży torowej i sanitarnej, to prowadziłyby one do uzupełnienia oferty o informacje w niej niezawarte, a zatem do nadanie jej nowej treści, co jest niedopuszczalne. W konsekwencji doszłoby do negocjacji dotyczących złożonej oferty w jej istotnym elemencie (mającym takie samo znaczenie jak cena oferty), którego ocena decyduje o ustaleniu oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego nikt nie zgłosił przystąpienia.

**II.** Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie należy oddalić.

Izba ustaliła, co następuje:

1. W postępowaniu Zamawiający postanowił, że cena nie jest jedynym kryterium oceny ofert – Zamawiający oceniał również doświadczenie projektantów. Mianowicie Zamawiający wskazał w pkt 24 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) – Części I – Instrukcja dla wykonawców (IDW), że oferty zostaną przez Zamawiającego ocenione w oparciu o następujące kryteria oceny ofert:

- cena – z wagą 60%,
- doświadczenie projektanta branży drogowej – z wagą 20%,
- doświadczenie projektanta branży torowej – z wagą 10%,
- doświadczenie projektanta branży sanitarnej - z wagą 10%.

2. Do SIWZ Zamawiający załączył wzór formularza oferty, gdzie w pkt 4.5, w tabeli, podano, jak należy w ofercie opisać personel, który będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Dla stanowisk „projektant branży drogowej, o którym mowa w

punkcie 9.2.1.1. oraz 24.2.2. IDW”, „projektant branży torowej, o którym mowa w punkcie 9.2.1.2. oraz 24.2.3. IDW”, „projektant branży torowej, o którym mowa w punkcie 9.2.1.3. oraz 24.2.4. IDW”, należało m.in. wypełnić kolumnę „doświadczenie”. Zgodnie z opisem tejże kolumny, dla poszczególnych stanowisk należało wskazać doświadczenie 1) na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz 2) stanowiące podstawę do oceny w ramach kryteriów oceny ofert.

3. W przywołanych w tabeli punktach 24.2.2, 24.2.3, 24.2.4 IDW Zamawiający opisał, jakie prace projektowe będzie punktował w ramach kryterium „doświadczenie” dla poszczególnych stanowisk. I tak, w pkt 24.2.2. IDW „W przypadku kryterium „Doświadczenie projektanta branży drogowej (D)” o którym mowa w pkt. 9.2.1.1. oferta otrzyma ilość punktów zgodnie z tabelą przedstawioną poniżej oraz informacjami podanymi w Formularzu ofertowym sporządzonym na podstawie Załącznika nr 1 do IDW.

Wykonawca w zakresie powyższego kryterium Pi (D) zobowiązany jest do wskazania w Formularzu ofertowym sporządzonym na podstawie Załącznika nr do IDW w pkt, 4.5. wszystkich informacji niezbędnych do oceny spełniania zarówno warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 9.2.1,1, IDW jak i kryterium oceny ofert Pi (D) oraz informacji na temat każdej kolejnej usługi projektowej, poza jedną stanowiącą potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, tj. imienia i nazwiska wskazanej osoby, zakresu oraz numeru posiadanych uprawnień, wykształcenia, numeru członkowskiego Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa, podstawy do dysponowania ww, osobą oraz informacji na temat doświadczenia projektanta branży drogowej wyznaczonego do realizacji zamówienia tj. pełnionej funkcji, nazwy i przedmiotu zadania wraz z podaniem wszystkich informacji wskazanych w tabeli poniżej (przy czym Wykonawca jest zobowiązany wskazać: nazwę zadania, określić czy dotyczyło wykonania PB i PW budowy/przebudowy/remontu ulicy klasy co najmniej Z w terenie miejskim, wskazać długość ulicy). Punktacja przyznawana była następująco: wykonanie co najmniej jednej dokumentacji projektowej tj. projektu budowlanego i projektu wykonawczego w zakresie budowy lub przebudowy lub remontu ulicy w terenie miejskim klasy co najmniej o długości minimum 1000 m – 0 punktów, wykonanie co najmniej dwóch dokumentacji w zakresie j.w. – 10 punktów, wykonanie co najmniej trzech dokumentacji w zakresie j.w. – 20 punktów”.

W konsekwencji dla przyznania punktów za doświadczenie projektanta branży drogowej należało podać:

- 1) nazwę zadania,
- 2) określić, czy dotyczyło wykonania projektu budowlanego i wykonawczego,
- 3) projekty miały zostać wykonane dla budowy/przebudowy/remontu ulicy klasy co najmniej Z w terenie miejskim,
- 4) wskazać długość ulicy.

Z kolei w pkt 24.2.3 IDW, „W przypadku kryterium „Doświadczenie projektanta branży torowej Pi(T)” o którym mowa w pkt. 9.2.1.2 oferta otrzyma ilość punktów zgodnie z tabelą przedstawioną poniżej oraz informacjami podanymi w Formularzu ofertowym sporządzonym na podstawie Załącznika nr 1 do IDW, Wykonawca w zakresie powyższego kryterium Pi (T) zobowiązany jest do wskazania w Formularzu ofertowym sporządzonym na podstawie Załącznika nr 1 do DW w pkt. 4.5. wszystkich informacji niezbędnych do oceny spełniania zarówno warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 9.2.12, IDW jak i kryterium oceny ofert Pi (T) tj. informacji na temat każdej kolejnej dokumentacji projektowej, poza jedną stanowiącą potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz imienia i nazwiska wskazanej osoby, zakresu oraz numeru posiadanych uprawnień, wykształcenia, numeru członkowskiego Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa, podstawy do dysponowania ww. osobą oraz informacji na temat doświadczenia projektanta branży torowej wyznaczonego do realizacji zamówienia tj. pełnionej funkcji nazwy i przedmiotu zadania wraz z podaniem wszystkich informacji wskazanych w tabeli poniżej (przy czym Wykonawca jest zobowiązany wskazać: nazwę zadania, określić czy dotyczyło PB i PW budowy/przebudowy/remontu torowiska tramwajowego lub kolejowego, wskazać długość torowiska).

W konsekwencji dla przyznania punktów za doświadczenie projektanta branży torowej należało podać:

- 1) nazwę zadania,
- 2) określić, czy dotyczyło wykonania projektu budowlanego i wykonawczego,
- 3) projekty miały zostać wykonane dla budowy/przebudowy/remontu torowiska tramwajowego lub kolejowego,
- 4) należało wskazać długość torowiska.

W pkt 24.2.4 IDW Zamawiający ustalił, że „W przypadku kryterium „Doświadczenie projektanta branży sanitarnej (SY) wyznaczonego do uczestniczenia w realizacji zamówienia Pi (S) Wykonawca zobowiązany jest do wskazania w Formularzu ofertowym w pkt 4.5, wszystkich informacji niezbędnych do oceny kryterium oceny ofert Pi (S), tzn. imienia i nazwiska wskazanej osoby zakresu oraz numeru posiadanych uprawnień, numeru członkowskiego Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa, podstawy do dysponowania ww. osobą, wykształcenia, pełnionej funkcji, doświadczenia tj. wskazanie nazwy zadania/zadań podczas których ww. osoba wykonała jako projektant dokumentację tj. projekt budowlany i wykonawczy w zakresie odwodnienia obiektu liniowego z wykorzystaniem retencjonowania wód opadowych realizowanego poprzez zastosowanie co najmniej jednego z następujących rozwiązań: muldy chłonne, geokompozyty sorbujące wodę, ogrody deszczowe, wypustki uliczne, konstrukcje magazynujące wodę wokół drzew, powierzchnie przepuszczalne zadarnione, obiekty hydrofitowe, zbiorniki infiltracyjne, rowy infiltracyjne, suche zbiorniki retencyjne,

powierzchnie przepuszczalne ażurowe, koryta filtracyjne, studnie chłonne, skrzynki retencyjno-rozsączające, komory drenażowe, przy czym należy wskazać które z ww. rozwiązań zostało zastosowane.

Doświadczenie projektanta branży torowej i sanitarnej był punktowane następująco – wykonanie co najmniej jednego projektu budowlanego i wykonawczego – 0 punktów, dwóch – 5 punktów, trzech – 10 punktów.”

W konsekwencji dla przyznania punktów za doświadczenie projektanta branży sanitarnej należało podać:

- 1) nazwę zadania,
- 2) określić, czy dotyczyło wykonania projektu budowlanego i wykonawczego,
- 3) projekty miały zostać wykonane dla w zakresie odwodnienia obiektu liniowego;
- 4) w ramach wykonanego projektu należało wykorzystać retencjonowanie wód opadowych realizowane poprzez zastosowanie co najmniej jednego z następujących rozwiązań: muldy chłonne, geokompozyty sorbujące wodę, ogrody deszczowe, wypustki uliczne, konstrukcje magazynujące wodę wokół drzew, powierzchnie przepuszczalne zadarnione, obiekty hydrofitowe, zbiorniki infiltracyjne, rowy infiltracyjne, suche zbiorniki retencyjne, powierzchnie przepuszczalne ażurowe, koryta filtracyjne, studnie chłonne, skrzynki retencyjno-rozsączające, komory drenażowe (należało wskazać, które z ww. rozwiązań zostało zastosowane).

4. Odwołujący w formularzu ofertowym, w tabeli, opisał doświadczenie projektantów, którzy będą realizować zamówienie. Dla projektanta branży drogowej w kolumnie „doświadczenie” podał następujące doświadczenie: „polegające na opracowaniu jako projektant co najmniej jednej dokumentacji projektowej tj. projekt budowlany i projekt wykonawczy w zakresie budowy lub przebudowy lub remontu ulicy w terenie miejskim klasy co najmniej Z o długości minimum 1000 m zgodnie z p-ktem 9.2.1.1. IDW m.in.:

- 1) projekt budowlany i wykonawczy przebudowy i rozbudowy ul. Solskiego i ul. Grabiszyńskiej na odcinku od ul. Żelaznej do pl. Legionów we Wrocławiu - ulica klasy G, długość 1300 m,
- 2) projekt budowlany i wykonawczy przebudowy i rozbudowy ul. Sułowskiej we Wrocławiu - ulica klasy G, długość 1400 m,
- 3) projekt budowlany i wykonawczy remontu ul. Kochanowskiego we Wrocławiu, ulica klasy G, długość 1300 m,
- 4) projekt budowlany i wykonawczy remontu ul. Średzkiej we Wrocławiu, ulica klasy GP, długość 2200 m”.

Dla projektanta branży torowej Odwołujący opisał doświadczenie następująco: „polegające na opracowaniu jako projektant co najmniej jednej dokumentacji projektowej tj. projekt budowlany i wykonawczy w zakresie budowy lub przebudowy lub remontu torowiska tramwajowego lub kolejowego o długości co najmniej 100 m toru podwójnego lub co najmniej 200 m toru pojedynczego zgodnie z p-ktem 9.2.1.2. IDW m.in.:

- 1) koncepcja, projekt budowlany i projekt wykonawczy oraz zgłoszenie robót budowlanych dla zadania: Rewitalizacja linii kolejowej nr 131 Chorzów Batory — Tczew, odcinek Bydgoszcz Główna — Zduńska Wola — Chorzów Batory, w torze 2 na szlaku Dąbie — Ponętów, PODG Borysławice oraz stacja Dąbie (zadanie swoim zakresem obejmowało m.in.: wymianę nawierzchni na długości toru Nr 2 w stacji Dąbie nad Nerem od km 229,324 do km 230,278 oraz wymianę nawierzchni na długości toru Nr 2 szlaku Dąbie nad Nerem — Ponętów od km 230,499 do km 240,026,
- 2) kpl. opracowanie projektowe wraz ze zgłoszeniem robót budowlanych dla zadania: Remont torów Nr 1 i 2 w km 133,500 — 150,482 wraz z wymianą 4 doborów podrozdżadnic i naprawą przejazdów w km: 148,636, 150,170; 153,465 oraz roboty towarzyszące linia nr 143 Kalety — Wrocław Mikołajów WP2, odcinek Oleśnica — Wrocław Psie Pole (zadanie swoim zakresem obejmowało m.in.: wymianę nawierzchni torowej w km 137,171 — 137,450 i km 138,000 141,300 oraz oczyszczenie podsypki tłuczniowej w km 137,450 - 138,00 na długości toru Nr 2 szlaku Łukanów — Borowa Oleśnicka, wymianę nawierzchni torowej w km 142,419 - 146,834 na długości toru Nr 1 szlaku Borowa Oleśnicka — Długoleka, wymianę elementów nawierzchni torowej w km 146,650 — 147,902 toru Nr 2 stacji Długoleka, wymianę nawierzchni torowej w km 147,902 - 153,482 na długości toru Nr 2 szlaku Długoleka — Wrocław Psie Pole)
- 3) dokumentacja budowlana i wykonawcza dla zadania: Modernizacja linii kolejowej nr 274 Wrocław Świebodzki — Zgorzelec na odcinku Wrocław — Jelenia Góra — modernizacja nawierzchni kolejowej wraz z robotami towarzyszącymi, tor Nr 1 i 2 szlak Świebodzice — Wałbrzych Szczawienko (zadanie swoim zakresem obejmowało m.in.: przebudowę mostu kolejowego w km 63,205 oraz przepustów kolejowych w km 61,773, km 62,701, km 63 55”

Dla projektanta branży sanitarnej Odwołujący podał doświadczenie „polegające na opracowaniu jako projektant co najmniej jednej dokumentacji projektowej tj. projektu budowlanego i wykonawczego w zakresie odwodnienia obiektu liniowego z wykorzystaniem retencjonowania wód opadowych realizowanego poprzez zastosowanie co najmniej jednego z rozwiązań: muldy chłonne, geokompozyty sorbujące wodę, ogrody deszczowe, wypustki uliczne, konstrukcje magazynujące wodę wokół drzew, powierzchnie przepuszczalne zadarnione, obiekty hydrofitowe, zbiorniki infiltracyjne, rowy infiltracyjne, suche zbiorniki retencyjne, powierzchnie przepuszczalne ażurowe, koryta filtracyjne, studnie chłonne, skrzynki retencyjno-rozsączające, komory drenażowe zgodnie z p-ktem 9.2.1.3. IOW m.in.:

- 1) projekt budowlany i wykonawczy budowy parkingu P&R przy przystankach komunikacji miejskiej, ul. Opolska — Głębczycka we Wrocławiu — skrzynki rozsączające,
- 2) projekt budowlany i wykonawczy przebudowy fragmentu ul. Braterskiej we Wrocławiu — studnia chłonna,

3) projekt budowlany i wykonawczy budowy drogi wojewódzkiej Żerniki Wrocławskie — Siechnice (od ronda w ciągu DW 395 do DK 94) — zbiorniki chłonno-odparowujące”.

5. Zamawiający przyznał Odwołującemu 20 punktów za doświadczenie projektanta w branży drogowej, 0 punktów – w branży torowej, 5 punktów – w branży sanitarnej. Według rankingu ofert, oferta Odwołującego zajęłaby drugie miejsce, a cena oferty najkorzystniejszej przewyższałaby kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia, w konsekwencji Zamawiający unieważnił więc postępowanie.

Z powyższymi czynnościami Zamawiający nie zgodził się Odwołujący i wniósł rozpatrywane odwołanie.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo dokonał czynności w postępowaniu, w tym prawidłowo przyznał Odwołującemu punkty w kryterium doświadczenie projektantów w poszczególnych branżach. Izba w tym zakresie w całości podzieliła stanowisko Zamawiającego prezentowane w odpowiedzi na odwołanie.

W SIWZ jasno wskazano, że opisane w tabeli w formularzu ofertowym doświadczenie będzie równocześnie służyło do oceny spełnienia warunków w postępowaniu i do oceny doświadczenia w kryterium pozacenowym. Doświadczenie prezentowane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu mogłoby być uzupełniane względnie wyjaśniane w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 Prawa zamówień publicznych (do czego nie doszło – Zamawiający nie miał wątpliwości, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu odnośnie posiadania odpowiedniego doświadczenia – każdy z projektantów wykonał co najmniej jeden projekt budowlany i wykonawczy zgodnie w wymaganiami Zamawiającego. O takim przekonaniu Zamawiającego świadczy punktacja przyznana za doświadczenie w każdej branży, z uzasadnieniem podanym w protokole postępowania. Na powyższą konstatację nie ma wpływu, że postępowanie prowadzone było z zastosowaniem tzw. procedury odróconej, gdzie Zamawiający najpierw dokonuje oceny ofert, a później bada spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, który złożył ofertę najkorzystniejszą).

Doświadczenie, które ma służyć ocenie ofert w kryteriach pozacenowych, nie może być wyjaśniane ani uzupełniane. Prowadziłoby to do niedozwolonych zmian oferty, w skrajnych wypadkach do możliwości manipulowania rankingiem ofert przez wykonawców już po złożeniu ofert. Zamawiający zapowiedział zresztą w SIWZ, że w przypadku podania w Formularzu ofertowym danych dotyczących zadania wykazanego w celu potwierdzenia doświadczenia ww. osób, w sposób uniemożliwiający stwierdzenie, na podstawie informacji podanych w Formularzu ofertowym, spełnienia warunku zdolności zawodowej wskazanych osób (np. m. in. brak określenia nazwy lub charakterystyki zadania, uniemożliwiający identyfikację zadania, niejasności co do pełnionej funkcji podczas realizacji zadania, rodzaju usługi, brak informacji o uprawnieniach oraz doświadczeniu), Zamawiający nie weźmie pod uwagę takiego zadania przy ocenie ofert w kryterium ofert „Doświadczenie projektanta branży drogowej Pi (D)” (str. 24 IDW, analogiczną wskazówkę zamieszczono dla pozostałych, ocenianych pod względem doświadczenia, branż). Zatem nie ziszcili się przesłanki do zastosowania art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający uznał, że Odwołujący wykazał doświadczenie projektanta branży drogowej w sposób zasługujący na 20 punktów (maksymalną ilość) – wykonawca dostosował się do wymagań Zamawiającego z pkt 24.2.1 i podał w tabeli wszystkie niezbędne elementy, pozwalające na taką ocenę. Niestety, Odwołujący nie podał w tabeli niezbędnych elementów, pozwalających na przyznanie maksymalnej ilości punktów za doświadczenie pozostałych projektantów – w branży torowej i sanitarnej. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający w SIWZ jasno, jednoznacznie i w sposób nie mogący budzić żadnych wątpliwości podał, jakie elementy należy zawrzeć w opisie doświadczenia, aby mogło ono być punktowane (elementy te opisano powyżej, w pkt 3 uzasadnienia, w ppkt 1)-4) dla każdej z branż).

Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo ocenił doświadczenie projektanta branży torowej, opisane w tabeli w formularzu oferty przez Odwołującego. Zamawiający uznał, że Odwołujący wykazał w tabeli, że projektant posiada doświadczenie w co najmniej jednym projekcie budowlanym i wykonawczym dla zadania „Rewitalizacja linii kolejowej (...)” – Odwołujący podał, że wykonano projekt budowlany i wykonawczy dla tego zadania oraz wskazał długość torów, objętych projektem. Natomiast Zamawiający nie przyznał punktów za zadanie „Remont torów nr 1 i 2 (...)”, ponieważ Odwołujący nie wskazał w tabeli, że wykonano dla tego zadania projekt budowlany i wykonawczy. Odwołujący użył sformułowania „kpl. opracowanie projektowe wraz ze zgłoszeniem robót” – Zamawiający trafnie zauważył, że prawo budowlane, do którego jasno się odwoływał w SIWZ, nie posługuje się pojęciem „kpl. opracowanie projektowe”, nie ma więc pewności, co wchodzi w jego zakres, a do zgłoszenia robót nie jest konieczny projekt wykonawczy, nie musiał być więc częścią opracowania. Zamawiający również zauważył, że w odniesieniu do pozostałych zadań, wykonywanych przez projektantów wszystkich branż – drogowej, torowej i sanitarnej – Odwołujący wprost posługiwał się pojęciem „projekt budowlany i wykonawczy”, zgodnie z wskazówkami pkt 24.1.2 -24.1.4 SIWZ. Brak takiego określenia dla zadania „Remont torów nr 1 i 2 (...)” dyskwalifikowało przedmiotowe zadania z oceny w kryterium pozacenowym, co wyraźnie Zamawiający zapowiedział w SIWZ (należało w tabeli w opisie podać wszystkie elementy podlegające ocenie). Analogicznie Zamawiający nie przyznał punktów za zadanie „Modernizacja linii kolejowej (...)”, ponieważ Odwołujący nie podał, mimo wskazówek w SIWZ, długości torów objętych zadaniem, a jedynie, że obejmowało ono przebudowę mostów oraz przepustów kolejowych. Zamawiający trafnie uznał, że nie jest to równoznaczne przebudową torowiska - przebudowa

mostu może obejmować wyłącznie filary, przęsła, nie dotycząc torowiska. To samo odnosi się do przepustów kolejowych, stanowiących obiekty inżynieryjne umożliwiające przeprowadzenie linii kolejowej nad przeszkodami. Reasumując, w opisie dwóch zadań, za które Zamawiający nie przyznał punktów za doświadczenie projektanta branży torowej, brakowało elementów, które były wyraźnie wskazane w SIWZ, jako będące podstawą oceny w kryterium pozacenowym.

Za doświadczenie projektanta w branży sanitarnej Zamawiający przyznał punkty za dwa projekty (5 punktów), nie przyznając punktów za projekt parkingu, ponieważ stwierdził, że zgodnie z prawem budowlanym, parking nie jest obiektem liniowym według definicji zawartej w przepisie art. 3 pkt. 3a ustawy Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1332 ze zm.), a do tej definicji i takiego rozumienia obiektu liniowego Zamawiający odsyłał w zapisach IDW zawartych po punkcie 9.2.1.4. w lit. j). Przez obiekt liniowy należy bowiem rozumieć obiekt budowlany, którego charakterystycznym parametrem jest długość, w szczególności droga wraz ze zjazdami, linia kolejowa, wodociąg, kanał, gazociąg, ciepłociąg, rurociąg, linia i trakcja elektroenergetyczna, linia kablowa nadziemna i umieszczona bezpośrednio w ziemi, podziemna, wiat przeciwpowodziowy oraz kanalizacja kablowa, przy czym kable w niej zainstalowane nie stanowią obiektu budowlanego lub jego części lub urządzenia budowlanego.

Odwołujący zasadniczo nawet nie polemizował na rozprawie z taką opinią Zamawiającego, a jedynie w odwołaniu stwierdził, że >>projekt „Budowa Parkingu P&R przy przystankach komunikacji miejskiej ul. Opolska - Głubczycka we Wrocławiu” obejmował głównie odwodnienie jezdni parkingu, które spełniają kryterium odpowiednie dla obiektu liniowego<<. Odwołujący jednak nie przywoływał jakiegokolwiek argumentacji, która miałaby przemawiać za takim stanowiskiem. Nie można było zatem stwierdzić podstaw do zastosowania art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Samo określenie „parking” nie może przesądzać w ocenie składu orzekającego o zakwalifikowaniu do określonego rodzaju obiektów - Zamawiający zatem nie miał podstaw do takiej kwalifikacji, a w konsekwencji – nie miał podstaw do przyznania punktów zgodnie z postulatami Odwołującego.

Reasumując, Zamawiający prawidłowo przyznał Odwołującemu punkty za doświadczenie w poszczególnych branżach. Tym samym punktacja i ranking ofert został sporządzony zgodnie z przepisami i postanowieniami SIWZ. Ofer Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu, pierwsze miejsce zajęła oferta z ceną przekraczając możliwości finansowe Zamawiającego – zatem unieważnienie postępowania na podstawie 93 ust. 1 pkt 4 Praw zamówień publicznych było uzasadnione.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszeń przepisów wskazywanych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.972).

**Przewodniczący:**

.....