Sygn. akt: KIO 1794/23

WYROK

z dnia 11 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Marek Bienias

Członkowie: Monika Banaszkiewicz

Anna Chudzik

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. – Lider z siedzibą w Warszawie oraz Polimex Mostostal S.A. – Partner z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Powiatowych w Ostrołęce**,
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **DOMOSTSp. z o.o. z siedzibą w Małkinia Górna, Mostostal Kielce S.A z siedzibą w Kielcach,RAITIL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. – Lider z siedzibą w Warszawie oraz Polimex Mostostal S.A. – Partner z siedzibą w Warszawie** i
   2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. – Lider z siedzibą w Warszawie oraz Polimex Mostostal S.A. – Partner z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:……..……...

Członkowie: ……..……...

……..……...

Sygn. akt: KIO 1794/23

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

Zamawiający – Zarząd Dróg Powiatowych w Ostrołęce – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa mostu na rzece Narew wraz z dojazdami. Budowa przeprawy mostowej przez rzekę Narew wraz z drogą dojazdową łączącą drogę krajową nr DK 61 w miejscowości Teodorowo, Gmina Rzekuń, Powiat Ostrołęcki, z drogą powiatową nr 2539W w miejscowości Łęg Przedmiejski, Gmina Lelis, Powiat Ostrołęcki, Województwo Mazowieckie”, nr postępowania: DT.252.I.39.2022. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 grudnia 2022 r. pod numerem 2022/S 250-731698.
W dniu 26 czerwca 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. – Lider z siedzibą w Warszawie oraz Polimex Mostostal S.A. – Partner z siedzibą w Warszawiewniósł odwołanie wobec następujących czynności podjętych przez Zamawiającego:
(1) przyznania ofercie złożonej przez konsorcjum wykonawców w składzie: Domost Sp. z o.o. z siedzibą w Małkini Górnej (Lider), Mostostal Kielce S.A. z siedzibą w Kielcach, Raitil Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (łącznie „**Konsorcjum Domost**”) maksymalnej (10) liczby punktów w ramach kryterium pozacenowego „Doświadczenie Kierownika budowy – Kierownika Robót Mostowych”;
a w konsekwencji,
(2) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, za którą uznana została oferta złożona przez Konsorcjum Domost.
Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:
(1) **art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5 Pzp** poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Domost na skutek nieuzasadnionego przyznania ofercie złożonej przez Konsorcjum Domost maksymalnej (10) liczby punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika Budowy – Kierownika Robót Mostowych”, podczas gdy osoba wskazana na to stanowisko – p. D.W. – nie posiada wymaganego doświadczenia pozwalającego przyznać Konsorcjum Domost punkty w tym kryterium, albowiem p. D.W. nie

uczestniczył w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia przy inwestycji pn.: *„Budowa Trasy Mostu Północnego w Warszawie etap I – odcinek od węzła ul. Marymoncka do węzła ul. Modlińska w ciągu drogi krajowej nr 61”,* która wskazana została przez Konsorcjum Domost w tabeli dot. kryteriów oceny ofert, co w świetle postawionych w kryterium oceny ofert jednoznacznych wymogów wyklucza możliwość akceptacji przedstawionego doświadczenia i w konsekwencji wyklucza możliwość przyznania Konsorcjum Domost maksymalnej liczby punktów w tym kryterium;

a w konsekwencji powyższego

(2) **art. 16 ust. 1 Pzp** poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wnosili o:

(1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta Konsorcjum Domost;

(2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności niewykazania przez Konsorcjum Domost spełnienia kryteriów oceny ofert w zakresie doświadczenia Kierownika budowy – Kierownika Robót Mostowych i, w konsekwencji, przyznanie Konsorcjum Domost 0 (zero) punktów w ramach analizowanego kryterium;

(3) uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że:

I. ISTOTNE DLA SPRAWY ELEMENTY STANU FAKTYCZNEGO

1. Zamawiający prowadzi Postępowanie, przedmiotem którego jest budowa przeprawy mostowej przez rzekę Narew wraz z drogą dojazdową łączącą drogę krajową nr DK 61 w miejscowości Teodorowo, Gmina Rzekuń, Powiat Ostrołęcki, z drogą powiatową nr 2539W w miejscowości Łęg Przedmiejski, Gmina Lelis, Powiat Ostrołęcki, Województwo Mazowieckie.

2. W ramach kryteriów oceny ofert Zamawiający zdecydował się premiować dodatkowe (wykraczające poza wymóg z warunku udziału) doświadczenie osoby predestynowanej do pełnienia funkcji Kierownika budowy – Kierownika Robót Mostowych („**Kryterium**”). Wskazane kryterium oceny ofert przedstawione zostało w Rozdziale XIX ust. 3 lit. a) Specyfikacji Warunków Zamówienia („**SWZ**”) (poniżej ostateczna treść kryterium oceny ofert - Zamawiający wprowadził w tym zakresie zmianę w dniu 22 marca 2023 r., zmiana ta jednak nie ma znaczenia z kontekście zarzutów odwołania):

3. Dodatkowe punkty w ramach Kryterium można było zatem uzyskać w przypadku wykazania, że osoba predestynowana do pełnienia funkcji Kierownika budowy – Kierownika Robót Mostowych posiada doświadczenie zdobyte podczas realizacji dwóch zadań o parametrach wskazanych w treści warunku udziału (rozdział VIII ust. 2 pkt 4 lit. b). Treść warunku udziału oraz Kryterium pozostawała identyczna, co szczególnie istotne w kontekście zarzutów odwołania, w **jednym i drugim wymogu Zamawiający oczekiwał, aby doświadczenie obejmowało „*udział w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu zamówienia*”.**

4. W celu uzyskania maksymalnej liczby punktów w powyższym Kryterium Konsorcjum Domost wraz z ofertą, w załączniku 1a do SWZ, przedstawiło osobę Pana D.W., któremu przypisano doświadczenie zawodowe na stanowisku Kierownika Robót Mostowych w następujących inwestycjach:

1) *„Budowa drogi ekspresowej S-2 Południowa Obwodnica Warszawy na odcinku od węzła „Puławska” do węzła „Lubelska” Zadania „B” – od węzła Przyczółkowa (z węzłem, km około 5+050,00) do węzła „Wał Miedzeszyński” (z węzłem, km około 11+500,00) o długości ok. 6,5 km”*;

2) „Budowa Trasy Mostu Północnego w Warszawie etap I – odcinek od węzła ul. Marymoncka do węzła ul. Modlińska w ciągu drogi krajowej nr 61” („**Budowa Mostu Północnego**”).

5. Pismem z dnia 16 czerwca 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta złożona przez Konsorcjum Domost. W informacji o wynikach Postępowania, w tabeli opisującej i przedstawiającej liczbę przyznanych punktów, Zamawiający wskazał, iż przyznał Konsorcjum Domost maksymalną (10) liczbę punktów w Kryterium. Oznacza to, że Zamawiający uznał, że obie wskazane powyżej inwestycje spełniają nakreślone w SWZ wymagania.

6. Jak zostanie wykazane w dalszej części odwołania, Zamawiający niesłusznie przyznał Konsorcjum Domost maksymalną liczbę punktów w Kryterium, albowiem doświadczenie p. D.W. zdobyte w ramach Budowy Mostu Północnego nie spełnia wszystkich parametrów opisanych w Kryterium – **Pan Wasilow nie uczestniczył bowiem w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu zamówienia.**

II. UZASADNIENIE PRAWNE

II.1. ANALIZA KRYTERIUM OCENY OFERT W ZAKRESIE DOŚWIADCZENIA KIEROWNIKA BUDC KIEROWNIKA ROBÓT MOSTOWYCH

7. W ramach Kryterium postawionego w niniejszym Postępowaniu, Zamawiający wskazał, iż aby wykonawca mógł uzyskać maksymalną (10) liczbę punktów koniecznym jest przedstawienie osoby (tej samej, która wskazywana jest na stanowisko Kierownika budowy – Kierownika robót mostowych do spełnienia warunku udziału w Postępowaniu), która

legitymowałaby się doświadczeniem zawodowym zdobytym na łącznie dwóch zadaniach (przy czym jedno obejmowało spełnienie warunku udziału), w ramach których:
1) wykonano budowę/rozbudowę/przebudowę obiektu mostowego stałego (nie tymczasowego), tj. mostu/wiaduktu/estakady (nie kładki),
2) minimalna ilość wykonanych przęseł na wykonanym obiekcie mostowym wynosić miała 4, przy czym 1 przęsło winno było być o rozpiętości teoretycznej min. 60 m,
3) **osoba skierowana do pełnienia funkcji uczestniczyła w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia**.
8. Z literalnej treści Kryterium wynika zatem, że Zamawiającego interesowało przedstawienie doświadczenia przy realizacji dwóch zadań o określonych parametrach, przy czym osoba legitymująca się odpowiednim doświadczeniem zawodowym winna była uczestniczyć czynnościach odbiorowych całego zadania, tj. w czynności kończącej realizację danej inwestycji.
9. Kluczowe znaczenie w kontekście wykładni analizowanego Kryterium oraz zarzutów odwołania ma okoliczność postawienia przez Zamawiającego wymogu posiadania przez osobę skierowaną do realizacji przedmiotu zamówienia doświadczenia nie tylko przy samej realizacji określonej inwestycji, która charakteryzowałaby się odpowiednimi parametrami, ale również doświadczenia związanego z udziałem w czynności kończącej realizację danej inwestycji. Nie sposób powyższych wymogów bowiem wykładać w sposób odmienny, aniżeli w taki, iż aby Kryterium mogło zostać uznane za spełnione, a więc aby **Zamawiający mógł przyznać wykonawcy 10 punktów w ramach tego Kryterium, wykonawca winien był przestawić osobę, która brała udział w odbiorze końcowym (czynności odbiorowe) danej inwestycji.** Jako *„czynności świadczące o zakończeniu realizacji zamówienia”* niewątpliwie rozumieć należy przekazanie zamawiającemu całości przedmiotu zamówienia, nie zaś tylko jego poszczególnych elementów w ramach odbiorów częściowych.
10. Za powyższą interpretacją przemawia niezbicie jednoznaczna (niebudząca wątpliwości) treść Kryterium, ale i nomenklatura, jaką posługuje się Zamawiający w analizowanym Kryterium. Dostrzec bowiem należy, iż w treści Kryterium Zamawiający wymaga przedstawienia doświadczenia w realizacji „zadania”, zaś dalsza część Kryterium wskazuje na zakończenie realizacji „zamówienia”. Przyjmując powszechnie rozumianą definicje „zadania” podkreślenia wymaga, iż rozumieć przez to należy *„określenie celu, który należy osiągnąć lub wskazanie czynności, które należy wykonać”.* Z kolei definicja „zamówienia” znajduje się w art. 7 pkt 32) Pzp zgodnie z którym przez zamówienie należy rozumieć *„umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług”.* Powyższe prowadzi więc do wniosku, iż użytą przez Zamawiającego nomenklaturę odczytywać należy jedynie w ten sposób, iż Zamawiającemu zależało na przedstawieniu doświadczenia, które nie było doświadczeniem „wpadkowym”, a takim, które znalazło swoje uwieńczenie w ukończeniu realizacji całej inwestycji (umowy/ zadania/ zamówienia).
11. Na marginesie na uwagę zasługuje, że nic nie stało na przeszkodzie, aby Zamawiający posłużył się w treści warunku oraz kryterium innymi pojęciem, jak np. „roboty budowlane”, „obiekt” etc. W takim zatem przypadku wykonawca posługujący się doświadczeniem danej osoby nie musiałby wykazywać jej uczestnictwa w końcowych czynnościach odbiorowych zadania/ zamówienia/ umowy, lecz jedynie obiektu czy roboty budowlanej. Zamawiający zdecydował się jednak premiować tylko takie doświadczenie, które związane było z uczestnictwem w czynnościach odbiorowych właściwych dla całego zadania. Wymóg ten nie był przez wykonawców kwestionowany, uznać go należy zatem za definitywny i bezwzględnie wiążący. Nawiasem mówiąc – takie wymaganie postawione przez Zamawiającego nie budzi wątpliwości (pomijając fakt, iż obecny etap nie jest właściwym dla zadawania pytań o sens sformułowanego wymagania). Bezsporne jest, że, z perspektywy faktycznego doświadczenia, udział członka personelu w czynnościach odbiorowych całego zadania ma doniosłe znaczenie i w istotny sposób wpływa na to doświadczenie wpływa.
12. W Kryterium brak jest zatem odniesień do pojęć, które sugerowałyby, iż spełnienie wymogów Kryterium nastąpiłoby już po wykonaniu części inwestycji bądź jej fragmentu. Nie sposób też przyjąć, by taka interpretacja tego Kryterium mogła płynąć z literalnej treści Kryterium, która w sposób jasny ukierunkowuje odbiorcę tej treści, iż aby uzyskać dodatkowe punkty w ramach Kryterium konieczne jest uczestnictwo w końcowej procedurze odbiorowej danego zamówienia.
13. Niezależnie od powyższego, podkreślenia niewątpliwie również wymaga fakt, że ukształtowane przez Zamawiającego **Kryterium musi być odczytywane tak, jak brzmi - zgodnie z treścią, jaka została zawarta w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego**. W konsekwencji, ocena spełnienia przez wykonawcę Kryterium powinna być przeprowadzona w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiejkolwiek uznaniowości na etapie badania i oceny oferty w Postępowaniu oraz gwarantuje poszanowanie podstawowych zadań postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak równe traktowanie wykonawców, uczciwa konkurencja oraz przejrzystość.

14. Podkreślić należy, iż na etapie badania i oceny ofert nie można interpretować wymagań specyfikacji w sposób szerszy niż to wynika z literalnego brzmienia warunku, albowiem prowadziłoby to do nieuprawnionej zmiany albo co najmniej istotnej modyfikacji kryterium oceny ofert, co powodowałoby w konsekwencji naruszenie powyższych zasad. Mówiąc wprost – Zamawiający mógłby w sposób dowolny i arbitralny wybierać wykonawców, którzy ostatecznie zrealizują zamówienie, co właściwie przekreśla istotę zamówień publicznych (konkurencyjność; uczciwą rywalizację wykonawców etc.).

15. **Należy podkreślić, że kryteria oceny ofert, również z uwagi na ich „gratyfikujący" charakter, tj. możliwość „ulepszenia" oferty wykonawcy w postępowaniu, muszą być interpretowane w sposób ścisły.** Tym dalej zatem należy wskazać w tym miejscu obowiązek literalnej wykładni postanowień SWZ, która zapobiega jakiejkolwiek uznaniowości zamawiających na etapie badania i oceny ofert. Powyższe potwierdza jednolita linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej, np.: w wyroku z dnia 3 października 2014 r. Izba potwierdziła, iż *„Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskazują, iż **przy interpretowaniu postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy co do zasady stosować literalną wykładnię ich treści, co zapobiega uznaniowości na etapie oceny ofert wykonawców, którzy wyrazili wolę udziału w postępowaniu. Wobec tego przy wykładni znaczenia postanowień siwz należy kierować się zwykłym znaczeniem słów, wyrażeń i zwrotów, ustalonym z uwzględnieniem reguł znaczeniowych i składniowych języka polskiego**."* O konieczności ścisłego interpretowania kryteriów oceny ofert wypowiedziała się zaś Izba w wyroku z dnia 29 grudnia 2016 r.: *„**Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie, jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Szczególnie wybór oferty winien być dokonywany stricte według zasad przewidzianych w s.i.w.z. - na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji**."*

16. Uwzględniając więc powyższe stanowisko przyjąć należy, iż literalna wykładnia analizowanego Kryterium jednoznacznie pozwalała przyjąć, iż osoba skierowana na stanowisko Kierownika budowy – Kierownika robót mostowych, poza doświadczeniem przy inwestycji o odpowiednich parametrach winna była również uczestniczyć w czynnościach związanych z odbiorem zakończającym realizację całej inwestycji. Zamawiający w toku badania i oceny oferty Konsorcjum Domost przyjął, iż doświadczenie p. D.W. potwierdza Kryterium. Jak zostanie wykazane ocena ta obarczona jest zasadniczym błędem.

II.2. OSOBA WSKAZANA NA STANOWISKO KIEROWNIKA PRZEZ KONSORCJUM DOMOST NIE NAB RAMACH BUDOWY MOSTU PÓŁNOCNEGO DOŚWIADCZENIA ZAWODOWEGO UZASADNIAJ PRZYZNANIE MAKSYMALNEJ LICZBY PUNKTÓW

17. W celu uzyskania maksymalnej liczby punktów w Kryterium Konsorcjum Domost dla osoby, którą wskazała na spełnienie warunku udziału, tj. p. D.W., przedstawiło 2 inwestycje, w tym (jako drugą, wykraczającą poza inwestycję na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału) zadanie – Budowa Mostu Północnego. Co istotne – informacje identyczne do tych, które przedstawione zostały w załączniku nr 1a do SWZ (składanym wraz z ofertą) Konsorcjum Domost przedstawiło na wezwanie Zamawiającego w oparciu o art. 126 ust. 1 Pzp (tj. w wykazie osób – załącznik nr 8).

18. Z powziętych przez Odwołującego informacji wynika jednoznacznie, że zadanie Budowa Mostu Północnego nie spełnia łącznie wszystkich trzech parametrów, jakich wymagał Zamawiający w postawionym Kryterium – a mianowicie – **p. D.W. nie uczestniczył w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia.**

19. Dokumenty obrazujące realizację zadania Budowa Mostu Północnego wskazują, że w toku realizacji tej inwestycji obowiązki kierownika robót mostowych sprawowało kilka osób: **A.M., P.K., M.T. oraz p. D.W..** Pan D.W. był jednym z nich (okoliczność niekwestionowana przez Odwołującego) jednakże **nie uczestniczył on w czynnościach odbiorowych zadania.**

20. Powyższe znajduje potwierdzenie w dokumencie stanowiącym **Protokół Odbioru Ostatecznego Zadania, który spisany został w dniu 21 grudnia 2012 roku. W jego treści nie sposób doszukać się nazwiska p. D.W..** Wśród osób uczestniczących w czynnościach odbiorowych z ramienia wykonawców realizujących zadanie brali udział (w charakterze Kierownika Budowy) – p. J.M. (który pełnił funkcję kierownika budowy w okresie od 28 kwietnia 2009 r. do 14 czerwca 2009 r.) oraz p. A.A. (który pełnił funkcję Kierownika Budowy do 15 czerwca 2009 r. do 28 września 2012 r.) oraz **p. A.M. (pełniący funkcję kierownika robót mostowych). Pana D.W. nie sposób również doszukać się na liście Komisji Odbiorowej**:

Dowód: *Protokół odbioru ostatecznego z dnia 21 grudnia 2012 r.*

21. Identycznych wniosków dostarcza lektura wspomnianych dzienników budowy z inwestycji Budowa Mostu Północnego (wobec jednoznacznej informacji wynikającej z Protokołu odbioru ostatecznego wpisy do dzienników budowy należy tratować uzupełniająco, niemniej jednak,, w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości, zostaną one również przedstawione na rozprawie). Ich analiza prowadzi do wniosku, że p. W. brał udział jedynie w czynności zgłoszenia do

odbioru zabezpieczenia antykorozyjnego konstrukcji stalowej nitek M1,M2, M3 (ostatni wpis p. D.W. w Dzienniku Budowy), zaś w toku pełnionej przez siebie funkcji Kierownika Robót Mostowych (którą to funkcję pełnił na Zadaniu przez niecałe 9 miesięcy) czynności p. W. skupiały się w znacznej mierze na pracach antykorozyjnych, zgłoszeniach do odbioru zbrojeń, deskowań, wpustów czy weryfikacji badań betonu.

22. Co istotne w kontekście powyższego zakresu obowiązków p. W. - odbiór wskazanej części (zabezpieczenia antykorozyjnego konstrukcji stalowej) nastąpił w dniu 23 listopada 2011 r., zaś **czynność odbiorowa świadcząca o zakończenia realizacji zamówienia miała miejsce ponad rok później, tj. 21 grudnia 2012 roku (przy tej czynności p. W. nie uczestniczył)**. To właśnie w dniu 23 listopada 2011 r. p. D.W. po raz ostatni wpisał się do Dziennika Budowy. Ostatnim dokumentem na jakim widnieje nazwisko p. W. jest z kolei protokół z 15 czerwca 2012 r. dot. odbioru technicznego elementu robót. Z tego też względu nie można przyjąć, by brał od udział w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia. Poniżej przedstawione zostały fragmenty dzienników budowy zawierające wpisy p. W.:

23. Charakter, jak i sam zakres wykonywanych przez p. D.W. czynności, przesądza, iż p. W. nie ma doświadczenia wymaganego postawionym przez Zamawiającego w treści Kryterium. Czynności, którymi p. W. kierował i nadzorował skupiały się na wąskim wycinku realizacji całego zadania i nie świadczą o tym (co dobitnie wynika z dokumentów zadania), by p. W. brał udział w odbiorze kończącym realizację zamówienia.

24. Powyższe okoliczności jednoznacznie przesądzają o tym, iż w ramach przedstawionego przez Konsorcjum Domost zadania Budowa Mostu Północnego nie został spełniony wymóg pozwalający uznać doświadczenie zawodowe p. D.W. za prawidłowe w świetle wymagań Zamawiającego – a mianowicie uczestnictwo w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia. Pan D.W. nie brał bowiem udziału w czynności kończącej realizację całego zamówienia. Oznacza to, że przyznanie Konsorcjum Domost 10 punktów w ramach Kryterium jest czynnością wadliwą.

II.3. BRAK MOŻLIWOŚCI WEZWANIA KONSORCJUM DOMOST DO UZUPEŁNIENIA DOŚWIADC PRZEDSTAWIONEGO W CELU UZYSKANIA PUNKTÓW W RAMACH KRYTERIUM

25. W tym miejscu Odwołujący pragnie zaznaczyć, iż w niniejszych okolicznościach nie jest możliwe wezwania Konsorcjum Domost do uzupełnienia doświadczenia celem spełnienia Kryterium. Wykaz stanowiący załącznik nr 1a do oferty, w którym wykonawcy wskazać mieli doświadczenie Kierownika budowy - Kierownika Robót mostowych stanowi element oferty, która nie może ulec zmianom po jej złożeniu w Postępowaniu. W tym bowiem przypadku orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej restrykcyjnie wskazuje na zasadę niezmienności oferty i brak możliwości korekty dokumentów odnoszących się do kryteriów oceny oferty. Na brak możliwości uzupełnienia oferty w zakresie kryterium oceny ofert zwróciła uwagę Izba chociażby w wyroku z dnia 27 stycznia 2020 r.: *„Dopuszczenie możliwości uzupełniania dokumentów podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert jest zdaniem Izby niedopuszczalne.* ***Zakres oferty służący do jej oceny w ramach kryteriów oceny ofert nie podlega uzupełnieniu po upływie terminu składania ofert****”*. Podobne stanowisko wyrażone zostało przez Izbę w wyroku z dnia 3 czerwca 2015 r.: ***„Ustawodawca nie przewidział możliwości zastosowania ww. trybów w zakresie kryteriów oceny ofert. Stosowanie uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów na użytek kryteriów oceny oferty mogłoby w prosty sposób prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji****.”*. Także w wyroku z dnia 10 sierpnia 2020 r.: *„Można to zobrazować na przykładzie przejścia podziemnego PG-20. Wykonawca nie musiał w wykazie wskazywać obiektu w ramach inwestycji, na którą się powoływał, ale wskazał ten obiekt i stanowi to część jego oświadczenia. Jeśli realizacja ta odnosiłaby się do warunku udziału w postępowaniu, mógłby to oświadczenie skorygować w ramach uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazując inny obiekt. Natomiast w przypadku zakwalifikowania tej realizacji w ramach kryterium oceny ofert, oświadczenie to nie może zostać zmienione i nie może zostać wskazany nowy obiekt, nawet w ramach tej samej realizacji - nie ma bowiem przepisu zezwalającego na takie działanie, a sama czynność byłaby niezgodna ze stanowiskiem zabraniającym zmiany treści oferty po jej złożeniu wyrażanym wielokrotnie w orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, np. w sprawie C-599/10 czy C-131/16.”.*

26. Ponadto, brak możliwości uzupełnienia doświadczenia umożliwiającego zdobycie dodatkowych punktów w ramach Kryterium – a co za tym idzie – samego *stricte* dokumentu stanowiącego załącznik nr 1a do oferty potwierdził sam Zamawiający w treści tego załącznika wskazując, że: *„Zamawiający informuje, że niniejszy załącznik do oferty nie stanowi dokumentu składanego w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wobec czego art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp nie ma zastosowania.”.*

27. Powyższe tym dalej potwierdza, iż na tle niniejszego Postępowania Zamawiający nie będzie pozostawał uprawniony do umożliwienia Konsorcjum Domost jakiejkolwiek ingerencji w złożony wykaz doświadczenia p. W..

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 lipca 2023 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że:

1.Zamawiający prowadzi Postępowanie pod nazwą „Budowa mostu na rzece Narew wraz z dojazdami. Budowa przeprawy mostowej przez rzekę Narew wraz z drogą dojazdową łączącą drogę krajową nr DK 61 w miejscowości Teodorowo, Gmina Rzekuń, Powiat Ostrołęcki, z drogą powiatową nr 2539W w miejscowości Łęg Przedmiejski, Gmina Lelis, Powiat Ostrołęcki, Województwo Mazowieckie", nr postępowania: DT.252.I.39.2022.

2.W ramach kryteriów oceny ofert Zamawiający zdecydował się premiować dodatkowe (wykraczające poza wymóg z warunku udziału w Postępowaniu) doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika budowy – Kierownika Robót Mostowych. Wskazane kryterium oceny ofert przedstawione zostało w Rozdziale XIX ust. 3 lit. a) Specyfikacji Warunków Zamówienia (poniżej ostateczna treść kryterium oceny ofert - Zamawiający wprowadził w tym zakresie zmianę w dniu 22 marca 2023 r.):

3.W dniu 16 czerwca 2023 roku Zamawiający opublikował wyniki oceny ofert złożonych w Postępowaniu. Za najkorzystniejszą została uznana oferta Przystępującego, który w ramach ww. kryterium otrzymał maksymalną liczbę punktów.

4.Przystępujący wskazał w omawianym zakresie doświadczenia Pana D.W., który zgodnie z przedłożonymi przez Przystępującego dokumentami spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego niezbędne do uznania jego doświadczenia jako spełniające przesłanki omawianego kryterium oceny ofert.

5. W dniu 26 czerwca 2023 roku Odwołujący wniósł odwołanie dotyczące dokonanych przez Zamawiającego czynności polegających na:

a. przyznaniu ofercie złożonej przez Przystępującego maksymalnej (10) liczby punktów w ramach kryterium pozacenowego „Doświadczenie Kierownika budowy – Kierownika Robót Mostowych"; oraz

b. dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, za którą uznana została oferta złożona przez Przystępującego.

6. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

a. art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego na skutek nieuzasadnionego przyznania ofercie złożonej przez niego maksymalnej (10) liczby punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika Budowy – Kierownika Robót Mostowych", podczas gdy osoba wskazana na to stanowisko – p. D.W. – nie posiada wymaganego doświadczenia pozwalającego przyznać Przystępującemu punkty w tym kryterium, albowiem p. D.W. nie uczestniczył w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia przy inwestycji pn.: „Budowa Trasy Mostu Północnego w Warszawie etap I – odcinek od węzła ul. Marymoncka do węzła ul. Modlińska w ciągu drogi krajowej nr 61", która wskazana została przez Przystępującego w tabeli dot. kryteriów oceny ofert, co w świetle postawionych w kryterium oceny ofert jednoznacznych wymogów wyklucza możliwość akceptacji przedstawionego doświadczenia i w konsekwencji wyklucza możliwość przyznania Przystępującego maksymalnej liczby punktów w tym kryterium;

b. art. 16 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

7. W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący zażądał uwzględnienia Odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

a. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta Przystępującego;

b. dokonania ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności niewykazania przez Przystępującego spełnienia kryteriów oceny ofert w zakresie doświadczenia Kierownika budowy – Kierownika Robót Mostowych i, w konsekwencji, przyznanie Przystępującemu 0 (zero) punktów w ramach analizowanego kryterium;

c. uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Odwołującego.

8. W ocenie Zamawiającego ww. zarzuty odwołania są niezasadne w związku z czym powinny zostać w całości oddalone.

9. Zamawiający podkreśla, iż przeprowadził wnikliwą ocenę złożonych w Postępowaniu ofert, a kwestia dodatkowej punktacji zawsze jest szczególnie starannie weryfikowana w toku czynności prowadzonych przez Komisję przetargową.

10. Na podstawie zgromadzonych przez Zamawiającego samodzielnie informacji, a także oświadczeń i dokumentów przedłożonych przez Przystępującego, Zamawiający przyjął, iż wskazana przez Przystępującego osoba, faktycznie dysponuje doświadczeniem opisanym w omawianym kryterium oceny ofert. W związku z powyższym, zgodnie z dokumentacją przetargową, obowiązkiem Zamawiającego, a nie tylko jego prawem czy dobrą wolą, było przyznanie Przystępującemu odpowiedniej liczby punktów za spełnienie tego kryterium.

11. Określając pozacenowe kryterium oceny ofert w postaci doświadczenia Kierownika budowy – Kierownika Robót Mostowych, intencją Zamawiającego było premiowanie tych wykonawców, którzy wyznaczą do pełnienia powyższych obowiązków osoby z bogatszym doświadczeniem, ponieważ zdaniem prowadzącego Postępowanie ma to znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Warto nadmienić, że kluczowe dla Zamawiającego było, aby owe dodatkowe doświadczenie na stanowisku Kierownika budowy – Kierownika Robót Mostowych, zdobyto podczas realizacji zadań o określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia parametrach. Przy czym określenie „podczas realizacji zadań" należy rozumieć jako faktyczny udział danej osoby w wykonaniu roboty budowalnej, a nie przejściowe (chwilowe) zajmowanie określonego stanowiska.
12. Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazuje, że jego zdaniem Odwołujący przyjmuje błędną interpretację wymagań omawianego kryterium oceny ofert. Zgodnie z literalną treścią tego kryterium, obowiązkiem wykonawców było wykazanie, iż wskazywana przez nich osoba uczestniczyła w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia. Wymagana forma i sposób udziału danej osoby w tych czynnościach nie został jednak określony przez Zamawiającego, a zatem wykonawcy mogli ten fakt potwierdzić poprzez wykazanie różnych form zaangażowania danej osoby w ww. czynności odbiorowe.
13. W szczególności nie można zgodzić się z twierdzeniem jakoby posiadanie omawianego doświadczenia mogły wynikać wyłącznie z faktu udziału danego specjalisty w Komisji odbiorowej wykonującej czynności związane z ostatecznym odbiorem danej inwestycji. Proces odbioru tak dużej inwestycji jak budowa mostu wraz z wiaduktami, drogami i infrastrukturą przynależną jest bardzo skomplikowany, wieloaspektowy i wymaga zaangażowania wielu osób, posiadających określone kompetencje merytoryczne i branżowe. To właśnie te osoby dokonują zasadniczych czynności odbiorowych, potwierdzających prawidłowość wykonania robót budowlanych w poszczególnych branżach i funkcjonalnościach obiektu. Zadaniem Komisji odbiorowej jest natomiast zebranie wyników poszczególnych, dokonanych wcześniej odbiorów i na tej podstawie potwierdzenie odbioru końcowego wybudowanego obiektu. Zdecydowanie nie jest jednak tak, co sugeruje Odwołujący, że czynności Komisji odbiorowej są wyłącznymi czynnościami realizowanymi w toku procedury odbiorowej i tylko one składają się na całość tej procedury końcowego odbioru obiektu.
14. Wedle informacji potwierdzonych przez Zamawiającego, osoba wskazana przez Przystępującego faktycznie brała udział w szeregu czynnościach odbiorowych w branży mostowej świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia. Zgodnie z dokumentacją przetargową, obowiązkiem Przystępującego nie było natomiast wykazanie, że osoba ta była także członkiem Komisji odbiorowej. Twierdzenia Odwołującego w tym zakresie, są w ocenie Zamawiającego pozbawione podstaw i nie uwzględniają całokształtu czynności składających się na odbiór końcowy tak dużej inwestycji jak budowa mostu wraz z inwestycjami dodatkowymi.
15. W przedmiotowym Postępowaniu wykonawca UNIBEP S.A., ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski, Oddzia Infrastruktury UNIBEP S.A. w Białymstoku, ul. Hetmańska 92, 15-727 Białystok (Oferta Nr 7) w ramach kryterium pozacenowego „Doświadczenie Kierownika budowy – Kierownika Robót Mostowych" wskazał tę samą osobę co Przystępujący – p. D.W., oraz wymienił te same zadania na potwierdzenie doświadczenia zgodnie z opisem kryterium oceny ofert zawartym Specyfikacji Warunków Zamówienia. Zamawiający nie miał podstaw by poddać w wątpliwość doświadczenie wskazanej przez Przystępującego oraz UNIBEP S.A. osoby oraz przyjął, iż faktycznie dysponuje ona doświadczeniem opisanym w omawianym kryterium oceny ofert.
16. W konsekwencji, zdaniem Zamawiającego, zarzuty odwołania są całkowicie pozbawione podstaw i zasługują na oddalenie. Wynikają one także z błędnej interpretacji dokumentacji przetargowej obowiązującej w Postępowaniu, w zakresie rzeczywistych wymagań dotyczących potwierdzenia spełnienia kryteriów oceny ofert.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 grudnia 2022 r. pod numerem 2022/S 250-731698.

W dniu 26 czerwca 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. – Lider z siedzibą w Warszawie oraz Polimex Mostostal S.A. – Partner z siedzibą w Warszawiewniósł odwołanie wobec następujących czynności podjętych przez Zamawiającego:

(1) przyznania ofercie złożonej przez konsorcjum wykonawców w składzie: Domost Sp. z o.o. z siedzibą w Małkini Górnej (Lider), Mostostal Kielce S.A. z siedzibą w Kielcach, Raitil Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (łącznie „**Konsorcjum Domost**") maksymalnej (10) liczby punktów w ramach kryterium pozacenowego „Doświadczenie Kierownika budowy – Kierownika Robót Mostowych";

a w konsekwencji,

(2) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, za którą uznana została oferta złożona przez Konsorcjum Domost.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

(1) **art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5 Pzp** poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty

złożonej przez Konsorcjum Domost na skutek nieuzasadnionego przyznania ofercie złożonej przez Konsorcjum Domost maksymalnej (10) liczby punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika Budowy – Kierownika Robót Mostowych", podczas gdy osoba wskazana na to stanowisko – p. D.W. – nie posiada wymaganego doświadczenia pozwalającego przyznać Konsorcjum Domost punkty w tym kryterium, albowiem p. D.W. nie uczestniczył w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia przy inwestycji pn.: *„Budowa Trasy Mostu Północnego w Warszawie etap I – odcinek od węzła ul. Marymoncka do węzła ul. Modlińska w ciągu drogi krajowej nr 61",* która wskazana została przez Konsorcjum Domost w tabeli dot. kryteriów oceny ofert, co w świetle postawionych w kryterium oceny ofert jednoznacznych wymogów wyklucza możliwość akceptacji przedstawionego doświadczenia i w konsekwencji wyklucza możliwość przyznania Konsorcjum Domost maksymalnej liczby punktów w tym kryterium;

a w konsekwencji powyższego

(2) **art. 16 ust. 1 Pzp** poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. – Lider z siedzibą w Warszawie oraz Polimex Mostostal S.A. – Partner z siedzibą w Warszawie Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **DOMOST Sp. z o.o. z siedzibą w Małkinia Górna, Mostostal Kielce S.A z siedzibą w Kielcach, RAITIL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2023 r. (pismo z dnia 4 lipca 2023 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

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

Zgodnie z art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy PZP, Kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do:

5) organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1)zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, Izba odniesie się do wniosku Przystępującego o przesłuchanie w charakterze świadka Pana

D.W., jak również Odwołującego o przesłuchanie w charakterze świadka Pana A.A..
Izba wskazuje, że stosownie do art. 541 ustawy PZP, Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. W okolicznościach niniejszej sprawy, w ocenie Izby nie zachodziła potrzeba przeprowadzenia dowodu z zeznań świadków, ponieważ fakty będące ich przedmiotem zostały stwierdzone dowodami z dokumentów.
Przechodząc do warstwy merytorycznej, Izba wskazuje, że zarzut Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Domost na skutek nieuzasadnionego przyznania ofercie złożonej przez Konsorcjum Domost maksymalnej (10) liczby punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika Budowy – Kierownika Robót Mostowych", podczas gdy osoba wskazana na to stanowisko – p. D.W. – nie posiada wymaganego doświadczenia pozwalającego przyznać Konsorcjum Domost punkty w tym kryterium, albowiem p. D.W. nie uczestniczył w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia przy inwestycji pn.: *„Budowa Trasy Mostu Północnego w Warszawie etap I – odcinek od węzła ul. Marymoncka do węzła ul. Modlińska w ciągu drogi krajowej nr 61"*, jest zdaniem Izby niezasadny.
Izba zważa, że zgodnie z rozdziałem XIX ust. 3 lit. aSWZ (zgodnie z modyfikacją SWZ z dnia 22 marca 2023 r.), Zamawiający przyznawał 10 punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert poprzez wskazanie Kierownika budowy – Kierownika Robót Mostowych posiadającego większe doświadczenie tj. doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Mostowych podczas realizacji 2 zadań obejmującychbudowę lub rozbudowę lub przebudowę obiektu mostowego stałego (nie tymczasowego), tj. mostu lub wiaduktu lub estakady (nie kładki) o minimalnej ilości przęseł - 4, w tym min. 1 przęsło o rozpiętości teoretycznej min. 60m wraz z udziałem w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia.
W celu uzyskania maksymalnej liczby punktów (tj. 10 punktów) w powyższym kryterium Przystępujący wraz z ofertą, w załączniku Nr 1a do SWZ, przedstawiło osobę Pana D.W., któremu przypisano doświadczenie zawodowe na stanowisku Kierownika Robót Mostowych w następujących inwestycjach:
1) „Budowa drogi ekspresowej S-2 Południowa Obwodnica Warszawy na odcinku od węzła „Puławska" do węzła „Lubelska" Zadania „B" – od węzła Przyczółkowa (z węzłem, km około 5+050,00) do węzła „Wał Miedzeszyński" (z węzłem, km około 11+500,00) o długości ok. 6,5 km" (zadanie 1);
2) „Budowa Trasy Mostu Północnego w Warszawie etap I – odcinek od węzła ul. Marymoncka do węzła ul. Modlińska w ciągu drogi krajowej nr 61" (zadanie 2).
Izba zważa, że istota sporu sprowadzała się do tego, czy osoba wskazana przez Przystępującego, tj. Pan D.W. posiada doświadczenie zawodowe na stanowisku Kierownika Robót Mostowych w ramach zadania 2 dotyczącego budowy Trasy Mostu Północnego w Warszawie etap I – odcinek od węzła ul. Marymoncka do węzła ul. Modlińska w ciągu drogi krajowej nr 61, poprzez udział w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia.
W ocenie Izby, w ramach powyższego zarzutu, Odwołujący przyjmuje błędną wykładnię rozumienia: „udział w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia". W pierwszej kolejności Izba chciałaby podkreślić, iż forma i sposób udziału danej osoby w ww. czynnościach nie został określony przez Zamawiającego, co powoduje, iż wykonawcy, w tym Przystępujący mogli potwierdzić udział w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia poprzez wykazanie różnych form zaangażowania danej osoby w czynnościach odbiorowych.
Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że postanowienia SWZ w ramach ww. pozacenowego kryterium oceny ofert nie mówią nic o konieczności udziału danej osoby w odbiorze końcowym, ani o udziale w Komisji odbiorowej stworzonej na potrzebę odbioru końcowego, na co zwrócił uwagę na rozprawie Zamawiający, jak i Przystępujący (de facto również Odwołujący potwierdził powyższą okoliczność).
Izba zgadza się z Odwołującym, że „kryterium musi być odczytywane tak, jak brzmi – zgodnie z treścią, jaka została zawarta w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego", jednakże nie jest tak, jak argumentuje Odwołujący, że Zamawiający mógł przyznać wykonawcy 10 punktów w ramach tego kryterium wyłącznie w przypadku przedstawienia osoby, która brała udział w Komisji odbiorowej wykonującej czynności związane z ostatecznym odbiorem danej inwestycji. Izba nie podziela poglądu Odwołującego, aby czynności świadczące o zakończeniu realizacji zamówienia dotyczyły przekazania Zamawiającemu „całości przedmiotu zamówienia, nie zaś tylko jego poszczególnych elementów w ramach odbiorów częściowych". Należy zwrócić uwagę, że specjaliści z danej branży dokonują czynności odbiorowych, które potwierdzają prawidłowość wykonania robot budowlanych w poszczególnych branżach w danym obiekcie (np. w ramach robót mostowych), a czynności te są następnie podstawą do dokonania odbioru końcowego. Tym samym, Izba podziela pogląd Zamawiającego, że „zadaniem Komisji odbiorowej jest natomiast zebranie wyników poszczególnych, dokonanych wcześniej odbiorów i na tej podstawie potwierdzenie odbioru końcowego wybudowanego obiektu".

Izba zważa, że z dowodu wniesionego przez Przystępującego w postaci oświadczenia Stołecznego Zarządu Rozbudowy Miasta z dnia 4 lipca 2023 r. dotyczącego budowy Trasy Mostu Północnego – zadanie 1 etap 1, wynika jednoznacznie, że „Protokoły Odbioru Technicznego elementów Robót powstałe w toku realizacji inwestycji jw. (w tym POTER 28) są załącznikami do protokołu Odbioru Ostatecznego z dnia 21.12.2012 r., stanowią jego integralną cześć i niezbędną merytoryczną podstawę dla dokonania końcowego (ostatecznego) odbioru zadania".

Nadto z dowodu wniesionego przez Odwołującego w postaci Specyfikacji Technicznej: Wymagania ogólne, w którym mowa jest w pkt 8.4.1 w zdaniu pierwszym, iż „Odbiór ostateczny polega na finalnej ocenie rzeczywistego wykonania Robót w odniesieniu do ich ilości, jakości i wartości", oznacza w ocenie Izby tyle, iż dana osoba w ramach swoich obowiązków i pełnionej funkcji jest zobligowana wykonać dane roboty w ramach danej inwestycji, a potwierdzeniem powyższego stanowią protokoły odbioru technicznego (tak jak w niniejszej sprawie Pan D.W. brał udział w odbiorze technicznym elementu robót nr 28 dotyczący budowy Mostu Północnego MD31 – Most przez Wisłę, Wyposażenie mostów M2 i M3, o czym świadczy protokół odbioru technicznego elementu robót nr 28 z dnia 15 czerwca 2012 r. oraz świadectwo przejęcia robót z dnia 11 grudnia 2012 r.).

Tym samym, w ocenie Izby osoby, które nie są członkami Komisji Odbiorowej w ramach odbioru ostatecznego również biorą udział w czynnościach odbiorowych potwierdzających zakończenie realizacji danej inwestycji, a to oznacza, że Pan D.W. nie musiał uczestniczyć jako członek Komisji w odbiorze ostatecznym obiektu „Budowa trasy mostu Północnego od węzła z ul. Pułkową do węzła z ul. Modlińską wraz z przeprawą mostową przez Wisłę oraz trasą tramwajową", a sam brak złożenia podpisu przez Pana D.W. w protokole odbioru ostatecznego z dnia 21 grudnia 2012 r., zdaniem Izby, nie przesądza o tym, iż ww. osoba nie uczestniczyła w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia, tym bardziej, że poszczególne protokoły odbioru (jak w niniejszej sprawie protokół z dnia 15 czerwca 2012 r.) stanowią integralną część Protokołu końcowego odbioru robót.

Nadto Izba nie podziela poglądu Odwołującego, jakoby Pan D.W. brał udział wyłącznie w czynnościach zgłoszenia do odbioru zabezpieczenia antykorozyjnego konstrukcji stalowej nitek M1, M2, M3, ponieważ z dowodu w postaci protokołu odbioru technicznego elementu robót nr 28 wynika, że w ramach wyposażenia mostów M2 i M3 obejmowały swoim zakresem również m.in. znaki wysokościowe na konstrukcji, znaki żeglugowe, próbne obciążenia obiektów mostowych, a które to prace wykonywane są na koniec realizacji zadania mostowego, na co wskazywał Przystępujący na rozprawie.

Poza tym, Izba konfrontując dowód złożony przez Odwołującego w postaci oświadczenia Pana Cezarego Monkiewicza z dnia 6 lipca 2023 r., który stwierdził, iż Pan D.W. „przestał On pełnić funkcję Kierownika Robót Mostowych jeszcze przed zakończeniem ww. zadania (zamówienia)" z dowodami Przystępującego w postaci oświadczenia Pana D.W. z dnia 5 lipca 2023 r., referencji z dnia 12 listopada 2013 r. dotyczącej Pana D.W., Izba doszła do przekonania, że Pan D.W. pełnił funkcję Kierownika Robot Mostowych zarówno w dniu spisania protokołu odbioru ostatecznego z dnia 21 grudnia 2012 r., jak również w dniu 28 lutego 2013 r., który został podpisany przez członków Komisji Odbioru (Pan D.W. pełnił ww. funkcję do czerwca 2013 r.).

Z kolei w zakresie referencji dotyczącej Pana A.A. z dnia 18 września 2012 r. wynika, iż Pan A.A. pełnił w latach 2009-2012 funkcję Przedstawiciela Wykonawcy wg FIDIC oraz Kierownika Budowy przy realizacji zadania inwestycyjnego pn. Budowa Trasy Mostu północnego Zadanie 1 Etap 1 od węzła z ul. Pułkową do węzła z ul. Modlińską w Warszawie.

Izba zważa, że posiadane doświadczenie przez Pana A.A. jako Kierownika Budowy nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, ponieważ zgodnie z postanowienia SWZ, Zamawiający wymagał w ramach kryterium pozacenowego posiadanie doświadczenia jako Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Mostowych, a zdaniem Izby w realiach niniejszej sprawy Pan D.W. bezsprzecznie pełnił funkcję Kierownika Robót Mostowych.

Konkludując, w ocenie Izby, Pan D.W. spełniał warunki opisane przez Zamawiającego w postaci posiadania doświadczenia zawodowego w pełnieniu funkcji Kierownika Robót Mostowych.

Niezależnie od powyższego, Izba wzięła również pod uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu inny wykonawca (tj. UNIBEP S.A.)w ramach kryterium pozacenowego „Doświadczenie Kierownika Budowy – Kierownika Robót Mostowych" przedstawił także Pana D.W. oraz wymienił te same zadania na potwierdzenie doświadczenia zgodnie z opisem kryterium oceny ofert zawartym w Specyfikacji Warunków Zamówienia, co w ocenie Izby świadczy o dysponowaniu przez Pana D.W. doświadczeniem w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert.

W konsekwencji zdaniem Izby, Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie naruszył zasady równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, jak również zasady przejrzystości prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Pozostałe dowody w postaci świadectwa pracy Pan D.W.z dnia 30 września 2013 r., umowy nr NDZP/113/PO/6/08 z dnia 21 kwietnia 2009 r., oświadczenia Stołecznego Zarządu Rozbudowy Miasta z dnia 13.06.2023 r., tabelki dotyczącej Kierowników robót mostowych obejmująca wpisy do dzienników budowy oraz czas na budowie oraz wyciąg z dziennika budowy nr D/233/X/5P/2011, w ocenie Izby nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych

oraz § 2 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: …….

Członkowie: …….

…….