Sygn. akt: KIO 758/23

WYROK

z dnia 4 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Adriana Urbanik

Członkowie: Marek Bienias

Anna Katarzyna Wojciechowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2023 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. z siedzibą w Szczecinie w postępowaniu prowadzonym przez Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Zielonej Górze

przy udziale wykonawcy EKOCENTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. z siedzibą w Szczecinie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. z siedzibą w Szczecinie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. z siedzibą w Szczecinie na rzecz Rejonowego Zarządu Infrastruktury

w Zielonej Górze kwotę 1.035 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc trzydzieści pięć

złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……..…

Członkowie: ……..…

Sygn. akt: KIO 758/23

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie przetargu ograniczonego pn. „Pełnienie kompleksowej usługi inżyniera nadzoru w ramach zadania nr 25022: „Miejsce stacjonowania wojsk w m. Pstrąże"", numer postępowania Spr nr 2/PO/25022/2022, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11.11.2022 r. pod nr Dz.U./S S218 626252-2022-PL przez: Rejonowy Zarząd Infrastruktury Zielona Góra, zwany dalej: „Zamawiającym". Do wyżej wymienionego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych

(Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, z późn. zm.), zwana dalej: „Pzp" albo „ustawą Pzp".

Dnia 20.03.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności wyboru ofert z dnia 10.03.2023 r. złożyło Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A., ul. Jerzego Zimowskiego 20, 71-281 Szczecin, zwane dalej: także „Odwołującym". Odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty i przyznanie wykonawcy EKOCENTRUM – Wrocławskiemu Ośrodkowi Usług

Ekologicznych Sp. z o.o. maksymalnej liczby punktów w kryterium oceny ofert „doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia" w sytuacji gdy ten wykonawca wykazał realizacje dla ocenianej osoby, które nie powinny być punktowane w ramach powyższego kryteriów oceny ofert;

2) art. 137 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zmianę zasad oceny ofert w kryteriach oceny po upływie terminu składania ofert tj. nierespektowanie własnych zasad ustalonych i przekazanych wykonawcom składającym oferty;

3) art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób przejrzysty zapewniający równe traktowanie wykonawców.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o:

1) uwzględnienie odwołania w całości;

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

3) nakazanie Zamawiającemu ponowne przeliczenie ilości punktów w kryteriach oceny ofert i odjęcie punktów wykonawcy EKOCENTRUM – Wrocławskiemu Ośrodkowi Usług Ekologicznych Sp. z o.o. w pozacenowym kryterium oceny ofert;

4) ponowną ocenę i badanie ofert.

Zamawiający w dniu 10 marca 2023 r. poinformował Odwołującego, iż za najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez wykonawcę EKOCENTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. Zamawiający wskazał, iż oferta złożona przez tego wykonawcę spełnia wymagania Zamawiającego i jest ofertą najkorzystniejszą, otrzymała najwyższą ilość punktów w kryterium cena, doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż oferta wykonawcy EKOCENTRUM – Wrocławskiego Ośrodka Usług Ekologicznych Sp. z o.o. winna być uznana jako najkorzystniejsza, bowiem wykonawca ten nie wykazał, że doświadczenie osób oceniane w danym kryterium spełnia wymagania dla uzyskania przyznanej punktacji podane w SWZ. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w rozdziale dotyczącym kryteriów oceny ofert wskazał, iż będzie brał pod uwagę pozacenowe kryterium jakim jest doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Za pełnienie funkcji Program Manager, Project Manager, Construction Manager i pokrewne na stanowisku kierowniczym lub nadzorczym

w realizacji co najmniej jednej inwestycji realizowanej na zlecenie USA Zamawiający przewidywał przyznanie 30 punktów. Taką ocenę przyznał w toku oceny ofert ofercie wykonawcy EKOCENTRUM – Wrocławskiemu Ośrodkowi Usług Ekologicznych Sp. z o.o. Jednakże Zamawiający dokonał powyższego z pominięciem modyfikacji tego kryterium której dokonał w toku postępowania o udzielenie zamówienia. W dniu 2 grudnia 2022 r. Zamawiający odpowiadając na pytanie jednego z wykonawców jakie podmioty z USA jako odbiorca usługi będą spełniać warunek uzyskania punktów i jak będzie to oceniane, Zamawiający odpowiedział, że punkty zostaną przyznane za realizację na zlecenie Sił Zbrojnych Stanów Zjednoczonych oraz które finansowane były z budżetu DoD (z ang. U.S. Departament of Defense), wskazując przy tym dokumenty potwierdzające takie doświadczenie.

W konsekwencji odpowiedzi na to pytanie Zamawiający dodał tą informację

do treści SWZ poprzez wskazanie pod tabelą w rozdziale XVIII pkt 2.2., iż punktacja w kryterium będzie przyznawana jedynie za takie doświadczenie. Wykonawca EKOCENTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. przedstawił doświadczenie osoby, która pełniła funkcję wskazane w pozycji nr 1 powyższej tabeli, jednakże nie były to czynności

na zlecenie Sił Zbrojnych USA i finansowane z budżetu departamentu obrony, lecz realizowane w ramach innej współpracy z USA. Jako takie nie mogły więc po dookreśleniu

kryteriów dokonanym przez Zamawiającego stanowić podstawy do przyznania punktów. Ich przyznanie jest niedopuszczalnym odejściem od zasad ustalonych w SWZ prowadząc do jej zmiany po terminie składania ofert. Pan J.F. – wskazany w ofercie jako osoba, której doświadczenie podlega ocenie to, jak napisano:

1) Szef Infrastruktury - koordynator projektu (kierownik projektu) dotyczącego szkolenia serwisów, montażu na wybranych lotniskach SZ RP systemu linowego awaryjnego hamowania samolotów BAK-12 realizowanego na zlecenie USA w ramach umowy kompensacyjnej (offset) do Programu FMS (Foreign Military Sales) przy zakupie wielozadaniowego samolotu F-16;

2) z upoważnienia Ministra Obrony Narodowej J.S. - kierownik, koordynator z władzami Gminy Kalisz Pomorski i Sulęcin projektu humanitarnego realizowanego przez Armię USA ze środków wydzielonych przez Kongres USA na rzecz mieszkańców gmin sąsiednich "poligonowych" sąsiadujących z poligonami na których szkoliły się wojska amerykańskie ćwiczeń Partnership for Peace. W ramach tego projektu po konsultacji z USA zostały zrealizowane następujące inwestycje: modernizacja Liceum Ogólnokształcącego w Kaliszu Pomorskim oraz budowa SOR (szpitalnego oddziału ratunkowego) w Drawsku Pomorskim.

Co do punktu 1 - to jak wskazuje wykonawca EKOCENTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. były to czynności realizowane w ramach umowy offsetowej do zakupu samolotu F 16. Zgodnie z obowiązującą wówczas ustawą będącą podstawą zawarcia i wykonywania umowy offsetowej (ustawa o niektórych umowach kompensacyjnych

zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa z dnia 10 września 1999 r. (Dz.U. Nr 80, poz. 903) – stroną takiej umowy jest zagraniczny dostawca (a więc w tym przypadku producent samolotów F 16, a nie rząd USA – a więc także nie Departament Obrony USA. Tym samym nie jest to doświadczenie w czynnościach

na zlecenie Sił Zbrojnych Stanów Zjednoczonych ani finansowe z budżetu Departamentu Obrony. Umowa kompensacyjna (offsetowa) dotyczyła zakupu samolotów dla polskiej armii a nie stacjonowania wojsk USA i jakiekolwiek zlecenia ani finansowanie ze środków rządu amerykańskiego przy jej wykonywaniu nie miały miejsca.

Co do pkt 2 – ujęte w nim czynności także nie były realizowane przez Pana P.F. na zlecenie Sił Zbrojnych Stanów Zjednoczonych oraz finansowane były z budżetu DoD (z ang. U.S.Departament of Defense – czego wymaga kryterium opisane w SWZ. Pan Piotr Filewski w ramach tych czynności był kierownikiem i koordynatorem z gminami projektu działając jako przedstawiciel strony polskiej, z upoważnienia ministra Rządu Polskiego.

Nie było to więc działanie na zlecenie Sił zbrojnych USA lecz podmiotów polskich współpracujących z podmiotami z USA przy realizacji opisanego przedsięwzięcia. Co więcej – jak wskazano w ofercie zadania te były finansowane ze środków „wydzielonych przez kongres USA" a więc nie ze środków Departamentu Obrony USA, co wyraźnie było wskazane jako wymóg w kryterium. Tym samym oferta EKOCENTRUM – Wrocławskiego Ośrodka Usług Ekologicznych Sp. z o.o. powinna uzyskać jedynie przyznane przez Zamawiającego 41, 73 pkt (za ocenę w kryterium „cena"), zaś w kryterium pozacenowym jej ocena powinna wynosić „0 punktów", a nie 30, jakie przyznał jej Zamawiający. Po odjęciu tych 30 punktów oferta tego wykonawcy będzie oceniona niżej jak oferta Odwołującego, która uzyskała łączną ocenę 55,67 pkt i zajmuje drugą pozycję (po EKOCENTRUM – Wrocławskim Ośrodku Usług Ekologicznych Sp. z o.o.). Reasumując, oferta wykonawcy EKOCENTRUM – Wrocławskiego Ośrodka Usług Ekologicznych Sp. z o.o. nie powinna otrzymać punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert. A ocena którą przeprowadził Zamawiający narusza regułę przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Reguły oceny podane przed złożeniem ofert zostały bowiem w ocenie Odwołującego zmodyfikowane w trakcie samej oceny.

Zamawiający w dniu 20.03.2023 r. (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej – tj. pocztą elektroniczną) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 21.03.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) EKOCENTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o., zwana dalej również „Przystępującym", zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: EKOCENTRUM – Wrocławskiego Ośrodka Usług Ekologicznych Sp. z o.o.

W dniu 23.03.2023 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 ust. 1 Pzp, odpowiedź

na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Ponadto wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów:

1) umowy między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki o statusie sił zbrojnych Stanów Zjednoczonych Ameryki na terytorium

Rzeczypospolitej Polskiej, sporządzonej w Warszawie dnia 11 grudnia 2009r. (Dz. U. z 2010 r. poz. 422);

2) umowy między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Stanów Zjednoczonych

Ameryki o wzmocnionej współpracy obronnej, podpisanej w Warszawie dnia 15 sierpnia 2020 r. (Dz. U. poz. 1827);

3) Memorandum o Porozumieniu między Dowództwem Europejskim Stanów

Zjednoczonych, reprezentującym Departament Obrony Stanów Zjednoczonych a Ministrem Obrony Narodowej Rzeczypospolitej Polskiej dotyczące infrastruktury zgodne z umową o wzmocnionej współpracy obronnej.

Odpowiadając na zarzut naruszenia art. 16, art. 137 ust. 1, art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp Zamawiający w pierwszej kolejności zaznaczył, że jest jednostką wojskową w rozumieniu art. 2 pkt. 12 ustawy z dnia 11 marca 2022r. o obronie Ojczyzny oraz jednostką budżetową w rozumieniu art. 11 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009r. o finansach publicznych. Zgodnie ze Statutem Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Zielonej Górze obszarem działania Zarządu jest terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Do głównych zadań Zarządu należy m. in. planowanie oraz realizacja inwestycji budowlanych i remontów nieruchomości w zasobie nieruchomości wojskowych znajdujących się w rejonie odpowiedzialności Zarządu; zabezpieczenie infrastruktury dla wojsk biorących udział w operacjach połączonych na obszarze działania Zarządu. W związku z zawarciem w dniu 15.08.2020 r. pomiędzy Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki umowy o wzmocnionej współpracy obronnej (zwanej „Umową EDCA"), Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Zielonej Górze zobowiązany jest do przygotowania infrastruktury obronnej dla wojsk amerykańskich (budowa, ulepszenie i wyposażenie infrastruktury), jak również zapewnienia zakwaterowania i obsługi wykorzystywanej infrastruktury. Zgodnie z art. II pkt 5 aneksu B do umowy EDCA inwestycje w ramach infrastruktury zapewnianej przez Stronę Polską realizowane w ramach wkładu rzeczowego powinny spełniać standardy i wymagania USA, w tym wymagania operacyjne USA. Pełnienie kompleksowej usługi inżyniera nadzoru w ramach zadania nr 25022: „Miejsce

stacjonowania wojsk w m. Pstrąże" jest usługą przeznaczoną wyłącznie do celów wojskowych, niezbędną dla pobytu wojsk sojuszniczych na terenie Rzeczypospolitej Polskiej wynikającego z umowy. Celem inwestycji nad którą jest zlecany nadzór inwestorski jest budowa baz przejściowych dla przyjęcia, pobytu i dalszego przemieszczania sił lądowych. Bazy przejściowe w Polsce są konieczne aby podnieść zdolność sił NATO i Armii US w Europie do stworzenia wiarygodnego odstraszenia dlatego koniecznym jest unowocześnienie infrastruktury wojskowej dla wsparcia szybkiej relokacji i gromadzenia sił zbrojnych. Wykonawcy mający realizować zamówienie muszą spełniać wysokie standardy w zakresie doświadczenia oraz jakości ze względu na nadrzędne zadanie Zamawiającego jakim jest przygotowanie i dbanie o infrastrukturę obronną podmiotu

publicznego. Kierując się koniecznością spełnienia wymagań operacyjnych USA wynikających z umowy o wzmocnionej współpracy obronnej (Dz.U. z 2020 r. poz 2153) intencją Zamawiającego było zapewnienie przy realizacji zamówienia, osób zaznajomionych z procedurami realizacji inwestycji przez siły zbrojne Stanów Zjednoczonych. Celem Zamawiającego było, aby zapewnić do realizacji inwestycji, która jest priorytetowym zadaniem Resortu Obrony Narodowej, żeby osoby, które będą realizowały ten projekt wykazały się współpracą z USA. Specyfika zadania wymaga realizacji inwestycji zgodnie z procedurami

i standardami wymaganymi przez Korpus Inżynieryjny Stanów Zjednoczonych. Biorąc powyższe pod uwagę istotną rolę w przedmiotowym postępowaniu odgrywał personel Wykonawcy skierowany do realizacji przedmiotu zamówienia tj. kwalifikacje personelu, gdyż one mają istotne znaczenie dla realizacji zamówienia. Z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia Zamawiający konstruując kryteria oceny oferty brał pod uwagę zapisy art. 241 ust. 1 ustawy Pzp, tj. kryterium odnoszące się do przedmiotu zamówienia jak również własne preferencje, które pozwolą na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, optymalnej i pozwalającej na uzyskanie świadczenia odpowiadającego potrzebom Zamawiającego. Zamawiający nie podzielił stanowiska Odwołującego, że EKOCENTRUM - Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. w obu kryteriach oceny ofert powinna otrzymać łączną ocenę 55,67 punktów. Zgodnie z pkt 9 rozdziału XXII SWZ etap 1 Zamawiający określił tryb i sposób oceny ofert. Jak wskazano w punkcie 11.2 SWZ etap 1 Zamawiający oceni oferty zgodnie z następującymi kryteriami:

Lp. Nazwa kryterium Znaczenie kryterium (w %) Maksymalna ilość punktów

1 Cena brutto 50% 50 pkt

2 Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia 50% 50 pkt.

Na podstawie złożonej oferty oraz oświadczenia EKOCENTRUM - Wrocławskiego Ośrodka Usług Ekologicznych Sp. z o.o. Zamawiający uznał, że doświadczenie wyszczególnione pkt 2 formularza oferty (poz. nr 2 doświadczenia nie tabeli – jak sprostował na rozprawie w dniu 31 marca 2023 r.) podlega punktacji. Zamawiający przyznał punktację w pozacenowym kryterium ze względu na wykazane doświadczenie pełnienia funkcji kierownika, koordynatora przy realizacji inwestycji na zlecenie Sił Zbrojnych Stanów Zjednoczonych. EKOCENTRUM -Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o. o. przedłożyła wymagane zgodnie z SWZ oświadczenie określonej treści, które nie budziło wątpliwości Zamawiającego, co do realizacji zadania na zlecenie Sił Zbrojnych Stanów Zjednoczonych oraz które finansowane było

z budżetu DoD (z ang. U.S. Departament of Defense). Niesłusznie stwierdził Odwołujący, że EKOCENTRUM - Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o. o. nie realizowała zadania ze środków DoD a ze środków wydzielonych przez kongres USA. Kongres USA to dwuizbowy parlament, najwyższy organ przedstawicieli i zasadniczy organ władzy ustawodawczej w Stanach Zjednoczonych a co za tym idzie budżetu DoD (z ang. U.S. Departament of Defense) przydzielany jest na podstawie uchwały kongresu Stanów Zjednoczonych. Departament of Defense (DoD) w znaczeniu struktur rządu Stanów Zjednoczonych to trzy resorty, tj. Departament Armii, Departament Marynarki oraz Departament Sił Powietrznych, ale również wyspecjalizowane Agencje Wykonawcze takie jak: Agencja Intendentury Obronnej, Agencja Kontroli Kontraktów Obronnych, Służba Bezpieczeństwa Obronnego, Agencja Zaopatrzenia Obronnego, Narodowa Agencja Bezpieczeństwa i inne. Podkreślić należy, że DoD USA realizuje projekty na terenie Polski w ramach różnych programów, różnorodnych źródeł finansowania z budżetu, zapewniając koordynację tych przedsięwzięć przez przedstawicieli SZ USA. Ponadto treść SWZ nie narzucała na czyje zlecenie miała pracować osoba zatrudniona na stanowisku Program Managera, Project Managera, Construction Managera lub pokrewnym stanowisku kierowniczym lub nadzorczym. Wskazał jedynie „właściciela" projektu, który zapewniał jego finansowanie i określał obowiązujące standardy i procedury. Intencją Zamawiającego, w celu zapewnienia konkurencyjności, było bowiem nie ograniczanie się do tylko i wyłączenie do pracowników zatrudnionych przez Siły Zbrojne Stanów Zjednoczonych, ale dopuszczenie także innych osób które uczestniczyły w realizacji tych projektów na stanowiskach kierowniczych. Zamawiający zaznacza, że zgodnie z zapisami SWZ wymagał znajomości przez Inżyniera nadzoru metodyk zarządzania projektem ze szczególnym uwzględnieniem PMBOK (z ang. Project Management Body of Knowledge). Zgodnie z PMBOK członkowie zespołu realizującego projekt powinni posiadać zróżnicowany zestaw umiejętności, wiedzy i doświadczenia. Zasady PMBOK jednoznacznie wskazują też, że uczestnikami projektu jest nie tylko podmiot zapewniający finansowanie, ale także inne podmioty biorące udział w fazie projektowej lub wykonawczej. W przypadku każdego projektu realizowanego przez Siły Zbrojne USA na terenie RP w każdym projekcie infrastrukturalnym uczestniczą także przedstawiciele polskich SZ. Z tego też powodu pan Piotr Pilewski otrzymał swego czasu upoważnienie Ministra Obrony Narodowej do pełnienia funkcji kierownika koordynatora, o którym jest mowa w odwołaniu oraz które wskazano w ofercie. Tym samym, zdaniem Zamawiającego, wykonawca Ekocentrum - Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o. o. jednoznacznie wykazał spełnienie wymagań SWZ. Biorąc powyższe pod uwagę w ocenie Zamawiającego nie zaszły przesłanki naruszenia art. 16, art. 137 ust. 1 czy też art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Zamawiający od momentu publikacji SWZ etap 1 w sposób jasny określił co będzie brał pod uwagę i ile można uzyskać punktów w danym kryterium. W

ocenie Zamawiającego opis kryterium oceny ofert oraz sposób punktacji był jednoznaczny, wyczerpujący i nie naruszał uczciwej konkurencji, a także nie dokonano zmiany zasad oceny ofert w kryteriach oceny po terminie składania ofert. Wybór oferty przeprowadzono z zachowaniem równego traktowania wykonawców bez stosowania przywilejów, czy też środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości oraz zgodny z zapisami SWZ.

W dniu 31.03.2023 r. (e-mailem) Przystępujący wobec wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej złożył pismo procesowe, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości i przedstawił stanowisko w sprawie.

Ponadto wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu: oświadczenie pana P.F. z dnia 23.03.2023 r.

W pierwszej kolejności Przystępujący wskazał, że Odwołujący nie podważa doświadczenia osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia przez Przystępującego, tj. pana P.F., a jedynie kwestionuje okoliczność, że doświadczenie to pan P.F. zdobył na realizacjach na zlecenie Sił Zbrojnych Stanów Zjednoczonych, które były finansowane z budżetu DoD (z ang. U. S. Departament of Defense). Na wstępie wskazał, że Odwołujący oparł zarzuty odwołania wyłącznie na literalnej interpretacji opisu doświadczenia pana P.F.. Jak wynika z treści odwołania, Odwołującemu nie są znane zasady polsko-amerykańskiej współpracy wojskowej, łączące stronę polską i amerykańską umowy i porozumienia o współpracy, procedury obowiązujące w wojsku, zasady działania umów offsetowych, zasady realizacji zadań w ramach FMS (Foreign Military Sales) – czyli wszystkie te elementy, które konieczne były do prawidłowej oceny kryterium oceny ofert i doświadczenia pana P.F.. Jest to wiedza, która jest doskonale znana Zamawiającemu, jako jednostce wojskowej realizującej tego typu zadania, i która pozwoliła mu na rzetelną ocenę ofert w tym zakresie. Przystępujący wskazał, że doświadczenie pana P.F. z pkt 1 zostało opisane w ofercie w następujący sposób: „Szef Infrastruktury - koordynator projektu (kierownik projektu) dotyczącego wybranych lotniskach Sił Zbrojnych RP systemu linowego awaryjnego hamowania samolotów BAK-12 realizowanego na zlecenie USA w ramach umowy kompensacyjnej (offset) do Programu FMS (Foreign Military Sales) przy zakupie wielozadaniowego samolotu F-16". Odwołujący sformułował następujący zarzut: „Co do punktu 1 - to jak wskazuje wykonawca Ekocentrum były to czynności realizowane „w ramach umowy offsetowej do zakupu samolotu F 16. Zgodnie z obowiązującą wówczas ustawą będącą podstawą zawarcia i wykonywania umowy offsetowej (ustawa o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa z dnia 10 września

1999 r. (Dz.U. Nr 80, poz. 903) – stroną takiej umowy jest zagraniczny dostawca (a więc w tym przypadku producent samolotów F 16, a nie rząd USA – a więc także nie Departament Obrony USA. Tym samym nie jest to doświadczenie w czynnościach na zlecenie Sił Zbrojnych Stanów Zjednoczonych ani finansowe z budżetu Departamentu Obrony. Umowa kompensacyjna (offsetowa) dotyczyła zakupu samolotów dla polskiej armii a nie stacjonowania wojsk USA i jakiekolwiek zlecenia ani finansowanie ze środków rządu amerykańskiego przy jej wykonywaniu nie miały miejsca.". Zarzut odwołania oparty jest na wybiórczej interpretacji opisu doświadczenia pana P.F.. Z powyższego opisu doświadczenia Odwołujący wyciągnął fragment, dochodząc do całkowicie błędnego przekonania, że doświadczenie pana P.F. dotyczyło zakupu samolotu F-16 podczas gdy, jak wprost wynika z wyżej przywołanego opisu doświadczenia – obejmowało ono prace właściwe dla koordynatora projektu dotyczącego montażu na wybranych lotniskach Sił Zbrojnych RP systemu linowego awaryjnego hamowania samolotów BAK-12 realizowanego na zlecenie USA w ramach umowy kompensacyjnej (offset) do Programu FMS (Foreign Military Sales - w trybie FMS, Rząd USA, poprzez Departament Obrony (Department of Defense – DoD) i podległą mu Agencję Kooperacji Wojskowej (Defense Security Cooperation Agency – DSCA) pośredniczy w sprzedaży amerykańskich produktów zbrojeniowych oferowanych nabywcom zagranicznym. W praktyce DSCA nabywa towary w imieniu rządu USA, a następnie odsprzedaje je użytkownikowi końcowemu.) przy zakupie wielozadaniowego samolotu F-16. Dostawa systemów BAK-12 była odrębnym zadaniem, realizowanym w ramach budowania zdolności do dostawy samolotów F-16. Doświadczenie pana P.F. na ww. zadaniu, nie dotyczyło offsetu producenta (dostawcy) samolotu wielozadaniowego F-16 lecz skojarzonej dostawy sytemu zabezpieczania lądowania dla różnych statków powietrznych wyposażonych w hak hamujący tj. linowego sytemu awaryjnego lądowania BAK-12 w oparciu o program FMS (Foreign Military Sales). System BAK-12 ma służyć na lotniskach Sił Zbrojnych RP głównie do zabezpieczenia (w warunkach zwykłych) lądowań statków powietrznych Sił Zbrojnych USA (oraz innych członków NATO). W związku z tym, że mamy na polskich lotniskach inny współczynnik szorstkości, wojska amerykańskie mają problemy z lądowaniem i dlatego, na ich potrzeby, zostały dostarczone systemy BAK-12. Stany Zjednoczone chciały, żeby Polska miała zdolność przyjmowania ich statków powietrznych. W tym konkretnym przypadku wojsko amerykańskie zorganizowało dostawę 12 sztuk systemów BAK-12. Pan P.F. koordynował ten projekt w wymienionym w opisie doświadczenia zakresie. Podstawą realizacji dostawy, montażu systemu BAK-12 były: umowa między rządem Rzeczypospolitej Polskiej a rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki o statusie sił zbrojnych Stanów Zjednoczonych Ameryki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 11.12.2009 r. (SOFA), określająca m.in. status i warunki regulujące pobyt wykonawców kontraktowych Stanów Zjednoczonych i pracowników

wykonawców kontraktowych Stanów Zjednoczonych w związku z dostawą towarów i świadczeniem usług; umowa nabycia i usług wzajemnych (ACSA) PL-US-1 zawarta między Ministrem Obrony Narodowej Rzeczypospolitej Polskiej a Departamentem Obrony Stanów Zjednoczonych Ameryki w dniu 22 listopada 1996 r. wraz z późniejszymi zmianami i Porozumieniami Dodatkowymi; umowa nabycia i usług wzajemnych (ACSA) PL-US-2 zawarta między Ministrem Obrony Narodowej Rzeczypospolitej Polskiej a Departamentem Obrony Stanów Zjednoczonych Ameryki w Warszawie dniu 28 listopada 2012 r. wraz z Porozumieniem Dodatkowym podpisanym w Stuttgarcie w dniu 3 grudnia 2012 r. Wymienione wyżej umowy (w tym, wymieniona przez Zamawiającego umowa „SOFA"), mają taki sam charakter, jak umowa o współpracy, na podstawie której będzie realizowane przedmiotowe zamówienie. Odwołujący całkowicie pomija, że DoD Stanów Zjednoczonych realizuje projekty na terenie Polski w ramach różnych programów, zapewniając koordynację tych przedsięwzięć przez przedstawicieli Sił Zbrojnych USA – na co słusznie wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Referencyjne realizacje, stanowiące doświadczenie pana P.F. wynikały z konieczności spełniania wymagań operacyjnych Sił Zbrojnych USA i wykonywane były na bazie umów o wzajemnej współpracy obronnej. Były to też działania finansowane ze środków DoD. Dowód na tę okoliczność stanowi oświadczenie pana P.F.. Podobnie sytuacja

wygląda z drugim referencyjnym doświadczeniem pana P.F., tj. delegacja, z upoważnienia Ministra Obrony Narodowej J.S. -kierownik, koordynator z władzami Gminy Kalisz Pomorski i Sulęcin projektu humanitarnego realizowanego przez Armię USA ze środków wydzielonych przez Kongres USA na rzecz mieszkańców gmin sąsiednich "poligonowych" sąsiadujących z poligonami na których szkoliły się wojska amerykańskie ćwiczeń Partnership for Peace. W ramach tego projektu po konsultacji z USA zostały zrealizowane następujące inwestycje: 1. modernizacja Liceum Ogólnokształcącego w Kaliszu Pomorskim 2. budowa SOR (szpitalnego oddziału ratunkowego) w Drawsku Pomorskim. Inwestycja realizowana była na zlecenie Sił Zbrojnych Stanów Zjednoczonych oraz finansowana z budżetu DoD. Odwołujący uzasadnił zarzut odwołania w ww. zakresie w następujący sposób: „Co do pkt 2 – ujęte w nim czynności także nie były realizowane przez Pana P.F. na zlecenie Sił Zbrojnych Stanów Zjednoczonych oraz finansowane były z budżetu DoD (z ang. U.S.Departament of Defense – czego wymaga kryterium opisane w SWZ. Pan P.F. w ramach tych czynności był kierownikiem i koordynatorem z gminami projektu działając jako przedstawiciel strony polskiej, z upoważnienia ministra Rządu Polskiego. Nie było to więc działanie na zlecenie Sił Zbrojnych USA lecz podmiotów polskich współpracujących z podmiotami z USA przy realizacji opisanego przedsięwzięcia. Co więcej – jak wskazano w ofercie zadania te były finansowane ze środków „wydzielonych przez kongres USA" a więc nie ze środków Departamentu Obrony USA, co wyraźnie było wskazane jako wymóg

w kryterium". Opisywane wyżej doświadczenie pana P.F. dotyczyło prac na zlecenie Sił Zbrojnych USA, które były finansowane ze środków DoD. Armia Stanów Zjednoczonych Ameryki wykonując w ramach swoich pobytów (w tym przypadku ćwiczenia Partnership for Peace) na terenie innych Państw projekty humanitarne na rzecz społeczności lokalnych (realizując tym samym politykę Rządu USA) opiera je o zgodę Kongresu USA i zatwierdzony przez Kongres na ten cel budżet. Każdorazowo realizatorem takich projektów jest Korpus Inżynieryjny Stanów Zjednoczonych (United States Army Corps of Engineers – USACE). W naszym przypadku był to wydzielony do realizacji przez USACE ich 94 batalion inżynieryjno - budowlany 94thECB (Engineer Construction Battalion) stacjonujący na terenie Niemiec. Ze strony polskiej do realizacji zadania został wskazany mjr. mgr inż. P.F.. Stronę amerykańską reprezentował 1LT (porucznik) M.P.. Strona amerykańska czyli żołnierze 94thECB wykonywali proste prace budowlane (dekarskie, malarskie wykładzinowe itp.) tak by byli zauważeni przez społeczność lokalną. Strona polska wytypowała w uzgodnieniu z USACE i udostępniała plac budowy, wykonała projekty budowlane wraz z pozwoleniami, zapewniła zabezpieczenia rusztowania, sprzęt specjalistyczny, materiały budowlane, nadzór inspektorski, specjalistyczne firmy dla pozostałych robót złożonych, przeprowadziła formalny odbiór, dokonywała rozliczeń finansowych. Za wszystko zapłacił USACE. Celem powyższych działań, zainicjowanych i sfinansowanych przez Siły Zbrojne USA było ocieplenie wizerunku armii USA w oczach lokalnej społeczności, w związku

z planowanym stałym pobytem rotacyjnym wojsk USA na tym obszarze, a także integracja środowiska wojskowo – cywilnego. Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Art. 241 ustawy Pzp wskazuje wprost, że kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Zatem nie do zaakceptowania jest forsowany przez Odwołującego pogląd, jakoby w zamówieniu: realizowanym na terenie RP, w ramach umów o współpracy polsko-amerykańskiej, przy realizacji złożonych zadań o charakterze międzynarodowym, które mają zmierzać do ułatwienia działań wojsk USA na terenie RP (począwszy od ich bezpiecznego przybycia na teren RP, poprzez ich stacjonowanie i umożliwienie odpowiednich działań, ćwiczeń), kryteria oceny ofert należało odczytywać w całkowitym oderwaniu od ww. przedmiotu zamówienia, w sposób zawężony do: zadań zleconych (a zatem w jakiś sposób narzuconych jednostronną wolą zlecającego, a nie takich, które wykonywane są na zasadzie współpracy – jak przekonuje Odwołujący) bezpośrednio przez Siły Zbrojne USA osobie fizycznej, a nie podmiotowi dla której ta osoba pracuje, finansowane bezpośrednio z funduszy DoD. Takie, wąskie rozumienie kryteriów oceny ofert nie wynika z literalnego brzmienia wymogu Zamawiającego, ale też nie znajduje usprawiedliwienia w kontekście tego konkretnego przedmiotu zamówienia. Powyższe potwierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Gdyby zgodzić się z Odwołującym,

że kryteria oceny ofert należało interpretować w reprezentowany przez niego sposób oznaczałoby to, że Zamawiający postawił kryterium w oderwaniu od przedmiotu zamówienia oraz sprzeczny z zasadami proporcjonalności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, albowiem bardzo ograniczona liczba wykonawców mogłaby wykazać się takim doświadczeniem – co więcej nie gwarantowałyby one należytego realizacji tego konkretnego zamówienia. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w sposób jednoznaczny potwierdził, że działał zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Przyjęty przez Zamawiającego sposób rozumienia wymogu nie budzi żadnych wątpliwości. Przystępujący dokładnie w ten sam sposób rozumie powyższy wymóg. Z ostrożności, Przystępujący podkreślił również, że wszelka ewentualna dodatkowa argumentacja, podnoszona przez Odwołującego, która wykracza poza zakres zaskarżenia wskazany w odwołaniu, powinna zostać przez Izbę pominięta. Powyższe wprost wynika z przepisu art. 555. ustawy Pzp, który stanowi, że „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu". Praktyczną wykładnię tego przepisu dokonała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 29 kwietnia 2022 r., sygn. akt: KIO 1027/22, stwierdzając, iż nie mogą zostać wzięte pod uwagę przy orzekaniu argumenty przytoczone w piśmie procesowym, gdyż ich treść wykracza poza treść zarzutów sformułowanych w treści złożonego odwołania: „Takie działanie jest niedopuszczalne w świetle przepisu art. 555 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba może orzekać wyłącznie co do zarzutów zawartych w odwołaniu. Przy tym należy zaznaczyć, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Zakaz orzekania ponad zarzuty sformułowane w odwołaniu związany jest z koniecznością takiego skonkretyzowania zarzutów w treści wniesionego odwołania, aby zarówno zamawiający wiedział jakie czynności wykonał niezgodnie z przepisami, lub też jakich czynności zaniechał i w związku z tym jakie przepisy naruszył. Treść i zakres zarzutu wyznaczają okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodność działania zamawiającego z ustawą (tak np. w wyroku z 4 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 500/20). Wykonawca w odwołaniu musi zatem wskazać treść przepisu, który został przez zamawiającego naruszony, a ponadto powinien w uzasadnieniu faktycznym podać wszystkie okoliczności, celem potwierdzenia zasadności swoich twierdzeń. Jeśli tego nie zrobi, to taki błąd nie da się naprawić poprzez uzupełnienie argumentacji w tym zakresie, zawartej w piśmie procesowym czy też na rozprawie. Gdyby bowiem dopuścić taką możliwość zamawiający nie mógłby przygotować się na odparcie zarzutów, czy też ewentualne uwzględnienie

odwołania, z kolei przystępujący po jego stronie wykonawcy zostaliby pozbawieni szansy obrony swoich praw (często ich interes w przystąpieniu polega na tym,

że bronią zasadności dokonania wyboru ich oferty, jako najkorzystniejszej w postępowaniu). Nie można też pomijać kwestii, że ustawodawca przewidział określone terminy graniczne, w których możliwe jest wniesienie odwołania, tym samym dopuszczenie możliwości rozszerzania zarzutów odwołania na rozprawie powodowałoby, że termin na złożenie odwołania zostałby wydłużony. Tym samym, jeśli w treści samego odwołania wykonawca wyraźnie i wprost nie podniósł określonych okoliczności, jak w tym przypadku dotyczących tego, że WW-Serwis nie był w rzeczywistości podwykonawcą firmy Usługi Zieleni CIS - ich późniejsze wskazywanie nie może być brane pod uwagę przez Izbę przy orzekaniu, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu (tak też w wyroku z 16 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 433/18; wyroku z 13 marca 2020 r., sygn. akt KIO 431/20)". Z powyższego wynika, że Krajowa Izba Odwoławcza dużą wagę przykłada do uzasadnienia faktycznego zarzutu. To właśnie jego treść precyzuje, w czym wykonawca upatruje wadliwości czynności lub zaniechania czynności. Wykonawca może formułować zarzuty ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów podstawowych, jednakże podstawa faktyczna zarzutu musi zostać każdorazowo precyzyjnie wskazana w odwołaniu. Zamawiający, ani Przystępujący, nie mogą zatem być zaskakiwani nowymi argumentami już po upływie terminu wniesienia odwołania. Takie działanie nie wchodzi w zakres strategii procesowej, lecz jak orzekła Izba – stanowi nieusuwalny błąd. Przeciwne twierdzenie oznaczałoby bowiem, że Odwołujący nawet na niniejszej rozprawie, tj. po znacznym upływie terminu na składanie ofert, uprawniony jest do formułowania nowych zarzutów, co jednak Izba jednoznacznie traktuje jako nielegalne. Również Sąd Okręgowy w Warszawie, XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych, w wyroku z dnia 22 kwietnia 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 20/21 podkreśla związanie zakresem zarzutów zaskarżenia: „Rozstrzygając niniejszą sprawę, niezależnie od zarzutów podniesionych w skardze należy uwypuklić, że zgodnie z art. 582 i art. 583 ustawy nPZP, Sąd nie tylko nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania, ale również, w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi nie można rozszerzyć żądania odwołania ani występować z nowymi żądaniami. W związku z tym zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania odnoszące się do decyzji zamawiającego podlegającej zaskarżeniu. (…) Tak więc zarzuty nie zgłoszone w odwołaniu nie mogą być w ogóle przedmiotem rozpoznania przez Sąd Okręgowy w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi". Powyższe wskazuje, że jakiekolwiek nowe argumenty Odwołującego, wskazywane w celu doprecyzowania treści odwołania, w istocie stanowią nowy zarzut, z nowym uzasadnieniem faktycznym, nie znanym Izbie, Zamawiającemu ani Przystępującemu w dniu upływu terminu składania odwołania. Te nowe zarzuty (nowe argumenty) muszą zatem pozostać nie rozpoznane przez Izbę, jako wniesione po upływie terminu na zaskarżenie czynności wyboru oferty Przystępującego.

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

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

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 Pzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, w tym w szczególności pytania wykonawców i odpowiedzi do treści SWZ z dnia 2 grudnia 2022 r. Pozostałe dokumenty zostały załączone jako załącznik do pism Zamawiającego oraz Przystępującego, poniżej.

Dodatkowo, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie na okoliczności wskazane w odpowiedzi:

1) umowę między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki o statusie sił zbrojnych Stanów Zjednoczonych Ameryki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, sporządzonej w Warszawie dnia 11 grudnia 2009r. (Dz. U. z 2010 r. poz. 422);

2) umowę między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki o wzmocnionej współpracy obronnej, podpisanej w Warszawie dnia 15 sierpnia 2020 r. (Dz. U. poz. 1827);

3) Memorandum o Porozumieniu między Dowództwem Europejskim Stanów Zjednoczonych, reprezentującym Departament Obrony Stanów Zjednoczonych a Ministrem Obrony Narodowej Rzeczypospolitej Polskiej dotyczące infrastruktury zgodne z umową o wzmocnionej współpracy obronnej.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego załączone przez Przystępującego do pisma procesowego na okoliczności wskazane w piśmie oświadczenie pana P.F. z dnia 23.03.2023 r.

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

Izba uznała natomiast za nieprzydatny dla rozstrzygnięcia dowód złożony przez Zamawiającego na posiedzeniu: ustawę o autoryzacji i obronie narodowej w języku angielskim na okoliczność przedstawienia jakie środki budżetowe zostały przekazane na rzecz armii Stanów Zjednoczonych. Jak stanowi art. 506 ustawy Pzp: „1. Postępowanie odwoławcze jest prowadzone w języku polskim. 2. Wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone

w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. (…)" Niewątpliwie brak takiego tłumaczenia uniemożliwia Izbie ocenę złożonego dowodu.

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

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty i przyznanie wykonawcy EKOCENTRUM – Wrocławskiemu Ośrodnowi Usług

Ekologicznych Sp. z o.o. maksymalnej liczby punktów w kryterium oceny ofert „doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia" w sytuacji gdy Wykonawca wykazał realizacje dla ocenianej osoby, które nie powinny być punktowane w ramach powyższego kryteriów oceny ofert;

2) art. 137 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zmianę zasad oceny ofert w kryteriach oceny po upływie terminu składania ofert tj. nierespektowanie własnych zasad ustalonych i przekazanych wykonawcom składającym oferty;

3) art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób przejrzysty zapewniający równe traktowanie wykonawców.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

Spór dotyczył interpretacji treści wyjaśnień Zamawiającego z dnia 2 grudnia 2022 r., a mianowicie co należy rozumieć przez sformułowanie „na zlecenie USA" (jako stanowiących zmianę specyfikacji warunków zamówienia w jej pkt 2.2. „Sposób oceny ofert dla kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia"" rozdziału XVIII „Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert", w tabeli Lp.
1),

a także czy Zamawiający podczas oceny ofert uwzględnił zmianę specyfikacji warunków zamówienia dokonaną w wyniku tych wyjaśnień. W ocenie Izby strony odmiennie zinterpretowały zapis specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu: „Pełnienie funkcji

Program Manager, Project Manager, Construction Manager i pokrewne na stanowisku kierowniczym lub nadzorczym w realizacji co najmniej jednej inwestycji realizowanej na zlecenie USA". Zamawiający twierdził, że na zlecenie USA miała być realizowana co najmniej jedna inwestycja, Odwołujący zaś, że pełnienie funkcji Program Manager, Project Manager, Construction Manager i pokrewne na stanowisku kierowniczym lub nadzorczym miało być realizowane na zlecenie USA. Odwołujący nie zgodził się z wyborem oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej na skutek oceny, że spełnia ona wymagania Zamawiającego w kryterium doświadczenie, podnosząc, że ocena ta została przeprowadzona błędnie, gdyż z pkt 1. 1) i pkt 1. 2) w tabeli w ofercie wynika, iż nie są spełnione wymagania specyfikacji warunków zamówienia i wynikające z wyjaśnienia Zamawiającego, zawartego w pytaniach wykonawców i odpowiedzi do treści SWZ z dnia 2 grudnia 2022 r. (w opinii Odwołującego żadne wskazane w ofercie Przystępującego doświadczenie pana P.F. nie dotyczyło czynności na zlecenie Sił Zbrojnych Stanów Zjednoczonych ani nie było finansowane z budżetu Departamentu Obrony).

Odnosząc się w pierwszej kolejności do powyższych twierdzeń, wskazania wymaga, że Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego w zakresie interpretacji treści SWZ z uwzględnieniem udzielonych w dniu 2 grudnia 2022 r. wyjaśnień. Izba zwraca uwagę, że w treści opisu kryterium Zamawiający referował do „jednej inwestycji realizowanej na zlecenie USA". Izba zauważa dalej, że Zamawiający nie zmienił formalnie treści SWZ w tym zakresie, a jedynie na pytanie wykonawcy: „Prosimy o wskazanie jakie podmioty z USA będą spełniać powyższy warunek oraz w jaki sposób Zamawiający będzie weryfikować spełnienie ww. warunku." wyjaśnił, że poprzez „inwestycję realizowaną na zlecenie USA" rozumie taką, która była realizowana na zlecenie Sił Zbrojnych Stanów Zjednoczonych oraz która finansowana była z budżetu DoD. Jakkolwiek odpowiedź Zamawiającego można uznać za gramatycznie niepoprawną, to niewątpliwie jej wykładnia powinna zostać przeprowadzona w kontekście brzmienia SWZ i treści zadanego pytania. W ocenie Izby Zamawiający referował do inwestycji a nie podmiotu, co powoduje, iż argumentacja Odwołującego, że inwestycja miałaby być bezpośrednio zlecona osobie wskazanej w tabeli kryterium jest chybiona. Słusznie podniósł Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że irracjonalnym byłaby taka interpretacja opisu kryterium, która zawężałaby krąg osób do wyłącznie tych, którym USA bezpośrednio zleciło pełnienie określonych funkcji, szczególnie że „w każdym projekcie infrastrukturalnym uczestniczą także przedstawiciele polskich Sił Zbrojnych." W konsekwencji Izba badała dalej, czy inwestycja wskazana w ofercie spełniała opis kryterium i do tych kwestii odniosła się w ramach poszczególnych zarzutów.

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

Odnośnie zarzutu pierwszego, Izba uznała wyżej wymieniony zarzut za niezasadny.

W toku rozprawy Zamawiający oświadczył, iż podczas oceny ofert ofertę Przystępującego w części odnoszącej się do doświadczenia oceniał z punktu 1. 2) tabeli i doświadczenie wymienione w tym punkcie uznał za spełniające kryterium doświadczenia i za nie przyznał punkty. Wbrew w części błędnemu stanowisku zarówno Odwołującego, jak i Przystępującego, zaprezentowanemu w postępowaniu odwoławczym, do oceny w danym kryterium Zamawiający nie wziął pod uwagę doświadczenia wskazanego w pkt 1. 1) tabeli w ofercie Przystępującego (dotyczy wykazanego w

ofercie doświadczenia w latach 2010-2017 jako Szefa Infrastruktury – koordynatora projektu (kierownik projektu) dotyczącego szkolenia serwisów, montażu na wybranych lotniskach SZ RP systemu linowego awaryjnego hamowania samolotów BAK-12 realizowanego na zlecenie USA w ramach umowy kompensacyjnej (offset) do Programu FMS (Foreign Military Sales) przy zakupie wielozadaniowego samolotu F-16). Skoro Zamawiający nie uwzględnił przy punktowaniu oferty w kryterium doświadczenia wskazanego doświadczenia w pkt 1. 1) w tabeli oferty Przystępującego, co wyraźnie Zamawiający potwierdził na rozprawie, to Izba rozpoznała zarzut w granicach czynności podjętej przez Zamawiającego, a więc dokonała oceny czy Zamawiający zasadnie przyznał punkty za realizację z pkt 1. 2) tabeli oferty Przystępującego. Odnosząc się więc do pkt 1. 2) tabeli oferty i literalnego brzmienia w tej części jej treści: „2001-2004 Delegacja z upoważnienia Ministra Obrony Narodowej J.S. – kierownik, koordynator z władzami Gminy Kalisz Pomorski i Sulęcin projektu humanitarnego realizowanego przez Armię USA ze środków wydzielonych przez Armię USA ze środków wydzielonych przez Kongres USA na rzecz mieszkańców gmin sąsiednich „poligonowych" sąsiadujących z poligonami na których szkoliły się wojska amerykańskie ćwiczeń Partnership for Peace. W ramach tego projektu po konsultacji z USA zostały zrealizowane następujące inwestycje: 1. Modernizacja Liceum Ogólnokształcącego w Kaliszu Pomorskim; 2. Budowa SOR (szpitalnego oddziału ratunkowego) w Drawsku Pomorskim.", Izba ustaliła, że oferta spełniała wymagania Zamawiającego, określone w specyfikacji warunków zamówienia w rozdziale XVIII „Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert" pkt. 2.2. Lp. 1 tabeli, bowiem Przystępujący wykazał w swojej ofercie, że osoba wyznaczona do realizacji zamówienia pełniła funkcje na stanowisku kierowniczym w realizacji co najmniej jednej inwestycji realizowanej na zlecenie USA, ze środków

Departamentu

ds. Obrony USA, bowiem wskazano w ofercie, że środki pochodziły z Kongresu USA i od Armii USA. Należy zauważyć, że Kongres USA rozdziela środki na rzecz Armii USA (Sił Zbrojnych USA) za pośrednictwem Departamentu ds. Obrony USA, co wyjaśnił w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie Zamawiający. Wynika to z literalnego brzmienia oferty i nie wymaga składania dodatkowych oświadczeń przez Przystępującego. Nie można inaczej w ocenie Izby przyjąć, niż jak uczynił to Zamawiający, jeśli chodzi o ustalenie spełniania przez ofertę Przystępującego kryterium oceny ofert w zakresie doświadczenia – że projekt humanitarny realizowany był przez Armię USA czyli Siły Zbrojne USA i finansowany był ze środków wydzielonych przez Armię USA, a zatem Departament ds. Obrony USA. Ten fakt był powszechnie znany w kręgu osób zainteresowanych czynnie tym projektem i tego typu współpracą, i w związku z tym nie budził żadnych wątpliwości Zamawiającego, co do spełniania wymogów w ofercie Przystępującego w danym kryterium oceny ofert. Fakt współpracy Zamawiającego i USA, i jej charakter, znajduje swe podstawy prawne w aktach normatywnych powszechnie dostępnych i znanych szczególnie dla zainteresowanych wykonawców, realizujących zamówienia publiczne w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Zamawiający wskazał również w specyfikacji warunków zamówienia, iż zamówienie dotyczy zamówienia publicznego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Nie ma znaczenia kluczowego w ocenie niniejszej sprawy oświadczenie, złożone następczo po wyborze oferty przez Przystępującego jako załącznik do pisma procesowego w postępowaniu odwoławczym, gdyż już z samej treści oferty wynika, iż Przystępujący wykazał spełnianie doświadczenia w kryterium oceny ofert. Odwołujący natomiast nie wykazał w ocenie Izby dowodu na zmianę kryterium oceny ofert na etapie oceny ofert przez Zamawiającego i dokonanie wyboru oferty niezgodnie z treścią specyfikacji warunków zamówienia i wyjaśnieniami Zamawiającego w przedmiocie weryfikacji warunku doświadczenia. Odwołujący powoływał się jedynie na literalne brzmienie treści oferty w danym zakresie, a i tak w ocenie Izby wywodził z tej treści nieuprawnione wnioski. Odwołujący

nie sprostał zadaniu udowodnienia własnych twierdzeń. W szczególności Odwołujący nie przedstawił dowodu na okoliczność, że przywołana w tabeli kryterium przez Przystępującego inwestycja nie była realizowana na zlecenie Sił Zbrojnych Stanów Zjednoczonych i finansowana z budżetu DoD. Odwołujący poprzestał jedynie na analizie opisu tej inwestycji przedstawionego przez Przystępującego w ofercie, który to opis – oświadczenie Przystępującego, jak już zostało wskazane, Izba uznała za wystarczający dla wykazania spełnienia wymagań kryterium i przyznania punktów. Również w przypadku oczywistych faktów w ofercie nie było konieczności wskazywania tych oczywistych faktów. Zamawiający ocenił oferty zgodnie z kryterium oceny ofert w zakresie doświadczenia,

określonym w specyfikacji warunków zamówienia i zgodnie z wyjaśnieniem, zawartym w pytaniach wykonawców i odpowiedzi do treści SWZ z dnia 2 grudnia 2022 r. bazując na oświadczeniach wykonawców składanych w ofercie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu drugiego, Izba uznała wyżej wymieniony zarzut za niezasadny.

W ocenie Izby Zamawiający po upływie terminu składania ofert nie zmienił zasad oceny ofert w kryteriach oceny ofert, nie jest zasadny zarzut nierespektowania własnych zasad ustalonych i przekazanych wykonawcom składającym oferty. Przeciwnie, zasady te Zamawiający respektował, bowiem przyznał punkty w kryterium doświadczenie jedynie z tytułu doświadczenia wskazanego w pkt 2 Lp. 1. 2) oferty Przystępującego, a nie przyznał z tytułu doświadczenia wskazanego w pkt 2 Lp. 1.1) oferty Przystępującego, co potwierdził na rozprawie i co wynika z odpowiedzi na odwołanie. Nadto spełnianie warunków kryterium doświadczenia przez doświadczenie wskazane w pkt 2 Lp. 1. 2) oferty Przystępującego wynika wprost z literalnego brzmienia treści oferty w tej części i nie wymaga dodatkowego uzupełnienia. A zatem Zamawiający dokonał oceny ofert zgodnie z zasadami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia i wyjaśnieniem, zawartym w pytaniach Wykonawców i odpowiedzi do treści SWZ z dnia 2 grudnia 2022 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu trzeciego, Izba uznała wyżej wymieniony zarzut za niezasadny.

Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób przejrzysty i zapewniający równe traktowanie wykonawców. Nie nastąpiło w ocenie Izby naruszenie art. 16 ustawy Pzp. Wszyscy zainteresowani mieli dostęp do dokumentów zamówienia o tej samej treści, w tym wyjaśnienia zawartego w pytaniach Wykonawców i odpowiedzi do treści SWZ z dnia 2 grudnia 2022 r. Zamówienia publiczne w każdym przypadku adresowane są do określonego kręgu wykonawców danego rodzaju zamówienia, legitymujących się zazwyczaj doświadczeniem w ich realizacji, tu w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, w projektach realizowanych na zlecenie USA (Sił Zbrojnych USA), we współpracy z USA i finansowanych przez Departament ds. Obrony. Wykonawca jeśli ma wątpliwości odnoszące się do specyfikacji warunków zamówienia ma prawo do żądania wyjaśnień ze strony Zamawiającego. Wobec braku zapytań wykonawców, także po udzielonych wyjaśnieniach, Zamawiający ma uzasadnione prawo sądzić, że specyfikacja warunków zamówienia jest dla wykonawców zrozumiała i nie budzi ich wątpliwości. W sytuacji, gdy z treści oferty wynika spełnianie warunków postawionych w specyfikacji warunków zamówienia, pomimo zastosowania w

treści oferty sformułowań różniących się od sformułowań Zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia, ale w swoim znaczeniu potwierdzającym warunki postawione przez Zamawiającego w specyfikacji, a dalej również w wyjaśnieniach, co jest dla Zamawiającego oczywiste i nie ma on w tym zakresie wątpliwości, to nie można stwierdzić, że z tego powodu oferta nie spełnia wymagań specyfikacji warunków zamówienia. Liczy się bowiem znaczenie treści oferty, a nie jedynie sposób sformułowania tej treści. Izba wskazuje przy tym,

iż co do zasady powtórzenie wprost sformułowań Zamawiającego zawartych w specyfikacji warunków zamówienia i wyjaśnieniach w ofercie nie pozostawiałoby żadnych wątpliwości interpretacyjnych dla żadnej ze stron i z tego względu wykonawcy winni dokładać szczególnej staranności w formułowaniu treści ofert. Na gruncie niniejszej sprawy należy jednak podnieść, że sformułowanie oferty w danym zakresie dla profesjonalisty w danym przedmiocie zamówienia nie powinno było pozostawiać wątpliwości interpretacyjnych z uwagi na specyfikę zamówienia jak już wyżej wskazano powyżej.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawieiustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy st. 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 (Dz.U..

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..…

Członkowie: ……..…