

WYROK

z 19 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie 17 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 27 lipca 2020 r. przez wykonawcę Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie, przy udziale wykonawcy ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
 - 1.2 przeprowadzenie ponownej czynności oceny ofert, w tym przyznanie ofercie Odwołującego sześciu punktów w ramach kryterium "Doświadczenie inspektora nadzoru robót drogowych (koordynatora)" oraz sześciu punktów w ramach kryterium "Doświadczenie zawodowe specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości w rozliczaniu rzeczowo - finansowym robót".
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego - Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od Zamawiającego - Zarządu Dróg Wojewódzkich w Lublinie na rzecz Odwołującego - Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Nadzór inwestorski i rozliczenie finansowe i rzeczowe - funkcja Inżyniera przy realizacji zamówienia pn.: Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 835 Lublin - Wysokie - Biłgoraj - Sieniawa - Przeworsk - Kańczuga - Dynów Grabownica Starzeńska od km 90+490 do km 115+875 na odcinku Biłgoraj - gr. województwa”, numer: DZU.372.65.2020.dk, zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 13 marca 2020 r. pod numerem 2020/S 052-123870. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

27 lipca 2020 r. wykonawca Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu (Dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 38 ust. 4b Pzp przez dokonanie oceny oferty Odwołującego w ramach kryterium "Doświadczenie inspektora nadzoru robót drogowych (koordynatora)" oraz "Doświadczenie zawodowe specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości w rozliczaniu rzeczowo - finansowym robót" w sposób arbitralny oraz niezgodny z określonymi w Rozdziale XIV SIWZ;
2. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej mimo, że oferta ta powinna zostać sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert, a tym samym powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą;
3. art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie w stosunku do Odwołującego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przejawiającym się dokonaniem w stosunku do oferty Odwołującego interpretacji postanowień Rozdziału XIV SIWZ w sposób niekorzystny dla Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem zasad wynikających z Rozdziału XIV SIWZ oraz przyznanie ofercie Odwołującego 6 punktów w ramach kryterium "Doświadczenie inspektora nadzoru robót drogowych (koordynatora)" oraz 6 punktów "Doświadczenie zawodowe specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości w rozliczaniu rzeczowo - finansowym robót" oraz łącznie 8,83 punktu w ramach kryteriów oceny ofert;
3. uznania oferty Odwołującego za ofertę najwyższej ocenioną, a następnie za ofertę najkorzystniejszą.

Odwołujący objął tajemnicą przedsiębiorstwa część uzasadnienia odwołania. Na podstawie art. 189 ust. 6 Pzp Odwołujący wniósł o wyłączenie jawności rozprawy. Odwołujący wskazał, że całość zarzutów odwołania oraz przywołana na ich poparcie argumentacja odnosiła się do informacji zastrzeżonych skutecznie na etapie postępowania przetargowego jako tajemnica przedsiębiorstwa Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania w zakresie nieobjętym tajemnicą przedsiębiorstwa Odwołujący wskazał m.in.:

Zamawiający określił w Rozdziale XIV ust. 3 i 4 SIWZ kryteria oceny ofert odnoszące się do doświadczenia członków personelu wykonawcy:

„1. Doświadczenie inspektora nadzoru robót drogowych (koordynatora) - waga kryterium 10%.

Oferty z doświadczeniem inspektora nadzoru robót drogowych (koordynatora) w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru robót drogowych (koordynatora) na inwestycji drogowej polegającej na budowie lub przebudowie (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. "Prawo budowlane" Dz. U. z 2019 r. poz. 1186) drogi publicznej (wraz z infrastrukturą towarzyszącą) i wartości robót co najmniej 45 000 000,00 zł netto, przy czym inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez jej zamawiającego:

- na jednej inwestycji otrzymają liczbę punktów PD - 0,
 - na 2 lub 3 inwestycjach otrzymają punktów PD - 4,
- na 4 lub 5 inwestycjach otrzymają punktów PD - 6,
 - na 6 lub powyżej inwestycjach otrzymają punktów PD - 10.

W przypadku nie wskazania doświadczenia inspektora nadzoru robót drogowych (koordynatora) wykonawca otrzyma 0 pkt.

2. Doświadczenie zawodowe specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości w rozliczaniu rzeczowo - finansowym robót - waga kryterium 10 %

Oferty z doświadczeniem osoby zaakceptowanej przez zamawiającego do pełnienia funkcji

Specjalisty/inspektora ds. rozliczeń na stanowisku ds. rozliczeń na inwestycji drogowej polegającej na budowie lub przebudowie (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. "Prawo budowlane" Dz. U. z 2019 r. poz. 1186) drogi publicznej (wraz z infrastrukturą towarzyszącą) i wartości robót co najmniej 45 000 000 zł (netto), przy czym inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez jej inwestora:

- na jednej inwestycji otrzymają liczbę punktów PS - 0,
 - na 2 lub 3 inwestycjach otrzymają punktów PS - 4,
- na 4 lub 5 inwestycjach otrzymają punktów PS - 6,
- na 6 lub powyżej inwestycjach otrzymają punktów PS - 10.

W przypadku nie wskazania doświadczenia specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości Wykonawca otrzyma 0 pkt. "

Zamawiający wskazał w SIWZ, że: „za najkorzystniejszą uznana będzie oferta, która uzyska najwyższą łączną liczbę punktów obliczoną według wzoru:

$P = PC \times 60\% + PB \times 20\% + PD \times 10\% + PS \times 10\%$, gdzie:

PC - punkty przyznane ofercie w ramach kryterium ceny,

PB - punkty przyznane ofercie w ramach kryterium badań,

PD - punkty przyznane ofercie w ramach kryterium doświadczenia inspektora nadzoru robót drogowych,

PS - punkty przyznane ofercie w ramach kryterium doświadczenia specjalisty ds. rozliczeń.

Odwołujący w Wykazie osób dla potrzeby kryterium oceny ofert powołał się na odpowiednie doświadczenie. Dla każdej z osób wskazanych w formularzu ofertowym w pkt VI "Doświadczenie zawodowe" Odwołujący wskazał cztery inwestycje, co powinno skutkować przyznaniem jego ofercie 6 punktów w zakresie każdego z ww. kryteriów.

Zamawiający 15 lipca 2020 r. poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu (dalej: Przystępujący). Zamawiający przedstawił również rozkład punktacji przyznanej poszczególnym ofertom w ramach kryteriów oceny ofert, z której wynikało, że Zamawiający podjął decyzję o nieprzyznaniu ofercie Odwołującego 6 punktów w ramach każdego z kryteriów dotyczących doświadczenia personelu. Zamawiający uznał, że jedna z czterech wskazywanych dla każdej z ww. osób inwestycji nie spełniała kryteriów uzyskania dodatkowej punktacji. W konsekwencji oferta Odwołującego w obu kryteriach dotyczących doświadczenia personelu otrzymała po cztery

punkty.

W ocenie Odwołującego decyzja Zamawiającego dokonana została na podstawie pobieżnej

analizy stanu faktycznego oraz błędnej interpretacji informacji otrzymanej od podmiotu trzeciego. Zamawiający dokonał oceny oferty Odwołującego w sposób niezgodny z zasadami określonymi w SIWZ tj. literalnym brzmieniem postanowień ustanawiających reguły przyznawania punktów ofertom. Zamawiający na etapie badania i oceny ofert w wyszedł poza ramy zasad i wytycznych, które zostały przez niego określone i wyartykułowane w SIWZ. Zamawiający w uzasadnieniu nieprzyznania dodatkowych punktów ofercie Odwołującego powołał się na argumenty i okoliczności, które nie wynikały z treści SIWZ.

W ocenie Odwołującego Zamawiający błędnie uznał, że jedna z inwestycji na które powołał się Odwołujący nie spełniała dotyczących przytoczonych wyżej, określonych w SIWZ wymogów, co do zasad przyznawania punktów w ramach kryteriów oceny ofert.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w żadnym miejscu w SIWZ nie wskazał, że kwota 45 mln zł netto miała odnosić się do wartości robót budowlanych, których wartość została "wygenerowana" (przerobiona / odebrana / ukończona etc.) w okresie, gdy dana osoba pełniła funkcję inspektora nadzoru. Wręcz przeciwnie, Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, że ww. wartość winna być odnośzona do wartości inwestycji zgodnie bowiem z SIWZ: "Oferty z doświadczeniem inspektora nadzoru robót drogowych (koordynatora) w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru robót drogowych (koordynatora) na inwestycji drogowej:

1. polegającej na budowie lub przebudowie (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. "Prawo budowlane" Dz. U. z 2019 r. poz. 1186) drogi publicznej (wraz z infrastrukturą towarzyszącą)
2. i wartości robót co najmniej 45 000 000-00 zł netto, przy czym inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez jej zamawiającego".

Zatem zakres udziału w ww. usłudze w ramach inwestycji winien pozostawać bez wpływu na ocenę oferty Odwołującego w ramach ww. kryterium.

Zamawiający w żadnym z postanowień SIWZ nie określił, że przedmiotem nadzoru miała być realizacja umowy na roboty budowlane. Zamawiający konsekwentnie posługiwał się pojęciem nadzoru, realizacją inwestycji, która nie stanowi synonimu pojęcia umowa. Zamawiający nigdzie w SIWZ nie zawarł definicji inwestycji zatem stawianie znaku równości dla znaczenia tego pojęcia z pojęciem umowy stanowiłoby zmianę SIWZ po dacie składania ofert.

Gdyby intencją Zamawiającego było wykazanie się doświadczeniem nad wykonywaniem usług inżynierskich nad realizacją inwestycji wykonywanej w ramach jednej umowy - Zamawiający powinien wyartykułować taki wymóg bezpośrednio i jasno w SIWZ.

Odwołujący przyznał, że roboty budowlane zrealizowane w ramach zadania, na które powołał się w celu przyznania punktów w kryteriach oceny oferty zostały podzielone na kilka odcinków realizowanych w ramach odrębnych umów z wykonawcami robót. Odwołujący w ramach ww. umowy był jednak obowiązany do świadczenia kompleksowej usługi nadzoru nad całą inwestycją i wszystkimi wykonywanymi w jej zakresie robotami. Łączna wartość tych robót przekraczała kwotę 45 mln zł netto.

17 sierpnia 2020 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o oddalenie odwołania. W zakresie nieobjętym tajemnicą przedsiębiorstwa Odwołującego Zamawiający wskazał m. in.:

Kluczowe dla oceny oferty Odwołującego było brzmienie Rozdziału XIV SIWZ: Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Zamawiający podkreślił, że inwestycja drogowa, o której mowa w treści obu kryteriów dotyczących doświadczenia personelu miała być odebrana przez inwestora, przy czym w SIWZ w następujący sposób zdefiniowano inwestycję odebraną: „Jako inwestycja odebrana ostatecznie przez inwestora należy rozumieć wystawienie co najmniej Świadcstwa Przejęcia (dla zadań realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub pod pisanie protokołu odbioru ostatecznego (w przypadku zadań, na których nie wystawia się Świadcstwa Przejęcia).

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący utożsamiał doświadczenie wykonawcy z doświadczeniem personelu Wykonawcy, w tym konkretnym przypadku: inspektora nadzoru robót drogowych (koordynatora) i specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości w rozliczaniu rzeczowego finansowym robót. Zamawiający podkreślił, że są dychotomiczne pojęcia i odnoszą się do zupełnie innych podmiotów. Doświadczenie wykonawcy nie jest tożsame z doświadczeniem jego personelu. Personel może zdobywać doświadczenie niezależnie od danego wykonawcy. Może to czynić samodzielnie lub u innych wykonawców i jest to cecha możliwa do przypisania konkretnej osobie, a nie wykonawcy. Personel, co do zasady, stanowią osoby fizyczne.

Wykonawca może zdobywać doświadczenie za pomocą innego personelu niż wskazywany w konkretnej ofercie. Niezależnie od tego, czy dany personel pozostaje w dyspozycji wykonawcy, to doświadczenie pozostaje doświadczeniem wykonawcy. Wykonawcą może być osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną. Wykonawca i jego personel zdobywają doświadczenie niejako niezależnie od siebie, aczkolwiek często ma to miejsce w tym samym czasie i na tej samej inwestycji. Utożsamianie tych dwóch rodzajów doświadczeń przez

Odwołującego było w szczególności widoczne w odniesieniu do inspektora nadzoru robót drogowych. Wskazana w ofercie osoba brała udział w realizacji jedynie dwóch odcinków z dwunastu nadzorowanych przez Odwołującego. Osoba ta nie mogła się zatem legitymować doświadczeniem wymaganym w SIWZ.

Punktowane było doświadczenie dwóch członków personelu wykonawców:

1. inspektora nadzoru robót drogowych (koordynatora) oraz
2. Specjalisty/ Inspektora ds. rozliczeń na stanowisku ds. rozliczeń.

Zamawiający wskazał przy tym, że doświadczenie tych osób dotyczyć miało inwestycji drogowej. Zamawiający celowo użył w SIWZ liczby pojedynczej, a nie mnogiej. Inwestycja drogowa miała z kolei polegać na budowie lub przebudowie drogi publicznej, a wartość robót na tej inwestycji miała wynosić co najmniej 45 000 000,00 zł netto. Miała to być wartość jednej inwestycji drogowej, a nie suma szeregu mniejszych inwestycji. Zamawiający podkreślił, że przyznawał punkty w ramach kryterium jeśli personel danego wykonawcy pełnił swoje funkcje przy realizacji robót o określonej wartości. Zamawiający nie wymagał „przerobienia” przez daną osobę określonej wartości, ale pełnienia funkcji w ramach jednej inwestycji drogowej, której wartość była nie mniejsza niż 45 milionów zł netto.

Zamawiający zwrócił uwagę, że pozacenowe kryteria oceny ofert muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia. Istotą kryteriów, co podkreślono w motywie 92 dyrektywy 2014/24/UE, jest umożliwienie oceny porównawczej poziomu wykonania zaoferowanego w każdej z ofert przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ. Zamawiający konstruując przedmiotowe kryteria wymagał od personelu wykonawcy pełnienia funkcji przy większych inwestycjach drogowych o znacznym stopniu skomplikowania, co z kolei znalazło odzwierciedlenie w określeniu w SIWZ minimalnej wartości robót.

Odwołujący w złożonej ofercie powołał się na usługę, w której wykonywał nadzór nad kilkunastoma mniejszymi inwestycjami, co nie spełniało warunku prowadzącego do przyznania dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert. Odwołujący nie mógł utożsamiać zakresu świadczonej przez niego usługi z zakresem czynności wykonywanych przez jego personel.

W Rozdziale XIV SIWZ Zamawiający posłużył się określeniem „inwestycja drogowa”, a nie pojęciem „inwestycja”.

Przedsięwzięcia budowlane polegające na budowie lub przebudowie dróg publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. z 2020 r. poz. 470, 471 i 1087) realizowane są w oparciu o ustawę z 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1363 z późn. zm., dalej: Ustawa o ZRID). Na gruncie tego aktu ustawodawca posłużył się sformułowaniem „inwestycji drogowej”, którą ściśle wiąże z jednym wnioskiem i jedną decyzją. W art. 11a ust. 1 Ustawy o ZRID wskazano, że właściwe organy administracji publicznej wydają decyzję o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej na wniosek właściwego zarządcy drogi. Treść wniosku determinowana jest z kolei postanowieniami art. 11d Ustawy o ZRID: Do wniosku o wydanie decyzji właściwy zarządca drogi zobowiązany jest dołączyć w szczególności:

- 1) mapę w skali co najmniej 1:5000 przedstawiającą proponowany przebieg drogi, z zaznaczeniem terenu niezbędnego dla obiektów budowlanych, oraz istniejące

uzbrojenie terenu;

- 2) analizę powiązania drogi z innymi drogami publicznymi;
- 3) mapy zawierające projekty podziału nieruchomości, sporządzone zgodnie z odrębnymi przepisami;
- 3a) określenie nieruchomości lub ich części, które planowane są do przejęcia na rzecz Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego;
- 3b) określenie nieruchomości lub ich części, z których korzystanie będzie ograniczone;
- 4) określenie zmian w dotychczasowej infrastrukturze zagospodarowania terenu;
- 5) cztery egzemplarze projektu budowlanego wraz z zaświadczeniem, o którym mowa w art. 12 ust. 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz.U. z 2019 r. poz. 1186, z późn. zm.), aktualnym na dzień opracowania projektu;
- 6) w przypadku transeuropejskiej sieci drogowej:
 - a) wynik audytu bezpieczeństwa ruchu drogowego, o którym mowa w art. 241 ust. 1 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych,
 - b) uzasadnienie zarządcy drogi, o którym mowa w art. 241 ust. 4 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych;

7) opinie:

- a) ministra właściwego do spraw: zdrowia w odniesieniu do inwestycji lokalizowanych w miejscowościach uzdrowiskowych, zgodnie z odrębnymi przepisami,
- b) dyrektora właściwego urzędu morskiego - w odniesieniu do obszarów pasa technicznego, pasa ochronnego, morskich portów i przystani,
- c) właściwego organu nadzoru górniczego - w odniesieniu do terenów górniczych, dyrektora regionalnego zarządu gospodarki wodnej Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie - w odniesieniu do inwestycji obejmujących wykonanie urządzeń wodnych oraz w odniesieniu do wykonywania obiektów budowlanych lub robót na obszarach szczególnego zagrożenia powodzią (...).

W oparciu o powyższe przepisy Zamawiający wskazał, że inwestycja drogowa to przedsięwzięcie budowlane dotyczące dróg publicznych, które zostało przez zarządcę drogi objęte jednym wnioskiem o wydanie zezwolenia na realizację inwestycji drogowej i wobec, którego właściwy organ wydał jedną decyzję o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej. Z powyższego wynikało, że wszelkie budowy lub przebudowy dróg publicznych, dla których wydane zostały decyzje ZRID są określane są mianem inwestycji drogowych. Zgodnie z definicjami zawartymi w ustawie z dnia 7 lipca 1997 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2020 r. poz. 1333 z późn. zm., dalej: Prawo budowlane) przez budowę należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego; natomiast przez przebudowę wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego.

Ponadto roboty polegające na przebudowie drogi publicznej w 2015 r. wymagały dokonania zgłoszenia zgodnie z przepisami Prawa budowlanego. Dlatego każde roboty budowlane objęte odrębnym zgłoszeniem budowlanym należało uznać za odrębną inwestycję drogową.

Przystępujący 6 sierpnia 2020 r. wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie. Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania jako w całości niezasadnego. Przystępujący wskazał ponadto:

Zarzuty Odwołującego sprowadzały się w istocie do wykładni SIWZ tj. postanowień rozdziału XIV, ust. 3 i 4. Odwołujący zaprezentował wykładnię ww. postanowień, w świetle której bez znaczenia dla kwalifikacji danej inwestycji, jako wchodzącej w skład doświadczenia inspektora nadzoru robót drogowych i specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości, pozostawał zakres tego doświadczenia tj. ustalenie, czy w ramach pełnienia ww. funkcji dana osoba posiadała doświadczenie w zakresie robót o wartości co najmniej 45 000 000,00 zł

netto.

W ocenie Przystępującego taki sposób interpretacji SIWZ był sprzeczny z jego literalną treścią. Z cytowanych wyżej postanowień SIWZ wynikało wprost, że wskazane osoby musiały wykazać się doświadczeniem w pełnieniu danej funkcji, w ramach realizowanych robót, o wartości nie mniejszej niż 45 000 000,00 zł. netto. Wykładnia literalna postanowień SIWZ wskazywała, że chodziło o wykonywanie obowiązków w ramach danej funkcji przy faktycznej realizacji robót o wskazanej wartości. Wymienione osoby musiały zatem być obecne i faktycznie wykonywać swoje obowiązki w czasie realizacji robót o wymaganej wartości, inaczej mówiąc - by Zamawiający mógł przyznać punktację w świetle rozdz. XIV ust. 3 i 4 SIWZ roboty o wartości 45 000 000,00 zł netto lub wyższej, musiały być zrealizowane w czasie kiedy ww. osoby pełniły swoje funkcje.

Zgodnie zaś z interpretacją ww. postanowień SIWZ przedstawioną przez Odwołującego, nawet pełnienie opisanych funkcji przez jeden dzień, w ramach inwestycji o wartości 45 000 000,00 zł netto lub wyższej, byłoby wystarczające dla uzyskania punktacji. Tego rodzaju interpretacja była nie tylko sprzeczna z zasadami logiki i doświadczenia życiowego (skoro Zamawiający wymaga „doświadczenia” przy realizacji robót o określonej wartości, to koniecznym jest faktyczne wykonywanie obowiązków w czasie realizacji robót o takiej wartości), ale również z treścią SIWZ. Skoro Zamawiający posłużył się sformułowaniem „doświadczenie w pełnieniu funkcji” w zestawieniu z warunkiem wartości robót, w ramach których ta funkcja była pełniona, to nie mogło być mowy o innym znaczeniu spornych postanowień jak tylko powiązaniu czasu pełnienia funkcji z wartością robót jaka w okresie pełnienia tejże funkcji została wykonana.

W ocenie Przystępującego Odwołujący usiłował dokonać wykładni treści SIWZ w całkowitym oderwaniu od okoliczności i celu jej postanowień. Celem tych postanowień było uzależnienie punktacji od faktycznego nabytego doświadczenia, zatem oczywistym było, że wymóg doświadczenia przy pełnieniu określonej funkcji odnosił się do pełnienia jej w czasie kiedy zrealizowane zostały roboty o wartości co najmniej 45 000 000,00 zł netto. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, to nie Zamawiający dokonał wykładni rozszerzającej zapisów SIWZ, a Odwołujący usiłował z ww. postanowień wywodzić treść, która z nich nie wynikała, wbrew zasadzie clara non sunt interpretanda.

SIWZ stanowi oświadczenie woli zamawiającego, które podlega wykładni przy zastosowaniu zasad określonych w art. 65 Kodeksu cywilnego. Zgodnie zaś z art. 65 § 1 Kc oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

W ocenie Przystępującego, interpretacja Odwołującego, w świetle której punktacja przysługiwała za nawet jeden dzień pełnienia funkcji w ramach inwestycji, w ramach której wartość robót budowlanych wynosiła co najmniej 45 000 000,00 zł netto była całkowicie sprzeczna z zasadami wykładni oświadczeń woli opisanymi w art. 65 § 1 Kc.

W zakresie twierdzeń Odwołującego, co do sumowania wartości inwestycji realizowanych przez różnych wykonawców robót Przystępujący podniósł, że SIWZ wyraźnie zdefiniował inwestycję jako budowę lub przebudowę w rozumieniu ustawy Prawo budowlane. Jeżeli zatem definicja inwestycji została powiązana z przepisami prawa budowlanego, to nie ulega wątpliwości, że każda umowa z wykonawcą robót będzie stanowiła odrębną inwestycję, tj. budowę lub przebudowę. Okoliczność, że Odwołujący podpisał umowę o świadczenie usług obejmującą kilka budów / przebudów pozostawała bez znaczenia dla ich statusu. Status inwestycji ustalany jest nie w oparciu o umowę o świadczenie usług z inwestorem

zastępczym/nadzorcą, a na podstawie umowy z generalnym wykonawcą robót budowlanych.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Izba oddaliła wnioszek Odwołującego o wyłączenie jawności rozprawy. W ocenie Izby nie zachodziły okoliczności wskazane w art. 189 ust. 6 Pzp, który stanowi, że „Izba na wniosek strony lub z urzędu wyłącza jawność rozprawy w całości lub w części, jeżeli przy rozpoznawaniu odwołania może być ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów inna niż informacja niejawną w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych. Rozprawa odbywa się wówczas wyłącznie z udziałem stron lub ich pełnomocników”. Odwołujący - w odwołaniu oraz Zamawiający - w odpowiedzi na odwołanie, w wyczerpujący sposób przedstawili swoje stanowiska z uwzględnieniem argumentacji opartej o informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego. W tej sytuacji w ocenie Izby wyłączenie jawności rozprawy zmierzałoby wyłącznie do uniemożliwienia aktywnego udziału Przystępującego w rozprawie.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na częściowe uwzględnienie.

W ocenie Izby spór sprowadzał się do sposobu rozumienia następujących postanowień Rozdziału XIV SIWZ:

„3. Doświadczenie inspektora nadzoru robót drogowych (koordynatora) - waga kryterium 10%

Oferty z doświadczeniem inspektora nadzoru robót drogowych (koordynatora) w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru robót drogowych (koordynatora) na inwestycji drogowej polegającej na budowie lub przebudowie (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. "Prawo budowlane" Dz. U. z 2019 r. poz. 1186) drogi publicznej (wraz

z infrastrukturą towarzyszącą) i wartości robót co najmniej 45 000 000,00 zł netto, przy czym inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez jej zamawiającego:

- na jednej inwestycji otrzymają liczbę punktów PD = 0
- na 2 lub 3 inwestycjach otrzymają punktów PD = 4
- na 4 lub 5 inwestycjach otrzymają punktów PD = 6
- na 6 lub powyżej inwestycjach otrzymają punktów PD = 10

W przypadku nie wskazania doświadczenia inspektora nadzoru robót drogowych (koordynatora) Wykonawca otrzyma 0 pkt.

4. Doświadczenie zawodowe specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości w rozliczaniu rzeczowo - finansowym robót- waga kryterium 10 %

Oferty z doświadczeniem osoby zaakceptowanej przez zamawiającego do pełnienia funkcji Specjalisty/Inspektora ds. rozliczeń na stanowisku ds. rozliczeń na inwestycji drogowej polegającej na budowie lub przebudowie (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. "Prawo budowlane" Dz. U. z 2019 r. poz. 1186) drogi publicznej (wraz z infrastrukturą towarzyszącą) i wartości robót co najmniej 45 000 000 zł (netto), przy czym inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez jej inwestora:

- na jednej inwestycji otrzymają liczbę punktów PS = 0
- na 2 lub 3 inwestycjach otrzymają punktów PS = 4
- na 4 lub 5 inwestycjach otrzymają punktów PS = 6
- na 6 lub powyżej inwestycjach otrzymają punktów PS = 10

W przypadku nie wskazania doświadczenia specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości Wykonawca otrzyma 0 pkt”.

W zakresie pojęć użytych w ww. części SIWZ Zamawiający zdefiniował następująco:

1. „Pod pojęciem dróg, Zamawiający rozumie drogi publiczne określone w ustawie z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. 2017 poz. 2222) lub drogi będące ich odpowiednikami w państwach Unii Europejskiej, państwach będących stronami Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych i państwach będącymi stronami umów międzynarodowych, których stroną

jest Unia Europejska”.

2. „Jako inwestycja odebrana ostatecznie przez inwestora należy rozumieć wystawienie co najmniej Świadectwa Przejęcia (dla zadań realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub podpisanie protokołu odbioru ostatecznego (w przypadku zadań, na których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia)”.

W SIWZ brak jest definicji kluczowego dla oceny stanu faktycznego pojęcia inwestycji drogowej. Brak jest również jakiegokolwiek informacji, co do sposobu rozumienia tego pojęcia.

Zamawiający nie wskazał przy tym, że nadał pojęciu inwestycji drogowej znaczenie wynikające z Ustawy o ZRID. W konsekwencji - co wprost wynika z przytoczonych wyżej stanowisk Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego - każdy z nich w odmienny sposób interpretował sporne postanowienia SIWZ.

Przyczyną powyższego jest w ocenie sposób sformułowania ww. kryteriów. Oprócz oczywistych błędów stylistycznych, zdania są przesadnie rozbudowane i zawite. W efekcie ich interpretacja mogła być problematyczna i dawać niejednoznaczny wynik. Nie można zgodzić się przy tym z twierdzeniem Zamawiającego, że pojęcie inwestycji drogowej ma oczywiste i jasne znaczenie. Skoro Zamawiający, oceniając oferty w ramach kryteriów, zamierzał utożsamiać jedną inwestycję drogową z jedną umową na realizację robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie drogi publicznej, to jego obowiązkiem było to wprost określić w SIWZ.

Zamawiający nie przyznał ofercie Odwołującego punktów za doświadczenie personelu uzyskane w ramach jednego z czterech zadań wykazanych w tej ofercie na podstawie powyższej interpretacji SIWZ, tj. przyjmując, że jedna inwestycja drogowa jest tożsama z jedną umową na realizację określonych robót. Tym samym w ocenie Izby potwierdził się podstawowy zarzut odwołania, czyli interpretacja przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert w zakresie doświadczenia personelu w sposób zawężający.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego Izba wskazuje, że zarówno inwestycja jak i inwestycja drogowa nie muszą być realizowane w ramach pojedynczych umów. Pojęcie inwestycja ma szerszy zakres niż umowa, stąd stanowisko Odwołującego wskazujące, że jedna inwestycja nie musi być realizowana w ramach jednej umowy. Tym samym Izba nie zgodziła się również ze stanowiskiem Przystępującego wyrażonym w toku rozprawy, zgodnie z którym o prawidłowości interpretacji Zamawiającego stanowiła przytoczona wyżej definicja inwestycji odebrana ostatecznie przez inwestora.

Przystępujący wskazał, że skoro w ww. definicji mowa jest o jednym odbiorze dla jednej inwestycji, to w konsekwencji uznać należało, że inwestycja taka musiała być realizowana w ramach jednej umowy. Tym samym Przystępujący wskazał, że istnieje konieczność odrębnego odbioru inwestorskiego dla każdej umowy o roboty budowlane. Izba wskazuje jednak, że inwestycja odebrana ostateczna w rozumieniu przedmiotowej definicji to również podpisanie protokołu odbioru ostatecznego. W ocenie Izby w definicji wskazanej w SIWZ mieści się odbiór ostateczny dla inwestycji zrealizowanej zarówno w ramach jednej, jak i wielu umów. Z tego względu argumentacja Przystępującego nie mogła stanowić podstawy do uznania czynności Zamawiającego dokonanych w ramach oceny ofert za prawidłowe.

Izba wskazuje ponadto, że argumentacja podniesiona przez Zamawiającego w piśmie procesowym oraz w toku rozprawy, wykraczała poza argumentację zawartą w uzasadnieniu punktacji oferty Odwołującego. Uzasadniając nieprzyznanie kompletu punktów ofercie Odwołującego w ramach kryteriów dot. doświadczenia personelu Zamawiający wskazał, że żadna z umów realizowanych w ramach przedmiotowej inwestycji nie spełniała wymogu wartości minimalnej. Kryteria odnosiły się jednak do inwestycji drogowej o wartości robót minimum 45 mln zł netto, a Zamawiający nie zawarł w SIWZ informacji, że pojęcia inwestycji drogowej i umowy na realizację robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie drogi publicznej należy traktować jako tożsame. Z tego względu, w ocenie Izby, kryteria powyższe powinny być rozumiane jako dotyczące inwestycji drogowych realizowanych w ramach jednej bądź wielu umów, a kwota 45 mln zł netto dotyczyć powinna łącznej wartości takich inwestycji, nie zaś pojedynczej umowy. Inne rozumienie spornych kryteriów oznaczałoby ich zawężającą interpretację, a zatem faktyczną zmianę treści SIWZ po upływie terminu składania ofert.

Zamawiający podkreślał w toku rozprawy, że przedmiotowe kryteria odnosiły się do inwestycji, których przedmiotem była jedna droga publiczna, zatem niedopuszczalne było powołanie się na realizację inwestycji składającej się z kilku, odrębnych odcinków dróg. Argument taki nie padł jednak w uzasadnieniu punktacji oferty Odwołującego - treść tego uzasadnienia pozwala przyjąć, iż w toku oceny ofert Zamawiający do takiego, ewentualnego wymogu nie przywiązywał żadnej wagi. Wskazać przy tym należy, że Zamawiający

przeprowadził na tyle szczegółową ocenę spornej inwestycji, że z całą pewnością był świadomy wszystkich, podstawowych informacji jej dotyczących.

W tej sytuacji Izba uznała zarzuty odwołania potwierdziły się w ten sposób, że Zamawiający dokonując oceny oferty Odwołującego naruszył art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Art. 91 ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym ocena oferty Odwołującego w oparciu o kryteria węższe i bardziej rygorystyczne niż określone w SIWZ stanowiło złamanie dyspozycji przytoczonego przepisu.

Zarzuty odwołania ze względu na ich uzasadnienie oraz wskazane podstawy prawne potraktowane zostały w sposób łączny.

W zakresie przywołanego w zarzucie nr 1 art. 38 ust. 4b Pzp Izba wskazuje, że przepis ten odnosi się do postępowań o udzielenie zamówienia prowadzonych w trybie przetargu ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem („Z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, jest niedopuszczalne dokonywanie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym i negocjacjach z ogłoszeniem, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu”). Przedmiotowe postępowania prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, zatem art. 38 ust. 4b Pzp nie ma zastosowanie w sprawie.

Izba na podstawie art. 190 ust. 6 Pzp oddaliła objęte tajemnicą przedsiębiorstwa dowody złożone przez Zamawiającego i Odwołującego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron. Izba uznała, że dowody nie mają rzeczywistego związku z przedmiotem sporu oraz znaczenia dla oceny prawidłowości zaskarżonych czynności Zamawiającego. W konsekwencji wnioski dowodowe stron zostały oddalone jako powołane jedynie dla zwłoki.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 (Dz.U. z 2018 r. poz. 972).