

Sygn. akt: KIO 2321/23
Sygn. akt: KIO 2324/23
Sygn. akt: KIO 2345/23
Sygn. akt: KIO 2347/23

WYROK
z dnia 30 sierpnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik
Beata Pakulska - Banach
Katarzyna Poprawa

Protokolant: Rafał

Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2023 r. przez wykonawców:

- A. ECM Group Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie - sygn. akt: KIO 2321/23,
 - B. SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre, Francja - sygn. akt: KIO 2324/23,
 - C. MGGP Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie - sygn. akt: KIO 2345/23,
 - D. Pilamis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi - sygn. akt: KIO 2347/23,
- w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Centralny Port Komunikacyjny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy udziale:
- A. wykonawcy INKO Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawach o sygn. akt: KIO 2321/23, KIO 2324/23, KIO 2345/23; KIO 2347/23;
 - B. wykonawcy Lafrentz Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawach o sygn. akt: KIO 2321/23, KIO 2324/23, KIO 2345/23;
 - C. wykonawcy SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre, Francja zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawach o sygn. akt: KIO 2321/23, KIO 2347/23;
 - D. wykonawcy Pilamis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawach o sygn. akt: KIO 2321/23, KIO 2324/23;
 - E. wykonawcy ECM Group Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawach o sygn. akt: KIO 2324/23, KIO 2347/23 oraz po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 2345/23;
 - F. wykonawcy MGGP Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 2321/23 oraz po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO 2324/23, KIO 2347/23;
 - G. wykonawcy Fonon Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO 2321/23, KIO 2324/23, KIO 2345/23; KIO 2347/23;
 - H. wykonawcy ANTEA Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO 2321/23, KIO 2324/23, KIO 2345/23; KIO 2347/23;
 - I. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia B-Act Spółka Akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy i Transprojekt Gdański Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO 2321/23, KIO 2324/23, KIO 2345/23; KIO 2347/23;
 - J. wykonawcy ZBM Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO 2321/23, KIO 2324/23, KIO 2345/23; KIO 2347/23;
 - K. wykonawcy ZDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO 2321/23, KIO 2324/23, KIO 2345/23; KIO 2347/23;

orzeka:

I.W sprawie o sygn. akt KIO 2321/23:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezgodną z przyjętymi kryteriami ocenę oferty EKOCENTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (zarzut nr 1 lit. c);
2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezgodną z przyjętymi kryteriami ocenę oferty wykonawcy ZDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu (zarzut nr 1 lit. b) i nakazuje zamawiającemu - Centralnemu Portowi Komunikacyjnemu Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności wyboru ofert najkorzystniejszych z dnia 27 lipca 2023 r., powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym przyznanie ofercie wykonawcy ZDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu w kryterium oceny ofert „Personel” w odniesieniu do Eksperta Kluczowego nr 4 - Specjalisty ds. nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska z uwzględnieniem kompensacji przyrodniczych 0 (słownie: zero) punktów;
3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
4. kosztami postępowania obciąża odwołującego ECM Group Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i zamawiającego Centralny Port Komunikacyjny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie po połowie i:
 - 4.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 4.2. zasądza od zamawiającego Centralnego Portu Komunikacyjnego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego ECM Group Polska Spółka Akcyjna z siedzibą

w Warszawie kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą należną odwołującemu po stosunkowym rozdzieleniu część kosztów postępowania poniesionych przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania;

4.3. znosi wzajemnie między odwołującym i zamawiającym koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocników.

II. W sprawie o sygn. akt KIO 2324/23:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre, Francja i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre, Francja rzecz zamawiającego Centralnego Portu Komunikacyjnego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

III. W sprawie o sygn. akt KIO 2345/23:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego MGGP Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego MGGP Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie rzecz zamawiającego Centralnego Portu Komunikacyjnego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

IV. W sprawie o sygn. akt KIO 2347/23:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Pilamis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego Pilamis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa rzecz zamawiającego Centralnego Portu Komunikacyjnego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) 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:
.....
.....

Sygn. akt: KIO 2321/23

Sygn. akt: KIO 2324/23

Sygn. akt: KIO 2345/23

Sygn. akt: KIO 2347/23

Uzasadnienie

Zamawiający Centralny Port Komunikacyjny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy ramowej na zamówienie sektorowe pn. „Świadczenie usług inżyniera kontraktu dla prac przygotowawczych przy budowie Centralnego Portu Komunikacyjnego” (nr ref. 45/22/DW/PZP/259). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 lutego 2023 r. pod numerem 2023/S 028-082580. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Sygn. akt: KIO 2321/23

W dniu 7 sierpnia 2023 r. wykonawca ECM Group Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący ECM”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania oceny ofert niezgodnie z przyjętymi kryteriami. Odwołujący ECM zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez niezgodną z przyjętymi kryteriami ocenę ofert:

a) ECM Group Polska S.A. – zaniechanie przyznania 10 pkt w kryterium Personel odnoszącym się do Przedstawiciela

Inżyniera Kontraktu w sytuacji, gdy wykonawca wykazał odpowiednie doświadczenie zgodnie z opisem kryterium;

b) ZDI sp. z o.o. – bezpodstawne przyznania 10 pkt w kryterium Personel odnoszącym się do Specjalisty ds. nadzoru przyrodniczego w sytuacji, gdy wykonawca nie wykazał doświadczenia zgodnie z opisem kryterium;

c) EKOCENTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych sp. z o.o. - bezpodstawne przyznania 6 pkt w kryterium Personel odnoszącym się do Inspektora robót drogowych w sytuacji, gdy wykonawca nie wykazał doświadczenia zgodnie z opisem kryterium.

Odwołujący ECM wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny ofert i przyznania poszczególnym wykonawcom

punktacji zgodnej z opisem kryterium i uzasadnieniem odwołania.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący ECM wskazał na wstępie na postanowienia Rozdziału III pkt 9 SWZ oraz Rozdziału XIX pkt 1, 2 i 3 SWZ, podkreślając, iżw celu przyznania punktów w kryterium, każdy z wykonawców musiał złożyć Załącznik nr 11B i jak zaznaczył to Zamawiający, załącznik ten nie będzie podlegał uzupełnieniu a opis doświadczenia itd. ma być jednoznaczny i nie budzący wątpliwości (vide postanowienia Rozdziału XIX pkt 6 SWZ). Odwołujący przedstawił także opis kryteriów, który znajdował się w Załączniku nr 11B do SWZ.

Odnosząc się do dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty Odwołującego ECM w odwołaniu wskazano, iż Odwołujący ECM złożył Załącznik nr 11B, w którym zaznaczył, że osoba desygnowana na stanowisko Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu nie posiada żadnego z wymaganych certyfikatów. Za całkowicie błędne natomiast należy uznać, że fakt ten mógł skutkować brakiem przyznania punktów za doświadczenie na inwestycjach, jak wskazał Zamawiający dokonując oceny oferty. Brzmienie kryterium zdaniem Odwołującego ECM wskazuje jednoznacznie, że w odniesieniu do Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu ustanowiono dwa podkryteria: 1) doświadczenie; 2) posiadanie certyfikatu, które – wbrew twierdzeniu Zamawiającego – są niezależne od siebie. Po pierwsze Odwołujący ECM wskazał, że doświadczenie jest czymś całkowicie odrębnym od faktu posiadania certyfikatu. Po drugie, Zamawiający w żaden sposób nie wskazał w opisie, że w czasie nabywania danego doświadczenia, osoba wykazywana miała już posiadać certyfikat, a jeżeli tak to całkowicie pozbawione logiki jest wiązanie tych dwóch podkryteriów, gdyż równie dobrze certyfikat mogła osoba nabyć już po zakończeniu pełnienia funkcji na danej inwestycji co w sposób oczywisty w żaden sposób nie przełożyło się na zdobywane doświadczenie. Po trzecie, gdyby wolą Zamawiającego było, aby warunkiem koniecznym do przyznania punktów za doświadczenie było również posiadanie certyfikatu, to nie wprowadzałby odrębnej punktacji za posiadanie certyfikatu a w opisie wskazałaby przykładowo „Posiada którykolwiek z certyfikatów wymienionych poniżej i w okresie ostatnich 10 lat (...)”. Po czwarte wreszcie, nie ulega najmniejszych wątpliwości, że prawidłowa interpretacja opisu kryterium winna brzmieć, że Zamawiający przyzna wykonawcy określoną ilość punktów za doświadczenie oraz (a także) 2 punkty za posiadanie certyfikatu, a nie jak zdaje się wywodzić Zamawiający, że przyzna on określoną liczbę punktów za doświadczenie pod warunkiem posiadania certyfikatu, za który przyzna 2 pkt. Mając na uwadze powyższe, w świetle tego, że Odwołujący ECM wskazał w Załączniku 11B dwie usługi spełniające wymagania wskazane w pkt I lit. b) opisu kryterium – Zamawiający powinien przyznać mu 10 pkt.

Odnosząc się do oceny oferty wykonawcy ZD1 Sp. z o.o. Odwołujący ECM podniósł, iż zgodnie z opisem kryterium dla specjalisty ds. nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska z uwzględnieniem kompensacji przyrodniczych, Zamawiający przyznawał punkty, jeżeli wskazana osoba zdobyła m.in. co najmniej czteroletnie doświadczenie na stanowisku specjalisty ds. nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska. ZD1 sp. z o.o. w złożonym wykazie, nie zaznaczyła, że wskazana osoba posiada takie doświadczenie, a zgodnie z przywołanymi powyżej postanowieniami SWZ, Załącznik nr 11B nie podlegał uzupełnieniu. Pomimo tego, Zamawiający przyznał wykonawcy 10 pkt w tym kryterium. Odwołujący ECM dodał, że z dalszej części opisu zamieszczonego w Załączniku, nie wynika również owo czteroletnie pełnienie funkcji, gdyż w opisie doświadczenia wymagano wskazania okresu realizacji inwestycji, co nie jest równoznaczne z pełnieniem przez tą osobę przez cały ten okres wskazanej funkcji. Ponadto, co i tak jest niedopuszczalne w świetle postanowień SWZ, doświadczenie na spełnianie warunku udziału w postępowaniu dla tej osoby, jest inny, więc nawet pomocniczo nie może służyć do potwierdzenia spełnienia kryterium. Tym samym, wykonawca nie powinien mieć przyznanych punktów w tym kryterium.

Odnosząc się do oceny oferty wykonawcy EKOCENTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych sp. z o.o. Odwołujący ECM podniósł, iż zgodnie z opisem kryterium dla Inspektora robót drogowych, w celu uzyskania punktów osoba musiała wykazać minimum 4 letnim doświadczeniem w specjalności inżynierskiej drogowej w zakresie minimum dwóch inwestycji drogowych realizowanych na czynnych odcinkach drogi. Jako jedną z inwestycji, wykonawca wskazał: „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-3 Nowa Sól - Legnica (A4) zadanie III: od węzła Kaźmierzów do węzła Lubin Północ, o długości ok. 14,400 km tj. od km 33+300 do ok. 47+678,08” oraz zaznaczył odpowiedź, że doświadczenie nabyto na inwestycji drogowej realizowanej na czynnych odcinkach. Odwołujący ECM wskazał, że nadzór nad wskazaną inwestycją pełnił właśnie Odwołujący ECM i według najlepszej wiedzy, osoba wskazana do pełnienia funkcji nie sprawowała nadzoru na inwestycji realizowanej na czynnych odcinkach. Wprawdzie inwestycja była prowadzona po tzw. „starym śladzie” S3, ale droga ta była całkowicie wyłączona z ruchu pojazdów, który odbywał się po innych drogach. Tym samym, w ocenie Odwołującego, wykonawcy temu w ogóle nie powinny zostać przyznane punkty za inspektora robót drogowych, ponieważ nie wykazano w konsekwencji co najmniej 4-letniego doświadczenia lub ewentualnie nie powinny być przyznane punkty za wskazaną inwestycję.

Sygn. akt: KIO 2324/23

W dniu 7 sierpnia 2023 r. wykonawca SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre, Francja (dalej jako „Odwołujący Safège”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechania czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu mającym na celu zawarcie umowy ramowej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-2 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przyznania ofercie złożonej przez Odwołującego 10 punktów za doświadczenie Pana R. K. tj. osoby wskazanej do pełnienia funkcji Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu - w ramach kryterium oceny ofert określonym w rozdziale XIX ust. 3 SWZ-R oraz załączniku nr 11B do SWZ-R a w konsekwencji zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący Safège wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych, dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu, przyznanie ofercie Odwołującego 10 punktów w ramach kryterium dot. Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu, dokonanie ponownego wyboru ofert najkorzystniejszych i zakwalifikowanie Odwołującego Safège do podmiotów, z którymi zostanie zawarta umowa ramowa.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący Safège powołał się na treść Rozdziału XIX ust. 1 i ust. 3 SWZ-R, zwracając ponadto uwagę na fakt, iż w załączniku 11b do SWZ-R w wierszu dot. Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu Zamawiający wskazał rodzaje certyfikatów/dyplomów/dokumentów, które będzie punktował oraz doprecyzował, że Wykonawca otrzyma za nie maksymalnie 2 pkt, z możliwych do uzyskania łącznie 12 punktów. W tabeli zamieścił możliwość zaznaczenia kwadratu „nie posiada ww. certyfikatu/ dyplomu/ dokumentu”. W żadnym miejscu w SWZ-R Zamawiający nie wskazał, iż warunkiem przyznania punktów za doświadczenie Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu jest posiadanie przez niego ww. certyfikatu/dyplomu/dokumentu. Wskazanie, że za certyfikat/dyplom/dokument dostaje się odrębne punkty przy jednoczesnym braku obowiązku zaznaczenia kwadratu o posiadaniu wymienionego wykształcenia wprost wskazywało, iż jest to punktowane na równi z doświadczeniem, a nie jest warunkiem koniecznym do przyznania punktów za

doświadczenie.

Odwolujący Safegę wskazał, iż Zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej przy ocenie oferty Odwołującego w zakresie wskazanego eksperta na stanowisko Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu podał: „Wykonawca nie otrzymał punktów z poniższych powodów: Wykonawca nie podał, czy wskazana osoba posiada minimum jeden z wymienionych wykazie certyfikatów/ dyplomów ukończenia studiów/ dokumentów z zakresu metodyki zarządzania projektami. Podsumowanie: Zamawiający nie ocenił wykazanych inwestycji, gdyż warunkiem koniecznym uzyskania punktów w tym kryterium oprócz wykazania żądanych inwestycji było wykazanie posiadania minimum jednego z wymienionych certyfikatów/dyplomów ukończenia studiów/dokumentów. Z uwagi na powyższe za doświadczenie w zakresie przedstawiciela inżyniera kontraktu Wykonawca otrzymał 0 pkt”. Innymi słowy Zamawiający uznał, iż nie wskazanie żadnego certyfikatu skutkuje nie tylko nie przyznaniem 2 pkt w ramach tego podkryterium, ale także nie przyznaniem punktów za doświadczenie danej osoby, czyli nie przyznaniem punktacji w ogóle. Stanowisko Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w treści SWZ-R i jest sprzeczne z zasadami równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości.

Zamawiający zgodnie z art. 240 ust. 1 ustawy Pzp opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Opis kryteriów oceny ofert nie może prowadzić do oceny oferty w sposób sprzeczny z ich literalnym brzmieniem. Biorąc pod uwagę, iż Zamawiający w postępowaniu nie zastrzegł, iż warunkiem przyznania punktów za doświadczenie Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu jest posiadanie przez niego odpowiedniego certyfikatu/dyplomu/dokumentu a układ i treść załącznika 11 B sugerowała, że brak ww. dokumentu będzie skutkował jedynie nie przyznaniem dwóch punktów, to dokonywanie oceny ofert w odmienny sposób jest niedopuszczalne. Z logicznego punktu widzenia i zdroworozsądkowo, jaki miałoby sens wypełniać całą tabelę doświadczeniem danej osoby, skoro ono nie będzie miało znaczenia z uwagi na brak określonego wykształcenia? Zatem nie tylko możliwość zaznaczenia kwadratu o nie posiadaniu certyfikatu/dyplomu/dokumentu, ale także kolejność/układ w tabeli (najpierw doświadczenie, a potem wykształcenie), wskazują jednoznacznie, iż skutkiem braku wykształcenia powinno być nie przyznanie jedynie 2 pkt, a nie odstępianie od oceny wykazanych inwestycji i nie przyznanie wykonawcy żadnych punktów. Podobnie jak Odwołujący Safegę rozumienie SWZ-R mieli także inni wykonawcy np. Lafrentz Polska sp. z o.o., INKO Consulting sp. z o.o., ECM Group Polska S.A., Multiconsult Polska Sp. z o.o. czy też Konsorcjum Bico Group. Wszystkie te podmioty wypełniając tabelę z doświadczeniem dla osób wskazanych na stanowisko Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu nie zaznaczyły, że posiada on punktowane wykształcenie. Co oznacza, że stały na stanowisku, iż Zamawiający przyzna im i tak punkty za samo doświadczenie tych osób. Irracjonalne byłoby bowiem uzupełnianie tabeli o wykonane inwestycje - co wymaga dużego nakładu pracy (szukanie doświadczenia, jego weryfikacja etc.) - gdyby doświadczenie to nie miało być oceniane w ramach kryterium oceny ofert.

Jakkolwiek zdaniem Odwołującego Safegę odmienna od jego (a ja wynika z powyższego, także innych wykonawców) interpretacja kryteriów oceny ofert jest niezasadna to nawet w sytuacji, w której możliwa byłaby odmienna interpretacja to konsekwencje z tego wynikające nie mogą obciążać wykonawców. Nie budzi wątpliwości, iż wszelkie niejasności powinny być interpretowane na niekorzyść zamawiającego jako autora specyfikacji warunków zamówienia. W odwołaniu wskazano w tym kontekście na wyrok KIO z 8 sierpnia 2022 r. sygn. akt KIO 1877/22. Odwołujący Safegę podkreślił, iż wykazał dla Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu doświadczenie w wykonaniu inwestycji punktowane przez Zamawiającego w wysokości 10 pkt (2 inwestycje po 5 pkt), zatem taką ocenę punktową powinien otrzymać w ramach podkryterium dot. Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu, pomimo, że nie uzyskał 2 punktów za posiadanie certyfikatu/dyplomu/dokumentu (a tym samym przysługuje mu 10 punktów z maksymalnie 12 punktów przewidzianych w tym kryterium).

Sygn. akt: KIO 2345/23

W dniu 7 sierpnia 2023 r. wykonawca MGGP Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie (dalej jako „Odwolujący MGGP”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechania czynności Zamawiającego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiocie zawarcia umowy ramowej polegających na nieprawidłowej ocenie oferty MGGP w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert, nieprawidłowej ocenie oferty wykonawcy Fonon Sp. z o.o. (dalej jako „Fonon”) w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert, zaniechaniu wyboru oferty MGGP jako jednej z ofert najkorzystniejszych w postępowaniu, wyborze oferty Fonon Sp. z o.o. jako jednej z ofert najkorzystniejszych w postępowaniu. Odwołujący MGGP zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez:

- a.nieprawidłowe zastosowanie kryteriów oceny ofert oraz nieprzyznanie ofercie złożonej przez Odwołującego MGGP punktacji w kryterium nr 2 (Inspektor nadzoru robót budowlanych), pomimo że doświadczenie osoby wskazanej na to stanowisko, spełnia warunki wskazane przez Zamawiającego dla tej funkcji w Załączniku nr 11B do SWZ-R w postępowaniu i wykonawca powinien otrzymać w przedmiotowym kryterium 5 punktów,
- b.zaniechanie wyboru oferty Odwołującego MGGP jako jednej z ofert najkorzystniejszych oraz zaniechanie wyboru MGGP jako wykonawcy, z którym Zamawiający zawarze umowę ramową, pomimo że w przypadku prawidłowej oceny oferty MGGP powinna ona otrzymać 86,84 punktów w ostatecznej punktacji wyliczonej zgodnie ze wzorem określonym w Rozdziale XIX ust. 4 SWZ-R, a tym samym zając 9 miejsce na liście wybranych podmiotów, które zostaną zaproszone do zawarcia umowy ramowej,

2.art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Fonon Sp. z o.o. jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w sytuacji gdy wykonawca ten podając nieprawdziwe informacje dotyczące okoliczności podlegających ocenie w ramach kryterium nr 1, utrudniał dostęp do rynku innym wykonawcom,

3.art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Fonon Sp. z o.o. ze względu na fakt, że treść tej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, a niezgodność ta polega na zaoferowaniu w pozacenowym kryterium oceny ofert osoby do realizacji zamówienia, która nie legitymuje się wskazanym w ofercie doświadczeniem, co oznacza, że wykonawca Fonon Sp. z o.o. zaoferował Zamawiającemu w ofercie doświadczenie, które nie istnieje;

4.art. 17 ust. 2 oraz art. 16 ustawy Pzp, poprzez podjęcie decyzji o wyborze ofert najkorzystniejszych z naruszeniem przepisów ustawy Pzp,

5.art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieprzejrzysty poprzez odmienne podejście do oceny ofert wykonawcy Fonon Sp. z o.o. oraz Odwołującego MGGP;

ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 2:

6.art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez:

- a.przyznanie ofercie złożonej przez Fonon Sp. z o.o. punktacji w kryterium nr 1 (Przedstawiciel Inżyniera Kontraktu) pomimo, że doświadczenie osoby wskazanej na to stanowisko, w odniesieniu do inwestycji „Wykonanie prac budowlanych związanych z przebudową stacji Warszawa Zachodnia w ramach projektu POLiŚ 5.1-13 pn.: „Prace na linii średnicowej w Warszawie na odcinku Warszawa Wschodnia - Warszawa Zachodnia” oraz projektu POLiŚ 6.1-22 pn. „Budowa trasy tramwajowej do Wilanowa wraz z zakupem taboru oraz infrastrukturą towarzyszącą”, nie spełnia jednego z wymogów wskazanego dla tej funkcji w Załączniku 11B do SWZ-R tj. wymogu pełnienia wskazanych funkcji co najmniej 18 miesięcy na każdej z inwestycji, co powoduje że wykonawca Fonon nie powinien otrzymać w przedmiotowym kryterium żadnych punktów,
- b.wybór oferty Fonon Sp. z o.o. jako jednej z ofert najkorzystniejszych oraz wybór Fonon Sp. z o.o. jako wykonawcy, z którym Zamawiający zawrze umowę ramową, pomimo że w przypadku prawidłowej oceny oferty Fonon Sp. z o.o. powinna ona otrzymać 57,89 a nie 84,21 punktów w ostatecznej punktacji wyliczonej zgodnie ze wzorem określonym w Rozdziale XIX ust. 4 SWZ-R, a tym samym wykonawca Fonon Sp. z o.o. nie powinien znaleźć się na liście podmiotów, które zostaną zaproszone do zawarcia umowy ramowej,

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1:

7.art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez:

- a.nieprawidłowe zastosowanie kryteriów oceny ofert oraz przyznanie ofercie złożonej przez Fonon Sp. z o.o. punktacji w kryterium nr 2 (Inspektor nadzoru robót budowlanych) pomimo, że doświadczenie osoby wskazanej na to stanowisko nie spełnia wymogu określonego dla tej funkcji w Załączniku 11B do SWZ-R w zakresie posiadania 4 lat doświadczenia w zakresie minimum 2 inwestycji, w ramach których jednym z zadań było wyburzenie wskazanych budynków, co powoduje że wykonawca Fonon nie powinien otrzymać w przedmiotowym kryterium żadnych punktów,
- b.wybór oferty Fonon Sp. z o.o. jako jednej z ofert najkorzystniejszych oraz wybór Fonon Sp. z o.o. jako wykonawcy, z którym Zamawiający zawrze umowę ramową, pomimo że w przypadku prawidłowej oceny oferty Fonon Sp. z o.o. powinna otrzymać 31,57 a nie 84,21 punktów w ostatecznej punktacji wyliczonej zgodnie ze wzorem określonym w Rozdziale XIX ust. 4 SWZ-R, a tym samym wykonawca Fonon Sp. z o.o. nie powinien znaleźć się na liście podmiotów, które zostaną zaproszone do zawarcia umowy ramowej.

Odwołujący MGGP wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 27 lipca 2023 r. polegającej na wyborze ofert najkorzystniejszych, dokonania ponownej oceny i badania ofert, dokonanie odrzucenia oferty wykonawcy Fonon Sp. z o.o., ponowny wybór ofert najkorzystniejszych z uwzględnieniem wyników postępowania odwoławczego.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1) oraz art. 17 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w odniesieniu do oferty MGGP w odwołaniu opisano na wstępie zasady oceny i wyboru ofert wykonawców, z którymi zostanie zawarta umowa ramowa. Odwołujący MGGP wskazał, iż jego oferta została oceniona na 11 miejscu, otrzymując 73,68 punktów wyliczonych zgodnie ze wzorem wskazanym w Rozdziale XIX ust. 4 SWZ-R, co ze względu na niewystarczającą liczbę punktów w ramach kryteriów oceny ofert spowodowało, że Odwołujący znalazł się poza grupą podmiotów, z którymi Zamawiający zamierza zawrzeć umowę ramową. Na miejsce Odwołującego MGGP w rankingu miała wyliczony wpływ ocena jednego Eksperta kluczowego – Inspektora nadzoru robót budowlanych, za którego doświadczenie Zamawiający przyznał Odwołującemu 0 punktów. Odwołujący przywołał treść uzasadnienia dokonanej przez Zamawiającego oceny wskazując, że z tą oceną się nie zgadza. Zdaniem Odwołującego MGGP jest ona niezgodna z opisem punktowanych wymagań wskazanych w Załączniku 11B do SWZ-R w odniesieniu do eksperta – Inspektora nadzoru robót budowlanych. Wbrew stanowisku Zamawiającego MGGP S.A. wykazała minimum 2 inwestycje, w ramach których jednym z zadań było wyburzenie lub rozbiórka odpowiednich budynków, w związku z czym zgodnie z treścią wymagań MGGP S.A. powinna była otrzymać 5 pkt. za doświadczenie tego Eksperta kluczowego, a w konsekwencji oferta Odwołującego z łączną punktacją 86,84 powinna zostać sklasyfikowana na 9 pozycji. W przypadku więc dokonania przez Zamawiającego prawidłowej (uwzględniającej wymagania określone w Załączniku 11B) oceny oferty Odwołującego powinien on znaleźć się w grupie podmiotów, z którymi Zamawiający zawrze umowę ramową.

Odwołujący MGGP przywołał ustalony przez Zamawiającego opis doświadczenia podlegającego ocenie w odniesieniu do funkcji Inspektora nadzoru robót budowlanych, następnie wskazał, że z przedstawionego przez Zamawiającego uzasadnienia oceny oferty MGGP wynika, że Zamawiający w następujący sposób odnosił się do wymogów: a. wymóg pierwszy: wskazana osoba zdobyła minimum 4 lata doświadczenia na stanowisku Inspektora Nadzoru lub Kierownika Budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, w zakresie minimum 2 inwestycji, b. wymóg drugi: co najmniej jedno zadanie wyburzenie lub rozbiórka budynków zostało zrealizowane na każdej z co najmniej dwóch inwestycji zgodnej z wymogiem pierwszym.

W ocenie MGGP S.A. stanowisko Zamawiającego jest sprzeczne z rzeczywistą treścią opisanego wymagania, która formuluje wymogi następująco: wymóg pierwszy: wskazana osoba zdobyła minimum 4 lata doświadczenia na stanowisku Inspektora Nadzoru lub Kierownika Budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, w zakresie minimum 2 inwestycji, b. wymóg drugi: w zakresie co najmniej jednej inwestycji było co najmniej jedno zadanie wyburzenie lub rozbiórka budynków. Wykładnia językowa kryterium nr 2 jednoznacznie wskazuje, iż wymóg wylegitymowania się przez wskazaną w ofercie osobę doświadczeniem potwierdzonym udziałem w co najmniej dwóch inwestycjach odnosił się wyłącznie do pełnienia na nich funkcji Inspektora Nadzoru lub Kierownika Budowy w wymiarze czasowym minimum czteroletnim. Natomiast wymóg dalszy, kierowania lub nadzorowania prac rozbiórkowych lub wyburzeniowych, obejmował co najmniej jedno zadanie rozbiórkowe lub wyburzeniowe w ramach którejkolwiek inwestycji. Oczywistym jest, iż sformułowanie „w ramach których jednym z zadań było wyburzenie lub rozbiórka budynków” nie wymaga wielości przedmiotowo określonych zadań lecz wystarczającym jest istnienie jednego takiego zadania. Zgodnie z zapisem kryterium minimalne warunki wykazania kwalifikacji zgłaszanej osoby to: 1) udział w co najmniej dwóch inwestycjach odnosił się wyłącznie do pełnienia na nich funkcji Inspektora Nadzoru lub Kierownika Budowy w wymiarze czasowym minimum czteroletnim, 2) nadzorowanie lub realizowanie co najmniej jednego zadania wyburzenia lub rozbiórki. Warunki te zostały spełnione w odniesieniu do osoby, wskazanej przez MGGP S.A. do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru robót budowlanych. Podstawy logiki wskazują, iż gdyby miało chodzić o dwie inwestycje na których w obu przypadkach musiałyby wystąpić zadania rozbiórkowe lub wyburzeniowe to nie mógłby zostać użyty zwrot „w ramach których jednym z zadań” bowiem takich zadań musiałyby być co najmniej dwa. W takim wariacie Zamawiający winien się posłużyć sformułowaniem wskazującym na wielość zadań

rozbiorczych lub wyburzeniowych np. „w zakresie minimum 2 inwestycji, w ramach których wystąpiły zadania wyburzeniowe lub rozbiorcze budynków” względnie jeszcze bardziej precyzyjnie „w zakresie minimum 2 inwestycji, z których każda obejmowała co najmniej jedno zadanie wyburzeniowe lub rozbiorcze budynków”. Żądanie wykazania się co najmniej dwoma zadaniami wyburzeniowymi lub rozbiorczymi wymagało niewątpliwie użycia formy mnogiej jaka nie została zastosowana a nie zastosowanej formy pojedynczej.

Powyższe zdaniem MGGP znajduje potwierdzenie w wykładni celowościowej. Mianowicie celem legitymowania się realizacją/nadzorowaniem zadań z zakresu rozbiorów/wyburzeń było wykazanie doświadczenia w przeprowadzaniu tego typu zadań. Logicznym było założenie, iż im więcej takich zadań zrealizowanych tym większe jest doświadczenie wskazanej osoby i tym wyższa punktacja jest należna. Główne znaczenie mają zatem same zadania rozbiorowe/wyburzeniowe i ich ilość a nie ilość przedstawianych inwestycji na jakich wystąpiły. Przykładowo takich zadań na jednej inwestycji mogło być kilka z uzyskaniem łącznej punktacji np. 7 pkt. Brak jest jakiegokolwiek merytorycznego uzasadnienia dlaczego uzyskanie na jednej inwestycji 7 pkt. a na drugiej 0 pkt. miałoby dawać wynik końcowy 0 pkt. a uzyskanie na dwóch inwestycjach po 2 punkty dawałoby wynik wyższy (4 pkt.) skoro zgodnie z kryteriami to w tym pierwszym przypadku pożądane doświadczenie było wyżej oceniane (7 pkt.). Zastosowany przez Zamawiającego wobec oferty MGGP S.A. sposób oceny nie tylko nie wynika z przygotowanych zasad punktacji, ale co więcej jest sprzeczny z celem stosowania kryteriów punktowych wypaczając końcowy rezultat (formalnie wyższą ocenę otrzymywałaby oferta materialnie gorzej oceniona). Zgodnie z pkt. 2 Rozdziału XIX SWZ-R: Zamawiający przyzna Wykonawcy punkty w ramach kryterium oceny ofert, jeżeli Wykonawca wykaże, że osoby przez niego wskazane na dane stanowisko w ramach kryterium oceny ofert spełniają warunki udziału w Postępowaniu określone dla tej funkcji w Rozdziale VI ust. 2 pkt 4 lit. B SWZ-R oraz spełniają punktowane wymagania określone przez Zamawiającego w Załączniku nr 11B do SWZ-R. Wykonawca MGGP S.A. w ramach Kryterium nr 2 wskazał osobę spełniającą kryteria wskazane w Rozdziale VI ust. 2 pkt 4 lit. B SWZ-R oraz legitymującą się doświadczeniem w skali 5 pkt. Zgodnie z załącznikiem nr 11B do SWZ-R.

W ocenie Odwołującego MGGP powyższe znajduje potwierdzenie w wykładni systemowej opisu kryterium nr 2, a mianowicie wymóg pierwszy (udział w co najmniej dwóch inwestycjach odnosił się wyłącznie do pełnienia na nich funkcji Inspektora Nadzoru lub Kierownika Budowy w wymiarze czasowym minimum czteroletnim) był wymogiem wstępnym zerojedynkowym. Brak spełnienia tego wymogu oznaczał dyskwalifikację w tym kryterium niezależnie od tego jakie zadania wystąpiły w zgłaszanych inwestycjach. Natomiast wymóg drugi (nadzorowanie lub realizowanie co najmniej jednego zadania wyburzenia lub rozbioru) był już wymogiem punktowanym w skali od 0 do 10, przy czym zgodnie z punktacją za każde zadanie rozbiorowe lub wyburzeniowe w zależności od kategorii obiektu można było uzyskać 2 albo 5 punktów a łącznie nie więcej niż 10 punktów. Oznacza to, iż np. jedno zadanie dwupunktowe w ramach jednej inwestycji powinno skutkować przyznaniem 2 punktów (2 pkt za każdą inwestycję, a jeżeli inwestycja z takim zadaniem była tylko jedna to należały się tylko 2 pkt.). Punktacja w żadnym miejscu nie wskazuje, iż punkty są przydzielane wyłącznie w sytuacji, gdy dotyczą łącznie obu inwestycji. Wręcz przeciwnie w zakresie każdego kryterium podane zostały wielkości maksymalne punktacji co siłą rzeczy wskazuje na możliwość uzyskania niższej punktacji. Czyli np. w zakresie kryterium nr 3 (Inspektor nadzoru robót drogowych) w razie spełnienia wymogu „Osoba pełniła ww. funkcję przez okres co najmniej 12 miesięcy” co do jednej inwestycji należały się tylko 3 punkty. Przeciwnie stanowisko oznaczałoby, iż w tym trzecim kryterium można byłoby uzyskać albo 0 pkt. albo maksymalnie 6 pkt., co jest oczywiście sprzeczne z opisem punktacji i wskazaniem maksymalnej ilości punktów (maksymalna ilość nie może być jednocześnie minimalną ilością).

Powyższe zdaniem MGGP znajduje potwierdzenie w wykładni systemowej ustalenia kryteriów punktowanych tj. uzyskania możliwości porównania ofert poprzez uzyskaną punktację. Tak określony cel jest możliwy do uzyskania jedynie w sytuacji, gdy istnieje możliwość przydzielenia niepełnej liczby punktów za poszczególne kryteria. Stanowisko Zamawiającego jakoby w zakresie kryterium 2 prace punktowane musiały wystąpić na obu wskazanych inwestycjach aby zostały policzone punkty (czyli co najmniej 4 pkt. albo nic) jest nielogiczne i sprzeczne z celem wprowadzenia systemu punktowego, co dobitnie widać na przykładzie kryterium nr 3 gdzie każda z dwóch wskazanych inwestycji mogła uzyskać 3 pkt, czyli przejmując do tego kryterium zastosowane przez Zamawiającego zasady względem MGGP S.A. w kryterium 2, punktacja mogłaby wynieść albo 0 (brak spełnienia wymogu co do obu inwestycji jak też spełnienie wymogu co do jednej inwestycji) albo 6 (spełnienie wymogu co do obu inwestycji) co powoduje bezprzedmiotowość rozbudowanego kryterium na potrzeby wyłonienia wykonawcy skoro de facto byłoby ono zerojedynkowe. Niezależnie od powyższego Zamawiający konstruując przesłanki do uzyskania punktacji posługuje się spójnikiem „lub” co oznacza alternatywę i przesądza, iż łączne spełnienie przesłanek punktowych na obu wskazywanych inwestycjach nie jest warunkiem przydzielenia punktów w sytuacji spełnionych przesłanek w zakresie tylko jednej inwestycji.

Odwołujący MGGP zwrócił też uwagę, iż o ile w kryteriach nr 1 (Przedstawiciel Inżyniera Kontraktu) i 3 (Inspektor nadzoru robót drogowych) zostały użyte zwroty „na każdej z inwestycji” to w Kryterium nr 2 brak takiego zwrotu co ewidentnie, niezależnie od pozostałej argumentacji, wyklucza przyjęcie jakoby warunkiem koniecznym do uzyskania jakichkolwiek punktów było wystąpienie zadań rozbiorczych lub wyburzeniowych na każdej z dwóch wskazywanych inwestycji. Warto zauważyć, że podejście Odwołującego co do kryterium nr 2 zostało zastosowane przez Zamawiającego w przypadku oceny doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Inspektora nadzoru robót budowlanych w ofercie złożonej przez wykonawcę Fonon. Wykonawca został sklasyfikowany ex aequo na 9 pozycji (a więc w grupie podmiotów, które złożyły oferty najkorzystniejsze) otrzymując za kryterium nr 2 maksymalną liczbę punktów – 10. Fonon w ramach kryterium nr 2 na wykazanie warunku pierwszego (minimum 4 lata doświadczenia na stanowisku Inspektora Nadzoru lub Kierownika Budowy) wskazał cztery inwestycje, przy czym w ramach jednej z nich (Budowa II linii metra wraz z zakupem taboru – etap III „Metro stacja Zacisze (C19), wentylatornia V19 i komora demontażowa KD18) nie były wykonywane żadne prace wyburzeniowe. Co ważne, wskazanie tej inwestycji było konieczne do udokumentowania 4 – ro letniego doświadczenia. Zamawiający przyznał Fonon Sp. z o.o. komplet punktów w ramach kryterium nr 2, pomimo że minimalne doświadczenie osoby mającej pełnić funkcję Inspektora nadzoru robót budowlanych było oparte o inwestycję, w której nie prowadzono prac rozbiorczych. Dopasowując zapis warunku opisanego w ramach kryterium nr 2 do oferty Fonon. sformułowanie: „w zakresie minimum 2 inwestycji, z których każda obejmowała co najmniej jedno zadanie wyburzeniowe lub rozbiorcze budynków” można by zamienić na: „w zakresie 4 inwestycji, z których każda obejmowała co najmniej jedno zadanie wyburzeniowe lub rozbiorcze budynków”. Przyjmując podejście analogiczne jak w stosunku do Odwołującego, czyli uznając, że całe doświadczenie wykazywane w ramach kryterium nr 2 powinno być związane w odpowiedni sposób z prowadzeniem wyburzeń, Zamawiający powinien nie przyznać wykonawcy Fonon żadnych punktów. Tymczasem Zamawiający w odmienny sposób zastosował zapisy Załącznika nr 11B w odniesieniu do Odwołującego i Fonon odmawiając przyznania punktów temu pierwszemu a przyznając drugiemu. Nierówne potraktowanie wykonawców

odniosło negatywny skutek wobec MGGP S.A.

Odwolujący MGGP wskazał, iż podtrzymuje, że powinna (tak jak wykonawca Fonon Sp. z o.o.) otrzymać 5 punktów za Inspektora nadzoru budowlanego. Wskazuje jednak, że gdyby Zamawiający (niezgodnie z treścią zapisu ale konsekwentnie) ocenił w ramach kryterium nr 2 oferty MGGP S.A. i Fonon Sp. z o.o. nie przyznając punktów w kryterium nr 2 żadnemu z wykonawców, ze względu na brak robót rozbiórkowych we wszystkich inwestycjach składających się na doświadczenie Inspektora robót budowlanych, to punktacja MGGP S.A. pozwoliłaby na zajęcie 10 miejsca w klasyfikacji, gdyż Fonon Sp. z o.o. przysługiwałoby 57,89 punktów a nie 84,21, z zastrzeżeniem zarzutów opisanych w pkt. II niniejszego odwołania. Odwołujący podkreślił, że autorem dokumentacji przetargowej jest Zamawiający i to jego obciąża obowiązek jednoznacznego opisanie warunków udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert czy też przedmiotu zamówienia. Zamawiający więc powinien swoje oczekiwania wobec wykonawców i ich właściwości wyrazić w treści SWZ, w taki sposób, aby wykonawcy mogli je odczytać w sposób bezsporny. Zgodnie z przyjętą linią orzecznictwa i stanowiskiem doktryny ewentualne wątpliwości wynikające z niejasnej/niejednoznacznych zapisów SWZ powinny być interpretowane na korzyść wykonawcy. Na potwierdzenie powyższego stanowiska Odwołujący MGGP przywołał orzecznictwo (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 kwietnia 2023 r. sygn. akt KIO 1046/23 oraz z 14 września 2022 r. sygn. akt KIO 2249/22). W świetle powyższego, nawet jeżeli opis punktowanych wymagań wobec osoby mającej pełnić funkcję Inspektora nadzoru robót budowlanych, ze względu na niejednoznaczną konstrukcję pozwala na przyjęcie dwójakiej interpretacji wymagań, to odmienne odczytanie warunku przez Odwołującego jako – co wykazano powyżej – znajdujące oparcie w treści tego warunku, nie powinno pociągać za sobą negatywnych konsekwencji dla MGGP S.A. w postaci pozbawienia należnych mu punktów. Odwołujący MGGP podkreślił, że brzmienie warunku (w rozumieniu przedstawionym w pkt. 9 powyżej) na etapie przygotowywania oferty nie budziło jego wątpliwości, a MGGP S.A. miała pełne przekonanie, że doświadczenie pana W. R., pozwoli uzyskać 5 punktów w ramach kryterium oceny ofert

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1) oraz art. 17 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w odniesieniu do oferty Fonon, Odwołujący wskazał, iż oferta tego wykonawcy otrzymała 84,21 punktu. Zamawiający przyznał Fonon 12 punktów za kryterium nr 1 (Przedstawiciel Inżyniera Kontraktu), 10 punktów za kryterium nr 2 (Inspektor nadzoru budowlanego) oraz 10 punktów za kryterium nr 4 (Specjalista ds. nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska z uwzględnieniem kompetencji przyrodniczych). W odwołaniu przywołano wymagania w zakresie kryterium dotyczącego Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu. Odwołujący zwrócił uwagę, iż w tym zakresie wykonawca Fonon przedstawił doświadczenie pani A. S.-P., wskazując między innymi na pełnienie przez nią funkcji Dyrektora Projektu dla inwestycji: „Wykonanie prac budowlanych związanych z przebudową stacji Warszawa Zachodnia w ramach projektu POIiŚ 5.1-13 pn.: „Prace na linii średnicowej w Warszawie na odcinku Warszawa Wschodnia - Warszawa Zachodnia” oraz projektu POIiŚ 6.1-22 pn. „Budowa trasy tramwajowej do Wilanowa wraz z zakupem taboru oraz infrastrukturą towarzyszącą” w okresie od 07.07.2020 r. do 31.08.2022 r. Odwołujący wskazał, że w odniesieniu do wskazanej wyżej inwestycji, na podstawie umowy zawartej z PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. oraz Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. realizuje usługę zarządzania i pełnienia nadzoru, stąd posiada wiedzę o osobach zaangażowanych w jej realizację zarówno po stronie Zamawiającego (Inwestora) jak i wykonawców robót. Odwołujący MGGP opisał jak wyglądała kwestia pełnienia funkcji Dyrektora Projektu dla tej inwestycji. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. pismem z dnia 17 marca 2022 r. poinformowała MGGP S.A. jako Inżyniera Projektu, o zakończeniu pełnienia funkcji Dyrektora projektu nr 1/11 przez pana M. K. z dniem 9 marca 2022 r. Jednocześnie zamawiający wskazał, że A. S.-P. zajmująca w PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. stanowisko Dyrektora – Pełnomocnika Zarządu ds. realizacji inwestycji aglomeracji warszawskiej „objęła nadzorem bezpośrednim projekt POIiŚ 5.1-13 pn. Prace na linii średnicowej w Warszawie na odcinku Warszawa Wschodnia – Warszawa Zachodnia.” Natomiast pismem z dnia 1.09.2022 r. Zamawiający poinformował, że „z dniem 31 sierpnia br. (2022) ze stanowisk zostali odwołani: - Dyrektora Projektu PaniA. S.-P. (...). Jednocześnie PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centrum Realizacji Inwestycji, Region Centralny zawiadamia, iż z dniem 1 września br. funkcję Dyrektora Projektu dla Zespołu projektu 1/11 objął Pan M. K.”

Z powyższego zdaniem MGGP jednoznacznie wynika, że pani A. S.-P. pełniła funkcję Dyrektora Projektu dla inwestycji „Wykonanie prac budowlanych związanych z przebudową stacji Warszawa Zachodnia w ramach projektu POIiŚ 5.1-13 pn. „Prace na linii średnicowej w Warszawie na odcinku Warszawa Wschodnia -Warszawa Zachodnia” oraz projektu POIiŚ 6.1-22 pn.: „Budowa trasy tramwajowej do Wilanowa wraz z zakupem taboru oraz infrastrukturą towarzyszącą” wyłącznie w okresie od 9 marca 2022 r. do 31 sierpnia 2022 r. a nie jak wskazał wykonawca Fonon: w okresie od 07.07.2020 r. do 31.08.2022 r. Odwołujący MGGP wyjaśnił, że w okresie od 9.11.2021 r. do 9.03.2022 r. funkcję Dyrektora Projektu dla tej inwestycji pełnił pan M. K., co wynika z treści pisma z 8.11.2021 r., a wcześniej pan R. B.. Jako dowód Odwołujący załączył pismo z 17.03. 2022 r. (nr pisma: IRRK1/11/6.2233.67.1.12022.IRE-00846-I), pismo z 1.09.2022 r. (nr pisma: IRRK1/2/2.2233.8.2022.IRE-01158-I.2), pismo z 8.11.2021 r. (nr pisma: IRRK1/11/6.223.46.130.2021.IRE-00846-I). Odwołujący MGGP dodał, że pani A. S.-P. jako pełnomocnik Zarządu PKP PLK S.A. ds. Realizacji Inwestycji Aglomeracji Warszawskiej, w okresie podanym przez Fonon (z wyłączeniem czasu faktycznego pełnienia funkcji Dyrektora Projektu tj. od 9 marca 2022 r. do 31 sierpnia 2022 r.) nadzorowała wszystkie inwestycje w aglomeracji warszawskiej, zarządzając nad wszystkimi inwestycjami w aglomeracji warszawskiej, których było ówczesnie kilkanaście, co wykluczało w praktyce pełnienie obowiązków Dyrektora Projektu na wybranej inwestycji.

W ocenie Odwołującego MGGP oznacza to jednocześnie, że wykonawca Fonon podał niezgodne z rzeczywistością informacje dotyczące doświadczenia pani A. S.-P. wprowadzając Zamawiającego w błąd co do prawdziwego doświadczenia tej osoby, a działanie takie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji [2] nie wykazał spełnienia przez panią A. S.-P. wymogu kryterium nr 1, zgodnie z którym osoba pełniła ww. funkcję (Przedstawiciel Inżyniera Kontraktu lub Dyrektor bądź zastępca Dyrektora Kontraktu lub Inżynier Rezydent lub Kierownik Projektu bądź Project Manager) przez okres co najmniej 18 miesięcy na każdej z inwestycji - gdyż na inwestycji wskazanej powyżej pani A. S.-P. pełniła tę funkcję jedynie niecałe pięć miesięcy. Odwołujący MGGP wskazał, że w najnowszym orzecznictwie za czyn nieuczciwej konkurencji uznaje się również wszelkiego rodzaju świadome sytuacje wprowadzenia zamawiającego w błąd bądź przedstawienia w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia informacji nieprawdziwych. Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 maja 2022 r. (sygn. akt: XXIII Zs 37/22) uchylający wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lutego 2022 r. (sygn. akt: KIO 121/22) w sprawie przedstawienia przez wykonawcę informacji nieprawdziwych dotyczących okoliczności posiadania doświadczenia koniecznego do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Krajowa Izba Odwoławcza nie dopatrzyła się w działaniach wykonawcy przedstawiającego nieprawdziwe informacje czynu nieuczciwej konkurencji. Dopiero w postępowaniu skargowym przed Sądem Okręgowym – Sądem Zamówień Publicznych uznano, że brak potwierdzenia prawdziwości informacji przedkładanych w ramach postępowania

przetargowego powinno być kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji.

W przedmiotowej sprawie Odwołujący MGGP nie ma wątpliwości, że osoba wskazana przez wykonawcę Fonon nie posiada doświadczenia opisanego w złożonym wraz z ofertą Załącznika 11B. Natomiast informacje nieprawdziwe pozwoliły na uzyskanie przez tego wykonawcę punktacji i dostanie się na listę podmiotów, które Zamawiający zaprosi do zawarcia umowy ramowej, kosztem innych wykonawców, spełniających faktycznie kryteria oceny ofert, za które przyznano im punktację. W związku z powyższym oferta Wykonawcy Fonon powinna zostać odrzucona. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 2 odwołania, oferta wykonawcy Fonon nie powinna otrzymać punktacji w ramach kryterium nr 1. Odwołujący MGGP dodał, iż oceniając doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Przedstawiciela Inżyniera w kontekście oceny ofert trzeba wziąć także pod uwagę Rozdział XIX pkt 6 SWZ-R. Brak wystarczającego w świetle Załącznika nr 11B do SWZ-R doświadczenia pani A. S.-P. w zakresie wymaganego okresu na każdym z kontraktów w odniesieniu do inwestycji: „Wykonanie prac budowlanych związanych z przebudową stacji Warszawa Zachodnia w ramach projektu POIiŚ 5.1-13 pn.: „Prace na linii średnicowej w Warszawie na odcinku Warszawa Wschodnia - Warszawa Zachodnia” oraz projektu POIiŚ 6.1-22 pn.: „Budowa trasy tramwajowej do Wilanowa wraz z zakupem taboru oraz infrastrukturą towarzyszącą” jest oczywisty i jednocześnie nie może zostać uzupełniony. Zamawiający nie powinien więc przyznać wykonawcy Fonon żadnych punktów w tym kryterium, co powoduje, że całościowa liczba punktów przyznanych ofercie Fonon powinna wynosić 57,89 punktów a nie 84,21.

Z ostrożności Odwołujący MGGP podniósł, że w przypadku uznania za prawidłowe podejścia Zamawiającego w zakresie kryterium nr 2 oferta wykonawcy Fonon powinna otrzymać jeszcze mniej punktów, co opisano we wcześniejszej części odwołania, gdyż Zamawiający nie powinien przyznać temu wykonawcy punktów ani za kryterium nr 1 ani za kryterium nr 2. W rezultacie łączna ocena oferty Fonon powinna wynosić 31,57 punktów i także w tym przypadku ustąpić miejsca ofercie Odwołującego.

Sygn. akt: KIO 2347/23

W dniu 7 sierpnia 2023 r. wykonawca Pilamis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi (dalej jako „Odwołujący Pilamis”) wniósł odwołanie wobecniezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego, podjętych w postępowaniu, polegających na nieprawidłowym wyborze ofert najkorzystniejszych, zaniechaniu przyznania ofercie Odwołującego 10 pkt. w podkryterium Przedstawiciel Inżyniera Kontraktu („PIK”), naruszeniu zasad uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności oraz efektywności. Odwołujący Pilamis zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 i art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez brak wyboru oferty Odwołującego, jako jednej z ofert najkorzystniejszych, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, mimo że oferta Odwołującego powinna zostać zakwalifikowana do grona ofert wykonawców, z którymi Zamawiający będzie zawierał umowy ramowe, ponieważ Zamawiający nie przyznał ofercie Odwołującego 10 pkt w podkryterium PIK osobie p. J. P.; zaniechanie Zamawiającego stanowi jednocześnie naruszenie zasad uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności oraz efektywności.

Odwołujący Pilamis wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych, przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem wniesionego odwołania, ponownego wyboru ofert najkorzystniejszych, z uwzględnieniem oferty Odwołującego jako podmiotu, z którym zostanie zawarta umowa ramowa.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący Pilamis na wstępie przedstawił zasady oceny ofert wynikające z SWZ-R (Rozdział XIX). Powołał się też na treść załącznika nr 11B do SWZ (Wykaz osób), podkreślając, że zawarta tam tabela jest rozbita na poszczególne elementy podlegające ocenie w ramach podkryterium PIK. I tak, w odniesieniu do wymagań z pkt I tabeli, wykonawcy mieli wpisać w ofercie konkretne inwestycje, stanowiące doświadczenie eksperta pełniącego funkcję Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu. Opis doświadczenia miał obejmować: nazwę inwestycji, odbiorcę, stanowisko, okres sprawowania funkcji (od – do), informację, czy doświadczenie nabyto w zakresie zarządzania projektami inwestycyjnymi oraz czy inwestycja dotyczyła infrastruktury transportowej (wraz ze wskazaniem wartości robót budowlanych dla takiej inwestycji). W ramach przyznania ocen w tym elemencie podkryterium PIK, Zamawiający przyznaje 2 lub 5 pkt. za każdą inwestycję zgodną z SWZ. Natomiast w odniesieniu do pkt II tabeli, wykonawcy mieli określić czy ich ekspert posiada certyfikat/dyplom/dokument z zakresu metodyki zarządzania projektami, co również zostało zawarte w tabeli w załączniku 11B.

W ocenie Odwołującego Pilamis z powyższego wynika, iż Zamawiający w podkryterium PIK punktował oddzielnie doświadczenie Eksperta związane z inwestycjami (zgodnie z pkt I) oraz posiadanie certyfikatu/dyplomu/dokumentu (zgodnie z pkt II). Odwołujący Pilamis podkreślił, iż Zamawiający pozostawił wykonawcom możliwość zaznaczenia w ofercie, czy ekspert posiada certyfikat/dyplom/dokument, czy też go nie posiada. Od tego czy dany ekspert powoływany na stanowisko Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu posiada certyfikat/dyplom/dokument uzależnione było przyznanie ofercie wykonawcy 2 pkt. w ramach podkryterium PIK. Łącznie w podkryterium PIK można było uzyskać maksymalnie 12 pkt. Tymczasem Zamawiający wbrew postanowieniom SWZ i przepisom ustawy Pzp przyznał punkty w ramach kryterium PIK wyłącznie podmiotom, których ekspert w podkryterium PIK posiadał certyfikat/dyplom ukończenia studiów/dokument z zakresu metodyki zarządzania projektami. Oferentom, których ekspert takiego dokumentu nie posiada, Zamawiający automatycznie przyznał 0 pkt. w całym podkryterium PIK, niezależnie od liczby doświadczeń posiadanych przez danego eksperta. Taka ocena ofert jest jednak niezasadniona.

Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem Odwołującego Pilamis, Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp, ponieważ nieprawidłowo ocenił ofertę Odwołującego, nie przyznając jej żadnego punktu w ramach podkryterium PIK, co nie znajduje uzasadnienia w postanowieniach SWZ. Odwołujący przywołał stanowisko wyrażone przez Zamawiającego w uzasadnieniu oceny ofert w odniesieniu do oferty Odwołującego Pilamis. Podkreślił, że z postanowień SWZ w żaden sposób nie wynika, by warunkiem koniecznym uzyskania punktów w kryterium PIK było wykazanie posiadania przez eksperta minimum jednego z wymienionych certyfikatów/dyplomów ukończenia studiów/dokumentów. Z załącznika nr 11B do SWZ jasno wynika, że dysponowanie ekspertem, który będzie jednocześnie legitymował się certyfikatem/dyplomem/dokumentem będzie wiązało się z uzyskaniem 2 pkt w ramach podkryterium PIK (*Należy wskazać minimum jeden certyfikat/dyplom/dokument. Niezależnie od ilości wskazanych certyfikatów/dyplomów/dokumentów - Wykonawca otrzyma maksymalnie 2 pkt*). Nigdzie nie ma informacji, by brak certyfikatu/dyplomu/dokumentu miał skutkować przyznaniem 0 pkt w całym podkryterium PIK. Zamawiający dał temu wyraz dopiero w uzasadnieniu oceny ofert, przekazanemu wykonawcom w informacji o wyborze ofert najkorzystniejszych. Zamawiający nie powołał się przy tym na żadne postanowienie SWZ, które wprost wskazywałoby na zasadność nieprzyznania punktów (a tak postąpił

choćby w przypadku oferty Via Regia sp. z o.o., gdzie w 1. wierszu uzasadnienia oceny oferty tego wykonawcy powołał się na rozdz. XIX ust. 2 SWZ-R, przynajmniej 0 pkt. z powodu wskazania innej osoby w ramach kryterium i w ramach warunków udziału). W ocenie Odwołującego wynika to z faktu, że w SWZ są określone sytuacje, w których oferta nie otrzyma punktów w kryterium jakościowym, przy czym brak posiadania przez eksperta certyfikatów/dyplomów ukończenia studiów/dokumentów w ramach podkryterium PIK do tych okoliczności się nie zalicza. Przykładowo, w rozdz. XIX pkt 2 SWZ-R Zamawiający wprost określił, że jeżeli wykonawca w ramach kryterium jakościowego wskaże inną osobę niż wskazana w ramach spełniania warunków udziału w Postępowaniu, to otrzyma za tę osobę 0 punktów w ramach kryterium oceny ofert. Takiego zastrzeżenia nie ma przy podkryterium PIK, w zakresie posiadania certyfikatu/dyplomu/dokumentu przez eksperta, co powinno skutkować jedynie nieprzyznaniem 2 pkt, a nie zabranieniem wszystkich punktów w podkryterium PIK. Jednocześnie na podstawie postanowień SWZ nie sposób ustalić z jakiego powodu posiadanie przez eksperta certyfikatów/dyplomów/dokumentów miałoby uzasadniać nieprzyznanie jakichkolwiek punktów w podkryterium PIK. Mając na względzie zasady logiki i doświadczenia życiowego, doświadczenie praktyczne (którym eksperci legitymują się poprzez wykazanie doświadczenia przy konkretnych inwestycjach) jest co najmniej równie ważne (o ile nie ważniejsze, mając na uwadze charakter projektu), niż wiedza czysto „akademicka”. Niemniej, skoro Zamawiający wprost nie przewidział w SWZ, że oprócz wykazania żądanych inwestycji konieczne było wykazanie posiadania minimum jednego z wymienionych certyfikatów/dyplomów ukończenia studiów/dokumentów, to nie może wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawców z tego powodu.

W ocenie Odwołującego Pilamis, Zamawiający dokonał wyboru ofert najkorzystniejszych z pominięciem postanowień SWZ, ponieważ nie wynika z nich możliwość nieprzyznania punktów w podkryterium PIK, jeżeli ekspert nie posiada certyfikatu/dyplomu/dokumentu, za który można uzyskać co najwyżej 2 pkt. W tym kontekście Odwołujący Pilamis wskazał, że w podkryterium PIK Zamawiający tak samo jak ofertę Odwołującego ocenił i uzasadnił oferty Lafrentz Polska sp. z o.o. (oferta nr 4), SAFEGE S.A.S (oferta nr 9), INKO Consulting sp. z o.o. (oferta nr 15), ECM Group Polska S.A. (oferta nr 21), PM SERVICES POLAND Sp. z o.o. (oferta nr 1) oraz konsorcjum Bico Group Sp. z o.o. i TNM Limited (oferta nr 23). Wskazani wykonawcy zdają się rozumieć postanowienia SWZ podobnie jak Odwołujący. Potwierdza to naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, a jakiegokolwiek wątpliwości w tym zakresie powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Tym bardziej w tak kluczowej kwestii jak przyznanie punktów w ramach kryterium oceny ofert, co zdecydowanie ma wpływ na kolejność ofert w postępowaniu. Odwołujący Pilamis powołał się w tym kontekście na wyrok KIO z 4 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 137/22.

Jednocześnie Odwołujący Pilamis podniósł, iż przyznanie jakichkolwiek punktów w podkryterium PIK (maksymalnie 12 pkt) od elementu tego podkryterium „wycenionego” przez Zamawiającego jedynie na 2 pkt, świadczy o nieproporcjonalności działania Zamawiającego i braku zachowania w postępowaniu zasady efektywności (art. 16 pkt 3 i art. 17 ust. ustawy Pzp). Biorąc przy tym pod uwagę, że takie działanie ma miejsce już po terminie składania ofert, zaburza jednocześnie uczciwą konkurencję i jest nieprzejrzyste (art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp). Kryteria oceny ofert mają umożliwiać wykonawcom konkurencję w postępowaniu. Odwołujący wskazał tu na wyrok KIO z 25 marca 2022 r., sygn. akt KIO 610/22. Zdaniem Odwołującego Pilamis gdyby Zamawiający w sposób jasny i zrozumiały sformułował swoje wymagania przed terminem składania ofert, wykonawcy mogliby poszukać innych ekspertów lub w ogóle zdecydować o swoim udziale w postępowaniu, ewentualnie skorzystać ze środków ochrony prawnej, w ramach których mogliby próbować zakwestionować takie sformułowanie SWZ. Skutkuje to brakiem wyboru ofert w postępowaniu, które faktycznie się najkorzystniejsze z punktu widzenia postanowień SWZ i przepisów ustawy Pzp, co stanowi naruszenie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 21 sierpnia 2023 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołania, wnosząc o ich oddalenie.

W zakresie odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2321/23 Zamawiający w odniesieniu do zarzutu 1 lit. a) podniósł, iż stanowisko Odwołującego jest błędne, a ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa i zgodna z dokumentacją postępowania. W formularzu Wykaz Osób na potrzeby uzyskania punktów w kryterium oceny ofert „Personel” załącznik 11B w Lp. 1 Przedstawiciel Inżyniera Kontraktu kolumna 4. wyraźnie wskazano, że wymagania z zakresu I (doświadczenie) oraz z zakresu II (certyfikaty) muszą być spełnione łącznie w celu przyznania punktów. Wymagania z pkt I i z pkt II są połączone spójnikiem „oraz”. Powszechnie przyjęte reguły logiki i zasady wykładni przepisów prawnych traktują spójnik „oraz” na równi ze spójnikiem „i”. Spójniki te tworzą tzw. koniunkcję. W konsekwencji zasady wykładni prawa nakazują przyjąć, że spójnik „oraz” oznacza, że muszą być spełnione oba wymagania. W tym przypadku muszą być spełnione wymagania z pkt I i z pkt II, aby przyznać punkty. Dodatkowo Zamawiający zwrócił uwagę na to, że w przedmiotowym formularzu w Lp. 1 Zamawiający zamieścił następujące pouczenie: „Należy wskazać minimum jeden certyfikat/dyplom/dokument.”. Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający nie mógł dokonać innej oceny i nie mógł przyznać punktów za doświadczenie osób, które nie wykazały dysponowania stosownym certyfikatem/dyplomem/dokumentem. Odwołujący ECM dodatkowo podniósł, że *Zamawiający w żaden sposób nie wskazał w opisie, że w czasie nabywania danego doświadczenia, osoba wykazywana miała już posiadać certyfikat*. Argument jest dla Zamawiającego zupełnie niezrozumiały i bez jakiegokolwiek znaczenia, gdyż Zamawiający nie wymagał tego w opisie kryterium i nie stawiał takiego wymagania też przy ocenie ofert. W informacji o ocenie ofert Zamawiający nie formułował, żadnego zastrzeżenia w tym kontekście. W uzasadnieniu oceny ofert Zamawiający wskazał jedynie „Wykonawca nie podał, czy wskazana osoba posiada minimum jeden z wymienionych w wykazie certyfikatów/dyplomów ukończenia studiów/dokumentów z zakresu metodyki zarządzania projektami.” Osoba mogła nabyć/posiadać certyfikat/dyplom przed, po lub w czasie nabywania danego doświadczenia.

W zakresie zarzutu 1 lit. b) dotyczącego przyznania punktów w zakresie Specjalisty ds. nadzoru przyrodniczego oferty ZDI sp. z o.o., Zamawiający wskazał, iż potwierdzeniem okresu doświadczenia dla Zamawiającego były okresy realizacji inwestycji wskazane w załączniku 11B.

W zakresie zarzutu 1 lit. c) dotyczącego przyznania punktów w zakresie Inspektora robót drogowych oferty EKOCENTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych sp. z o.o. Zamawiający wskazał, iż oceniając oferty przyjmuje za prawdziwe oświadczenia Wykonawców. Zamawiający nie ma narzędzi, aby weryfikować każdą pozycję wykazów przedstawianych w ofertach. Jednocześnie Zamawiający nie widział, żadnych szczególnych powodów, aby w odmienny sposób potraktować pozycję kwestionowaną przez Odwołującego. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń.

Odnosząc się do odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2324/23 Zamawiający wskazał, iż Odwołujący podnosi zarzuty i argumenty zbieżnie z odwołaniem ECM dotyczące nieprawidłowej oceny w zakresie osoby wskazanej do

pełnienia funkcji Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu. Zasadniczym twierdzeniem Odwołującego jest to, że *w żadnym miejscu w SWZ-R Zamawiający nie wskazał, iż warunkiem przyznania punktów za doświadczenie Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu jest posiadanie przez niego ww. certyfikatu/dyplomu/dokumentu.* Dodatkowo Odwołujący podnosi, że układ i treść załącznika 11B sugerowała, że brak certyfikatu będzie skutkowało jedynie nieprzyznaniem dwóch punktów za certyfikat. Argumentacja Zamawiającego przedstawiona w odpowiedzi na odwołanie ECM pozostaje w pełni aktualna także w odniesieniu do odwołania SAFEGE.

W zakresie odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2345/23 Zamawiający podniósł, iż zarzuty tego odwołania, w tym zarzuty ewentualne, sprowadzają się do zakwestionowania oceny ofert w trzech pozycjach: 1) W zakresie stanowiska Inspektor nadzoru robót budowlanych oferty Odwołującego, 2) W zakresie stanowiska Przedstawiciel Inżyniera Kontraktu oferty Fonon sp. z o.o., 3) W zakresie stanowiska Inspektor nadzoru robót budowlanych oferty Fonon sp. z o.o.

W odniesieniu do pkt 1 Zamawiający wskazał, iż stanowisko Odwołującego MGGP i jednocześnie różnica względem oceny Zamawiającego sprowadza się do tego, że zdaniem Odwołującego dla przyznania punktów wystarczające było, aby na minimum jednej z dwóch wskazywanych inwestycji zrealizowano wyburzenie lub rozbiórkę. Natomiast w ocenie Zamawiającego dla przyznania punktów wymagane było, aby wyburzenie lub rozbiórkę zrealizowano na minimum dwóch inwestycjach. W ocenie Zamawiającego opis kryterium był prawidłowy i niebudzący wątpliwości. Nie sposób się zgodzić z argumentem (pkt 10), że wymóg minimum dwóch inwestycji odnosił się do czteroletniego doświadczenia. Wymóg czteroletniego doświadczenia był bowiem potwierdzany wyżej przez zaznaczenie kwadratów TAK/NIE. Wbrew twierdzeniu Odwołującego (pkt 14) zachowano możliwość przyznawania niepełnej punktacji (tj. 4, 6, 7, 8 lub 9 pkt) także przy wymaganiu, aby dwie inwestycje obejmowały rozbiórki lub wyburzenia. Jeżeli chodzi o użycie spójnika „lub” (argument z pkt 15 odwołania), to jego użycie wskazuje, że można było wykazywać się wyburzeniem/rozbiórką budynków jednorodzinnych (2 pkt) lub wielorodzinnych/przemysłowych (5 pkt). I nie zmienia to wymagania, że dla uzyskania punktacji należało przedstawić minimum dwie inwestycje obejmujące takie rozbiórki/wyburzenia. Nie zasługują też na uwzględnienie argumenty odwołujące się do innego kryterium (np. w pkt 15 i 16 odwołania), gdyż inne kryteria były opisywane w inny sposób i przewidywały inne zasady przyznawania punktów. Przyjmując interpretację Odwołującego (na jednej inwestycji zrealizowano wyburzenie lub rozbiórkę) zupełnie bezcelowym byłoby wymaganie przedstawienia minimum dwóch inwestycji. Druga inwestycja bowiem nie musiałaby się charakteryzować czymkolwiek. Warto przy tym zauważyć, że wymaganie przedstawienia takiej „niczym nie charakteryzującej się” inwestycji było elementem weryfikacji warunku udziału¹. Przy „punktowej” ocenie ofert zaostrożono wymagania i oczekiwano a) dłuższego – 4 letniego doświadczenia, b) doświadczenia jedynie na stanowisku inspektora nadzoru lub kierownika budowy, c) doświadczenia w inwestycjach obejmujących rozbiórki lub wyburzenia. Przy czym oczekiwano, aby były to minimum dwie inwestycje, gdyż w ocenie Zamawiającego niezasadne było przyznawanie punktów osobie, która miała znikome – jednokrotne doświadczenie związane z wyburzeniami lub rozbiórkami.

W odniesieniu do pkt 2 Zamawiający wskazał, iż oceniając oferty przyjmuje za prawdziwe oświadczenia Wykonawców. Zamawiający nie ma narzędzi, aby weryfikować każdą pozycję wykazów przedstawianych w ofertach. Jednocześnie Zamawiający nie widział, żadnych szczególnych powodów, aby w odmienny sposób potraktować pozycję kwestionowaną przez Odwołującego. W przypadku ewentualnego potwierdzenia się stanu faktycznego przedstawionego w odwołaniu, zdaniem Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie zarzuty nr 2 naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp ani nr 3 naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. W takim przypadku na uwzględnienie zasługiwałby jedynie zarzut nr 6, tj. naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 Pzp poprzez przyznanie ofercie Fonon sp. o. o. punktów za doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu.

W odniesieniu do pkt 3 Zamawiający wskazał, iż jako zarzut ewentualny podniesiono niezasadne przyznanie punktów ofercie Fonon sp. z o.o. za doświadczenie Inspektora nadzoru robót budowlanych, mimo że osoba ta nie posiada 4 lat doświadczenia w zakresie min. 2 inwestycji, w ramach których jednym z zadań było wyburzenie lub rozbiórka wskazanych budynków. W ocenie Zamawiającego w ofercie Fonon sp. z o.o., w załączniku nr 11B, w zakresie Inspektora nadzoru robót budowlanych Wykonawca wyraźnie i w sposób niebudzący wątpliwości wykazał: a) posiadanie 4 letniego doświadczenia poprzez zaznaczenie opcji Tak. b) w poz. 1 wyburzenie lub rozbiórkę budynku wielorodzinnego lub obiektu przemysłowego, w poz. 2 wyburzenie lub rozbiórkę budynku wielorodzinnego lub obiektu przemysłowego - wykazano więc oprócz 4 letniego doświadczenia, doświadczenie na dwóch inwestycjach obejmujących wyburzenie lub rozbiórkę. Dlatego też oferta Fonon sp. z o.o. otrzymała w tym zakresie 10 pkt. Sytuacja obu Odwołującego i Fonon sp. z o.o. jest odmienna, co uzasadnia odmienne przyznawanie punktów. Odwołujący – w przeciwieństwie do Fonon – nie wskazał dwóch inwestycji dotyczących stosownych wyburzeń lub rozbiórek. W ofercie Fonon sp. z o.o. nadmiarowo wskazano w poz. 3 rozbiórkę bądź wyburzenie budynku wielorodzinnego lub obiektu przemysłowego. I również nadmiarowo w poz. 4 wskazano nadzór nad inwestycją bez rozbiórek - Zamawiający ustalił 4 letni okres doświadczenia na podstawie oświadczenia (odpowiednie zakreślenie Tak/Nie) a nie na podstawie poz. 4. Tymczasem zarzuty Odwołującego koncentrują się na poz. 4 doświadczenia, która nie była oceniana.

W zakresie odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2347/23 Zamawiający wskazał, iż Odwołujący Pilamis podnosi zarzuty i argumenty zbieżne z odwołaniem ECM dotyczące nieprawidłowej oceny w zakresie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu. Dlatego też argumentacja Zamawiającego przedstawiona w odpowiedzi na to ostatnie odwołanie pozostaje w pełni aktualna także w odniesieniu do odwołania Pilamis Odwołujący Pilamis dodatkowo podniósł (w pkt 9), że w formularzu była możliwość zaznaczenia, iż ekspert nie posiada certyfikatu/dyplomu/dokumentu i z tego wywodzi, że punktowanie wymagań z pkt I i pkt II były ze sobą niepowiązane. Nie sposób zgodzić się z tą oceną. Zamawiający umieścił takie pole w tym celu, aby wykluczyć ewentualne niejasności, jakie mogłyby powstać przy badaniu i ocenie ofert. Tego typu pola zostały użyte w wykazach wielokrotnie, np. w zakresie stanowiska Przedstawiciel Inżyniera kontraktu zastosowano następujące pola: „Doświadczenie nabyto w zakresie zarządzania projektami inwestycyjnymi TAK NIE**”, „Inwestycja dotyczyła infrastruktury transportowej TAK NIE**”. W obu przypadkach udzielenie odpowiedzi negatywnej skutkowało nieprzyznaniem punktów. W obu przypadkach Odwołujący nie miał wątpliwości i zaznaczył „TAK”.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność wszystkich przystąpień zgłoszonych do postępowania odwoławczego i dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców w następującym zakresie:

- INKO Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie po stronie odwołującego w sprawach o sygn. akt: KIO 2321/23, KIO 2324/23, KIO 2345/23; KIO 2347/23;
- Lafrentz Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu po stronie odwołującego w sprawach o sygn. akt: KIO 2321/23, KIO 2324/23, KIO 2345/23;
- SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre, Francja po stronie odwołującego w sprawach o sygn. akt: KIO 2321/23, KIO 2347/23;
- Pilamis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi po stronie odwołującego w sprawach o sygn. akt: KIO 2321/23, KIO 2324/23;
- ECM Group Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie po stronie odwołującego w sprawach o sygn. akt: KIO 2324/23, KIO 2347/23 oraz po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 2345/23;
- MGGP Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 2321/23 oraz po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO 2324/23, KIO 2347/23;
- Fonon Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO 2321/23, KIO 2324/23, KIO 2345/23; KIO 2347/23;
- ANTEA Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO 2321/23, KIO 2324/23, KIO 2345/23; KIO 2347/23;
- B-Act Spółka Akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy i Transprojekt Gdański Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO 2321/23, KIO 2324/23, KIO 2345/23; KIO 2347/23;
- ZBM Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w sprawach o sygn. akt: KIO 2321/23, KIO 2324/23, KIO 2345/23; KIO 2347/23;
- ZDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu w sprawach o sygn. akt: KIO 2321/23, KIO 2324/23, KIO 2345/23; KIO 2347/23.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba na podstawie art. 568 pkt 1 w zw. z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2321/23 w zakresie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez niezgodną z przyjętymi kryteriami ocenę oferty EKOCENTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (zarzut nr 1 lit. c). Zarzut ten został wycofany przez Odwołującego ECM w piśmie procesowym z dnia 23 sierpnia 2023 r.

Izba uznała, iż wszyscy Odwołujący, jako wykonawcy, którzy w drodze środków ochrony prawnej dążą do unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych i powtórzenia przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert, w tym przede wszystkim ponowienia czynności oceny ofert w ustalonych kryteriach oceny ofert i przyznania Odwołującym większej liczby punktów, obniżenia punktacji przyznanej konkurentom Odwołujących (odwołanie o sygn. akt KIO 2321/23 i KIO 2345/21), a także odrzucenia jednej z ofert (odwołanie o sygn. akt KIO 2345/23), wykazali, iż posiadają interes w uzyskaniu zamówienia (w zawarciu umowy ramowej) oraz mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności Specyfikację Warunków Zamówienia („SWZ-R”) wraz z załącznikami (w tym Załącznikiem nr 11A i 11B), oferty złożone przez wykonawców (w tym wykazy osób – Załącznik nr 11A i 11B), zawiadomienie o wyborze ofert wykonawców, z którymi zawarta zostanie umowa ramowa wraz z rankingiem ofert i uzasadnieniem oceny ofert w ustalonych kryteriach oceny ofert.

Ponadto w sprawie o sygn. akt KIO 2345/23 Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów załączonych od odwołania MGGP, tj. pism PKP PLK S.A. z 8.11.2021 r., 17.03.2022 r. i 1.09.2022 r. z dokumentów załączonych do pisma Przystępującego Fonon, tj. oświadczenia p. A. S.-P. z 17.08.2023 r. oraz karty stanowiska pracy na stanowisku Dyrektora – Pełnomocnika Zarządu ds. realizacji inwestycji aglomeracji warszawskiej w PKP PLK S.A., a także z dokumentów złożonych przez Odwołującego MGGP na rozprawie, tj. pism PKP PLK S.A. z 19.01.2022 r. 6.10.2020 r., 22.07.2021 r. oraz pism MGGP S.A. z 5.06.2021 r. i 26.08.2022 r., na okoliczności wskazane przez Odwołującego MGGP i Przystępującego Fonon, wynikające z treści dokumentów, w szczególności na okoliczność okresu pełnienia przez p. A. S.-P. funkcji Dyrektora Projektu na referencyjnej inwestycji wskazanej przez Fonon w poz. 1 Załącznika nr 11B.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest zawarcie Umowy Ramowej na świadczenie nadzoru oraz Usług Inżyniera Kontraktu złożonych z niżej wymienionych zadań:

Zadanie 1: Usługi w toku prac nad Projektem Budowlanym - obejmujące Usługi Inżyniera Kontraktu na etapie opracowywania Projektu Budowlanego z uzyskaniem wymaganych opinii i uzgodnień polegające m.in. na weryfikacji projektu z przepisami, warunkami technicznymi, wymaganiami Inwestora, kompletności opracowania, wraz z odbiorem i rozliczeniem tych prac,

Zadanie 2: Usługi w toku prac nad Projektem Wykonawczym - obejmuje Usługi Inżyniera Kontraktu na etapie opracowywania Projektu Wykonawczego z uzyskaniem wymaganych opinii i uzgodnień polegające m.in. na weryfikacji projektu z przepisami prawa, warunkami technicznymi, wymaganiami Inwestora, kompletności opracowania, wraz z odbiorem i rozliczeniem tych prac,

Zadanie 3: Usługi pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu w trakcie realizacji robót budowlanych, ich odbioru oraz przekazania do użytkowania wraz z Końcowym Rozliczeniem Kontraktu,

Zadanie 4: Usługi wsparcia poinwestycyjnego oraz usługi wsparcia w okresie rękojmi i gwarancji wraz z Ostatecznym Rozliczeniem Kontraktu po zakończeniu okresu rękojmi i gwarancji.

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału III ust. 9 Specyfikacji Warunków Zamówienia Zamawiający zawrze Umowę Ramową z maksymalnie 10 Wykonawcami, przy czym: 1) Zamawiający zaprosi do zawarcia Umowy Ramowej Wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu z Postępowania, spełniają warunki udziału w Postępowaniu oraz uzyskają najwyższą liczbę punktów w ramach kryteriów oceny ofert, z zastrzeżeniem pkt 2 poniżej; 2) jeżeli liczba Wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu z Postępowania oraz spełniają warunki udziału w Postępowaniu wyniesie 10 lub mniej, Zamawiający zaprosi do zawarcia Umowy Ramowej wszystkich Wykonawców, odstępując od badania kryteriów oceny

ofert, z zastrzeżeniem art. 258 ust. 4 ustawy Pzp; 3) jeżeli liczba Wykonawców, którzy uzyskają taką samą liczbę punktów w rankingu ofert na ostatnim miejscu będzie większa niż jeden, co nie pozwoli Zamawiającemu wyłonić [10] Wykonawców o największej liczbie punktów w kryteriach oceny ofert, wówczas Zamawiający zawrze Umowę Ramową ze wszystkimi Wykonawcami, którzy uzyskali tożsamą liczbę punktów, co Wykonawca uplasowany na [10] miejscu.

Zgodnie z Rozdziałem XIV SWZ-R oferta miała zawierać m.in. Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji Zamówienia, wymienionych w Rozdziale VI ust. 2 pkt 4 lit. B SWZ-R, na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu – zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 11A do SWZ-R (Rozdział XIV pkt 12 SWZ-R) oraz Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji Zamówienia na potrzeby kryteriów jakościowych oceny ofert wskazanych w Rozdziale XIX SWZ-R, zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 11B do SWZ-R. Wykaz osób składany wraz z Ofertą na potrzeby kryteriów oceny ofert stanowi element Oferty i nie podlega uzupełnieniu. Braki w wykazie będą skutkowały nieprzyznaniem punktów w danym kryterium (Rozdział XIV pkt 13 SWZ-R).

W Rozdziale XIX SWZ zawarto opis kryteriów wraz z podaniem ich wag i sposobu oceny ofert.

W ust. 1 wskazano, iż kryterium oceny ofert jakim Zamawiający będzie się kierował przy wyborze najkorzystniejszych ofert jest kryterium jakościowe o wadze 100% pn. „Personel”, tj. doświadczenie osób wchodzących w skład Personelu Ramowego. W ust. 2 Zamawiający wskazał, iż przyzna Wykonawcy punkty w ramach kryterium oceny ofert, jeżeli Wykonawca wykaże, że osoby przez niego wskazane na dane stanowisko w ramach kryterium oceny ofert spełniają warunki udziału w Postępowaniu określone dla tej funkcji w Rozdziale VI ust. 2 pkt 4 lit. B SWZ-R oraz spełniają punktowane wymagania określone przez Zamawiającego w Załączniku nr 11B do SWZ-R. Wykonawca zobowiązany jest zatem wskazać tę samą osobę na dane stanowisko w zakresie kryteriów oceny ofert, którą wskazał w ramach warunków udziału w Postępowaniu. Jeżeli Wykonawca w ramach kryterium jakościowego wskaże inną osobę niż wskazana w ramach spełniania warunków udziału w Postępowaniu, Wykonawca otrzyma za tę osobę 0 punktów w ramach kryterium oceny ofert.

W ust. 3 Zamawiający ustalił kryteria oceny ofert w Postępowaniu przypisując poniższym funkcjom następującą maksymalną liczbę punktów możliwą do zdobycia: 1) Przedstawiciel Inżyniera Kontraktu (PIK) - maksymalnie 12 pkt; 2) Inspektor nadzoru robót budowlanych (INRB) - maksymalnie 10 pkt; 3) Inspektor nadzoru robót drogowych (INRD) - maksymalnie 6 pkt; 4) Specjalista ds. nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska z uwzględnieniem kompensacji przyrodniczych (SNP) - maksymalnie 10 pkt; Eksperti Kluczowi: Maksymalnie 38 punktów. W ust. 5 wskazano, iż ocena nastąpi poprzez przyznanie punktów na zasadzie spełnia/nie spełnia.

Zgodnie z ust. 6 ocena ofert w kryterium zostanie dokonana na podstawie informacji, które Wykonawca przedstawi w Załączniku nr 11B do SWZ-R. Punkty w kryterium zostaną przyznane, jeżeli Wykonawca prawidłowo uzupełni wszystkie informacje, których podania Zamawiający wymaga w celu oceny kwalifikacji i doświadczenia. Zmiana osób wskazanych przez Wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu nie uprawnia Wykonawcy do naliczenia punktów w ramach kryterium oceny ofert. Zamawiający przyzna punkty, jeżeli z przedłożonych wraz z ofertą dokumentów w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości będzie wynikało oceniane doświadczenie i kwalifikacje. Zamawiający nie przywiduje uzupełniania lub poprawiania wykazu osób w ramach kryterium oceny ofert.

Zgodnie z ust. 8 za najkorzystniejsze zostaną uznane oferty Wykonawców, którzy spełniają wszystkie postawione w SWZ-R warunki oraz uzyskają największą łączną liczbę punktów przyznanych w ramach kryterium oceny ofert.

W Załączniku nr 11B do SWZ-R Wykaz osób – na potrzeby uzyskania punktów w kryterium oceny ofert „Personel” przedstawiona została tabela, w której w kolumnie „Kwalifikacje zawodowe i doświadczenie” zawarto opis wymagań oraz miejsce na podanie przez Wykonawców żądanych danych.

Lp	Ekspert Kluczowy	Imię i nazwisko oraz podstawa dysponowania	Kwalifikacje zawodowe i doświadczenie w zakresie kryterium oceny ofert „Personel”
----	------------------	--	---

1	Przedstawiciel Inżyniera Kontraktu	(wpisać imię i nazwisko)	<p>I. W okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert zdobył minimum 3 lata doświadczenia na stanowisku Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu lub Dyrektora bądź Zastępcy Dyrektora Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Kierownika Projektu bądź Project Managera (po stronie Zamawiającego lub Wykonawcy) lub równorzędnym, w zakresie zarządzania projektami inwestycyjnymi na minimum 2 inwestycjach dotyczących infrastruktury transportowej. Osoba pełniła ww. funkcję przez okres co najmniej 18 miesięcy na każdej z inwestycji:</p> <p>a) wartości robót budowlanych dla inwestycji dotyczącej infrastruktury kolejowej lub drogowej wynoszącej co najmniej 100 mln PLN brutto (2 pkt za jedną inwestycję)</p> <p>lub</p> <p>b) wartości robót budowlanych dla inwestycji dotyczącej infrastruktury kolejowej lub drogowej wynoszącej co najmniej 200 mln PLN brutto (5 pkt za jedną inwestycję).</p> <p>oraz</p> <p>II. Posiada minimum jeden z niżej wymienionych certyfikatów/dyplomów ukończenia studiów/dokumentów z zakresu metodyki zarządzania projektami:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Prince2 Practitioner lub • Prince2 Foundation lub • PMP lub • studia podyplomowe z zakresu zarządzania projektami lub • MBA lub • AMP (Advanced Management Program) <p>(Należy wskazać minimum jeden certyfikat/dyplom/dokument. Niezależnie od ilości wskazanych certyfikatów/dyplomów/dokumentów - Wykonawca otrzyma maksymalnie 2 pkt) Maksymalna możliwa ilość punktów do zdobycia to 12 pkt.</p> <p>W odniesieniu do wymagań (pkt I powyżej) należy wskazać dane w sposób pozwalający na identyfikację doświadczenia:</p> <p>1) Nazwa inwestycji:</p> <p>Odbiorca:</p> <p>Stanowisko:</p> <p>Okres sprawowania funkcji: od (dd/mm/r) do (dd/mm/r)</p> <p>Doświadczenie nabyto w zakresie zarządzania projektami inwestycyjnymi <input type="checkbox"/> TAK <input type="checkbox"/> NIE*</p> <p>Inwestycja dotyczyła infrastruktury transportowej <input type="checkbox"/> TAK <input type="checkbox"/> NIE*</p> <p>W a r t o ś ć r o b ó t b u d o w l a n y c h d l a i n w e s t y c y j i d o t y c z ą c e j i n f r a s t r u k t u r y k o l e j o w e j l u b d r o g o w e j :</p> <p>2) Nazwa inwestycji:</p> <p>Odbiorca:</p> <p>Stanowisko:</p> <p>Okres sprawowania funkcji: od (dd/mm/r) do (dd/mm/r)</p> <p>Doświadczenie nabyto w zakresie zarządzania projektami inwestycyjnymi <input type="checkbox"/> TAK <input type="checkbox"/> NIE*</p> <p>Inwestycja dotyczyła infrastruktury transportowej <input type="checkbox"/> TAK <input type="checkbox"/> NIE*</p> <p>W a r t o ś ć r o b ó t b u d o w l a n y c h d l a i n w e s t y c y j i d o t y c z ą c e j i n f r a s t r u k t u r y k o l e j o w e j l u b d r o g o w e j :</p> <p>* zaznaczyć właściwe</p> <p>3).....**</p> <p>**w przypadku wykazania więcej niż 2 inwestycje należy wskazać wymagane informacje jak powyżej</p> <p>W odniesieniu do wymagań (pkt II powyżej) należy wskazać dane w sposób pozwalający na identyfikację doświadczenia:</p> <p><input type="checkbox"/> Nie posiada ww. certyfikatu/dyplomu/dokumentu</p> <p><input type="checkbox"/> Posiada</p> <p>(wymienić certyfikat/dyplom/dokument z zakresu metodyki zarządzania projektami).</p>
Lp	Ekspert Kluczowy	Imię i nazwisko	Kwalifikacje zawodowe i doświadczenie w zakresie kryterium oceny ofert „Personel”
2	Inspektor nadzoru robót budowlanych	(wpisać imię i nazwisko)	<p>W okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert zdobył minimum 4 lata doświadczenia na stanowisku:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Inspektora Nadzoru lub • Kierownika Budowy <p><input type="checkbox"/> TAK <input type="checkbox"/> NIE*</p> <p>w specjalności konstrukcyjno - budowlanej, w zakresie minimum 2 inwestycji, w ramach których jednym z zadań było wyburzenie lub rozbiórka budynków:</p> <ul style="list-style-type: none"> > jednorodzinnych w ilości co najmniej 10 sztuk lub (2 pkt za każdą inwestycję) lub > co najmniej jednego budynku wielorodzinnego lub obiektu przemysłowego (5 pkt za każdą inwestycję) <p>Maksymalna możliwa ilość punktów do zdobycia to 10 pkt.</p> <p>W odniesieniu do wymagań należy wskazać dane w sposób pozwalający na identyfikację doświadczenia:</p> <p>1) Nazwa inwestycji:</p> <p>Odbiorca:</p> <p>Stanowisko:</p> <p>Okres realizacji inwestycji (dd/mm/r)</p> <p>W ramach inwestycji wyburzono lub rozebrano:</p> <ul style="list-style-type: none"> > budynki jednorodzinne w ilości co najmniej 10 sztuk <input type="checkbox"/> TAK <input type="checkbox"/> NIE* > co najmniej jeden budynek wielorodzinny lub obiekt przemysłowy <input type="checkbox"/> TAK <input type="checkbox"/> NIE* <p>2) Nazwa inwestycji:</p> <p>Odbiorca:</p> <p>Stanowisko:</p> <p>Okres realizacji inwestycji (dd/mm/r)</p> <p>W ramach inwestycji wyburzono lub rozebrano:</p> <ul style="list-style-type: none"> > budynki jednorodzinne w ilości co najmniej 10 sztuk <input type="checkbox"/> TAK <input type="checkbox"/> NIE* > co najmniej jeden budynek wielorodzinny lub obiekt przemysłowy <input type="checkbox"/> TAK <input type="checkbox"/> NIE* <p>* zaznaczyć właściwe</p>
Lp	Ekspert Kluczowy	Imię i nazwisko	Kwalifikacje zawodowe i doświadczenie w zakresie kryterium oceny ofert „Personel”

3	Inspektor nadzoru robót drogowych	(wpisać imię i nazwisko)	<p>W okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert zdobył minimum 4 lata doświadczenia na stanowisku:</p> <ul style="list-style-type: none"> •Inspektora Nadzoru lub •Kierownika Budowy <p>w specjalności inżynierskiej drogowej, w zakresie minimum 2 inwestycji drogowych realizowanych na czynnych odcinkach dróg. Osoba pełniła ww. funkcję przez okres co najmniej 12 miesięcy na każdej inwestycji (3 pkt za każdą inwestycję)</p> <p>Maksymalna możliwa ilość punktów do zdobycia to 6 pkt.</p> <p>W odniesieniu do wymagań należy wskazać dane w sposób pozwalający na identyfikację doświadczenia:</p> <p>1)Nazwa inwestycji:</p> <p>Odbiorca:</p> <p>Stanowisko:</p> <p>Okres sprawowania funkcji: od (dd/mm/r) do (dd/mm/r)</p> <p>Doświadczenie nabyto w specjalności inżynierskiej drogowej <input type="checkbox"/> TAK <input type="checkbox"/> NIE*</p> <p>Doświadczenie nabyto na inwestycji drogowej realizowanej na czynnych odcinkach dróg <input type="checkbox"/> TAK <input type="checkbox"/> NIE*</p> <p>2)Nazwa inwestycji:</p> <p>Odbiorca:</p> <p>Stanowisko:</p> <p>Okres sprawowania funkcji: od (dd/mm/r) do (dd/mm/r)</p> <p>Doświadczenie nabyto w specjalności inżynierskiej drogowej <input type="checkbox"/> TAK <input type="checkbox"/> NIE*</p> <p>Doświadczenie nabyto na inwestycji drogowej realizowanej na czynnych odcinkach dróg <input type="checkbox"/> TAK <input type="checkbox"/> NIE*</p> <p>* zaznaczyć właściwe</p> <p>3).....**</p> <p>**w przypadku wykazania więcej niż 2 inwestycje należy wskazać wymagane informacje jak powyżej</p>
Lp	Ekspert Kluczowy	Imię i nazwisko	<p>Kwalifikacje zawodowe i doświadczenie w zakresie kryterium oceny ofert „Personel”</p>
4	Specjalista ds. nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska z uwzględnieniem kompensacji przyrodniczych	(wpisać imię i nazwisko)	<p>W okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert zdobył minimum 4 lata doświadczenia na stanowisku specjalista ds. nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska</p> <p><input type="checkbox"/> TAK <input type="checkbox"/> NIE*</p> <p>w zakresie minimum 2 inwestycji, dla których wydano Decyzję środowiskową i w zakresie prowadzonych działań było:</p> <ul style="list-style-type: none"> ➢przeniesienie siedlisk roślinnych i zwierzęcych oraz wycinka drzew (2 pkt za każdą inwestycję) lub ➢przebudowa cieklu wodnego (5 pkt za każdą inwestycję) <p>Maksymalna możliwa ilość punktów do zdobycia to 10 pkt.</p> <p>W odniesieniu do wymagań należy wskazać dane w sposób pozwalający na identyfikację doświadczenia:</p> <p>1)Nazwa inwestycji:</p> <p>Odbiorca:</p> <p>Okres realizacji inwestycji (dd/mm/r)</p> <p>Dla inwestycji wydano Decyzję środowiskową <input type="checkbox"/> TAK <input type="checkbox"/> NIE*</p> <p>W ramach prowadzonych działań w zakresie inwestycji:</p> <ul style="list-style-type: none"> ➢przeniesiono siedliska roślinne i zwierzęce oraz wykonano wycinkę drzew <input type="checkbox"/> TAK <input type="checkbox"/> NIE* ➢wykonano przebudowę cieklu wodnego <input type="checkbox"/> TAK <input type="checkbox"/> NIE* <p>2)Nazwa inwestycji:</p> <p>Odbiorca:</p> <p>Okres realizacji inwestycji (dd/mm/r)</p> <p>Dla inwestycji wydano Decyzję środowiskową <input type="checkbox"/> TAK <input type="checkbox"/> NIE*</p> <p>W ramach prowadzonych działań w zakresie inwestycji:</p> <ul style="list-style-type: none"> ➢przeniesiono siedliska roślinne i zwierzęce oraz wykonano wycinkę drzew <input type="checkbox"/> TAK <input type="checkbox"/> NIE* ➢wykonano przebudowę cieklu wodnego <input type="checkbox"/> TAK <input type="checkbox"/> NIE* <p>* zaznaczyć właściwe</p>

W postępowaniu oferty złożyło 23 wykonawców, w tym wszyscy Odwołujący i Przystępujący.

Izba ustaliła, iż część wykonawców, w tym Odwołujący ECM, Odwołujący Safege, Odwołujący Pilamis, Przystępujący INKO oraz Przystępujący Lafrentz w Załączniku nr 11B do SWZ-R, wypełniając dane w poz. 1 dotyczącej Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu podali informacje dotyczące inwestycji, na których pełniono wymaganą w opisie kryterium funkcję oraz zaznaczyli pole „ Nie posiada ww. certyfikatu/dyplomu/dokumentu”.

Ponadto Izba ustaliła, iż Przystępujący ZDI w Załączniku nr 11B do SWZ-R, wypełniając dane w poz. 4 dotyczącej Specjalisty ds. nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska z uwzględnieniem kompensacji przyrodniczych wskazał pana Sz. C. i przedstawił następujące informacje:

„W okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert zdobył minimum 4 lata doświadczenia na stanowisku specjalista ds. nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska

TAK NIE*

w zakresie minimum 2 inwestycji, dla których wydano Decyzję środowiskową i w zakresie prowadzonych działań było:

- przeniesienie siedlisk roślinnych i zwierzęcych oraz wycinka drzew (2 pkt za każdą inwestycję) lub
- przebudowa cieklu wodnego (5 pkt za każdą inwestycję)

Maksymalna możliwa ilość punktów do zdobycia to 10 pkt.

W odniesieniu do wymagań należy wskazać dane w sposób pozwalający na identyfikację doświadczenia:

1)Nazwa inwestycji: *Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S17 Garwolin – Kurów na odcinku granica województwa mazowieckiego i lubelskiego – węzeł „Sielce” obecnie „Kurów Zachód” (bez węzła) część nr 3: odcinek dojazd do przeprawy mostowej na rz. Wiśle w m. Puławy.*

Odbiorca: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Lublinie.

Okres realizacji inwestycji 01.02.2015r – 19.12.2018 (dd/mm/rr)

Dla inwestycji wydano Decyzję środowiskową TAK NIE*

W ramach prowadzonych działań w zakresie inwestycji:

- przeniesiono siedliska roślinne i zwierzęce oraz wykonano wycinkę drzew TAK NIE*
- wykonano przebudowę cieku wodnego TAK NIE*

2) Nazwa inwestycji: *Kontynuacja projektowania i budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Radom (Jedlińsk) – Jędrzejów, pododcinek: obwodnica Radomia w ciągu drogi krajowej nr 7 na parametrach trasy ekspresowej.*

Odbiorca: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Lublinie.

Okres realizacji inwestycji 01.03.2015r. – 31.07.2020r. (dd/mm/rr)

Dla inwestycji wydano Decyzję środowiskową TAK NIE*

W ramach prowadzonych działań w zakresie inwestycji:

- przeniesiono siedliska roślinne i zwierzęce oraz wykonano wycinkę drzew TAK NIE*
- wykonano przebudowę cieku wodnego TAK NIE*

* zaznaczyć właściwie"

Odwolujący MGGP w Załączniku nr 11B do SWZ-R, wypełniając dane w poz. 2 dotyczącej Inspektu nadzoru robót budowlanych wskazał pana W. R. i przedstawił następujące informacje:

„W okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert zdobył minimum 4 lata doświadczenia na stanowisku:

- Inspektora Nadzoru lub
- Kierownika Budowy

TAK NIE*

w specjalności konstrukcyjno - budowlanej, w zakresie minimum 2 inwestycji, w ramach których jednym z zadań było wyburzenie lub

rozbiórka budynków:

- jednorodzinnych w ilości co najmniej 10 sztuk lub (2 pkt za każdą inwestycję) lub
- co najmniej jednego budynku wielorodzinnego lub obiektu przemysłowego (5 pkt za każdą inwestycję)

Maksymalna możliwa ilość punktów do zdobycia to 10 pkt.

W odniesieniu do wymagań należy wskazać dane w sposób pozwalający na identyfikację doświadczenia:

1) Nazwa inwestycji: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Kontynuacja projektowania i budowy drogi ekspresowej S-5 na odcinku od węzła Białe Błota (bez węzła) do węzła Szubin (bez węzła) o długości około 9,7 km"

Odbiorca: GDDKiA

Stanowisko: Inspektor nadzoru specjalności inżynierskiej konstrukcyjno-budowlanej

Okres realizacji inwestycji od 06.2019 (dd/mm/rr) do chwili obecnej (dd/mm/rr)

W ramach inwestycji wyburzono lub rozebrano:

- budynki jednorodzinne w ilości co najmniej 10 sztuk TAK NIE*
- co najmniej jeden budynek wielorodzinny lub obiekt przemysłowy TAK NIE*

2) Nazwa inwestycji: Rozbudowa i przebudowa fabryki Shapers w Bydgoszczy

Odbiorca: Shapers Polska

Stanowisko: Inspektor nadzoru inwestorskiego

Okres realizacji inwestycji 03.2018 – 10.2019 (dd/mm/rr)

W ramach inwestycji wyburzono lub rozebrano:

- budynki jednorodzinne w ilości co najmniej 10 sztuk TAK NIE*
 - co najmniej jeden budynek wielorodzinny lub obiekt przemysłowy TAK NIE*
- * zaznaczyć właściwie"

Przystępujący FONON w Załączniku nr 11B do SWZ-R, wypełniając dane w poz. 1 dotyczącej Przedstawiciela Inżyniera kontraktu wskazał panią A. S.-P. i przedstawił m.in. informację, iż ww. osoba pełniła funkcję Dyrektora Projektu na inwestycji o nazwie: Wykonanie prac budowlanych związanych z przebudową stacji Warszawa Zachodnia w ramach projektu POIiŚ 5.1-13 pn.: "Prace na linii średnicowej w Warszawie na odcinku Warszawa Wschodnia - Warszawa Zachodnia" oraz projektu POIiŚ 6.1-22 pn.: "Budowa trasy tramwajowej do Wilanowa wraz z zakupem taboru oraz infrastrukturą towarzyszącą. Jako odbiorca wskazana została spółka PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., zaś jako okres sprawowania funkcji wskazano: „od 07.07.2020 do 31.08.2022”.

Ponadto Przystępujący FONON w Załączniku nr 11B do SWZ-R, wypełniając dane w poz. 2 dotyczącej Inspektu nadzoru robót budowlanych wskazał pana Arkadiusza Piłata i przedstawił następujące informacje:

„W okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert zdobył minimum 4 lata doświadczenia na stanowisku:

- Inspektora Nadzoru lub
- Kierownika Budowy

TAK NIE*

w specjalności konstrukcyjno - budowlanej, w zakresie minimum 2 inwestycji, w ramach których jednym z zadań było wyburzenie lub rozbiórka budynków:

- jednorodzinnych w ilości co najmniej 10 sztuk lub (2 pkt za każdą inwestycję) lub
- co najmniej jednego budynku wielorodzinnego lub obiektu przemysłowego (5 pkt za każdą inwestycję)

Maksymalna możliwa ilość punktów do zdobycia to 10 pkt.

W odniesieniu do wymagań należy wskazać dane w sposób pozwalający na identyfikację doświadczenia:

1) Nazwa inwestycji: Rozbiórka obiektów przemysłowych i biurowych przy ul. Powązkowskiej 11B w Warszawie

Odbiorca: ASBUD

Stanowisko: kierownik budowy (rozbiórki)

Okres realizacji inwestycji 02.06.2014 do 30.11.2014r

W ramach inwestycji wyburzono lub rozebrano:

- budynki jednorodzinne w ilości co najmniej 10 sztuk TAK NIE*
- co najmniej jeden budynek wielorodzinny lub obiekt przemysłowy TAK NIE*

2) Nazwa inwestycji: Rozbiórka obiektów przemysłowych i magazynowych ul. Grzybowska 86 w Warszawie

Odbiorca: ASBUD

Stanowisko: kierownik budowy (rozbiórki)

Okres realizacji inwestycji 01.07.2015 do 30.10.2015r

W ramach inwestycji wyburzono lub rozebrano:

- budynki jednorodzinne w ilości co najmniej 10 sztuk TAK NIE*
- co najmniej jeden budynek wielorodzinny lub obiekt przemysłowy TAK NIE*

3) Nazwa inwestycji: Budowa stacji metra Szwedzka (c16) z rozbiórką budynku mieszkalnego i obiektów garażowych

Odbiorca: Miasto Stołeczne Warszawa

Stanowisko: Inspektor nadzoru

Okres realizacji inwestycji 01.04.2016 – 31.05.2019r

W ramach inwestycji wyburzono lub rozebrano:

- budynki jednorodzinne w ilości co najmniej 10 sztuk TAK NIE*
- co najmniej jeden budynek wielorodzinny lub obiekt przemysłowy TAK NIE*

4) Nazwa inwestycji: „Budowa II linii metra wraz z zakupem taboru – etap III” Metro stacja Zacisze (C 19), wentylatornia V19 i komora demontażowa KD18

Odbiorca: Miasto Stołeczne Warszawa

Stanowisko: inspektor nadzoru

Okres sprawowania funkcji: od 01.04.2019 do 31.08.2022r

W ramach inwestycji wyburzono lub rozebrano:

- budynki jednorodzinne w ilości co najmniej 10 sztuk TAK NIE*
- co najmniej jeden budynek wielorodzinny lub obiekt przemysłowy TAK NIE*

* zaznaczyć właściwe”

Zamawiający w dniu 27 lipca 2023 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszych wskazując listę wybranych wykonawców oraz ranking ofert. Jako wybrani wykonawcy wskazani zostali: ZDI Sp. z o.o. (38 pkt), Ayesa Polska Sp. z o.o. (38 pkt), Konsorcjum B-Act S.A. i Transprojekt Gdański Sp. z o.o. (38 pkt), Konsorcjum BBF Sp. z o.o. i IDOM Inżyniera, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. (38 pkt), Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. (38 pkt), ZBM S.A. (37 pkt), EKOCENTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. (37 pkt), TPF Sp. z o.o. (35 pkt), ANTEA Polska S.A. (32 pkt), Fonon Sp. z o.o. (32 pkt).

Wykonawca MGGP S.A. uzyskał za Ekspertów kluczowych 28 pkt (poz. 11 w rankingu), wykonawca BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. 28 pkt (poz. 11 w rankingu) wykonawcy Lafrentz Polska Sp. z o.o., Safege S.A.S., Pilamis Sp. z o.o. Sp. k., INKO Consulting Sp. z o.o., ECM Group Polska S.A. po 26 pkt (poz. 13 w rankingu), dalsze miejsca zajęli wykonawcy Via Regia Sp. z o.o. (poz. 19), PM Services Polan Sp. z o.o. i Konsorcjum Bico Group Sp. z o.o., TNM Limited (poz. 20). Oferty wykonawców Egis Poland Sp. z o.o. i SGS Polska Sp. z o.o. zostały odrzucone.

W przedstawionym przez Zamawiającego uzasadnieniu oceny ofert wskazano m.in.:

- w odniesieniu do oferty wykonawcy ZDI w zakresie Specjalisty ds. Nadzoru Przyrodniczego wskazano „brak uwag” i przyznano wykonawcy 10 pkt;
- w odniesieniu do oferty wykonawcy Fonon w zakresie Przedstawiciela inżyniera Kontraktu wskazano „brak uwag” i przyznano wykonawcy 12 pkt, w zakresie Inspektora Nadzoru Robót Budowlanych wskazano „brak uwag” i przyznano wykonawcy 10 pkt,
- w odniesieniu do oferty wykonawcy MGGP w zakresie Inspektora Nadzoru Robót Budowlanych przyznano wykonawcy 0 pkt i wskazano:

„Wykonawca nie otrzymał punktów z poniższych powodów:

Wykonawca wykazał 2 inwestycje:

1. Inwestycja: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Kontynuacja projektowania i budowy drogi ekspresowej S-5 na odcinku od węzła Białe Błota (bez węzła) do węzła Szubin (bez węzła) o długości około 9,7 km”
Wykonawca zaznaczył, że w ramach inwestycji nie wyburzono lub nie rozebrano
 - a) budynków jednorodzinnych w ilości co najmniej 10 sztuk;
 - b) co najmniej jednego budynku wielorodzinnego lub obiektu przemysłowego.
2. Inwestycja: Rozbudowa i przebudowa fabryki Shapers w Bydgoszczy
Wykonawca zaznaczył, że w ramach inwestycji
 - a) nie wyburzono lub nie rozebrano budynków jednorodzinnych w ilości co najmniej 10 sztuk;
 - b) wyburzono lub rozebrano co najmniej jeden budynek wielorodzinny lub obiektu przemysłowego.

Podsumowanie:

Zamawiający nie brał pod uwagę inwestycji nr 1, gdyż zgodnie z informacją w jej ramach nie wyburzono lub nie rozebrano.

- a) budynków jednorodzinnych w ilości co najmniej 10 sztuk ani
- b) co najmniej jednego budynku wielorodzinnego lub obiektu przemysłowego

w konsekwencji Wykonawca nie wykazał minimum 2 inwestycji w ramach których jednym z zadań było wyburzenie lub rozbiórka odpowiednich budynków w związku z czym za doświadczenie w zakresie inspektora nadzoru robót drogowych Wykonawca otrzymał 0 pkt”

- w odniesieniu do ofert wykonawców Lafrentz, Safege, Pilamis, INKO Consulting, ECM w zakresie Przedstawiciela inżyniera Kontraktu ofertom przyznano 0 pkt i wskazano:

„Wykonawca nie otrzymał punktów z poniższych powodów:

Wykonawca nie podał, czy wskazana osoba posiada minimum jeden z wymienionych w wykazie certyfikatów/dyplomów ukończenia studiów/dokumentów z zakresu metodyki zarządzania projektami.

Podsumowanie:

Zamawiający nie oceniał wykazanych inwestycji, gdyż warunkiem koniecznym uzyskania punktów w tym kryterium oprócz wykazania żądanych inwestycji było wykazanie posiadania minimum jednego z wymienionych certyfikatów/dyplomów ukończenia studiów/ dokumentów

- z uwagi na powyższe za doświadczenie w zakresie przedstawiciela inżyniera kontraktu Wykonawca otrzymał 0 pkt.”

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2321/23 zasługuje na częściowe uwzględnienie, zaś pozostałe odwołania podlegały oddaleniu w całości.

Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez niezgodną z przyjętymi kryteriami ocenę oferty Przystępującego ZDI polegającą na bezpodstawnym przyznaniu temu wykonawcy 10 pkt w kryterium Personel odnoszącym się do Specjalisty ds. nadzoru przyrodniczego w sytuacji, gdy wykonawca nie wykazał doświadczenia zgodnie z opisem kryterium.

Na wstępie Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Ust. 2 tego przepisu stanowi, iż najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Dodatkowo należy wskazać, iż zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

W orzecznictwie Izby oraz Sądu Zamówień Publicznych jednolicie prezentowany jest pogląd, iż ustalona w postępowaniu treść dokumentów zamówienia jest wiążąca dla wszystkich uczestników postępowania przetargowego, a literalne i ścisłe jej egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający, na etapie oceny ofert, nie jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji warunków zamówienia czy nadawania jego postanowieniom innego znaczenia niż wynikające z ich oczywistego brzmienia. Postanowienia specyfikacji są dla Zamawiającego wiążące i wyłącznie na ich podstawie może on oceniać treść złożonych ofert. Odstąpienie od literalnej treści wymagania na etapie oceny ofert stanowiłoby naruszenie przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 ustawy Pzp wyrażającego zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu (por. m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy 15 kwietnia 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 22/21).

W orzecznictwie Izby i sądów jednolicie wskazuje się ponadto, iż postanowienia SWZ należy interpretować przede wszystkim według wykładni literalnej jako najistotniejszej i decydującej. Zgodnie z przyjętą w judykaturze i doktrynie zasadą pierwszeństwa wykładni językowej w procesie wykładni prawa, należy w pierwszej kolejności zastosować dyrektywy wykładni językowej, a dopiero w przypadku dalszych wątpliwości lub w celu wzmocnienia wyniku wykładni językowej sięgać kolejno po wykładnię systemową lub funkcjonalną (por. m.in. wyrok KIO z dnia 26 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 28/21).

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy Izba stwierdziła, iż Zamawiający dokonując oceny oferty wykonawcy ZDI w kryterium „Personel” w zakresie Eksperta Kluczowego nr 4 - Specjalisty ds. nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska z uwzględnieniem kompensacji przyrodniczych (dalej jako „Specjalista ds. nadzoru przyrodniczego”) nie zastosował się do literalnego brzmienia postanowień SWZ-R oraz opisu ww. kryterium i przyznał Przystępującemu ZDI komplet punktów, podczas gdy kierując się ustalonymi w SWZ-R zasadami nie powinien był punktów tych przyznać.

Okolicznością bezsporną między Stronami było to, że Przystępujący ZDI w Załączniku nr 11B nie zaznaczył odpowiedniego pola znajdującego się we wstępnej części tabeli w poz. 4 („W okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert zdobył minimum 4 lata doświadczenia na stanowisku specjalista ds. nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska TAK NIE”). Odwołujący ECM z okoliczności tej wywiódł wniosek, iż Przystępujący ZDI nie złożył deklaracji, że wskazana osoba posiada wyżej opisane doświadczenie, wobec czego nie powinien otrzymać punktów w tym kryterium. Odwołujący ECM wskazał także, iż wymagane okresu doświadczenia nie można wywieść z pozostałej treści Załącznika nr 11B do SWZ-R, nie można też posłużyć się w tym celu Załącznikiem nr 11A do SWZ-R.

Izba uznała stanowisko Odwołującego ECM za zasadne.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, iż w Rozdziale XIX ust. 6 SWZ-R jednoznacznie wskazano, iż punkty w kryterium zostaną przyznane, jeżeli Wykonawca prawidłowo uzupełni wszystkie informacje, których podania Zamawiający wymaga w celu oceny kwalifikacji i doświadczenia. Ponadto Zamawiający jasno wskazał, iż ocena ofert w kryterium zostanie dokonana na podstawie informacji, które Wykonawca przedstawi w Załączniku nr 11B do SWZ-R. Prawidłowe uzupełnienie wszystkich wymaganych w Załączniku nr 11B do SWZ-R informacji było zatem warunkiem przyznania punktów. Dalej, w tym samym ustępie, Zamawiający wskazał, iż przyzna punkty, jeżeli z przedłożonych wraz z ofertą dokumentów w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości będzie wynikało oceniane doświadczenie i kwalifikacje. Zamawiający tym samym po raz kolejny podkreślił, że oceniane doświadczenie i kwalifikacje mają jednoznacznie wynikać z przedstawionych wraz z ofertą dokumentów (czyli z Załącznika nr 11B do SWZ-R). Również w Rozdziale XIV pkt 13 SWZ-R Zamawiający wskazał, iż wykaz osób składany wraz z ofertą na potrzeby kryteriów oceny ofert stanowi element oferty i nie podlega uzupełnieniu, a braki w wykazie będą skutkowały nieprzyznaniem punktów w danym kryterium.

W części wstępnej opisu kryterium w poz. 4 Załącznika nr 11B Zamawiający oczekiwał od wykonawców deklaracji w zakresie posiadania przez eksperta wymaganego okresu doświadczenia na stanowisku specjalista ds. nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska, a deklarację tę należało złożyć poprzez zaznaczenie pola „TAK”. Zamawiający określił tym samym w dokumentach zamówienia wymagany zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia wykonawcy, który miał być podstawą dla oceny oferty w przedmiotowym kryterium. Przystępujący ZDI nie zaznaczył właściwej rubryki, a tym samym nie złożył wymaganej deklaracji, ergo nie uzupełnił prawidłowo wszystkich wymaganych informacji, co było warunkiem przyznania punktów w świetle Rozdziału XIX SWZ-R. Zamawiający przyznając Przystępującemu ZDI punkty za doświadczenie SNP odstąpił od ustalonych w SWZ-R reguł oceny.

Podkreślić ponadto należy, że w Rozdziale XIX ust. 6 SWZ-R Zamawiający jasno wskazał, iż ocena ofert w kryterium zostanie dokonana na podstawie informacji, które Wykonawca przedstawi w Załączniku nr 11B do SWZ-R. Tym samym nie jest zasadne powoływanie się przez Zamawiającego i Przystępującego ZDI na możliwość ustalenia okresu doświadczenia posiadanego przez eksperta – Specjalistę ds. nadzoru przyrodniczego na podstawie Załącznika nr 11A do SWZ-R, który służył ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Powyższe stanowiłoby kolejne odstąpienie od ustalonych w dokumentach zamówienia zasad przyznawania punktów, które Zamawiający miał obowiązek respektować.

Nie można uznać także za prawidłowe działania Zamawiającego, który zweryfikował i uznał doświadczenie Przystępującego ZDI w oparciu o wskazane w poz. 4 Załącznika nr 11B okresy realizacji dwóch opisanych tam inwestycji. Po pierwsze konstrukcja opisu kryterium przyjęta przez Zamawiającego pozwala stwierdzić, że Zamawiający miał

weryfikować kwestię posiadania czteroletniego doświadczenia na stanowisku Specjalisty ds. nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska wyłącznie w oparciu o deklarację składaną poprzez zaznaczenie odpowiedniego pola „ TAK NIE”. Dalsze dane, jakie należało podać w poz. 4 Załącznika nr 11B odnosiły się *stricto* do inwestycji, którymi należało się wykazać, w tym do tych ich elementów, które podlegały punktowaniu, a nie do okresu doświadczenia eksperta na danym stanowisku. Podanie informacji o nazwie inwestycji, jej odbiorcy oraz okresie jej realizacji służyło możliwości identyfikacji inwestycji, dla których wydano decyzję środowiskową i w ramach których przeniesiono siedliska roślinne i zwierzęce oraz wykonano wycinkę drzew (parametr punktowany), wykonano przebudowę cieku wodnego (parametr punktowany). Jak słusznie podnosił Odwołujący ECM, okresu realizacji inwestycji nie można utożsamiać z okresem doświadczenia na określonym stanowisku. Wśród danych dotyczących inwestycji, jakie należało wypełnić nie było danych odnoszących się do okresu doświadczenia na stanowisku Specjalisty ds. nadzoru przyrodniczego czy do okresu pełnienia funkcji na danej inwestycji. Należy w tym miejscu dodać, że tam, gdzie Zamawiający wymagał doświadczenia na określonym stanowisku na referencyjnej inwestycji, tam wprost to wskazywał (*vide* poz. 1 i 3 Załącznika nr 11B), a w opisie danych, jakie należało podać dla każdej z inwestycji znajdowało się wtedy miejsce do uzupełnienia „Okres sprawowania funkcji od-do”.

Tym samym opis kryterium ustalony przez Zamawiającego pozwala wywieść wniosek przeciwny do prezentowanego przez Przystępującego ZDI w piśmie procesowym, tj., że okres doświadczenia eksperta na stanowisku Specjalisty ds. nadzoru przyrodniczego był weryfikowany jedynie w oparciu o zawartą na wstępie deklarację („ TAK NIE”), której to deklaracji Przystępujący ZDI nie złożył (nie wypełniono żadnego pola). Pozostałe dane zawarte w poz. 4 Załącznika nr 11B nie odnosiły się do okresu doświadczenia na ww. stanowisku. Zamawiający nie miał wobec tego możliwości pozytywnej weryfikacji doświadczenia wskazanego eksperta i nie był uprawniony do przyznania Przystępującemu ZDI punktów. Nie byłoby zasadne także wzywanie Przystępującego ZDI do wyjaśnień w tym zakresie (jak wskazywał ZDI w piśmie procesowym), jako że wyjaśnienia takie prowadziłyby w istocie do uzupełnienia dokumentu, który takiemu uzupełnieniu podlegać nie mógł, o deklarację dotyczącą posiadanego przez eksperta okresu doświadczenia. Zamawiający w SWZ-R wprost wskazał, iż wykaz osób składany wraz z ofertą na potrzeby kryteriów oceny ofert stanowi element oferty i nie podlega uzupełnieniu, a braki w wykazie skutkują nieprzyznaniem punktów w danym kryterium. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż błędnie Przystępujący wskazał na powinność wezwania go do wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp - gdyby znać zasadność takiego wezwania właściwym trybem byłby art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ponadto zwraca uwagę, iż działanie Zamawiającego cechowała daleko idąca niekonsekwencja, co jest widoczne, jeśli zestawimy dokonaną przez Zamawiającego ocenę oferty Przystępującego ZDI w zakresie Specjalisty ds. nadzoru przyrodniczego (poz. 4 Załącznika nr 11B) z oceną oferty Przystępującego Fonon w zakresie Inspektora nadzoru robót budowlanych (poz. 2 Załącznika nr 11B). Opisy obu tych kryteriów zostały skonstruowane w ten sam sposób - na wstępie, po zdaniu odnoszącym się do okresu doświadczenia na określonym stanowisku, należało złożyć deklarację „ TAK NIE”, następnie zaś przedstawiony był opis inwestycji o określonych cechach/elementach, którymi należało się wykazać, aby otrzymać punkty i po tym opisie należało uzupełnić dane odnoszące się do tych inwestycji (dane identyfikujące inwestycje, w tym okres realizacji inwestycji, a także informacje o elementach punktowanych w kryterium). Ocena ofert dokonana przez Zamawiającego była jednak różna, co potwierdza wprost treść odpowiedzi na odwołanie, w której Zamawiający:

–w odniesieniu do oferty Przystępującego ZDI (sygn. akt KIO 2321/23) wskazał: *Potwierdzeniem okresu doświadczenia dla Zamawiającego były okresy realizacji inwestycji wskazane w załączniku 11B*”;

–w odniesieniu do oferty Przystępującego Fonon (sygn. akt KIO 2345/23) wskazał: *„W ofercie Fonon sp. z o.o. nadmiarowo wskazano w poz. 3 rozbiórkę bądź wyburzenie budynku wielorodzinnego lub obiektu przemysłowego. I również nadmiarowo w poz. 4 wskazano nadzór nad inwestycją bez rozbiórek - Zamawiający ustalił 4 letni okres doświadczenia na podstawie oświadczenia (odpowiednie zakreślenie TAK/NIE)”*;

–w odniesieniu do argumentacji odwołującego MGGP dotyczącej rozumienia opisu kryterium dla Inspektora nadzoru robót budowlanych (sygn. akt KIO 2345/23) wskazał: *„Nie sposób się zgodzić z argumentem (pkt 10), że wymóg minimum dwóch inwestycji odnosił się do czteroletniego doświadczenia. Wymóg czteroletniego doświadczenia był bowiem potwierdzany wyżej przez zaznaczenie kwadratów TAK/NIE.”*

Zamawiający ofertę ZDI ocenił w oparciu o podane okresy realizacji inwestycji, mimo iż wykonawca nie zakreślił odpowiedzi Tak/Nie, czyli nie złożył deklaracji co do posiadanego przez eksperta okresu doświadczenia, podczas gdy zgodnie z literalnym brzmieniem Załącznika nr 11B – do którego stosował się Zamawiający w odniesieniu do ofert innych wykonawców, w tym Fonon – ocena następowała wyłącznie na podstawie tej właśnie deklaracji. Powyższe Zamawiający potwierdził podczas rozprawy wskazując, iż *„nie zliczał doświadczenia w oparciu o wskazane okres realizacji inwestycji, lecz opierał się na deklaracji zawartej na wstępie”* i *„na podstawie zaznaczenia pola „tak” ocenił, czy dana osoba posiada 4 lata doświadczenia, a dopiero następnie punktował odpowiednio inwestycje.”*

W orzecznictwie szeroko podkreśla się, iż w przypadku weryfikacji ofert zamawiający jest zobligowany zapewnić wykonawcom takie same szanse. Jak wskazano m.in. w wyroku KIO z 7 lipca 2022 r., sygn. akt KIO 1582/22, zasada równego traktowania wykonawców wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmiennie nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza więc jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania ulg i przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający oceniając ofertę Przystępującego ZDI w odmienny sposób niż Przystępującego Fonon, doprowadził do uprzywilejowania sytuacji Przystępującego ZDI względem innych wykonawców, podczas gdy Przystępujący ZDI nie złożył oświadczenia wymaganego w celu potwierdzenia posiadanego przez eksperta okresu doświadczenia, a zatem nie uzupełnił prawidłowo wszystkich informacji, których podanie Zamawiający wymagał w celu oceny kwalifikacji i doświadczenia w świetle postanowień SWZ-R i Załącznika nr 11B.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, iż Zamawiający naruszył wskazane przez Odwołującego ECM przepisy ustawy Pzp. Naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, gdyby bowiem Zamawiający nie przyznał Przystępującemu ZDI maksymalnej liczby punktów za Eksperta kluczowego – Specjalistę ds. nadzoru przyrodniczego to ranking ofert zmieniłby się - wykonawca ZDI otrzymałby 28 pkt, a w związku z tym rozszerzyłby się krąg wykonawców, z którymi zawarta zostanie umowa ramowa o dwa podmioty, które również uzyskały 28 pkt. Zgodnie bowiem z Rozdziałem III ust. 9 pkt 3) SWZ-Reżeli liczba Wykonawców, którzy uzyskają taką samą liczbę

punktów w rankingu ofert na ostatnim miejscu będzie większa niż jeden, co nie pozwoli Zamawiającemu wyłonić [10] Wykonawców o największej liczbie punktów w kryteriach oceny ofert, wówczas Zamawiający zawrze Umowę Ramową ze wszystkimi Wykonawcami, którzy uzyskali tożsąmą liczbę punktów, co Wykonawca uplasowany na [10] miejscu.

Wobec powyższego Izba uwzględniła odwołanie ECM w części i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru ofert najkorzystniejszych z dnia 27 lipca 2023 r., powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym przyznanie ofercie wykonawcy ZDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu w kryterium oceny ofert „Personel” w odniesieniu do Eksperta Kluczowego nr 4 - Specjalisty ds. nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska z uwzględnieniem kompensacji przyrodniczych zero punktów.

W pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie.

Izba za bezzasadny uznała zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez niezgodną z przyjętymi kryteriami ocenę oferty ECM Group Polska S.A. polegającą na zaniechaniu przyznania 10 pkt w kryterium Personel odnoszącym się do Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu w sytuacji, gdy wykonawca wykazał odpowiednie doświadczenie zgodnie z opisem kryterium.

W rozpoznawanej sprawie okolicznością bezsporną było to, że Odwołujący ECM w poz. 1 Załącznika nr 11B do SWZ-R w odniesieniu do osoby wskazanej na stanowisko Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu zaznaczył odpowiedź „Nie posiada certyfikatu/dyplomu/dokumentu”. Zamawiający z tego powodu nie przyznał Odwołującemu ECM w tym kryterium żadnych punktów, wskazując, iż „Wykonawca nie podał, czy wskazana osoba posiada minimum jeden z wymienionych w wykazie certyfikatów/dyplomów ukończenia studiów/dokumentów z zakresu metodyki zarządzania projektami. Zamawiający nie oceniał wykazanych inwestycji, gdyż warunkiem koniecznym uzyskania punktów w tym kryterium oprócz wykazania żądanych inwestycji było wykazanie posiadania minimum jednego z wymienionych certyfikatów/dyplomów ukończenia studiów/ dokumentów - z uwagi na powyższe za doświadczenie w zakresie przedstawiciela inżyniera kontraktu Wykonawca otrzymał 0 pkt.”

Argumentacja Odwołującego ECM została oparta na twierdzeniu, że brzmienie spornego kryterium wskazuje, iż w istocie ustanowiono dwa podkryteria – 1) doświadczenie, 2) posiadanie certyfikatu, które są niezależne od siebie, dlatego Zamawiający nie mógł nie przyznać Odwołującemu punktów za doświadczenie na inwestycjach. Odwołujący ECM podkreślił, że doświadczenie jest czymś niezależnym od certyfikatu.

Nie budzi wątpliwości Izby to, że doświadczenie w pełnieniu określonej funkcji na określonego rodzaju inwestycjach jest czymś innym niż posiadanie kwalifikacji z zakresu metodyki zarządzania projektem potwierdzone odpowiednim dokumentem (certyfikatem, dyplomem, etc.). Okoliczność ta sama w sobie nie świadczy jednak o tym, że Zamawiający nie mógł warunkować przyznania punktów w kryterium dotyczącym Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu od posiadania łącznie odpowiedniego doświadczenia i kwalifikacji. Już we wstępnym oświadczeniu zawartym w Załączniku nr 11B wykonawca deklaruował, że „dysponuje osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymującymi się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednim do funkcji, jaka zostanie im powierzona”. Nagłówek tabeli zawartej w tym załączniku również odnosił się do „kwalifikacji zawodowych i doświadczenia”. Koreluje to z postanowieniami Rozdziału XIX ust. 6 SWZ-R, które wprost referowały do kwalifikacji i doświadczenia, a nie kwalifikacji lub doświadczenia („Punkty w kryterium zostaną przyznane, jeżeli Wykonawca prawidłowo uzupełni wszystkie informacje, których podania Zamawiający wymaga w celu oceny kwalifikacji i doświadczenia. (...) Zamawiający przyzna punkty, jeżeli z przedłożonych wraz z ofertą dokumentów w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości będzie wynikało oceniane doświadczenie i kwalifikacje.”). W przypadku Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu Zamawiający oczekiwał nie tylko legitymowania się doświadczeniem praktycznym z zarządzania projektami (tj. w zarządzaniu konkretnymi inwestycjami dotyczącymi infrastruktury transportowej), ale także wiedzą teoretyczną z zakresu metodyki zarządzania projektami: Prince2 Practitioner lub Prince2 Foundation lub PMP lub studia podyplomowe z zakresu zarządzania projektami lub MBA lub AMP (Advanced Management Program) -kwalifikacji potwierdzonych stosownym dokumentem (w tym dyplomem czy certyfikatem).

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby doświadczenie i kwalifikacje były osobno punktowanymi podkryteriami, niezależnymi od siebie. Przeczy temu literalna treść opisu kryterium, w którym wskazano:

I.W okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert zdobył minimum 3 lata doświadczenia na stanowisku Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu lub Dyrektora bądź Zastępcy Dyrektora Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Kierownika Projektu bądź Project Managera (po stronie Zamawiającego lub Wykonawcy) lub równorzędnym, w zakresie zarządzania projektami inwestycyjnymi na minimum 2 inwestycjach dotyczących infrastruktury transportowej. Osoba pełniła ww. funkcję przez okres co najmniej 18 miesięcy na każdej z inwestycji:

oraz

II.Posiada minimum jeden z niżej wymienionych certyfikatów/dyplomów ukończenia studiów/dokumentów z zakresu metodyki zarządzania projektami (...).

W argumentacji zawartej w odwołaniu pominięto okoliczność, iż w opisie kryterium między opisem doświadczenia a opisem kwalifikacji znalazł się spójnik „oraz”. W świetle zasad języka polskiego oraz logiki prawniczej nie budzi wątpliwości, iż wyraz „oraz” stanowi spójnik międzydaniowy, a jego funkcja jest taka sama jak spójnika „i” – jest to funktor koniunkcji. Wymaganie posiadania cechy X (w tym wypadku doświadczenia) oraz cechy Y (kwalifikacji) tworzy koniunkcję, co oznacza, że zdania wchodzące w skład koniunkcji są ze sobą związane. Izba nie znalazła podstaw, aby opisowi spornego kryterium nadać inne znaczenie niż wynikające z jego językowego brzmienia. Ponadto należy wskazać, iż wykładnia językowa wymaga uwzględnienia dyrektyw języka potocznego, a zatem przypisywania zawartym w normie prawnej wyrażeniom podstawowego i powszechnie przyjętego znaczenia.” (tak m.in. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 10 grudnia 2009 r., sygn. akt III CZP 110/09). Najbardziej oczywistym rozumieniem sformułowania „zdożył minimum 3 lat doświadczenia na stanowisku (...) oraz posiada minimum jednego certyfikatu/dyplomu (...)” jest traktowanie obu tych wymagań (doświadczenia oraz kwalifikacji) w sposób łączny. Potwierdza to zawarty tuż pod opisem kryterium wymóg wskazania „minimum jednego certyfikatu/dyplomu/dokumentu.” Zamawiający zaakcentował, że Przedstawiciel Inżyniera Kontraktu musi posiadać minimum jeden dokument potwierdzający kwalifikacje z metodyki zarządzania projektami, jednocześnie zaznaczając, że niezależnie od liczby tych dokumentów zostaną przyznane 2 punkty (czyli liczba certyfikatów/dyplomów nie miała znaczenia, ale ekspert musiał posiadać przynajmniej jeden). Dalsza część tabeli w poz. 1 odnosiła się jedynie do wskazania elementów mających potwierdzać wymagane doświadczenie i kwalifikacje, nie stanowiła opisu kryterium *sensu stricto*.

W ocenie Izby brak było podstaw, aby spójnikowi „oraz” przypisać inne znaczenie niż potocznie rozumiane, w tym by uznać, że został on wskazany jedynie w kontekście enumeratywnym, tj., że w opisie kryterium zawarto zwykle wyliczenie dwóch niezależnych od siebie podkryteriów, za które mogą zostać przyznane punkty. Gdyby kwestia posiadania doświadczenia i posiadania kwalifikacji były z perspektywy Zamawiającego rozdzielne, to użycie spójnika „oraz” byłoby bezcelowe. W ocenie Izby argumentacja Odwołującego ECM stanowiła jedynie polemikę z opisem spornego kryterium, niepopartą rzeczową argumentacją i nie odnoszącą się w ogóle do okoliczności, że opis doświadczenia i opis kwalifikacji łączył spójnik „oraz”. Odwołujący nie powoływał się na żadne szczególnie istotne i doniosłe racje prawne, które uzasadniałyby odmienną interpretację zakwestionowanego kryterium, czy które wymagałyby zastosowania wykładni innej niż językowa.

Za niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia Izba uznała twierdzenia Odwołującego ECM odnoszące się do tego, że Zamawiający nie wskazał w opisie kryterium, iż w czasie nabywania danego doświadczenia osoba wskazywana na stanowisko Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu miała już posiadać certyfikat. Okres, w którym ekspert uzyskał wymagany certyfikat/dyplom czy dokument z zakresu metodyki zarządzania projektami, był irrelevantny z perspektywy wykazania kwalifikacji zawodowych eksperta – istotne było jedynie to, czy ekspert posiada kwalifikacje z zakresu metodyki zarządzania projektem potwierdzone stosownym dokumentem (certyfikatem, dyplomem, etc.), a nie to kiedy je nabył.

Tym samym Izba stwierdziła, że Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił ofertę Odwołującego ECM w kryterium Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu i uznała stanowisko Odwołującego ECM za niezasadne.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie ECM podlega uwzględnieniu w części - w zakresie zarzutu odnoszącego się do oferty Przystępującego ZDI i oddaleniu w części - w zakresie zarzutu odnoszącego się do oferty Odwołującego ECM, wobec czego na podstawie art. 553 ustawy Pzp Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1, § 7 ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „Rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jak stanowi § 7 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części. Zgodnie z § 7 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia w takim przypadku Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Z kolei zgodnie z pkt 2 tego przepisu Izba rozdziela koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

W rozpoznawanej sprawie Izba rozdzieliła koszty postępowania stosunkowo, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Odwołanie okazało się zasadne w 1/2 (zarzut dotyczący oferty ZDI) i bezzasadne w takiej samej części (zarzut dotyczący oferty ECM), kosztami postępowania obciążono zatem Odwołującego ECM i Zamawiającego po połowie. Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego ECM kwotę 7 500 zł stanowiącą połowę wpisu od odwołania uiszczanego przez Odwołującego, natomiast koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocników wykazane w równej wartości (po 3600 zł) Izba zniosła wzajemnie pomiędzy Stronami.

Sygn. akt KIO 2324/23 i KIO 2347/23

Izba uznała za bezzasadne zarzuty wskazane w odwołaniach wykonawcy Safegi i wykonawcy Pilamis, tj.

- zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-2 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przyznania ofercie złożonej przez Odwołującego Safegi 10 punktów za doświadczenie Pana R. K. tj. osoby wskazanej do pełnienia funkcji Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu - w ramach kryterium oceny ofert określonym w rozdziale XIX ust. 3 SWZ-R oraz załączniku nr 11B do SWZ-R a w konsekwencji zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej (sygn. akt KIO 2324/23);
- zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 i art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez brak wyboru oferty Odwołującego Pilamis jako jednej z ofert najkorzystniejszych, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, mimo że oferta Odwołującego powinna zostać zakwalifikowana do grona ofert wykonawców, z którymi Zamawiający będzie zawierał umowy ramowe, ponieważ Zamawiający nie przyznał ofercie Odwołującego 10 pkt w podkryterium PIK osobie p. J. P. (sygn. akt KIO 2347/23).

Mając na względzie, iż ww. zarzuty zostały oparte na tożsamej podstawie faktycznej, tj. kwestii interpretacji opisu kryterium zawartego w poz. 1 Załącznika nr 11B do SWZ-R dotyczącego Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu, Izba odniesie się do nich łącznie. Sytuacja faktyczna i prawna obu wykonawców była tożsama – Zamawiający nie przyznał im punktów w ww. kryterium wskazując, iż „Wykonawca nie podał, czy wskazana osoba posiada minimum jeden z wymienionych w wykazie certyfikatów/dyplomów ukończenia studiów/dokumentów z zakresu metodyki zarządzania projektami. Zamawiający nie ocenił wykazanych inwestycji, gdyż warunkiem koniecznym uzyskania punktów w tym kryterium oprócz wykazania żądanych inwestycji było wykazanie posiadania minimum jednego z wymienionych certyfikatów/dyplomów ukończenia studiów/ dokumentów - z uwagi na powyższe za doświadczenie w zakresie przedstawiciela inżyniera kontraktu Wykonawca otrzymał 0 pkt.”

Sytuacja Odwołujących Safegi i Pilamis w zakresie oceny ofert w kryterium dotyczącym Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu była tożsama również z sytuacją Odwołującego ECM, wszyscy Odwołujący podnieśli takie same zarzuty, prezentując zbieżną argumentację wskazującą, że wymóg posiadania doświadczenia i kwalifikacji przez eksperta należy interpretować rozłącznie. Dlatego też Izba w zakresie rozpoznawanych odwołań Safegi i Pilamis w całości podtrzymuje uzasadnienie przedstawione w sprawie o sygn. akt KIO 2321/23 odnoszące się do wykładni spornego kryterium, uznając za niecelowe ponowne przytaczanie tego uzasadnienia w tym miejscu. Wywód Izby przedstawiony w sprawie o sygn. akt KIO 2321/23 znajduje pełne zastosowanie w sprawach o sygn. akt KIO 2324/23 i 2347/23.

Dodatkowo Izba wskazuje, iż argumentacja Odwołującego Safege ograniczona została *de facto* do wskazania, że Zamawiający nie zastrzegł, iż warunkiem przyznania punktów za doświadczenie Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu jest posiadanie przez niego stosownego certyfikatu/dyplomu/dokumentu. Tymczasem brak wskazania wprost w Załączniku nr 11B takiego warunku nie powoduje, że wymóg taki nie wynika z opisu kryterium zawartego w kolumnie czwartej poz. 1 tabeli. Odwołujący Safege w swojej argumentacji przemilczał użyty w opisie kryterium spójnik „oraz”. Co znamienne, Odwołujący Safege przywołał w odwołaniu treść Załącznika nr 11B w sposób wybiórczy – wkleił jedynie ten fragment poz. 1 tabeli ww. Załącznika, który odnosił się do danych uzupełnianych przez wykonawców, z pominięciem opisu kryterium, w którym zastosowano koniunkcję zdań poprzez użycie spójnika „oraz”. Odwołujący oparł swoje wywody na korzystnych z jego perspektywy fragmentach Załącznika nr 11B, nie przedstawiając ich całościowej analizy, w tym nie przedstawiając żadnej argumentacji co do sposobu wykładni tego kryterium z uwzględnieniem zasad języka polskiego i zasad logiki. Odwołujący zaprezentował jedynie własną, niepełną ocenę, polemizującą z interpretacją przyjętą przez Zamawiającego. Skład orzekający stoi zaś na stanowisku, iż wymagania dotyczące doświadczenia i kwalifikacji zawarte w opisie kryterium należało czytać w sposób łączny, co szczegółowo omówiono w uzasadnieniu dotyczącym sprawy KIO 2321/23, do którego Izba ponownie odsyła. Oceny tej nie zmienia stanowisko Odwołującego Safege, że przy takim rozumieniu opisu kryterium, jaki prezentuje Zamawiający, nie miałyby sensu wypełnianie informacji odnoszących się do doświadczenia, tj. do inwestycji dotyczących infrastruktury transportowej, na których ekspert pełnił określone w kryterium funkcje. Odwołujący z popełnionego przez siebie błędu (tj. nieprawidłowego zrozumienia opisu kryterium) próbuje wywieść nieuprawniony na gruncie dokumentów zamówienia wniosek, że skoro wskazał w nim inwestycje pomimo braku posiadania przez eksperta wymaganych kwalifikacji z zakresu metodyki zarządzania projektem potwierdzonych stosownym dokumentem, to znaczy, że fakt posiadania tych kwalifikacji nie warunkował przyznania punktów.

Tożsame stanowisko Izba prezentuje w odniesieniu do odwołania wykonawcy Pilamis. Również ten Odwołujący (choć w przeciwieństwie do wykonawcy Safege w treści odwołania przedstawił pełen opis zawarty w poz. 1 tabeli w Załączniku nr 11B), pominiął w swoim wywodzie okoliczność użycia przez Zamawiającego w opisie kryterium spójnika „oraz”. Odwołujący Pilamis wywodził rozdzielność wymagań z zakresu danych, jakie należało podać w odniesieniu do doświadczenia i zakresu danych, jakie należało podać na potwierdzenie kwalifikacji, niemniej nie skonfrontował tego z zawartym we wstępnej części tabeli opisem wymagań połączonych funktorem koniunkcji. W ocenie Izby nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego Pilamis, iż z SWZ-R nie wynika, by warunkiem koniecznym uzyskania punktów w kryterium Przedstawiciel Inżyniera Kontraktu było wykazanie się posiadaniem kwalifikacji z zakresu metodyki zarządzania projektami potwierdzonym minimum jednym certyfikatem, dyplomem lub dokumentem. Wymóg taki wynika nie z SWZ-R, lecz z opisu kryterium, w którym wskazano na obowiązek posiadania przez eksperta doświadczenia „oraz” kwalifikacji, zawartym w Załączniku nr 11B do SWZ-R.

Za bezzasadną Izba uznała także podnoszoną przez Odwołującego Pilamis okoliczność, że Zamawiający nie powołał się odmawiając przyznania punktów na żadne konkretne postanowienie SWZ-R, które wskazywałoby na to, że warunkiem koniecznym otrzymania punktów było posiadanie przez eksperta wymaganych kwalifikacji potwierdzonych dokumentem. Uzasadnienie dla przyznanej Odwołującemu Pilamis oceny wynikało z literalnego brzmienia opisu kryterium zawartego w Załączniku nr 11B i do niego Zamawiający się odwołał w piśmie z dnia 27 lipca 2023 r., nie zaś z postanowień SWZ-R. Dlatego też sytuacja Odwołującego Pilamis była odmienna od sytuacji wykonawcy VIA Regia Sp. z o.o., do której referowano w odwołaniu, oferta wykonawcy VIA Regia Sp. z o.o. nie odpowiadała bowiem wymaganiom wynikającym także wprost z treści SWZ-R, a nie tylko z opisu kryteriów zawartego w Załączniku nr 11B (w Rozdziale XIX ust. 2 SWZ-R, Zamawiający wskazał, iż warunkiem przyznania punktów było podanie w Załączniku nr 11B tych samych osób, co w Załączniku nr 11A, w Załączniku nr 11B znalazła się analogiczna adnotacja w przypisie nr 1).

Na odmienne rozumienie spornego kryterium nie wskazuje także podnoszony w odwołaniu Pilamis fakt, że Zamawiający pozostawił wykonawcom możliwość zaznaczenia w ofercie czy ekspert posiada certyfikat/dyplom/dokument, czy też go nie posiada. Izba za zasadne w tym zakresie uznała stanowisko Zamawiającego, iż pole to miało na celu wykluczenie ewentualnych niejasności, jakie mogłyby powstać przy badaniu i ocenie ofert. Jak wskazał Zamawiający odpowiedzi na odwołanie „tego typu pola zostały użyte w wykazach wielokrotnie, np. w zakresie stanowiska Przedstawiciel Inżyniera kontraktu zastosowano następujące pola: „Doświadczenie nabyto w zakresie zarządzania projektami inwestycyjnymi TAK NIE”, „Inwestycja dotyczyła infrastruktury transportowej TAK NIE”. W obu przypadkach udzielenie odpowiedzi negatywnej skutkowało by nieprzyznaniem punktów, w obu przypadkach Odwołujący nie miał wątpliwości i zaznaczył „TAK”.

Izba nie podzieliła także stanowiska Odwołującego Safege oraz Odwołującego Pilamis, jakoby okoliczność, że zarówno oni, jak i kilku innych wykonawców w ten sam sposób zrozumieli treść spornego kryterium, miałyby powodować uznanie, że była ona niejednoznaczna, a istniejących w tym zakresie wątpliwości nie można traktować na niekorzyść wykonawców. Podkreślić należy, iż sam fakt, że część wykonawców zrozumiała treść kryterium odmiennie niż Zamawiający nie przesądza jeszcze o tym, że była ona na tyle nieprecyzyjna, aby wykonawcy nie mogli zostać obciążeni negatywnymi konsekwencjami wynikającymi z nieprawidłowego rozumienia dokumentów zamówienia. Odwołujący Safege i Pilamis powinni byli tę niejednoznaczność wykazać, a jak zwrócono uwagę już powyżej, ich argumentacja pomijała zastosowaną w opisie kryterium koniunkcję wymagań, nie uwzględniała zasad logiki i wykładni, a opierała się jedynie na tym, że skoro wykonawcy coś zrozumieli w taki, a nie inny sposób, to znaczy, że nie można dokumentów zamówienia interpretować na ich niekorzyść. Podkreślić należy, że zasada rozpatrywania niejasności dokumentów zamówienia na korzyść wykonawców nie oznacza, że należy je rozpatrywać na korzyść tych wykonawców (tutaj Odwołujących i Przystępujących po stronie Odwołujących), którzy proponują interpretację SWZ oderwaną od literalnego brzmienia opisu kryterium, korzystną jedynie dla nich, z naruszeniem praw innych wykonawców, którzy kryterium zrozumieli tak, jak Zamawiający.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż oba odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2324/23 orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego Safege i zasądziła od niego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł stanowiącą uzasadnione koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2347/23 orzeczono stosownie do jego wyniku

na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego Pilamis i zasądziła od niego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł stanowiącą uzasadnione koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Sygn. akt KIO 2345/23

Izba za bezzasadny uznała zarzut nr 1 odwołania MGGP, tj. zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez:

- a) nieprawidłowe zastosowanie kryteriów oceny ofert oraz nieprzyznanie ofercie złożonej przez Odwołującego MGGP punktacji nr 2 (Inspektor nadzoru robót budowlanych), pomimo że doświadczenie osoby wskazanej na to stanowisko, spełnia warunki wskazane przez Zamawiającego dla tej funkcji w Załączniku nr 11B do SWZ-R w postępowaniu i wykonawca powinien otrzymać w przedmiotowym kryterium 5 punktów,
- b) zaniechanie wyboru oferty Odwołującego MGGP jako jednej z ofert najkorzystniejszych oraz zaniechanie wyboru MGGP jako wykonawcy, z którym Zamawiający zawarze umowę ramową, pomimo że w przypadku prawidłowej oceny oferty MGGP powinna ona otrzymać 86,84 punktów w ostatecznej punktacji wyliczonej zgodnie ze wzorem określonym w Rozdziale XIX ust. 4 SWZ-R, a tym samym zając 9 miejsce na liście wybranych podmiotów, które zostaną zaproszone do zawarcia umowy ramowej.

Odwołujący stał na stanowisku, iż dla przyznania punktów wystarczające było, aby wskazana osoba zdobyła minimum 4 lata doświadczenia na stanowisku Inspektora Nadzoru lub Kierownika Budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w zakresie minimum 2 inwestycji oraz aby w zakresie co najmniej jednej inwestycji było wykonane co najmniej jedno zadanie - wyburzenie lub rozbiorka budynków.

W ocenie składu orzekającego argumentacja Odwołującego MGGP została oparta na nieprawidłowej interpretacji opisu kryterium oceny ofert dotyczącego Inspektora nadzoru robót budowlanych, sprzecznej z jego literalnym brzmieniem. Wykładnia językowa opisu kryterium zawartego w poz. 2 Załącznika nr 11B do SWZ-R wskazuje po pierwsze, że ekspert miał „w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert zdobyć minimum 4 lata doświadczenia na stanowisku: Inspektora Nadzoru lub Kierownika Budowy”, co było deklarowane poprzez zaznaczenie odpowiedniego pola „ TAK NIE” i weryfikowane w oparciu o tę deklarację (analogicznie jak w przypadku eksperta z poz. 4 Załącznika nr 11B, tj. Specjalisty ds. nadzoru przyrodniczego – w tym zakresie Izba odsyła do uzasadnienia przedstawionego w sprawie o sygn. akt KIO 2321/23). W dalszej części opisu kryterium wskazuje, że ekspert posiadać miał doświadczenie „w specjalności konstrukcyjno - budowlanej, w zakresie minimum 2 inwestycji, w ramach których jednym z zadań było wyburzenie lub rozbiorka budynków: jednorodzinnych w ilości co najmniej 10 sztuk lub (2 pkt za każdą inwestycję) lub co najmniej jednego budynku wielorodzinnego lub obiektu przemysłowego (5 pkt za każdą inwestycję).”

Izba stwierdziła, iż opis przedmiotowego kryterium był jednoznaczny i wskazywał, iż konieczne dla otrzymania punktów za doświadczenie eksperta jest legitymowanie się przez niego określonym doświadczeniem w zakresie co najmniej dwóch inwestycji, z których każda swoim zakresem obejmowała wyburzenie lub rozbiorke budynków. Zamawiający wskazał na „minimum dwie inwestycje” o określonej charakterystyce, a zatem zgodnie z zasadami logiki należało wykazać się co najmniej dwiema inwestycjami, „w ramach których” wykonywano wyburzenie lub rozbiorke budynków – czyli innymi słowy minimum dwiema inwestycjami, z których każda obejmowała swoim zakresem wyburzenie lub rozbiorke budynków. Słusznie spostrzegł Zamawiający, że uznanie prezentowanej przez Odwołującego MGGP wykładni za właściwą prowadziłyby do stwierdzenia, że druga z inwestycji, jaką należało obligatoryjnie podać, mogłaby charakteryzować się *de facto* czymkolwiek. Powyższe nie znajdowało uzasadnienia w świetle literalnej treści opisu kryterium, nie odpowiadałoby także celowi, jakiemu to kryterium miało służyć, tj. premiowaniu eksperta, który posiada doświadczenie na określonym stanowisku, w określonej specjalności na co najmniej dwóch inwestycjach obejmujących wyburzenie lub rozbiorke budynków jednorodzinnych lub wielorodzinnych. To właśnie ten element - wyburzenie lub rozbiorka budynków był kluczowym aspektem, jaki podlegał premiowaniu, a zatem uznanie, że można byłoby posłużyć się tylko jedną inwestycją obejmującą ten element, a drugą dowolną, mimo iż Zamawiający wskazał na „minimum dwie inwestycje” przeczyłoby istocie tego kryterium.

Nie sposób podzielić także stanowiska Odwołującego, iż „podstawy logiki wskazują, iż gdyby miało chodzić o dwie inwestycje na których w obu przypadkach musiałyby wystąpić zadania rozbiorkowe lub wyburzeniowe to nie mógłby zostać użyty zwrot „w ramach których jednym z zadań” bowiem takich zadań musiałyby być co najmniej dwa. Sformułowanie „w ramach których jednym z zadań” użyte w opisie kryterium należy w ocenie Izby rozumieć w ten sposób, że wyburzenie lub rozbiorka budynków miała być jednym z zadań objętych każdą inwestycją referencyjną, a nie w ten sposób, że wystarczy, aby w ramach którejkolwiek z inwestycji (wystarczy w jednej) wykonano zadanie polegające na wyburzeniu lub rozbiorce. Ponadto za niezrozumiałe uznać należy twierdzenie Odwołującego MGGP, który wskazuje, że Zamawiający konstruując przesłanki do uzyskania punktacji posługuje się spójnikiem „lub” (alternatywą), co przesądza, że łączne spełnienie przesłanek na obu inwestycjach nie jest warunkiem przyznania punktów. Użyty w opisie kryterium spójnik „lub” dotyczy całkowicie innej kwestii niż będąca przedmiotem sporu – odnosi się on do zakresu rzeczowego inwestycji, precyzując, że aby uzyskać punkty inwestycja ta ma obejmować „wyburzenie lub rozbiorke” (czyli tylko wyburzenie, tylko rozbiorke albo jedno i drugie) budynków „jednorodzinnych (...)” lub budynku wielorodzinnego lub obiektu przemysłowego (...)” (czyli inwestycja może obejmować wyburzenie/rozbiorke tylko budynków jednorodzinnych – 2pkt, tylko budynku wielorodzinnego/przemysłowego – 5 pkt, albo jednych i drugich). Powyższe nie wpływa na konieczność legitymowania się przez eksperta minimum dwiema inwestycjami.

W ślad za uchwałą Sądu Najwyższegoz dnia 10 grudnia 2009 r. (sygn. akt III CZP 110/09), Izba wskazuje, iż w ramach dyrektyw preferencji metod wykładni na czoło wysuwa się powszechnie akceptowana w orzecznictwie i w piśmiennictwie zasada pierwszeństwa wykładni językowej i subsydiarności wykładni systemowej i funkcjonalnej. Zasada pierwszeństwa wykładni językowej, choć nie ustala absolutnego porządku preferencji, to jednak dopuszcza odstępstwa od wyniku jej zastosowania tylko wówczas, gdy wynik ten prowadzi albo do absurdu, albo do rażąco niesprawiedliwych lub irracjonalnych konsekwencji. Odstępstwo od jasnego i oczywistego sensu przepisu wyznaczonego jego jednoznacznym brzmieniem mogą uzasadniać tylko szczególnie istotne i doniosłe racje prawne, społeczne, ekonomiczne lub moralne. Jeśli zaś takie nie zachodzą, należy oprzeć się na wykładni językowej.

W ocenie Izby opis spornego kryterium, w zakresie podnoszonym przez Odwołującego MGGP, był jednoznaczny i nie budził wątpliwości interpretacyjnych. Wykładnia językowa prowadzi do wniosków zbieżnych z przedstawionymi przez

Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Już z tego względu odwoływanie się przez wykonawcę MGGP do innych metod wykładni jest pozbawione racji. Pomimo tego, Izba stoi na stanowisku, iż również wykładnia celowościowa przeczy rozumieniu prezentowanemu przez Odwołującego MGGP. Odwołujący słusznie wskazuje, że celem legitymowania się realizacją/nadzorowaniem zadań z zakresu rozbiórek/wyburzeń było wykazanie doświadczenia w przeprowadzeniu tego typu zadań i logicznym było założenie, że im więcej takich zadań zrealizowano tym wyższa punktacja jest należna. Niemniej w świetle opisu kryterium warunkiem przyznania punktów było legitymowanie się minimum dwiema inwestycjami obejmującymi takie zadania, to była istota tego kryterium i jego cel. Zamawiający określił wymagania względem ekspertów w sposób bardziej rygorystyczny niż na potrzeby warunków udziału w postępowaniu, ponieważ dążył do pozyskania tych ekspertów, którzy posiadają największe doświadczenie i tylko takie osoby premiował. Takie działanie, wbrew stanowisku Odwołującego MGGP, nie wypaczało rezultatu końcowego punktacji – dla Zamawiającego istotne było, aby ekspert posiadał doświadczenie w realizacji co najmniej dwóch inwestycji obejmujących konkretny rodzaj zadania (wyburzenie/rozbiórka) i w zależności od rodzaju i ilości wyburzanych (rozbiieranych) budynków inwestycje te były w różny sposób punktowane. Posiadanie doświadczenia na dwóch różnych inwestycjach (o konkretnym zakresie obejmującym rozbiórkę/wyburzenie określonych rodzajów i liczby budynków) siłą rzeczy nie powinno być równoważone ze zdobyciem doświadczenia na tylko jednej takiej inwestycji. Gdyby dla Zamawiającego wystarczające dla przyznania punktów byłoby doświadczenie zdobyte na tylko jednej inwestycji, to nie użyłby sformułowania „minimum dwie inwestycje”. Zdaniem składu orzekającego Odwołujący błędnie rozdziela wymóg posiadania doświadczenia na minimum dwóch inwestycjach od zakresu rzeczowego tych inwestycji podlegających punktacji. Takie działanie nie znajduje uzasadnienia ani w wykładni językowej, ani systemowej, ani celowościowej spornego kryterium.

Reasumując, w ocenie Izby argumentacja prezentowana w odwołaniu w zakresie zarzutu nr 1 stanowi jedynie nieuzasadnioną polemikę z opisem kryterium i sposobem przyznawania punktów, kwestionuje jego racjonalność w sytuacji, gdy literalne brzmienie tego kryterium w spornym zakresie nie powinno budzić wątpliwości. Jednocześnie Odwołujący MGGP na etapie ustalania warunków zamówienia opisu tego nie kwestionował w drodze środków ochrony prawnej ani nie wnosił do Zamawiającego o jego wyjaśnienie. Tym samym zarzut ten Izba uznała za niezasadny.

Mając na uwadze, iż zarzut nr 1 podlegał oddaleniu, Izba poddała ocenie zarzut nr 7 odwołania MGGP będący zarzutem ewentualnym względem zarzutu nr 1, tj. zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez:

- a) nieprawidłowe zastosowanie kryteriów oceny ofert oraz przyznanie ofercie złożonej przez Fonon Sp. z o.o. punktacji w kryterium nr 2 (Inspektor nadzoru robót budowlanych) pomimo, że doświadczenie osoby wskazanej na to stanowisko nie spełnia wymogu określonego dla tej funkcji w Załączniku 11B do SWZ-R w zakresie posiadania 4 lat doświadczenia w zakresie minimum 2 inwestycji, w ramach których jednym z zadań było wyburzenie wskazanych budynków, co powoduje że wykonawca Fonon nie powinien otrzymać w przedmiotowym kryterium żadnych punktów,
- b) wybór oferty Fonon Sp. z o.o. jako jednej z ofert najkorzystniejszych oraz wybór Fonon Sp. z o.o. jako wykonawcy, z którym Zamawiający zawarze umowę ramową, pomimo że w przypadku prawidłowej oceny oferty Fonon Sp. z o.o. powinna otrzymać 31,57 a nie 84,21 punktów w ostatecznej punktacji wyliczonej zgodnie ze wzorem określonym w Rozdziale XIX ust. 4 SWZ-R, a tym samym wykonawca Fonon Sp. z o.o. nie powinien znaleźć się na liście podmiotów, które zostaną zaproszone do zawarcia umowy ramowej.

Izba uznała powyższy zarzut za bezzasadny.

Odwołujący MGGP oparł swoją argumentację na stwierdzeniu, iż Zamawiający przyznał Przystępującemu Fonon komplet punktów za doświadczenie Inspektora nadzoru robót budowlanych, pomimo, że doświadczenie tej osoby było oparte o inwestycje, w których nie prowadzono robót rozbiórkowych. Stanowisko to również oparte zostało na nieprawidłowym rozumieniu opisu kryterium.

Jak wyjaśniono już powyżej, w części wstępnej opisu kryterium w poz. 2 Zamawiający oczekiwał od wykonawców deklaracji w zakresie posiadania przez eksperta wymaganego okresu doświadczenia na stanowisku Inspektora Nadzoru lub Kierownika Budowy, a deklarację tę należało złożyć poprzez zaznaczenie pola „TAK/NIE”. Zamawiający określił tym samym w dokumentach zamówienia wymagany zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia wykonawcy, który miał być podstawą dla oceny oferty w przedmiotowym kryterium w zakresie posiadanego przez eksperta okresu doświadczenia na ww. stanowisku. Konstrukcja opisu kryterium przyjęta przez Zamawiającego pozwala stwierdzić, że Zamawiający weryfikował kwestię posiadania czteroletniego doświadczenia na stanowisku Inspektora Nadzoru lub Kierownika Budowy wyłącznie w oparciu o deklarację składaną poprzez zaznaczenie odpowiedniego pola „ TAK NIE”. Przystępujący Fonon taką deklarację złożył, zaznaczył pole „TAK”, czyli potwierdził, że ekspert posiada minimum 4 lata doświadczenia na żądanym stanowisku, zdobyte w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert.

Dalsze dane, jakie należało podać w poz. 2 Załącznika nr 11B odnosiły się *stricte* do inwestycji, którymi należało się wykazać, w tym do tych ich elementów, które podlegały punktowaniu, a nie do okresu doświadczenia eksperta na danym stanowisku. Podanie informacji o nazwie inwestycji, jej odbiorcy oraz okresie jej realizacji służyło możliwości identyfikacji inwestycji, w ramach których jednym z zadań było wyburzenie lub rozbiórka określonych budynków. Wśród danych dotyczących inwestycji, jakie należało wypełnić nie było danych odnoszących się do okresu doświadczenia na stanowisku Inspektora Nadzoru lub Kierownika Budowy czy do okresu pełnienia funkcji na danej inwestycji. Okresu realizacji inwestycji nie można zaś równoważyć z okresem doświadczenia na określonym stanowisku (okresem pełnienia funkcji). Izba wskazuje ponadto, iż tam, gdzie Zamawiający wymagał doświadczenia na określonym stanowisku na referencyjnej inwestycji, tam wprost to wskazywał (*vide* poz. 1 i 3 Załącznika nr 11B), a w opisie danych, jakie należało podać dla każdej z inwestycji znajdowało się wtedy miejsce do uzupełnienia „Okres sprawowania funkcji od-do”. Wiązało się to jednak i tak z wymaganiami odnoszącymi się do inwestycji, a nie z ogólnym wymaganieniem posiadania określonej liczby lat doświadczenia na danym stanowisku.

Dlatego też nie ma racji Odwołujący MGGP twierdząc, że Przystępujący Fonon nie powinien uzyskać punktów w tym kryterium z uwagi na brak potwierdzenia okresu czteroletniego doświadczenia na danym stanowisku – Przystępujący Fonon złożył wymaganą w tym zakresie przez Zamawiającego deklarację. Przy tym Odwołujący MGGP niesłusznie porównuje ocenę swojej oferty do oceny oferty Przystępującego Fonon – Odwołujący MGGP nie otrzymał punktów dlatego, że wskazany ekspert nie posiada doświadczenia na minimum dwóch inwestycjach obejmujących swym zakresem wyburzenie lub rozbiórkę określonych budynków, podczas gdy ekspert wskazany przez Przystępującego Fonon takim doświadczeniem się legitymował (nawet z naddatkiem). Nie można w tym przypadku mówić o nierównym traktowaniu

wykonawców (tj. Odwołującego MGGP i Przystępującego Fonon) przez Zamawiającego, gdyż nie znajdowali się oni w podobnej sytuacji.

Przechodząc dalej, za niewykazany Izba uznała zarzut nr 2 odwołania MGGP, tj. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Fonon Sp. z o.o. jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w sytuacji, gdy wykonawca ten podając nieprawdziwe informacje dotyczące okoliczności podlegających ocenie w ramach kryterium nr 1, utrudniał dostęp do rynku innym wykonawcom.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ustawa Pzp nie definiuje czynu nieuczciwej konkurencji odsyłając w tym zakresie do ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233, „u.z.n.k.”). W art. 3 ust. 1 tej ustawy zawarto ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji, którym jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ust. 2 tego przepisu wskazuje na otwarty katalog przypadków, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy może być zatem uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5 - 17g u.z.n.k., jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Niewątpliwie zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest jedną z naczelných zasad udzielania zamówień publicznych, dlatego też uzasadnionym jest odrzucenie oferty wykonawcy, który narusza przedmiotową regułę. Niemniej należy mieć na uwadze fakt, że zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony. Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tej ustawy.

Argumentacja Odwołującego MGGP została oparta na okoliczności, że wskazana przez Przystępującego Fonon na stanowisko Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu pani A. S.-P. nie pełniła funkcji Dyrektora Projektu dla inwestycji „Wykonanie prac budowlanych związanych z przebudową stacji Warszawa Zachodnia w ramach projektu POIiŚ 5.1-13 pn.: „Prace na linii średnicowej w Warszawie na odcinku Warszawa Wschodnia - Warszawa Zachodnia” oraz projektu POIiŚ 6.1-22 pn. „Budowa trasy tramwajowej do Wilanowa wraz z zakupem taboru oraz infrastrukturą towarzyszącą” (dalej jako „inwestycja Warszawa Zachodnia”) przez wskazany w Załączniku nr 11B okres (od 07.07.2020 r. do 31.08.2022 r.), lecz wyłącznie w okresie od 9.03.2022 r. do 31.08.2022 r. Powyższe świadczyło zdaniem Odwołującego o podaniu nieprawdziwych informacji w celu uzyskania wyższej punktacji i uzyskania zamówienia, a w konsekwencji stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

W pierwszej kolejności należy jednak zwrócić uwagę, iż w treści odwołania nie wskazano, znamiona jakiego czynu nieuczciwej konkurencji zachowanie Przystępującego Fonon miałyby wypełnić. Odwołujący MGGP poza powołaniem się w akapicie 35 na orzecznictwo nie wyjaśnił jaki czyn nieuczciwej konkurencji można Przystępującemu Fonon przypisać. Każdy z rodzajów tych czynów regulowanych ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji posiada określone znamiona, które wykonawca swoim zachowaniem musi wypełnić. Okoliczność, że wszystkie znamiona danego typu czynu zostały wypełnione zachowaniem wykonawcy należy wykazać. Dotyczy to nie tylko czynów stypizowanych wprost w ww. ustawie, ale także sytuacji, gdy czyn nieuczciwej konkurencji wywodzi się z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. W takim przypadku obowiązkiem Odwołującego jest dowiedzenie, że określone zachowanie stanowi działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz że zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Stwierdzenie, czy konkretne zachowanie wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, wymaga każdorazowo dokładnej analizy zaistnienia znamion takiego czynu. Uzasadnienie odwołania do tej kwestii w ogóle nie referuje. Odwołujący MGGP nie powołał okoliczności faktycznych ani prawnych celem wykazania przedmiotowego zarzutu w zakresie odnoszącym się do wystąpienia znamion czynu nieuczciwej konkurencji, nie przypisał zachowaniu Przystępującego Fonon nawet konkretnego deliktu. Już tylko to przesądza o bezzasadności zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, Izba stwierdziła, iż Odwołujący MGGP nie wykazał, że pani A. S.-P. nie pełniła funkcji Dyrektora Projektu dla inwestycji Warszawa Zachodnia przez zadeklarowany przez Przystępującego Fonon w poz. 1 Załącznika nr 11B okres. To na Odwołującym MGGP zaś, zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym wyrażoną w art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, spoczywał obowiązek udowodnienia tej okoliczności.

W ocenie Izby dowody wnioskowane przez Odwołującego MGGP nie wykazywały jego twierdzeń w sposób, który przekonałby Izbę o ich zasadności. Dowody załączone do odwołania wykazują jedynie, że w okresie od 9.11.2021 r. do 9.03.2022 r. funkcję Dyrektora Projektu pełnił pan M. K. (pismo z dnia 8.11.2021 r. i 17.03.2022 r.) oraz że w okresie od 9.03.2022 r. do 31.08.2022 r. funkcję Dyrektora Projektu pełniła A. S.-P. Jak wyjaśnił jednak Przystępujący Fonon, co potwierdzono dowodem w postaci oświadczenia pani A. S.-P., pan M. K. w ww. okresie pełnił za nią zastępstwo na czas zwolnienia chorobowego. Z oświadczenia pani A. S.-P. wynika potwierdzenie, iż całkowity okres pełnienia przez nią funkcji Dyrektora Projektu to 07.07.2020 r. – 31.08.2022 r. W oświadczeniu tym wyjaśniono, że pani A. S.-P. pełniła podwójną funkcję: Dyrektora oraz Pełnomocnika Zarządu ds. Realizacji Inwestycji Aglomeracji Warszawskiej, a powyższe potwierdzono kartą stanowiska pracy (również załączoną do pisma Przystępującego Fonon).

Odwołujący MGGP nie przedstawił dowodów, które podważałyby okoliczności przedstawione w oświadczeniu pani A. S.-P. W szczególności Odwołujący MGGP nie złożył żadnego dowodu, z którego wynikałoby, że to inna osoba została powołana na funkcję Dyrektora Projektu dla inwestycji Warszawa Zachodnia. W ocenie Izby nie było to obiektywnie utrudnione. Odwołujący MGGP był wykonawcą (Inżynierem Projektu) przedmiotowej inwestycji, wobec czego powinien dysponować dokumentem, z którego wynikałby fakt objęcia funkcji Dyrektora Projektu przez inną niż pani A. S.-P. osobę (tj. pana R. B.). Odwołujący dokumentu takiego nie złożył. Co prawda podczas rozprawy Odwołujący MGGP dość lakonicznie wskazał, że pan R. B. był osobą wskazaną w umowie zawartej z MGGP jako przedstawiciel zamawiającego, niemniej umowy tej nie przedstawił. Jeżeli ta umowa faktycznie potwierdzała, że Pan B. objął funkcję Dyrektora Projektu, to ona powinna zostać przedstawiona jako dowód. Skoro sam Odwołujący posługiwał się oficjalnymi dokumentami informującymi o objęciu określonej funkcji lub odwołaniu z tej funkcji, to powinien dysponować tego rodzaju dokumentami (lub innymi – np. wspomnianą umową) także w odniesieniu do okresu od rozpoczęcia realizacji inwestycji do 9.11.2021 r. (kiedy to na funkcję Dyrektora Projektu powołano pana M. K.).

Żaden z dokumentów złożonych przez Odwołującego podczas rozprawy nie podważa dostatecznie i jednoznacznie okresu sprawowania przez panią S.-P. nadzoru nad inwestycją Warszawa Zachodnia. Na ich podstawie można jedynie w sposób bardzo ograniczony powziąć wiedzę o tym, kto w danym dniu uczestniczył w nadzorowaniu referencyjnej inwestycji, niemniej fakt pełnienia określonej funkcji można byłoby jedynie wywodzić z opisu stanowiska jaki przedstawił sam Odwołujący (pisma z 5.02.2021 i 26.08.2022 r.) bądź ewentualnie z oznaczenia na pieczęcie (pisma z 6.10.2020 r. i 22.07.2021 r.). Pismo z 19.01.2022 r. w ogóle nie odnosi się do funkcji Dyrektora Projektu. Izba stwierdziła, że dowody złożone przez Odwołującego MGGP były wybiórcze i nie odnosiły się do całego okresu realizacji inwestycji, podczas gdy obiektywnie patrząc Odwołujący powinien być w stanie udokumentować konkretne okresy pełnienia funkcji przez dane osoby. Odwołujący posłużył się jedynie dokumentami obrazującymi pewne wybrane okresy realizacji inwestycji czy incydentalnymi pismami, co nie daje pełnego obrazu sytuacji.

Ponadto Izba wskazuje, że zbytnim uproszczeniem jest powoływanie się przez Odwołującego MGGP na stosowaną w pismach złożonych jako dowody nomenklaturę dotyczącą pełnionych funkcji, gdyż okoliczność, że pani S.-P. była tytułowana jako „Dyrektor Pełnomocnik Zarządu” nie oznacza sama w sobie, iż nie mogła ona pełnić nadzoru na inwestycji Warszawa Zachodnia wpisującego się w kryterium oceny ofert. Sam Odwołujący MGGP w piśmie z 26.08.2022 r. tytułował ją w ten sposób, mimo iż bezspornie pełniła ona wówczas obowiązki Dyrektora Projektu na tej inwestycji. Zawarte w odwołaniu twierdzenie, iż fakt nadzorowania przez panią A. S.-P. inwestycji w aglomeracji warszawskiej wykluczał w praktyce pełnienie obowiązków Dyrektora Projektu na danej inwestycji pozostało gołosłowne. Co więcej, przeczą temu złożone przez Odwołującego dowody w postaci pism z dnia 17.03.2022 r. o objęciu inwestycji nadzorem przez panią A. S.-P. i z dnia 1.09.2022 r. o odwołaniu jej z tej funkcji. Skoro ww. osoba, pomimo nadzorowania większej liczby inwestycji w aglomeracji warszawskiej jako Dyrektor – Pełnomocnik Zarządu PKP PLK S.A., sprawowała już tylko w świetle tych dokumentów nadzór bezpośredni nad inwestycją „Warszawa Zachodnia” przez prawie pół roku, to trudno uznać, aby łączenie tych obowiązków było „w praktyce niemożliwe” jak wywodzi Odwołujący MGGP.

Odwołujący MGGP nie podważył także okoliczności wynikających z przedstawionej przez Przystępującego Fonon karty stanowiska pracy pani A. S.-P. (dowód załączony do pisma Przystępującego Fonon), gdzie w ramach stanowiskowego zakresu zadań znajdował się m.in. nadzór nad przygotowaniem i realizacją projektów inwestycyjnych, w tym inwestycji Warszawa Zachodnia oraz koordynowanie działań dotyczących współpracy z wykonawcami realizującymi projekty inwestycyjne na obszarze aglomeracji warszawskiej. Odwołujący MGGP dysponując opisem zakresu obowiązków ww. osoby wynikającym z karty pracy nie przedstawił argumentacji, która przeczyłaby uznaniu tych obowiązków za wpisujące się w opis kryterium dotyczącego Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu. Słusznie spostrzegł Przystępujący Fonon podczas rozprawy, że Odwołujący skupił się na kwestii terminologii, a nie zakwestionował materialnego, faktycznego doświadczenia osoby wskazanej przez Przystępującego Fonon i nie skonfrontował ich z wymaganiami wynikającymi z opisu kryterium. Zamawiający określił zaś w sposób relatywnie szeroki zakres stanowisk, jakie uprawniały do otrzymania punktów w kryterium dotyczącym Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu (zgodnie z załącznikiem nr 11B można było legitymować się doświadczeniem na stanowisku Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu lub Dyrektora bądź Zastępcy Dyrektora Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Kierownika Projektu bądź Project Managera (po stronie Zamawiającego lub Wykonawcy) lub równorzędnym).

W tym stanie rzeczy Izba uznała przedmiotowy zarzut za niewykazany.

Mając na uwadze, że Odwołujący MGGP nie dowiódł, iż zadeklarowane przez Przystępującego Fonon doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu na inwestycji Warszawa Zachodnia było krótsze niż zadeklarowane, za bezzasadny należało uznać również zarzut nr 6 - zarzut ewentualny postawiony na wypadek nieuwzględnienia zarzutów nr 2, który został oparty na tożsamych podstawach faktycznych, tj. zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez:

- a) przyznanie ofercie złożonej przez Fonon Sp. z o.o. punktacji w kryterium nr 1 (Przedstawiciel Inżyniera Kontraktu) pomimo, że doświadczenie osoby wskazanej na to stanowisko, w odniesieniu do inwestycji Warszawa Zachodnia nie spełnia jednego z wymogów wskazanego dla tej funkcji w Załączniku 11B do SWZ-R tj. wymogu pełnienia wskazanych funkcji co najmniej 18 miesięcy na każdej z inwestycji, co powoduje, że wykonawca Fonon nie powinien otrzymać w przedmiotowym kryterium żadnych punktów,
- b) wybór oferty Fonon Sp. z o.o. jako jednej z ofert najkorzystniejszych oraz wybór Fonon Sp. z o.o. jako wykonawcy, z którym Zamawiający zawarze umowę ramową, pomimo że w przypadku prawidłowej oceny oferty Fonon Sp. z o.o. powinna ona otrzymać 57,89 a nie 84,21 punktów w ostatecznej punktacji wyliczonej zgodnie ze wzorem określonym w Rozdziale XIX ust. 4 SWZ-R, a tym samym wykonawca Fonon Sp. z o.o. nie powinien znaleźć się na liście podmiotów, które zostaną zaproszone do zawarcia umowy ramowej.

Z analogicznych względów nie potwierdził się zarzut nr 3, tj. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Fonon Sp. z o.o. ze względu na fakt, że treść tej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, a niezgodność ta polega na zaoferowaniu w pozacenowym kryterium oceny ofert osoby do realizacji zamówienia, która nie legitymuje się wskazanym w ofercie doświadczeniem, co oznacza, że wykonawca Fonon Sp. z o.o. zaoferował Zamawiającemu w ofercie doświadczenie, które nie istnieje.

W tym zakresie Izba dodatkowo wskazuje, iż niezależnie od omówionej już powyżej okoliczności, iż Odwołujący nie wykazał, aby osoba wskazana na stanowisko Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu nie posiadała zadeklarowanego doświadczenia, to o bezzasadności zarzutu świadczy również fakt, iż w treści odwołania nie przedstawiono żadnej argumentacji mającej wykazać niezgodność oferty Przystępującego Fonon z warunkami zamówienia, w szczególności nie wskazano, z jakimi warunkami zamówienia oferta Przystępującego Fonon miałaby być niezgodna. Nawet gdyby uznać, że wskazany ekspert nie posiada wymaganego w opisie kryterium doświadczenia, to okoliczność ta rzutowałaby wyłącznie na punktację przyznaną ofercie Fonon, a nie na zgodność tej oferty z warunkami zamówienia. Legitymowanie się doświadczeniem ocenianym w kryteriach oceny ofert ma charakter fakultatywny – dedykowany na dane stanowisko ekspert może je posiadać (wtedy wykonawca otrzyma punkty zwiększające jego szansę na uzyskanie zamówienia), ale nie musi (wtedy wykonawca nie otrzyma punktów). Gdyby w przedmiotowym postępowaniu wpłynęło 10 lub mniej ofert, Zamawiający w ogóle odstąpiłby od badania kryteriów oceny ofert (por. Rozdział III ust. 9 pkt 2 SWZ-R).

W tym stanie rzeczy za bezzasadne Izba uznała także zarzuty naruszenia art. 17 ust. 2 oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez podjęcie decyzji o wyborze ofert najkorzystniejszych z naruszeniem przepisów ustawy Pzp (zarzut nr 4) oraz naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieprzejrzysty poprzez odmienne podejście

do oceny ofert wykonawcy Fonon Sp. z o.o. oraz Odwołującego MGGP (zarzut nr 5).

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie MGGP podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego MGGP i zasądziła od niego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł stanowiącą uzasadnione koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Mając na uwadze wszystko powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....