

Sygn. akt: KIO 1014/19

WYROK

z dnia 18 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 czerwca 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 03 czerwca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Vidal Y Asociados Estudio De Arquitectura SLP, Graph'it Sp. z o.o., C/Velázquez 76, 28001 Madryt** w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” w Warszawie**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Estudio Lamela Sociedad Limitada Profesional, Av. Arroyo del Santo 4, 28042 Madryt**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
- B. wykonawców wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: **„JSK Architekci” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** oraz **T4B Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **GMT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Mysłowicach** oraz **PIG Architekci Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.) poprzez przyznanie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: **„GMT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Mysłowicach** oraz **PIG Architekci Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, punktów

w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie głównego projektanta (D)” za doświadczenie zdobyte przez p. M. L. podczas realizacji projektu „Opracowanie PFU Lotniska Chopina w Warszawie” w latach 2018- 2019

2. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez przyznanie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: **„JSK Architekci” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz T4B Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** punktów w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie głównego projektanta (D)” za doświadczenie zdobyte przez p. M. R. za podczas realizacji projektu „Strategia optymalizacji rozwoju architektonicznego Terminala II PL Wrocław” w latach 2018-2019 r. oraz w zakresie naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez przyznanie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: **„JSK Architekci” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz T4B Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** punktów w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie głównego projektanta (D)” odrębnie za doświadczenia zdobyte przez p. M. R. podczas realizacji projektów „Dokumentacja projektowo-kosztorysów a dla Budowy II Terminala Pasażerskiego w Porcie Lotniczym im. Lecha Wałęsy w Gdańsku wraz z infrastrukturą” w latach 2008-2011, „Prace projektowe w dokumentacji wykonawczej i powykonawczej wraz z nadzorem autorskim dla II Terminala Pasażerskiego Portu Lotniczego im. Lecha Wałęsy w Gdańsku wraz z infrastrukturą” w latach 2010-2012 oraz „Projekt budowlany zamienny dla II Terminala Pasażerskiego Portu Lotniczego im. Lecha Wałęsy w Gdańsku wraz z infrastrukturą” w latach 2011-2012 (tj. łącznie 6 punktów),
3. W pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Przedsiębiorstwu Państwowemu „Porty Lotnicze” w Warszawie** – unieważnienie czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej i wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **GMT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Mysłowicach oraz PIG Architekci Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**,
4. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **GMT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Mysłowicach oraz PIG Architekci Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

- Konsorcjum: Vidal Y Asociados Estudio De Arquitectura SLP, Graph'it Sp. z o.o., C/Velázquez 76, 28001 Madryt** tytułem wpisu od odwołania,
- 4.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **GMT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Mysłowicach** oraz **PIG Architekci Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Vidal Y Asociados Estudio De Arquitectura SLP, Graph'it Sp. z o.o., C/Velázquez 76, 28001 Madryt** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie dokumentacji projektowej rozbudowy terminala i pirsu południowego na podstawie Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU).

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 3 czerwca 2019 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Vidal Y Asociados Estudio De Arquitectura SLP, Graph'it Sp. z o.o., C/Velázquez 76, 28001 Madryt (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności podjętych przez zamawiającego polegających na:

- niewłaściwej ocenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: GMT Sp. z o.o. oraz PiG Architekci Sp. z o.o. w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie głównego projektanta {D}” poprzez przyznanie Konsorcjum PiG maksymalnej liczby punktów (10) w ramach tego kryterium, podczas gdy Konsorcjum PiG powinno w ramach tego kryterium otrzymać 6 punktów,
- zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej Konsorcjum PiG, pomimo że Konsorcjum PiG przedstawiło w toku postępowania informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, które mogły mieć bezpośrednie przełożenie na nieuprawnione przyznanie mu maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie głównego projektanta (D)”, a w związku z tym powinno podlegać wykluczeniu z postępowania,
- niewłaściwej ocenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: JSK Architekci Sp. z o.o. oraz T4B Sp. z o.o. (Konsorcjum JSK) w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie głównego projektanta (D)” poprzez przyznanie Konsorcjum JSK maksymalnej liczby punktów (10) w ramach tego kryterium, podczas gdy Konsorcjum JSK powinno w ramach tego kryterium otrzymać 4 punkty.

Opisanym powyżej czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucili naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez przyznanie Konsorcjum PiG punktów w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie głównego projektanta (D)” za doświadczenie zdobyte przez p. M. L. podczas realizacji projektu „Opracowanie PFU Lotniska Chopina w Warszawie” w latach 2018- 2019, podczas gdy w ramach przedmiotowego kryterium powinny być

punktowane wyłącznie doświadczenia w zakresie sporządzenia dokumentacji projektowej, zaś program funkcjonalno- użytkowy nie jest dokumentacją projektową, a wyłącznie opracowaniem opisującym późniejsze zamówienie, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych,

2. art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez przyznanie Konsorcjum PIG punktów w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie głównego projektanta (D)” za doświadczenie zdobyte przez p. M. L. podczas realizacji projektu „Opracowanie dokumentacji projektowej wykonawczej Mexico City International” w roku 2017, podczas gdy zakres czynności wykonanych przez p. L. w ramach przedmiotowego projektu nie uzasadnia stwierdzenia, że sporządził on dokumentacją projektową dla budowy, rozbudowy lub przebudowy międzynarodowego lotniska terminalu pasażerskiego,

3. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum PIG z postępowania, pomimo że Konsorcjum PIG przedstawiło w wyniku zamierzonego działania informacje wprowadzające zamawiającego w błąd jakoby p. M. L. sporządził dokumentację projektową podczas realizacji projektu „Opracowanie dokumentacji projektowej wykonawczej Mexico City International” w roku 2017, co w miało istotny wpływ na decyzje podjęte przez zamawiającego w postępowaniu, tj. na ocenę oferty Konsorcjum PIG w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie głównego projektanta (D)” a więc powinno skutkować wykluczeniem Konsorcjum PIG z postępowania,

ewentualnie:

art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum PIG z postępowania, pomimo że Konsorcjum PIG przedstawiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacje wprowadzające zamawiającego w błąd jakoby p. M. L. sporządził dokumentację projektową podczas realizacji projektu „Opracowanie dokumentacji projektowej wykonawczej Mexico City International w roku 2017, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podjęte przez zamawiającego w postępowaniu, tj. na ocenę oferty Konsorcjum PIG w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie głównego projektanta (D)”, a więc powinno skutkować wykluczeniem Konsorcjum PIG z postępowania,

4. art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez przyznanie Konsorcjum JSK punktów w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie głównego projektanta (D)” za doświadczenie zdobyte przez p. M. R. podczas realizacji projektu „Strategia optymalizacji rozwoju architektonicznego Terminala II PL Wrocław” w latach 2018-2019, podczas gdy w ramach przedmiotowego kryterium powinny być punktowane wyłącznie doświadczenia w zakresie sporządzenia dokumentacji projektowej, zaś strategia optymalizacji rozwoju architektonicznego nie jest

dokumentacją projektową, a wyłącznie bliżej nieokreślonym opracowaniem mającym na celu uniemożliwienie opracowania dokumentacji projektowej w późniejszym terminie,

5. art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez przyznanie Konsorcjum JSK punktów w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie głównego projektanta (D)” odrębnie za doświadczenia zdobyte przez p. M. R. podczas realizacji projektów „Dokumentacja projektowo-kosztorysów a dla Budowy II Terminala Pasażerskiego w Porcie Lotniczym im. Lecha Wałęsy w Gdańsku wraz z infrastrukturą” w latach 2008-2011, „Prace projektowe w dokumentacji wykonawczej i powykonawczej wraz z nadzorem autorskim dla II Terminala Pasażerskiego Portu Lotniczego im. Lecha Wałęsy w Gdańsku wraz z infrastrukturą” w latach 2010-2012 oraz „Projekt budowlany zamienny dla II Terminala Pasażerskiego Portu Lotniczego im. Lecha Wałęsy w Gdańsku wraz z infrastrukturą” w latach 2011- 2012 (tj. łącznie 6 punktów), podczas gdy wszystkie wskazane projekty stanowią w istocie jedną realizację polegającą na sporządzeniu dokumentacji projektowej dla budowy, rozbudowy lub przebudowy międzynarodowego lotniska terminalu pasażerskiego w Porcie Lotniczym im. Lecha Wałęsy w Gdańsku, a więc zamawiający powinien potraktować je jako jedno doświadczenie i przyznać za nie łącznie 2 punkty.

W związku z powyżej wskazanymi zarzutami odwołujący wnieśli o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) odwołania i jego uwzględnienie w całości.
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie.
3. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej i dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu poprzez:
 - a) nakazanie zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum PIG z postępowania, ewentualnie:

nakazanie zamawiającemu zmiany oceny oferty Konsorcjum PIG w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie głównego projektanta (D)” poprzez przyznanie ofercie złożonej przez Konsorcjum PIG 6 punktów w ramach przedmiotowego kryterium,
 - b) nakazanie zamawiającemu zmiany oceny oferty Konsorcjum JSK w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie głównego projektanta (D)” poprzez przyznanie ofercie złożonej przez Konsorcjum JSK 4 punktów w ramach przedmiotowego kryterium.

4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołujących kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołujących na rozprawie.

Odwołujący podnieśli, że są uprawnieni do wniesienia niniejszego odwołania, albowiem spełnione zostały przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. Odwołujący mają interes w uzyskaniu zamówienia w ramach postępowania, gdyż w wyniku naruszenia przez zamawiającego wyżej wskazanych przepisów ustawy p.z.p. interes odwołującego jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia może doznać uszczerbku. Odwołujący są wykonawcami, którzy zostali zaproszeni przez zamawiającego do udziału w aukcji elektronicznej. Z uwagi na sformułowane w postępowaniu kryteria oceny ofert, liczba punktów uzyskanych w ramach pozacenowych kryteriów (tj. w szczególności w ramach kryterium „Doświadczenie głównego projektanta (D)”) będzie miała bezpośrednie przełożenie na wysokość dokonywanych przez wykonawców postąpień cenowych w ramach aukcji elektronicznej. Innymi słowy, im wyższa punktacja uzyskana przez konkurencyjnych wobec odwołujących wykonawców w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert, tym mniej będą musieli oni obniżyć zaoferowane pierwotnie w postępowaniu ceny, aby uzyskać zamówienie. W interesie odwołujących, którzy złożyli ofertę będącą w chwili obecnej najkorzystniejszą pod względem kryterium ceny oraz uzyskał maksymalną liczbę punktów w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert jest zaś oczywiście utrzymanie pierwszej pozycji w rankingu w toku aukcji elektronicznej, a w dalszej kolejności - wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podnieśli, że zgodnie z treścią specyfikacji obowiązującej w postępowaniu, przy wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający kieruje się następującymi kryteriami: Cena (C) - 60%, termin realizacji (T) - 30% oraz doświadczenie głównego projektanta (D) -10%,

W zakresie kryterium dotyczącego doświadczenia głównego projektanta, po modyfikacji s.i.w.z. z dnia 1 marca 2019 roku, zamawiający miał przyznać wykonawcy 2 punkty za każdą dodatkową realizację (ponad warunek udziału w postępowaniu) dokonaną przez Głównego projektanta polegającą na sporządzaniu dokumentacji projektowej dla budowy, rozbudowy lub przebudowy międzynarodowego lotniskowego terminalu pasażerskiego o przepustowości rocznej na poziomie co najmniej 3 mln pasażerów. Maksymalna liczba punktów w zakresie przedmiotowego kryterium wynosi 10 pkt (w przypadku wskazania 5 realizacji ponad warunek udziału w postępowaniu).

Przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu zostało złożone pięć ofert, w tym oferty odwołujących, Konsorcjum PIG oraz Konsorcjum JSK.

Konsorcjum PIG wskazało w ofercie na stanowisko Głównego projektanta p. M. L.. W załączonym do oferty wykazie osób, uwzględnione zostały:

- dwa doświadczenia p. M. L. na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu oraz
- pięć dodatkowych doświadczeń p. M. L. na potrzeby oceny oferty Konsorcjum PIG w ramach kryterium Doświadczenie głównego projektanta.

Konsorcjum JSK wskazało w ofercie na stanowisko Głównego projektanta p. M. R.. W załączonym do oferty wykazie osób, uwzględnione zostały:

- jedno doświadczenie p. M. R. na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz
- pięć dodatkowych doświadczeń p. M. R. na potrzeby oceny oferty Konsorcjum JSK w ramach kryterium Doświadczenie głównego projektanta.

W dniu 18 kwietnia 2019 roku zamawiający opublikował informację o wynikach oceny ofert złożonych przez wykonawców na etapie przed przystąpieniem do aukcji elektronicznej. Konsorcjum PIG w ramach kryterium Doświadczenie głównego projektanta zostało przyznane (tj. zamawiający uznał trzy z pięciu dodatkowych doświadczeń p. M. L.), zaś Konsorcjum JSK-4 punkty (tj. Zamawiający uznał dwa z pięciu dodatkowych doświadczeń p. M. R.).

Następnie, w dniu 23 maja 2019 roku zamawiający opublikował kolejną informację o wynikach oceny ofert złożonych przez wykonawców na etapie przed przystąpieniem do aukcji elektronicznej. Tym razem, zarówno Konsorcjum PIG jak i Konsorcjum JSK w ramach kryterium Doświadczenie głównego projektanta otrzymały maksymalną możliwą liczbę punktów, tj. 10 punktów. Innymi słowy, zamawiający uznał wszystkie dodatkowe doświadczenia p. M. L. oraz p. M. R.

Odwołujący podnieśli, że z analizy opisu przedmiotowego kryterium oceny ofert wynikają niezbiecnie dwa aspekty istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Po pierwsze, zamawiający może uznać wyłącznie takie doświadczenia, które polegają na sporządzeniu dokumentacji projektowej. Po drugie, zamawiający może punktować każdą realizację tylko jeden raz.

Odwołujący przywołali § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury wydanego na mocy powyższej delegacji ustawowej, z którego wynika, że dokumentacja projektowa składa się w szczególności z:

- 1) projektu budowlanego w zakresie uwzględniającym specyfikę robót budowlanych,
- 2) projektów wykonawczych w zakresie, o którym mowa w § 5
- 3) przedmiaru robót w zakresie o którym mowa w § 6 rozporządzenia.

W ocenie odwołujących, kierując się dyspozycją art. 91 ust. 2 ustawy P.z.p., zgodnie z którą pozacenowe kryteria oceny ofert muszą być powiązane z przedmiotem zamówienia należy stwierdzić, że w ramach doświadczenia Głównego projektanta zamawiający powinien punktować wyłącznie te projekty, które obejmowały wykonanie przynajmniej części dokumentacji projektowej w rozumieniu rozporządzenia.

Odwołujący wskazali, że w opisie kryterium Doświadczenie głównego projektanta zostało przewidziane wprost, że punktowana przez zamawiającego będzie każda dodatkowa realizacja.

Choć pojęcie to nie posiada definicji legalnej, to w ocenie odwołujących należy przyjąć, że powinno być ono odczytywane w kontekście odrębnego obiektu budowlanego w rozumieniu art. 3 pkt 1 Prawa budowlanego⁴ (tj. odrębnego międzynarodowego lotniskowego terminalu pasażerskiego). Innymi słowy, różne części dokumentacji projektowej w rozumieniu rozporządzenia ws. dokumentacji projektowej dla tego samego obiektu powinny być punktowane łącznie. Innymi słowy, aby otrzymać maksymalną możliwą liczbę punktów (10 punktów) za posiadane doświadczenie, Główny projektant powinien wykazać się opracowaniem dokumentacji

Odnosząc się do zarzutów dot. konsorcjum PIG odwołujący podnieśli, że zamawiający nie powinni przyznać Konsorcjum PIG punktów za doświadczenie p. M. L. pn. Opracowanie PFU Lotniska Chopina w Warszawie, bowiem doświadczenie to nie polegało na sporządzeniu dokumentacji projektowej, ale programu funkcjonalno-użytkowego. Program funkcjonalno-użytkowy stanowi opracowanie wcześniejsze niż dokumentacja projektowa - to na podstawie PFU sporządzana jest bowiem następnie dokumentacja projektowa. Dowodzi temu również fakt, że doświadczenie p. L. dotyczy opracowania PFU dla rozbudowy Lotniska Chopina, na podstawie którego zostało wszczęte niniejsze postępowanie obejmujące właśnie wykonanie dokumentacji projektowej). Innymi słowy, gdyby uznać, że p. L. opracował już dokumentację projektową dla przedmiotowego projektu rozbudowy terminala, to nie byłoby konieczności prowadzenia niniejszego postępowania.

W ocenie odwołujących, zamawiający nie powinien przyznać Konsorcjum PIG punktów również za doświadczenie p. M. L. pn. Opracowanie dokumentacji projektowej wykonawczej Mexico City International, bowiem pan L. nie jest autorem wskazanej dokumentacji projektowej (tj. nie nabył doświadczenia przy jej sporządzaniu). Projekt nowego lotniska Mexico City International został opracowany przez meksykańskie studio architektoniczne F. R. we współpracy z brytyjskim studium N. F. (Poster and Partners) oraz holenderską firmą konsultingowo-inżynierską Netherlands Airports Consultants.

Co za tym idzie, z informacji uzyskanych przez odwołujących wynika, że p. M. L. nie jest autorem dokumentacji projektowej wykonawczej lotniska Mexico City International, a co za tym idzie - nie mógł nabyć doświadczenia w tym zakresie.

Odwołujący stwierdzili, że skazanie przez Konsorcjum PiG w wykazie osób złożonym wraz z ofertą nieistniejącego doświadczenia p. L. niewątpliwie nastąpiło w zamierzony sposób. Świadczy o tym w szczególności fakt, że p. L. nie jest zasobem zewnętrznym Konsorcjum PiG, a członkiem zespołu jednego z konsorcjantów - PiG Architekci Sp. z o.o. Innymi słowy, Konsorcjum PiG musiało (a przynajmniej powinno) zdawać sobie sprawę, że p. L. nie sporządził dokumentacji projektowej wykonawczej dla lotniska Mexico City International. Biorąc zaś pod uwagę, że podanie tej nieprawdziwej informacji w wykazie osób mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego (tj. w szczególności na ocenę oferty Konsorcjum PiG w ramach kryterium oceny Doświadczenie głównego projektanta), to Konsorcjum PiG winno podlegać wykluczeniu z postępowania w oparciu o treść art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 ustawy P.z.p ..

Z ostrożności procesowej, odwołujący podnieśli, że Konsorcjum PiG nie powinno otrzymać punktów za doświadczenie p. L. polegające na opracowaniu dokumentacji projektowej wykonawczej dla lotniska Mexico City International.

W zakresie zarzutów dotyczących Konsorcjum JSK odwołujący podnieśli, że pierwotna ocena oferty Konsorcjum JSK w ramach kryterium oceny Doświadczenie głównego projektanta (Konsorcjum JSK otrzymało wówczas. 4 punkty) została skutecznie zakwestionowana przez ten podmiot. Postępowanie odwoławcze w sprawie toczącej się pod sygn. akt KIO 771/19 zostało bowiem umorzone po uwzględnieniu zarzutów odwołania przez zamawiającego w całości.

Odwołujący podnieśli, że w odniesieniu do projektu pn. Strategia optymalizacji rozwoju architektonicznego Terminala II PL Wrocław zamawiający już w ramach pierwotnej oceny oferty Konsorcjum JSK zauważył trafnie, że strategia optymalizacji rozwoju architektonicznego nie jest dokumentacją projektową. Ocena dokonana przez zamawiającego w tym zakresie nie została zaś zakwestionowana przez odwołującego w odwołaniu w sprawie KIO 771/19. odwołania).

Skoro zaś odwołujący nie sformułowali w odwołaniu zarzutu w tym zakresie tj. w żaden sposób nie polemizował ze stwierdzeniem, że sporządzona przez p. R. strategia nie stanowi dokumentacji projektowej), to konsekwentnie zamawiający nie mógł takiego zarzutu uznać. Innymi słowy, nie sposób twierdzić, że po uznaniu odwołania zamawiający był zobowiązany przyznać Konsorcjum JSK punkty za doświadczenie p. M. R. polegające na sporządzeniu strategii optymalizacji rozwoju architektonicznego.

W kontekście powyższego, musi budzić zdziwienie fakt, że zamawiający w dniu 23 maja 2019 roku ostatecznie przyznał Konsorcjum JSK punkty za sporządzenie przez p. M. R. strategii optymalizacji rozwoju architektonicznego. Zarówno bowiem dla odwołującego, zamawiającego, jak i - wydaje się - również dla Konsorcjum JSK, oczywiste jest, że strategia ta nie jest dokumentacją projektową (tj. nie doszło do opracowania w jej ramach żadnej części dokumentacji projektowej w rozumieniu rozporządzenia ws. dokumentacji projektowej, a w szczególności projektu budowlanego ani projektu wykonawczego).

Z uwagi na powyższe, Konsorcjum JSK nie powinno otrzymać punktów za doświadczenie p. R. polegające na sporządzeniu strategii optymalizacji rozwoju architektonicznego Terminala II Portu Lotniczego we Wrocławiu. W ocenie odwołujących, zamawiający powinien przyznać Konsorcjum JSK łącznie 2 punkty za doświadczenia p. M. R. polegające na sporządzeniu (i) „Dokumentacji projektowo- kosztorysowa dla Budowy li Terminala Pasażerskiego w Porcie Lotniczym im. Lecha Wałęsy w Gdańsku wraz z infrastrukturą” w latach 2008-2011 („Projekt 1”), (ii) „Prac projektowych w dokumentacji wykonawczej i powykonawczej wraz z nadzorem autorskim dla U Terminala Pasażerskiego Portu Lotniczego im. Lecha Wałęsy w Gdańsku wraz z infrastrukturą” w latach 2010- 2012 („Projekt 2”) oraz (iii) „Projektu budowlanego zamiennego dla II Terminala Pasażerskiego Portu Lotniczego im. Lecha Wałęsy w Gdańsku wraz z infrastrukturą” w latach 2011- 2012 („Projekt 3”). Wszystkie wymienione powyżej opracowania dotyczą bowiem w istocie elementów tej samej dokumentacji projektowej sporządzonej dla tego samego obiektu budowlanego tj. II terminala pasażerskiego w Porcie Lotniczym im. Lecha Wałęsy w Gdańsku. Co za tym idzie, stanowią one jedną, a nie trzy odrębne, realizacje.

Odwołujący na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego oświadczyli, że cofają zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez przyznanie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: GMT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Mysłowicach oraz PIG Architekci Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, punktów w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie głównego projektanta (D)” za doświadczenie zdobyte przez p. M. L. podczas realizacji projektu „Opracowanie PFU Lotniska Chopina w Warszawie” w latach 2018- 2019.

Przystępujący Estudio Lamela Sociedad Limitada Profesional poparł stanowisko odwołujących i wniósł o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego oświadczył, że wobec cofnięcia przez odwołujących jednego z zarzutów uwzględni pozostałe zarzuty odwołania.

Przystępujący do postępowania pod stronie zamawiającego wnieśli sprzeciwy wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Przystępujący PIG w piśmie procesowym z dnia 17 czerwca 2019 roku wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości,
2. dopuszczenie dowodów powołanych w treści odpowiedzi na odwołanie.

Przystępujący PIG podniósł, że pismem z dnia 29 kwietnia 2019 r., w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 25 kwietnia 2019 r. przedmiotem którego było wezwanie do wyjaśnienia treści złożonej oferty, przystępujący PIG wyjaśnił i w szczególności wskazał, że wskazany w załączniku do oferty — Wykaz osób, projekt przyporządkowany Panu M. L. pn.: „Realizacja budynku pirsu zachodniego wraz ze zmianami aranżowanymi w strefach centralnej kontroli bezpieczeństwa, w hali odbioru bagażu oraz korytarzu tranzytowym drugiego terminalu pasażerskiego w Porcie Lotniczym im. Lecha Wałęsy w Gdańsku.” jest projektem spełniającym warunek udziału w postępowaniu określony w pkt. V.1.2) b) 1) lit c. s.i.w.z. tj.

Główny Projektant / Koordynator Zespołu Projektowego:

c. posiada doświadczenie na odpowiednim poziomie jakości tj. w ciągu ostatnich 10 lat, przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję Głównego Projektanta (rozumiane w myśl zapisów ustawy z dnia 7.7.1994r. Prawo budowlane) przy sporządzaniu co najmniej jednej dokumentacji projektowej dla budowy, rozbudowy lub przebudowy, międzynarodowego lotniskowego terminalu pasażerskiego o przepustowości rocznej na poziomie, co najmniej 5 mln pasażerów. Wartość dokumentacji projektowej powinna wynosić minimum 1 000 000 PLN (jeden milion PLN). '

Dodatkowo w wyjaśnieniach przystępującego PIG wskazano, że pozostałe 5 projektów powinny podlegać punktowaniu jako projekty dodatkowe (tj. punkty przyznane w kryterium doświadczenie „doświadczenie głównego projektanta” powinny wynosić 10 pkt, a nie jak to uczynił zamawiający — 6 pkt.).

Na skutek złożonych wyjaśnień zamawiający dokonał ponownej oceny oferty przyznając jej 10 punktów.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących wykonania projektu - Opracowanie dokumentacji projektowej wykonawczej Mexico City International, przystępujący PIG podniósł,

że dowody przedstawione przez odwołujących w żadnym wypadku nie wskazują osób będących projektantami w ramach realizacji opracowań projektowych. W szczególności z przedłożonej informacji wynika wyłącznie, że określone podmioty w ramach współpracy realizowały projekt nowego lotniska. Przedmiotowy dowód w żadnym wypadku nie wyłącza (wyklucza) możliwości, aby p. M. L., jako projektant, brał udział w opracowaniu dokumentacji projektowej.

Przystępujący PIG wskazał, że Firma SERVICIOS SMART FREE A TU NIVEL S.A. DE C.V. wraz z firmą F. and Partners są projektantem Mexico City Airport. Firma FR-EE zwróciła się do PiG Architekci Sp. z o.o. w 2016 r. z zapytaniem o wsparcie przy projekcie wykonawczym. Po podpisaniu dokumentu o zachowaniu poufności oraz udostępnieniu wszystkich materiałów projektowych, strony odbyły szereg rozmów i wideokonferencji, na których został naświetlony zakres oczekiwanych prac. Po ustaleniu zakresu i akceptacji oferty Spółki PiG Architekci, została przygotowana, a następnie podpisana umowa na prace projektowe. W trakcie rozmów, rola Spółki PiG Architekci została precyzyjnie określona. Zgodnie z umową zawartą pomiędzy Spółką PiG Architekci a Servicios Smart Free, Wykonawca tj. PiG Architekci Sp. z o.o. zapewnił zespół w składzie Kierownika Projektu oraz dwóch architektów, którzy wykonali prace projektowe w zakresie liczby detali/ szczegółów (rysunki w skali 1:20, 1:10, 1: 5).

Zadaniem Spółki PiG Architekci było stworzenie zespołu projektowego wraz z liderem, który miał ściśle współpracować z kierownikiem projektu z ramienia firmy FR-EE. Zadaniem Spółki PiG Architekci było doprojektowywanie szczegółów i detali połączeń wewnętrznych elementów lotniska, takich jak podłogi, sufity i ściany. Na podstawie otrzymanych layout'ów ogólnych sekcji, Spółka PiG Architekci określał trudne miejsca styków i tworzył rysunki z detalami. Koordynacja i konsultacje odbywały się na cyklicznych wideokonferencjach. Rozliczenia dokonywane były co miesiąc, czego dowodem są przesyłane faktury oraz płatności. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że przystępujący PIG nie wskazywał w ramach wykazywanego doświadczenia projektanta, że jest do doświadczenie Głównego Projektanta.

Wobec powyższego również zarzut dotyczący doświadczenia projektanta M. L. w ww. zakresie jest chybiony.

Odnosząc się do zarzutu zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum PIG z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd, przystępujący PIG stwierdził, że zarzut należy uznać za całkowicie chybiony. Przystępujący jednoznacznie wykazał na czym polega doświadczenie projektanta — p. M. L. Żadne z oświadczeń zawartych w ofercie

przystępującego PIG nie może być uznane za mające na celu wprowadzenie w błąd zamawiającego.

Przystępujący Konsorcjum: "JSK Architekci" Sp. z o.o., T4B Sp. z o.o. na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutów 4 i 5 odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy P.z.p. Wskazał, że czynność zaskarżona odwołaniem została przez zamawiającego wykonana w wyniku uwzględnienia przez zamawiającego odwołania wniesionego przez przystępującego. Zamawiający wykonał czynność zgodnie z żądaniem wskazanym w odwołaniu. Odwołujący przystąpili wówczas do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i nie wnieśli sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Zamawiający wówczas uznał zarzuty odwołania w całości, Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie postanowieniem o sygn. KIO 771/19.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z treścią specyfikacji obowiązującej w postępowaniu, przy wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający kieruje się następującymi kryteriami: Cena (C) - 60%, termin realizacji (T) - 30% oraz doświadczenie głównego projektanta (D) -10%,

W zakresie kryterium dotyczącego doświadczenia głównego projektanta, po modyfikacji s.i.w.z. z dnia 1 marca 2019 roku, zamawiający miał przyznać wykonawcy 2 punkty za każdą dodatkową realizację (ponad warunek udziału w postępowaniu) dokonaną przez Głównego projektanta polegającą na sporządzaniu dokumentacji projektowej dla budowy, rozbudowy lub przebudowy międzynarodowego lotniskowego terminalu pasażerskiego o przepustowości rocznej na poziomie co najmniej 3 mln pasażerów. Maksymalna liczba punktów w zakresie przedmiotowego kryterium wynosi 10 pkt (w przypadku wskazania 5 realizacji ponad warunek udziału w postępowaniu).

Przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu zostało złożone pięć ofert, w tym oferty odwołujących, Konsorcjum PIG oraz Konsorcjum JSK.

Konsorcjum PIG wskazało w ofercie na stanowisko Głównego projektanta p. M. L. W załączonym do oferty wykazie osób, uwzględnione zostały:

- dwa doświadczenia p. M. L. na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu oraz
- pięć dodatkowych doświadczeń p. M. L. na potrzeby oceny oferty Konsorcjum PIG w ramach kryterium Doświadczenie głównego projektanta.

Pan M. L. jest członkiem zarządu jednego z członków przystępującego konsorcjum – PIG Architekci Sp. z o.o.

Konsorcjum JSK wskazało w ofercie na stanowisko Głównego projektanta p. M. R. W załączonym do oferty wykazie osób, uwzględnione zostały:

- jedno doświadczenie p. M. R. na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz
- pięć dodatkowych doświadczeń p. M. R. na potrzeby oceny oferty Konsorcjum JSK w ramach kryterium Doświadczenie głównego projektanta.

W dniu 18 kwietnia 2019 roku zamawiający opublikował informację o wynikach oceny ofert złożonych przez wykonawców na etapie przed przystąpieniem do aukcji elektronicznej. Konsorcjum PIG w ramach kryterium Doświadczenie głównego projektanta zostało przyznane (tj. zamawiający uznał trzy z pięciu dodatkowych doświadczeń p. M. L.), zaś Konsorcjum JSK- 4 punkty (tj. Zamawiający uznał dwa z pięciu dodatkowych doświadczeń p. M. R.).

W dniu 26 kwietnia 2019 roku JSK Architekci Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na nieprawidłowej ocenie oferty złożonej przez JSK Architekci Sp. z o.o. w postępowaniu na potrzeby punktacji przed otwarciem aukcji elektronicznej.

JSK Architekci zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 91 b w zw. z art. 91 ustawy P.z.p. oraz pkt. XV.1.4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (s.i.w.z.) poprzez niezgodne z zasadami oceny ofert ustalonymi w s.i.w.z. dla niniejszego postępowania przyznanie, podczas oceny złożonej przez wykonawcę oferty na potrzeby punktacji przed otwarciem aukcji elektronicznej, jedynie 4 punktów w zakresie kryterium „Doświadczenie Głównego projektanta”, w efekcie czego oferta JSK Architekci uzyskała zaniżoną ocenę, a w konsekwencji czego JSK Architekci został sklasyfikowany na niższej pozycji, niż powinien, co istotnie utrudnia lub nawet uniemożliwia JSK Architekci uzyskanie zamówienia w ramach prowadzonej aukcji elektronicznej;

2) art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie przez zamawiającego wezwania JSK Architekci do złożenia wyjaśnień w zakresie kryterium „Doświadczenie głównego projektanta” w sytuacji ewentualnego powstania wątpliwości co do treści załącznika do oferty JSK Architekci zatytułowanego „Wykaz osób”, co w konsekwencji prowadziło do niewyjaśnienia powstałych wątpliwości oraz niezasadnego przyznania JSK Architekci jedynie 4 punktów, zamiast 10 punktów;

3) art. 7 ustawy P.z.p. poprzez nierówne traktowanie poszczególnych wykonawców i niejednolity sposób interpretacji dokonanego przez wykonawców opisu w zakresie kryterium „Doświadczenie głównego projektanta”, a w konsekwencji odmienną ocenę załącznika „Wykaz osób” zaprezentowanego przez JSK Architekci od oceny załącznika „Wykaz osób” przedstawionego przez innych wykonawców, pomimo takiego samego sposobu opisu doświadczenia głównego projektanta w zakresie wykonanych realizacji.

Wobec powyższego JSK Architekci wniósł o powtórzenie czynności badania i oceny ofert na potrzeby ustalenia pozycji JSK Architekci w toku aukcji elektronicznej oraz przyznanie JSK Architekci, zgodnie z s.i.w.z., po 2 punkty za każdą z wskazanych w ofercie JSK Architekci dodatkowych pięciu realizacji głównego projektanta, to jest łącznie 10 punktów.

JSK Architekci wskazał, że w swojej ofercie wskazał pięć dodatkowych realizacji, opisując je ich oficjalnymi nazwami nadanymi przez instytucje zamawiające, poprzedzając dodatkowo ich wymienienie akapitem, opisującym ich zakres:

1, Dokumentacja projektowo-kosztorysowa dla Budowa II Terminala Pasażerskiego w Porcie Lotniczym im. Lecha Wałęsy w Gdańsku wraz z infrastrukturą Lata 20082011 / przepustowość co najmniej 3 mln PAX/rok

2. Prace projektowe w postaci dokumentacji wykonawczej i powykonawczej wraz z nadzorem autorskim dla II Terminala Pasażerskiego Portu Lotniczego im. Lecha Wałęsy w Gdańsku wraz z infrastrukturą. Lata 2010-2012 /przepustowość co najmniej 3 mln PAX/rok

3. Projekt Budowlany zamienny dla II Terminala Pasażerskiego Portu Lotniczego im Lecha Wałęsy w Gdańsku wraz z infrastrukturą, Lata 2011-2012/ przepustowość co najmniej 3 mln PAX/rok

4. Budowa Terminala Pasażerskiego Międzynarodowego Portu Lotniczego we Wrocławiu wraz z infrastrukturą, Lata 2007-2012 /przepustowość co najmniej 3 mln PAX/rok

5. Strategia optymalizacji rozwoju architektonicznego Terminala II PL Wrocław. Lata 20182019 / przepustowość co najmniej 3 mln PAX/rok”.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w piśmie z dnia 30 kwietnia 2019 r. przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (Konsorcjum): VIDAL Y ASOCIADOS ESTUDIO DE ARQUITECTURA SLP (lider) z Madrytu, Hiszpania), GRAPH'IT sp. z o.o. z Warszawy wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w piśmie z dnia 7 maja 2019 r. oświadczył, że odpowiadając na odwołanie wniesione w dniu 26 kwietnia br., działając na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy P.z.p. uznaje w całości żądania JSK Architekci przedstawione w odwołaniu.

Przystępujący do przedmiotowego postępowania oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania i niewniesienia sprzeciwu przez przystępującego Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 10 maja 2019 r. sygn. akt KIO 771/19 umorzyła postępowanie odwoławcze.

W dniu 23 maja 2019 roku zamawiający opublikował kolejną informację o wynikach oceny ofert złożonych przez wykonawców na etapie przed przystąpieniem do aukcji elektronicznej. Konsorcjum PIG i Konsorcjum JSK w ramach kryterium Doświadczenie głównego projektanta otrzymały maksymalną możliwą liczbę punktów, tj. 10 punktów. Zamawiający uznał wszystkie dodatkowe doświadczenia p. M. L. oraz p. M. R.

Zgodnie z umową zawartą pomiędzy Spółką PIG Architekci a Servicios Smart Free, wykonawca tj. PIG Architekci Sp. z o.o. zapewnił zespół w składzie Kierownika Projektu oraz dwóch architektów, którzy wykonali prace projektowe w zakresie liczby detali/ szczegółów (rysunki w skali 1:20, 1:10, 1: 5).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia:

1) art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez przyznanie Konsorcjum PIG punktów w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie głównego projektanta (D)” za doświadczenie zdobyte przez p. M. L. podczas realizacji projektu „Opracowanie dokumentacji projektowej wykonawczej Mexico City International” w roku 2017, podczas gdy zakres czynności wykonanych przez p. L. w ramach przedmiotowego projektu nie uzasadnia stwierdzenia, że sporządził on dokumentacją projektową dla budowy, rozbudowy lub przebudowy międzynarodowego lotniska terminalu pasażerskiego,

2) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum PIG z postępowania, pomimo że Konsorcjum PIG przedstawiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacje wprowadzające zamawiającego w błąd jakoby p. M. L. sporządził dokumentację projektową podczas realizacji projektu „Opracowanie dokumentacji projektowej wykonawczej Mexico City International w roku 2017, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podjęte przez zamawiającego w postępowaniu, tj. na ocenę oferty Konsorcjum PIG w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie głównego projektanta (D)”, a więc powinno skutkować wykluczeniem Konsorcjum PIG z postępowania.

Odwołanie podlega odrzuceniu w zakresie zarzutów naruszenia art. 91 ust. 1 P.z.p. poprzez przyznanie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: „JSK Architekci” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz T4B Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie punktów w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie głównego projektanta (D)” za doświadczenie zdobyte przez p. M. R. za podczas realizacji projektu „Strategia optymalizacji rozwoju architektonicznego Terminala II PL Wrocław” w latach 2018-2019 r. oraz w zakresie naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez przyznanie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: „JSK Architekci” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz T4B Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie punktów w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie głównego projektanta (D)” odrębnie za doświadczenia zdobyte przez p. M. R. podczas realizacji projektów „Dokumentacja projektowo-kosztorysów a dla Budowy II Terminala Pasażerskiego w Porcie Lotniczym im. Lecha Wałęsy w Gdańsku wraz z infrastrukturą” w latach 2008-2011, „Prace projektowe w dokumentacji wykonawczej i powykonawczej wraz z nadzorem autorskim dla II Terminala Pasażerskiego Portu Lotniczego im. Lecha Wałęsy w Gdańsku wraz z infrastrukturą” w latach 2010-2012 oraz „Projekt budowlany zamienny dla II Terminala Pasażerskiego Portu Lotniczego im. Lecha Wałęsy w Gdańsku wraz z infrastrukturą” w latach 2011- 2012 (tj. łącznie 6 punktów).

W dniu 26 kwietnia 2019 roku JSK Architekci Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na nieprawidłowej ocenie oferty złożonej przez JSK Architekci Sp. z o.o. w postępowaniu na potrzeby punktacji przed otwarciem aukcji elektronicznej. Zamawiający w piśmie z dnia 7 maja 2019 r. oświadczył, że odpowiadając na odwołanie wniesione w dniu 26 kwietnia br., działając na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy P.z.p. uznaje w całości żądania JSK Architekci przedstawione w odwołaniu. W dniu 23 maja 2019 roku zamawiający opublikował kolejną informację o wynikach oceny ofert złożonych przez wykonawców na etapie przed przystąpieniem do aukcji elektronicznej. Konsorcjum JSK w ramach kryterium Doświadczenie głównego projektanta otrzymało maksymalną możliwą liczbę punktów, tj. 10 punktów. Zamawiający uznał wszystkie dodatkowe doświadczenia p. M. R.

Przedmiotowe odwołanie dotyczy przyznania punktów za te same usługi, które były wskazane w odwołaniu z dnia 26 kwietnia 2019 roku.

Zgodnie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy P.z.p. Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że dotyczy ono czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Hipoteza tej normy obejmuje czynności wykonane przez zamawiającego na skutek wyroku Izby lub sądu lub w wyniku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, aby uniemożliwić wystąpienia w obrocie sytuacji ponownego orzekania w tej samej instancji o tym samym. Art. 189 ust. 2 pkt 5 stanowi urzeczywistnienie w postępowaniu odwoławczym wywodzącej się z procedury cywilnej zasady powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*), która ma zapobiegać ponownemu orzekaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą w tej samej sprawie (tak np. Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu z dnia 27 sierpnia 2015 roku, sygn. akt KIO 1744/15).

Odwołanie podlega umorzeniu w zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez przyznanie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: „GMT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Mysłowicach oraz PIG Architekci Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, punktów w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie głównego projektanta (D)” za doświadczenie zdobyte przez p. M. L. podczas realizacji projektu „Opracowanie PFU Lotniska Chopina w Warszawie” w latach 2018- 2019

Izba na zasadzie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy P.z.p. umorzyła wskazany wyżej zarzut z uwagi na jego cofnięcie przez odwołującego w oświadczeniu złożonym na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 18 czerwca 2019 roku.

Odnosząc się do zarzutów uznanych przez Izbę za uzasadnione Izba wskazuje, że odwołujący zakwestionował czynność zamawiającego, polegającą na przyznaniu Konsorcjum PIG punktów w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie głównego projektanta (D)” za doświadczenie zdobyte przez p. M. L. podczas realizacji projektu „Opracowanie dokumentacji projektowej wykonawczej Mexico City International” w roku 2017, podczas gdy zakres czynności wykonanych przez p. L. w ramach przedmiotowego projektu nie uzasadnia stwierdzenia, że sporządził on dokumentacją projektową dla budowy, rozbudowy lub przebudowy międzynarodowego lotniska terminalu pasażerskiego.

Izba przeprowadziła dowód ze złożonej przez odwołującego korespondencji z faktycznym wykonawcą dokumentacji projektowej – firmą F. R., z której wynika, że Pan M. L. nie uczestniczył w realizacji wskazanego projektu.

Przystępujący PIG złożył jako dowód umowę, z której wynika, że wykonywał pewien zakres prac w ramach przedmiotowego projektu. Z umowy nie wynika, że przy wykonywaniu dokumentacji projektowej brał udział Pan M. L.. Przystępujący PIG nie przedłożył też żadnego innego dowodu, z którego wynikałoby potwierdzenie uczestnictwa Pana M. L. przy wykonywaniu wskazanej dokumentacji.

Izba podkreśla, że postępowanie dowodowe opiera się na zasadzie kontradyktoryjności, która nakłada na strony i uczestników postępowania odwoławczego obowiązek przedstawienia materiału faktycznego i dowodowego oraz wyjaśnienia wszystkich okoliczności sprawy, do Izby zaś należy tylko ocena tego materiału. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej – stosownie do art. 190 ust. 1 zd. drugie ustawy P.z.p. – strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie (sygn. akt V Ca 571/08, wyrok z 8 kwietnia 2008 r.), ustawodawca pozostawił inicjatywę dowodową stronom postępowania o zamówienie publiczne, przy jednoczesnym braku zobowiązania Krajowej Izby Odwoławczej do ustalania tzw. prawdy materialnej. To na stronach postępowania, a nie na KIO spoczywa obowiązek poszukiwania i wykazywania dowodów na poparcie swoich twierdzeń.

Z powyższego wynika, że w sytuacji, gdy odwołujący przedstawił dowód potwierdzający, że Pan M. L. nie brał udziału w sporządzeniu dokumentacji projektowej międzynarodowego lotniska w Meksyku, to przystępujący PIG winien był przedstawić dowód przeciwny do wskazanego. W sytuacji, gdy przystępujący PIG nie wykazał inicjatywy dowodowej w tym zakresie, Izba uznała za udowodniony zarzut przedstawienia przez przystępującego PIG informacji wprowadzających zamawiającego w błąd.

Z uwagi na fakt, że Pan M. L. jest członkiem zarządu PIG Architekci Sp. z o.o. – jednego z konsorcjantów konsorcjum PIG, Izba uznała, że przystępujący PIG dopuścił się kwalifikowanej postaci czynności wprowadzenia zamawiającego w błąd, stypizowanego w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. dotyczy wykonawców, którzy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, lub którzy zataili te informacje lub nie są w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. przede wszystkim dotyczy sytuacji, w której wykonawca oświadcza nieprawdę, czyli przeinacza fakty albo potwierdza nieistniejące okoliczności. Wprowadzenie w błąd musi przybrać formę zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Do wykluczenia wykonawcy konieczne jest więc w tym przypadku kumulatywne spełnienie następujących przesłanek:

- wykonawca działał w sposób zamierzony lub w warunkach rażącego niedbalstwa,
- skutek tego zachowania zamawiający został wprowadzony w błąd,

- błąd dotyczy informacji, co do istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

W ocenie Izby czynnościom przystępującego PIG, informującego o niepotwierdzonym fakcie uczestnictwa członka zarządu jednego z członków konsorcjum, można przypisać cechy zamierzonego działania, a więc jego działanie cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawcę chce wprowadzić zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny wtedy, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, godzi się na to.

Izba podkreśla, że w sytuacji, gdy informacje dotyczą członka zarządu jednego z konsorcjantów, zamierzone wprowadzenie w błąd zamawiającego nie budzi wątpliwości. Nieprawdziwe informacje dotyczyły oceny oferty przystępującego PIG na podstawie ustalonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. Tym samym żądanie wykluczenia przystępującego PIG na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. Izba uznała za w pełni uzasadnione.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....