

WYROK

z dnia 26 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik
Katarzyna Poprawa
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2018 r. przez wykonawcę Aarsleff Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Morskiego Portu Gdynia Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Aarsleff Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 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 odwołującego Aarsleff Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego Aarsleff Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Zarząd Morskiego Portu Gdynia Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni kwotę **3 937 zł 02 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset trzydzieści siedem złotych i dwa grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na rozprawę oraz noclegu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 Gdańsku.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Zarząd Morskiego Portu Gdynia Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego pn. „Przebudowa Nabrzeża Norweskiego w Porcie Gdynia” (nr ZNU-227/23/JC/2018). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 września 2018 r. pod numerem 2018/S 186 – 421087. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm., dalej „Ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy Pzp.

W dniu 8 października 2018 r. wykonawca Aarsleff Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) i ogłoszenia o zamówieniu w zakresie kryteriów oceny ofert – kryterium jakościowe w postaci doświadczenia kierownika budowy, sposobu przyznawania punktów, oceny doświadczenia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie w zakresie kryteriów oceny ofert:

1. art. 91 ust. 2 pkt 5 Ustawy Pzp - Zamawiający podjął próbę sformułowania w SIWZ jakościowego kryterium wyboru oferty w postaci doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia (kierownik budowy), ale jego określenie oraz opis przyznawania punktów nie koresponduje z jakością zamówienia. Treść SIWZ w powyższym zakresie wskazuje, iż w rzeczywistości Zamawiający, w sposób nieuzasadniony przedmiotem zamówienia, preferuje (punktuje) kierowników budów o doświadczeniu w kierowaniu mniejszymi robotami budowlanymi nawet ze znikomym wskazanym doświadczeniem w zakresie wykonywania robót kafarowych polegających na pogrążeniu kombinowanych ścianek szczelnych w zakresie budownictwa morskiego, jednocześnie dyskryminując kierowników budowy kierujących dużymi inwestycjami, często długotrwałymi, o dużym zakresie robót, polegających na budowie lub przebudowie konstrukcji hydrotechnicznych w porcie morskim zawierających w swym zakresie wykonywanie w znacznej ilości robót kafarowych polegających na pogrążeniu kombinowanych ścianek szczelnych w zakresie budownictwa morskiego.

Powyższe w ocenie Odwołującego stanowi jednocześnie:

2. naruszenie art. 82 ust 1 oraz ust 2 lit b) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielenia zamówień przez podmioty

działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz.Urz.UE L 94 z 28.03.2014r., s. 243 zm.: Dz.Urz.UE L 307 z 25.11.2015r., s. 7, „dyrektywa sektorowa”, co może stanowić podstawę naliczenia korekt finansowych dot. kwoty dofinansowania inwestycji.

3. W związku z naruszeniem art. 91 ust 2 ustawy Pzp, naruszenie zasad wskazanych w monicie (97) Dyrektywy sektorowej poprzez wskazanie w treści SIWZ kryterium, które błędnie sformułowane, nie jest kryterium jakościowym związanym z przedmiotem zamówienia i nie umożliwia dokonania oceny porównawczej poziomu wykonania oferowanego w każdej z ofert w kontekście przedmiotu zamówienia opisanego w specyfikacji technicznej. W rzeczywistości skierowanie do realizacji zamówienia osób o doświadczeniu wpływającym na jakość wykonania zamówienia jest niżej punktowane niż skierowanie osób o mniejszym rzeczywistym doświadczeniu, a jedynie pozornie większym doświadczeniu mierzonym nieadekwatnie do doświadczenia.
4. Naruszenie art. 7 Ustawy Pzp w postaci sformułowania kryterium i opisu przyznania punktów w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji. Jak już zostało wskazane, zamawiający w sposób nieuprawniony preferuje wykonawców dysponujących personelem (kierownikami budowy), którzy kierowali dotychczas większą ilością budów o mniejszym zakresie. Sformułowany bowiem zapis dotyczący punktacji doświadczenia kierownika budów, wprost przekłada możliwość zdobycia większej ilości punktów przez oferenta, który dysponuje kierownikiem budowy, który realizował odpowiednią ilość budów o wartości minimum 10 000 000,00 (dziesięć milionów złotych 00/100) złotych netto, zawierającą w swym zakresie wykonanie robót kafarowych. Tak sformułowane kryterium oceny uniemożliwia zdobycie odpowiedniej (maksymalnej) ilości punktów przez tych oferentów, którzy dysponują kierownikiem budowy, który wprowadził wykonał tylko 3 budowy o podanym zakresie, ale budowy te były nieporównywalnie większe od wartości minimalnej 10.000.000 zł.

Dla przykładu i porównania Odwołujący wskazał jak zgodnie z zapisami SIWZ wygląda ocena punktowa w kryterium „Doświadczenie zawodowe Kierownika budowy” przedstawiając w tym zakresie tabelę obrazującą, iż w przypadku jednej budowy wykonawca otrzyma 0 pkt, w przypadku dwóch 5 pkt, w przypadku trzech 10 pkt, w przypadku czterech 15 pkt, w przypadku pięciu 20 pkt. Tym samym oferent, który dysponuje kierownikiem, który zrealizował 5 budów (budowa lub przebudowa w rozumieniu ustawy Prawo Budowlane, konstrukcji hydrotechnicznej w porcie morskim zawierająca w swym zakresie wykonanie robót kafarowych polegających na pogrążeniu kombinowanych ścianek szczelnych w zakresie budownictwa morskiego), o wartości

minimalnej 10 000 000 zł każda, zdobędzie maksymalną ilość punktów, bo aż 20. Zaś oferent, który dysponuje kierownikiem, który zrealizował 3 takie budowy, ale o wartości dziesięciokrotnie wyższej od wskazanej przez Zamawiającego jako minimalna tj. każda budowa po 100 000 000,-zł, zdobędzie tylko 10 punktów czyli aż o połowę mniej niż ten pierwszy oferent. W rzeczywistości dla ustalenia jakości wykonania przedmiotu umowy, kwestia doświadczenia może polegać na zrealizowaniu znacznie mniejszej ilości budów, ale o wartości wyższej niż każda z tych wielu mniejszych budów. Ponadto, zdaniem Odwołującego, tak sformułowane kryteria uniemożliwiają wykonawcom konkurowanie ceną i rzeczywistą jakością w rozumieniu rzeczywistego doświadczenia osób mających odzwierciedlenie w jakości zaoferowanej realizacji. Powyższe naruszenie stanowi jednocześnie naruszenie zasad udzielania zamówień sektorowych wskazanych w monicie (95) dyrektywy sektorowej. W niniejszym postępowaniu zamówienie udzielane zgodnie z kryteriami wskazanymi w SIWZ, wagi kryterium jakościowego, a także wskazania ocenianych robót, nie będzie zamówieniem udzielnym na podstawie obiektywnych kryteriów zapewniających przestrzeganie zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania, z myślą o zagwarantowaniu obiektywnego porównania relatywnej wartości oferty, by ustalić - w warunkach efektywnej konkurencji - która z ofert jest najkorzystniejsza ekonomicznie.

5. Naruszenie art. 7 Ustawy Pzp w postaci sformułowania kryterium i opisu przyznania punktów w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji poprzez stworzenie bariery dla Odwołującego w skierowaniu do realizacji zamówienia pozostających w dyspozycji kierowników z innych Państw Członkowskich UE, a także w skutecznym ubieganiu się o zamówienie podmiotów z naszej grupy kapitałowej z Państw Członkowskich UE, którzy dysponują kierownikami budowy o doświadczeniu w realizacji dużych, długoterminowych inwestycji. Niniejsze, stanowiąc rażące naruszenie zasad udzielania zamówień wspólnotowych, stanowi podstawę nałożenia korekt finansowych niniejszej inwestycji.
6. Naruszenie art. 91 Ustawy Pzp oraz art. 7 Ustawy Pzp poprzez wyznaczenie wagi kryterium oraz sposobu naliczania punktów za doświadczenia kierownika budowy w sposób nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a przede wszystkim nieadekwatny do zapewnienia faktycznej jakości zaoferowanej realizacji.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. dokonanie zmiany treści SIWZ w Rozdziale XVIII dotyczącym opisu kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty i/lub
2. dokonanie zmiany treści SIWZ w Rozdziale XVIII dotyczącym podanych wag tych kryteriów

i sposobu oceny ofert.

W ocenie Odwołującego treść odpowiednio zapisów SIWZ winna brzmieć:

Treść punktu 4 i 5 Rozdziału XVIII:

„4. W ramach kryterium „doświadczenie zawodowe Kierownika budowy” można dostać maksymalnie 5 punktów. Oceniane będzie doświadczenie zawodowe Kierownika budowy w zakresie ilości lub wielkości wykonanych robót polegających na budowie lub przebudowie (rozumieniu ustawy Prawo Budowlane) konstrukcji hydrotechnicznej w porcie morskim, zawierająca w swym zakresie wykonanie robót kafarowych polegających na pograżeniu kombinowanych ścianek szczelnych na odcinku o długości minimalnej 100 mb, w zakresie budownictwa morskiego, przy czym minimalna wartość punktowanych budowli to 10 000 000,00 (dziesięć milionów złotych 00/100) złotych netto, każda zaś budowa o wyższej wartości będzie punktowana proporcjonalnie.

5. Ocena punktowa w kryterium „doświadczenie zawodowe Kierownika budowy”:

Ocena punktowa doświadczenia zawodowego Kierownika budowy w zakresie zgodnym z Rozdziałem IX SIWZ:

Za każdą budowę w zakresie zgodnym z Rozdziałem IX SIWZ oferent otrzyma 1 punkt, zaś za każdą budowę o wartości przekraczającej wskazaną minimalną wartość oferent otrzyma wielokrotność punktów proporcjonalną do wielokrotności wartości minimalnej, przy czym punktowane będą wyłącznie wielokrotności pełne np. za budowę o wartości 50 000 000 zł netto) oferent otrzyma 5 punktów zaś za budowę o wartości 49 999,99 zł netto oferent otrzyma 4 punkty.”

Treść punktu 1:

„1. Opis kryteriów i ich wagi:

- 1) cena ofertowa brutto (C) - 95 pkt (95%);
- 2) doświadczenie zawodowe Kierownika budowy (KB) - 5 pkt (5%)”.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż oba z wyżej wskazanych wniosków mogą być również uwzględnione niezależnie, tzn. nie są wnioskiem łącznym.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia i złożeniu odwołania oraz może ponieść szkodę w wyniku przygotowania i prowadzenia przez zamawiającego postępowania niezgodnie z literą prawa. Odwołujący jako wykonawca robót branży hydrotechnicznej, jest zainteresowany ubieganiem się o udzielenie zamówienia, a wskazane w SIWZ kryteria oceny ofert, ich znaczenie, sposób przyznawania punktów i elementy

punktowania, naruszają wskazane przepisy ustawy, utrudniając lub wręcz uniemożliwiając Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia. Posiłkując się orzecznictwem KIO, Odwołujący wskazał, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. (...) wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia (wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2014r, KIO 527/14 wraz z cytowanym tam orzecznictwem).

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 91 i art. 7 Ustawy Pzp, oraz przywołanych przepisów i zasad zawartych w Dyrektywie sektorowej, Odwołujący podniósł, iż Zamawiającemu przysługuje uprawnienie określenia kryteriów oceny ofert, które umożliwią porównanie ofert i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, w najlepszej relacji jakości do ceny (w tym miejscu Odwołujący wskazał na orzeczenie TSUE C-601/13). Zdaniem Odwołującego, w postępowaniu Zamawiający podjął próbę określenia kryteriów oceny ofert w odniesieniu do pojęcia jakości, ale z uwagi na jego określenie nieadekwatnie do przedmiotu zamówienia, kryterium i wskazany zakres podlegający ocenie, nie jest miernikiem ani wyznacznikiem jakości zaoferowanej realizacji zamówienia. Zgodnie z treścią SIWZ, zamawiający przyzna punkty rosnąco wobec ilości budów, którymi kierował wskazany kierownik budowy. Wskazane jednak kryterium, w ocenie Odwołującego, zawiera w sobie de facto dwa kryteria: po pierwsze kryterium dotyczące doświadczenia kierownika budowy w zakresie ilości wykonanych robót polegających na budowie lub przebudowie (rozumieniu ustawy Prawo Budowlane) konstrukcji hydrotechnicznej w porcie morskim o wartości minimum 10 000 000,00 (dziesięć milionów złotych 00/100) złotych netto; po drugie zaś doświadczenie kierownika dotyczące wykonania robót kafarowych polegających na pogrążeniu kombinowanych ścianek szczelnych w zakresie budownictwa morskiego w ramach wykonywanych robót wyżej wskazanych.

Odwołujący wskazał, iż poza sporem jest fakt, iż przedmiotem zamówienia są roboty polegające na budowie lub przebudowie konstrukcji hydrotechnicznej w porcie morskim w zakresie których jest wykonanie robót kafarowych, których specyficznym elementem i zarazem podstawowym przekładającym się na jakość realizacji zamówienia, jest wykonanie robót kafarowych polegających na pogrążeniu kombinowanych ścianek szczelnych w zakresie budownictwa morskiego. Jednak Zamawiający w kryteriach oceny doświadczenia bierze pod uwagę tylko ilość zrealizowanych przez danego kierownika budów o wartości minimalnej 10 000 000 zł, nie ocenia zaś w sposób tożsamy jego doświadczenia zdobytego na mniejszej ilości budów, ale o znacznie większej wartości, a tym samym i znacznie większym zakresie. W ten sposób w zasadzie eliminuje, marginalizuje, nie ocenia wagi zdobytego doświadczenia przez kierowników, którzy realizowali znacznie większe budowy w stosunku do wymaganej minimalnej wartości budowy punktowanej. Zdobywa bowiem maksymalną ilość punktów za

doświadczenie wyłącznie ten wykonawca, który dysponuje kierownikiem, który zrealizował odpowiednią ilość budów (zgodnie z oceną podaną w SIWZ jest to 5 budów o minimalnej wartości 10 000 000,-zł). Wykonawca zaś, który dysponuje kierownikiem, który ma doświadczenie na mniejszej ilości budów, ale o znacznie większej wartości, a tym samym zakresie wykonanych robót, dostanie znacznie mniejszą ilość punktów. Dla zamawiającego liczy się bowiem w zakresie przyznawanych punktów za doświadczenie kierownika budowy wyłącznie ilość budów, nie zaś ich zakres i wartość. Odwołujący podniósł, iż zdobywanie doświadczenia to nie tylko ilość budów, ale też ich skomplikowanie, rozmiar/zakres a przy tym konsekwentnie ich wartość. Porównywalne będzie zatem doświadczenie kierownika budowy, który wprowadził zrealizowała 5 budów o wartości 10 000 000 zł każda, do kierownika, który zrealizował dwie budowy o wartości po 25 000 000,-zł każda. W tym zakresie, zdaniem Odwołującego, Zamawiający pomija całkowicie nabywane doświadczenie przez kierowników dużych, wielokrotnie większych od wymaganego minimum, budów. Przedkłada zatem dla zapewnienia jakości, ilość budów nad ich rozmiarem, wartością. Oznacza to, że wykonawca dysponujący kierownikiem budowy, który zrealizował dotychczas 5 budów o wartości minimalnej 10 000 000 zł każda, daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu umowy o jakości znacznie wyżej punktowanej, niż wykonawca, którego kierownik zrealizowała tylko trzy budowy, nie tylko spełniające wymagane minimum wartości, ale których wartość znacznie (wielokrotnie) przewyższała łączną wartość robót zrealizowanych przez kierownika tego pierwszego wykonawcy.

Następnie Odwołujący wywiódł, iż w samym kryterium oceny doświadczenia Zamawiający wskazuje na wymagane doświadczenie kierowania budowami, w których zakresie odnajdziemy pogrążanie kombinowanych ścianek szczelnych. Zdaniem Odwołującego nieprawidłowym i wręcz rażącym jest natomiast zupełne pominięcie przez Zamawiającego w opisie tego kryterium ich zakresu, rozmiaru i przyznawanie punktów nie z uwagi na rzeczywiste doświadczenie w pogrążaniu kombinowanych ścianek szczelnych tj. adekwatnie do rozmiaru tych prac. Zamawiający wskazał zasadę przyznawania punktów w oparciu o ilość budów, a nie - ilości wykonanych ścianek, co w konsekwencji umożliwia powstanie sytuacji, w której Zamawiający przyzna kierownikowi budowy kierującemu 5 budowami, w których w każdej z nich roboty te miały marginalny charakter (np., pogrążanie po 3 mb czy 4mb kombinowanych ścianek szczelnych), 20 punktów, a kierownikowi kierującemu dużą, wieloletnią inwestycją obejmującą wykonanie np 600 mb ścianek - 0 pkt, pomimo, iż jego doświadczenie, mające odzwierciedlenie w jakości wykonania zamówienia, jest z pewnością kilkakrotnie większe niż doświadczenie tego wykonawcy, który otrzyma 20 pkt. Zamawiający opisując kryterium „doświadczenia zawodowego Kierownika budowy” punktuje wyłącznie roboty polegające na budowie lub przebudowie (rozumieniu ustawy Prawo Budowlane)

konstrukcji hydrotechnicznej w porcie morskim i choć w roboty te mają zawierać w swym zakresie wykonanie robót kafarowych polegających na pogrążeniu kombinowanych ścianek szczelnych w zakresie budownictwa morskiego, to Zamawiający nie wskazuje wielkości tych robót kafarowych, co nie jest właściwym dla oceny relacji jakości zaoferowanej realizacji. Jest to bezpośrednio związane z charakterem zamówienia - przebudową nabrzeża i winno być rozpatrywane z uwagi na cechy - długości/ wielkości inwestycji (jak w przypadku doświadczenia w budowie dróg mierzonego długością drogi, a nie ilością sztuk jak w przypadku popularnej tzw. kubaturówki). W żaden sposób nie jest uzasadnionym, w przypadku przebudowy nabrzeża, ocenianie ilości budów, a nie - długości przebudowywanych odcinków i zakresu pracy. Odwołujący podkreślił, iż doświadczenie osoby kierującej budową - przebudową długiego odcinka nabrzeża ze znacznym rozmiarem prac w tym zakresie, zostanie w sposób niczym nieuzasadniony niżej ocenione (pięciokrotnie mniej punktów) niż doświadczenie osoby, która kierowała 5 budowami o łącznej wielkości/długości remontowanego nabrzeża i rozmiaru/ ilości robót kafarowych mniejszych niż jedna budowa - remont nabrzeża o znacznej wielkości. By skutecznie ubiegać się o zamówienie, wykonawca musi poszukiwać i zaangażować do realizacji zamówienia kierownika, kierującego w przeszłości kilkoma mniejszymi budowami (o wartości 10 mln zł), rezygnując ze współpracy z kierownikami o znacznie większym doświadczeniu zdobytym podczas kierowania ogromnymi, długoletnimi inwestycjami, które z racji ich rozmiaru i okresu realizacji, nie mogły być realizowane w dużej ilości np. budowa konstrukcji hydrotechnicznej na pełnym morzu z zakresem robót kafarowych polegających na pogrążeniu kombinowanych ścianek szczelnych o długości odcinka 600 metrów bieżących samej kombinowanej ścianki szczelnej.

Aby podkreślić prawdziwość tezy o nieprawidłowości sformułowania kryterium - elementów branych pod uwagę, naliczenia punktów, Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 6 października 2015 r., sygn. akt KIO 2062/15. Podniósł, iż Zamawiający preferuje wykonawców dysponujących kierownikami budowy o doświadczeniu zdobytym w nadzorze większej ilości, ale mniejszych budów, nawet o marginalnym zakresie wykonania robót kafarowych dot. kombinowanych ścianek szczelnych (tu w ogóle zamawiający nie podaje rozmiarów tych robót jakie winny być realizowane w zakresie wykonywanych robót hydrotechnicznych wyżej wymienionych 5 budów), dyskryminując wykonawców, którzy realizowali i dysponują i chcą skierować do realizacji kierowników, którzy swoje duże doświadczenie zdobyli kierując budowami znacznie większymi i długotrwałymi. Więcej punktów zdobędzie osoba o doświadczeniu w kierowaniu 5 robotami mniejszymi realizowanymi np. w przedziale ostatnich 6 lat, niż osoba która np. w ciągu tych samych 6 lat nadzorowała 2 budowy trwające po 3 lata i które z uwagi na duży zakres i stopień skomplikowania nie pozwalały np. na prowadzenie kilku budów jednocześnie. Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem, iż

kierownik budowy ma takie samo doświadczenie nadzorując wykonanie robót katarowych polegających na pogrążeniu kombinowanych ścianek szczelnych w zakresie budownictwa w rozmiarze np. 10 mb, co osoba nadzorująca realizację 100 mb takiej ścianki.

Odwołujący podkreślił, iż naruszenie przepisów ustawy Pzp jest jednoczesnym naruszeniem przywołanych przepisów Dyrektywy sektorowej. Wskazał, iż kryteria, jakie mogą zostać przyjęte przez instytucje zamawiające w celu ustalenia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty, nie zostały wyliczone w art. 53 ust. 1 dyrektywy 2004/18 w sposób wyczerpujący. W związku z tym przepis ów pozostawia instytucjom zamawiającym wybór kryteriów udzielenia zamówienia, jakie chcą one zastosować. Niemniej jednak wybór ten musi się ograniczać do kryteriów zmierzających do wyłonienia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. W tym zakresie Odwołujący wskazał na orzecznictwo TSUE, w tym pkt 28 i 29 wyroku Lianakis i in. C-532/06, pkt 19 wyroku 31/87 Beentjes, pkt 35 i 36 wyroku z dnia 18 października 2001 r. w sprawie C-19/00 SIAC Construction, pkt 54 i 59 wyroku z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-513/99 Concordia Bus Finland, Rec. s. 1-7213, pkt 63 i 64 wyroku z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-315/01 GAT. W tym celu art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18 wyraźnie stanowi, że kryteria udzielenia zamówienia powinny być związane z przedmiotem zamówienia. Odwołujący wskazał, iż to, czemu służą kryteria oceny ofert, przypomniał Trybunał również w sprawie Komisja/Niderlandy, C-368/10, EU:C:2012:284 (pkt 86-88, 95).

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 7 poprzez tworzenie barier w skutecznym ubieganiu się o zamówienie Odwołującemu dysponującemu osobami z innych Państw Członkowskich UE oraz zasobami pozostałych członków grupy kapitałowej mających siedzibę w Państwie Członkowskim, Odwołujący podniósł, iż na realność powyższego zarzutu wskazuje fakt, iż Odwołujący dysponuje np. kierownikiem budowy pochodzącym z jednego z Państw Członkowskich UE, który pomimo iż ma bogate doświadczenie w postaci nadzoru nad budową 3 dużych inwestycji, w ramach każdej z nich wykonywane były roboty, o zakresie znacznie większym niż wskazany minimalny w SIWZ, łącznie nadzór nad znaczną ilością pogrążenia kombinowanych ścianek szczelnych, (a właśnie tego typu inwestycje realizowane są w Państwach Członkowskich UE), co znacznie podnosi jakość zaoferowanej realizacji, to osoba ta otrzyma mniej punktów niż osoba kierująca 5 (pięcioma) niedużymi budowlami, które chociaż o wartości min. 10 mln zł, w swym zakresie nie wiadomo nawet, jakie będą zawierały zakresy robót katarowych polegających na pogrążeniu kombinowanych ścianek szczelnych. Odwołujący wskazał, iż nie jest w stanie konkurować skutecznie doświadczeniem osób skierowanych do realizacji zamówienia, gdyż to doświadczenie w rzeczywistości nie jest badane, a nieuzasadnione preferowanie przez Zamawiającego kierowników niewielkich budów, czyni niemożliwym skuteczne ubieganie się o zamówienie przez Odwołującego posiadającego w swoich szeregach kierowników budów pochodzącym z jednego z Państw

Członkowskich UE, a także czyni niemożliwym skuteczne ubieganie się o zamówienie wraz z innym podmiotem zagranicznym będącym w jednej grupie kapitałowej i dysponującym kierownikami nadzorującymi duże inwestycje choć w mniejszej ilości. Powyższe w ocenie Odwołującego w sposób rażąco narusza zasady systemu zamówień publicznych wskazanych w Ustawie Pzp i dyrektywie sektorowej, co w takim brzmieniu stanowi podstawę naliczenia korekty finansowej dot. dofinansowania projektu.

Odwołujący wskazał, iż TSUE (C-513/99 z 2002 roku) sformułował cztery fundamentalne zasady, które muszą być przestrzegane przy określaniu kryteriów służących identyfikacji oferty najkorzystniejszej ekonomicznie:

- kryterium musi być związane z przedmiotem zamówienia,
- przesłanki wyboru muszą być obiektywne (wybór nie może być dowolny),
- kryteria muszą być podane do wiadomości na początku postępowania,
- Kryteria muszą być zgodne z podstawowymi zasadami prawa wspólnotowego.

Odwołujący powołał się także na stanowisko TSUE w sprawie C-380/98 *The Queen v. H.M.Treasury*; C-237/99 *Komisja WE v. Francja*, zgodnie z którym jedynym ograniczeniem stosowania kryteriów nieekonomicznych przy wyborze oferty jest tworzenie barier dla wspólnego rynku. Jeżeli przyjęte przez zamawiającego kryteria nie stanowią zagrożenia dla swobód ustanowionych w TFUE, to nie są one zasadniczo sprzeczne z prawem UE. W przedmiotowej sprawie kryterium doświadczenia kierownika budowy oceniane w sposób określony w SIWZ, w ocenie Odwołującego, nie jest związane z przedmiotem zamówienia w sposób warunkujący dany poziom jakości oraz jest sprzeczne z zasadami systemu zamówień sektorowych.

Następnie Odwołujący odniósł się do kwestii wagi kryterium uniemożliwiającej skuteczne konkurowanie. Wskazał, iż kryterium jakości nie zostało przez Zamawiającego sformułowane odpowiednio do przedmiotu zamówienia. Brak prawidłowości określenia kryterium, a także wyznaczenie jego wagi na poziomie 20 % uniemożliwia skuteczne konkurowanie wykonawców pomiędzy sobą. Po pierwsze podniósł, iż Zamawiający przyznaje ilość punktów za każdą kolejną nadzorowaną budowę nieproporcjonalnie do przyrostu wiedzy przekładającej się na jakość. Największy zasób wiedzy pozyskiwany jest w pierwszej realizacji ocenianej przez zamawiającego jako warunek udziału w postępowaniu. Kolejna realizacja zwiększa zasób wiedzy, przy czym ilość nowego doświadczenia jest mniejsza niż uzyskana przy nadzorze nad pierwszym wykonaniem danego zakresu. I dalej - przyrost wiedzy w każdej kolejnej realizacji jest mniejszy niż przyrost w poprzedniej realizacji, co winno zostać odzwierciedlone w przyznanej punktacji. Każda z kolejnych budów winna być premiovana mniejszą ilością

punktów niż poprzednia, gdyż nie następuje równoważny przyrost wiedzy i jej wpływu na jakość realizacji zamówienia. Po drugie Odwołujący wskazał, iż w przypadku robót budowlanych, z uwagi na specyfikę rynku, wykonawcy nie są w stanie znacząco obniżyć cen za realizację zamówienia wobec ofert konkurencyjnych. To wykonawcy, którzy dysponują kierownikami budowy o doświadczeniu w nadzorze kilku, nawet niewielkich budów, podwyższają cenę do poziomu nadal gwarantującego im zwycięstwo z uwagi na uzyskane punkty w kryterium doświadczenia kierownika budowy, nadal pozostając jednocześnie na pozycji niezagrożonej na czele rankingu ofert. Kuriozum potęguje fakt, iż Zamawiający o tym wie, gdyż już w poprzednim postępowaniu dot. Przebudowy Nabrzeża Włoskiego wybrał ofertę o 1.267.074,87,- zł droższą, decyzja o wyborze z dnia 28.09.2018r. W ocenie Odwołującego, z uwagi na brak odzwierciedlenia w różnicy w cenach jakości wykonania zamówienia, to również powinno stać się przedmiotem korekty finansowej, gdyż stanowi szkodę w budżecie UE.

Z uwagi na tak przedstawioną argumentację odwołujący wniósł jak w petitum odwołania.

Zamawiający na posiedzeniu w dniu 17 października 2018 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na rozprawę i noclegu. W odpowiedzi na odwołanie podniósł w szczególności, iż biorąc pod uwagę zakres przedmiotowego zamówienia, stopień skomplikowania, warunki gruntowe jakie panują w obrębie przebudowywanego Nabrzeża Norweskiego, to właśnie przychylenie się do propozycji Odwołującego zmiany sposobu obliczania wagi kryterium doświadczenia kadry lub zmiany wagi poszczególnych kryteriów, spowodowałoby uzyskanie zamówienia przez podmiot legitymujący się mniej odpowiednim i potrzebnym doświadczeniem. W ocenie Zamawiającego, w tego typu robotach hydrotechnicznych jak wykonanie robót kafarowych polegających na pogrążaniu ścianki szczelnej, a więc pracach powtarzalnych w ramach jednego kontraktu, większa ilość wykonanych różnych kontraktów przez Kierownika Budowy daje większą rękojmię należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, niż wykonanie małej ilości kontraktów o większej wartości. Zamawiający zwrócił uwagę, iż Odwołujący w treści odwołania podaje, że Zamawiający poprzez określenie wskazanych w SIWZ kryteriów oceny ofert utrudnia lub wręcz uniemożliwia Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, tymczasem w dalszej części wskazuje, że posiada Kierownika Budowy spełniającego warunki jednak nie na tyle, aby uzyskać maksymalną liczbę punktów. W ocenie Zamawiającego nie można w tej sytuacji mówić o utrudnianiu lub wręcz uniemożliwianiu ubiegania się o udzielenie. Idąc tym tokiem rozumowania można powiedzieć, że Zamawiający utrudnia lub uniemożliwia wzięcie udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom, którzy nie są w stanie otrzymać maksymalnej ilości punktów, co prima facie wydaje się argumentem wysoce wątpliwym. Cel

w jakim ustala się pozacenowe kryteria wyboru oferty właśnie na tym polega, aby wybrana oferta była najkorzystniejsza – nie tylko cenowo.

W odniesieniu do zarzutu faworyzowania przez Zamawiającego osób dysponujących Kierownikiem Budowy wykonującym większą liczbę zadań (w ramach postawionego minimum wartości i zakresu) zamiast faworyzowania Kierowników Budów wykonujących mniej, ale większych kontraktów, Zamawiający kwestionuje jakoby dopuścił do sytuacji, że Kierownik Budowy będzie legitymował się wykonaniem 5 inwestycji, w których nadzorował pogrążenie 3 czy 4 metrów bieżących kombinowanych ścianek szczelnych. Zamawiający przywołał treść warunku udziału w postępowaniu, do którego odwołuje się kryterium oceny ofert, wskazując, że kwalifikowane są wyłącznie roboty hydrotechniczne morskie (a więc polegające na wychodzeniu na wodę), dodatkowo bezwzględnie zawierające w swym zakresie pogrążanie ścianek szczelnych w zakresie budownictwa morskiego, tak więc w ogromnej większości składające się właśnie z robót polegających na wykonaniu tych ścianek. Są to więc inwestycje idealnie odpowiadające przedmiotowi niniejszego zamówienia. Dla porównania Zamawiający podał, że w ramach przedmiotowego zamówienia zakres robót hydrotechnicznych stanowi 95% wartości kontraktu, z czego roboty kafarowe to 65%, gdzie planowana jest przebudowa 230 mb ścianek szczelnych. Tak więc, przy robotach wartych 10.000.000 złotych ilość tych ścianek musi wynosić od kilkudziesięciu do ponad 100 metrów bieżących w zależności od warunków gruntowych, przyjętej technologii wykonania, które również mają wpływ na wartość kontraktu. Dlatego też określenie, jak to wskazuje Odwołujący, minimum ilości metrów pogrążonej ścianki w ramach jednego kontraktu (np. na 100 mb - str. 4 „propozycja zmiany opisu kryterium”) byłoby nieefektywnym wykorzystaniem tego kryterium. Wówczas Zamawiający byłby zmuszony do np. niepunktowania inwestycji wykonanej w trudnych warunkach geologicznych i w skomplikowanej technologii — gdyż wówczas w ramach inwestycji za 10 mln złotych wykonano by 80 mb ścianki, podczas gdy przy budowie w łatwych warunkach gruntowych i prostej technologii za tą samą kwotę można wykonać np. 120 mb ścianki. W ocenie Zamawiającego postawienie warunku minimalnej ilości mb wykonanej ścianki w ramach tego kryterium mogłoby uniemożliwić wybór wykonawcy dysponującego Kierownikiem Budowy o bardziej cennym dla Zamawiającego doświadczeniu.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że mimo, iż posiada szczegółowe, informacje o przedsięwzięciach realizowanych również w innych - zarówno polskich jak i europejskich - portach nie słyszał i nie zna inwestycji w zakresie budownictwa morskiego polegających na pogrążaniu ścianek szczelnych o wartości minimum 10.000.000 złotych, w ramach której wykonano by 3 czy 4 metry bieżące ścianki szczelnej. Jest to w ocenie Zamawiającego obiektywnie niemożliwe. Zamawiający zaznaczył, że zgodnie z 2 pkt. 6) Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 1 czerwca 1998 r. w sprawie warunków

technicznych, jakim powinny odpowiadać morskie budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie, (Dz. U. Dz.U.1998 nr 101 poz.645 ze zm) morska budowla hydrotechniczna to budowla nawodna lub podwodna, wznoszona: a) na morzu terytorialnym; b) na morskich wodach wewnętrznych; c) na lądzie, lecz w rejonie bezpośredniego kontaktu z akwenami morskimi, czyli w pasie technicznym nadbrzeżnego pasa wybrzeża morskiego; d) w portach i przystaniach morskich; która wraz z instalacjami, urządzeniami budowlanymi związanymi z tą budowlą urządzeniami technicznymi oraz innym celowym wyposażeniem niezbędnym do spełniania przeznaczonej mu funkcji stanowi całość techniczno-użytkową. Nie ma więc możliwości, aby warunek udziału w postępowaniu oraz kryterium oceny ofert, spełniała inwestycja stanowiąca np. budowę budynku biurowego, przy okazji którego pograżono kilka metrów ścianki szczelnej o długości np. 4 metrów. Taka inwestycja nie byłaby wówczas morską budowlą hydrotechniczną, gdyż budowany budynek nie stanowi „innego wyposażenia” tej budowli hydrotechnicznej w rozumieniu wyżej wskazanego rozporządzenia. Tym samym, Zamawiający wskazał, że podany przez Odwołującego przykład jakkolwiek jaskrawy nie odpowiada zasadom doświadczenia życiowego i zawodowego. Podaje on przypadek, w cenie Zamawiającego niemożliwy. Jeżeli jednak nawet taki przypadek z niewiadomych przyczyn jednostkowo miałby miejsce, to w ocenie Zamawiającego nawet wykonanie 5 czy 10 metrów ścianki szczelnej na działającym akwenu portowym, w ciężkich warunkach gruntowych (np. z dużą ilością kamieni, przewarstwienia łąwe), przy skomplikowanej zastosowanej niestandardowej technologii, byłby dla Zamawiającego bardziej cenny niż wbicie 200 metrów ścianki w najłatwiejszych warunkach gruntowych (np. na piaskach) na akwenu niewymagającym skomplikowanej logistyki, mobilizacji i demobilizacji sprzętu z uwagi na ciągły ruch statków oraz przy technologii standardowej dla tego typu robót.

Celem wskazania dlaczego ilość wykonanych prac jest dla Zamawiającego ważniejsza niż (co sugeruje Odwołujący) wartość wykonanej jednostkowej inwestycji, Zamawiający podniósł, że w jego ocenie większa ilość wykonywanych robót daje gwarancję, że Kierownik Budowy w swej pracy spotkał się z większą różnorodnością pod względem warunków technicznych, geologicznych, projektowych, organizacyjnych czy też konstrukcyjnych prowadzonych robót. To zaś daje gwarancję Zamawiającemu, że Kierownik Budowy nabył doświadczenie w zakresie i w warunkach, w jakich będzie wykonywał przedmiot zamówienia. Przedmiotowe zamówienie, jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia, będzie prowadzone w trudnych warunkach gruntowych, przy pełnej eksploatacji Portu i silnym natężeniu ruchu statków. Umiejętność wykonania prac w skomplikowanych warunkach, zdaniem Zamawiającego można nabyć wyłącznie poprzez wykazanie się większą ilością zrealizowanych inwestycji. Zamawiający wskazał, że prace polegające na pograżeniu kombinowanych ścianek szczelnych są pracami powtarzalnymi, tj. raz zmobilizowany sprzęt, zorganizowany teren prac,

może być wykorzystany w równym stopniu do zabicia 50 jak i 100 czy 200 metrów bieżących ścianki. W ramach jednego obszaru w większości przypadków (co jest normą) również warunki geologiczne są równomierne, tak więc zagłębienie kilkuset metrów ścianki w jednostajnych warunkach geologicznych nie powoduje, że Kierownik Budowy nabywa doświadczenia w kierowaniu pracami w zróżnicowanych warunkach technicznych, geologicznych czy też konstrukcyjnych. W ocenie Zamawiającego Kierownik Budowy, który wykonał kontrakt w podanym zakresie o wartości 10.000.000 złotych netto może równie dobrze wykonać taki sam kontrakt o wartości 50.000.000 złotych. Zamawiający wskazał ponadto, że w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi 95 % robót hydrotechnicznych. Inne branże to zaledwie kilka procent kontraktu. W takim stanie faktycznym, dla Zamawiającego, Kierownik Budowy nie musi legitymować się doświadczeniem w skomplikowanych wielobranżowych inwestycjach na wiele dziesiątek czy setek milionów złotych, gdyż stopień skomplikowania przedmiotowego zamówienia nie jest duży biorąc pod uwagę ilość i wartość innych branż niż hydrotechniczna. Za to stopień skomplikowania samych robót hydrotechnicznych jest znaczny, stąd Zamawiający będzie premiował wykonawców, których Kierownicy Budowy legitymują się większym doświadczeniem ilościowym wykonanych robót hydrotechnicznych niż wartością całego kontraktu. Zamawiający podniósł jednocześnie, że fakt, iż ustalone kryterium oceny ofert odpowiada przedmiotowi zamówienia, nie wymaga dodatkowej argumentacji. Opisane przez Zamawiającego w kryterium oceny ofert inwestycje odpowiadają w całości przedmiotowi prowadzonego postępowania tak więc postawione kryterium w powyższym zakresie jest prawidłowe.

Zamawiający nie zgodził się również z żądaniem Odwołującego zmniejszenia wagi kryterium oceny doświadczenia Kierownika Budowy z 20% do 5%. Taka zmiana zdaniem Zamawiającego spowodowałaby iluzoryczność tego kryterium oraz nieefektywność kryteriów oceny ofert jako całości. Spowodowałoby to, że wykonawca posiadający w swych zasobach kierownika doświadczonego w jednej nawet wymaganej budowie, z ilością przyznanych punktów równą skutecznie konkurowałby ceną z wykonawcami posiadającymi kadrę dużo lepiej doświadczoną. Doprowadziłoby to de facto do sytuacji, w której Zamawiający dokonałby wyboru oferty na podstawie kryterium ceny. Ustawodawca nie bez przyczyny wprowadził do zamówień klasycznych poziom maksymalny kryterium ceny 60%, chcąc doprowadzić do sytuacji, w której wybierana oferta będzie ofertą faktycznie najkorzystniejszą, a nie tylko ofertą najtańszą. Dlatego też Zamawiający uważa, że tworzenie sztucznych kryteriów oceny ofert tylko po to, aby wykazać kryterium inne niż cena jest niedopuszczalne.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, a także treść tezy orzeczenia zawartej w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2018 r. (sygn. akt KIO 7/18), w której KIO stwierdza, że Zamawiający ma pełne prawo do takiego ustalania kryteriów oceny ofert, które

w jego ocenie spełnią zamierzenia wynikające z realizacji przedmiotu zamówienia, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W odpowiedzi na zarzut naruszenia art. 7 Ustawy Pzp, Zamawiający podniósł, iż jest on niezrozumiały w zakresie, w jakim Odwołujący wywodzi, że omawiane kryterium stanowi barierę w skutecznym ubieganiu się o zamówienie Odwołującemu dysponującemu osobami z innych Państw Członkowskich UE. Zamawiający wyjaśnił, że nie ograniczył w żaden sposób dostępu do zamówienia podmiotom, których kadra (w tym Kierownik Budowy) pochodzą z innego kraju niż Polska. Wskazane jest to wprost w Rozdziale IX pkt. 3 ppkt. 4) SIWZ, w którym podano, że „w przypadku Wykonawców zagranicznych dopuszcza się równoważne kwalifikacje uzyskane w innych państwach, na zasadach określonych w art. 12a ustawy Prawo budowlane z uwzględnieniem postanowień ustawy z dnia 22 grudnia 2015 roku o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2016 r. poz. 65).” Jeżeli więc Odwołujący będzie dysponował Kierownikiem Budowy posiadającym doświadczenie w wykonaniu co najmniej pięciu wymaganych inwestycji otrzyma w tym kryterium maksymalną liczbę punktów bez względu na narodowość Kierownika Budowy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania Izba dokonała oceny czy spełnione zostały przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp. Zgodnie z ww. przepisem środki ochrony prawnej określone w Ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Ustawy Pzp. W przypadku odwołań dotyczących postanowień ogłoszenia i treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które mają miejsce jeszcze przed upływem terminu składania ofert, przyjmując należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu, a szkodą w tym wypadku może być brak możliwości złożenia oferty. Mając na względzie, iż Odwołujący deklaruje zainteresowanie przedmiotowym postępowaniem, Izba uznała, iż sposób ukształtowania postanowień SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia, może przekładać się na jego sytuację w postępowaniu i możliwość złożenia konkurencyjnej oferty, a tym samym Odwołującemu nie sposób odmówić uprawnienia do wniesienia środka ochrony prawnej, jakim

jest odwołanie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, w tym ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia. Izba uwzględniła również stanowiska Stron przedstawione w złożonych pismach (tj. odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie) oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 23 października 2018 roku. Izba dopuściła ponadto dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego i Zamawiającego na rozprawie, z wyłączeniem przedstawionej w języku angielskim treści wydruków ze strony internetowej Odwołującego. Zgodnie z § 19 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań z dnia 7 maja 2018 r. (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) w postępowaniu odwoławczym wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. W konsekwencji Izba nie mogła uwzględnić okoliczności wynikających z anglojęzycznej treści tych dokumentów, jednakże Odwołujący przedmiotowe wydruki złożył wyłącznie w celu wykazania realizacji wskazanych tam inwestycji, bez powoływania się na szczegółowe informacje wynikające z tych dokumentów.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż przedstawiony przez Strony stan faktyczny sprawy nie jest pomiędzy nimi sporny, jak i jest zgodny z dokumentacją postępowania. W szczególności Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego pod nazwą „Przebudowa Nabrzeża Norweskiego w Porcie Gdynia.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 września 2018 r. pod numerem 2018/S 186 – 421087. W tym samym dniu Zamawiający opublikował je na swojej stronie internetowej wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia („SIWZ”).

W Rozdziale IV SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” Zamawiający wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w ramach projektu inwestycyjnego „Przebudowa Nabrzeża Norweskiego w Porcie Gdynia”, która przez zwiększenie jego głębokości technicznej do 15,50 m umożliwi pogłębienie akwenów wewnętrznych Portu Gdynia wraz z uzyskaniem ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. W ramach przedmiotu Zamówienia zostanie wykonany następujący zakres:

1. naprawa uszkodzeń w części podwodnej nabrzeża;

2. roboty rozbiórkowe nadbudowy nabrzeża m.in. demontaż elementów wyposażenia, rozkucia oczepu, rozbiórka nawierzchni, odcinkowo odcięcie stopy skrzyni;
3. rozbiórka umocnienia dna, w zakresie niezbędnym do wykonania przedmiotu zamówienia;
4. roboty kafarowe i wiertnicze (pale stalowe rurowe, stalowe ścianki szczelne, kotwy mikropalowe);
5. prace budowlano-montażowe związane z dobudową nabrzeża wraz z montażem elementów wyposażenia'
6. odcinkowo odtworzenie umocnienia dna;
7. przebudowa elementów nawierzchni drogowych i chodnikowych;
8. roboty elektryczne;
9. roboty sanitarne.

Przedmiot zamówienia został szczegółowo określony w SIWZ, dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik nr 3 do SIWZ (projekt budowlany, projekt wykonawczy, przedmiary robót, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych) oraz wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ.

W Rozdziale XVIII SIWZ Zamawiający przedstawił opis kryteriów, którymi będzie kierował się przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Wskazał na dwa kryteria: cena ofertowa brutto – 80 pkt (80%) oraz doświadczenie zawodowe Kierownika budowy – 20 pkt (20%). W punkcie 4 Zamawiający postanowił, iż w ramach kryterium „doświadczenie zawodowe kierownika budowy” można dostać maksymalnie 20 punktów. Oceniane będzie doświadczenie zawodowe Kierownika budowy w zakresie ilości wykonanych robót polegających na budowie lub przebudowie (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) konstrukcji hydrotechnicznej w porcie morskim o wartości minimum 10 000 000,00 zł netto (dziesięć milionów złotych 00/100), zawierająca w swym zakresie wykonanie robót kafarowych polegających na pogrążeniu kombinowanych ścianek szczelnych w zakresie budownictwa morskiego. W punkcie 5 Rozdziału XVIII SIWZ Zamawiający przedstawił ocenę punktową doświadczenia zawodowego Kierownika budowy w zakresie zgodnym z Rozdziałem IX SIWZ: 1 budowa – 0 pkt, 2 budowy – 5 pkt, 3 budowy – 10 pkt, 4 budowy – 15 pkt, 5 i więcej budów – 20 pkt.

W Rozdziale IX ust. 3 pkt 3) lit. b) tiret pierwszy Zamawiający określił, iż wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli wykaże [łącznie ze spełnieniem pozostałych wymagań] że dysponuje lub będzie dysponował w okresie wykonywania zamówienia skierowanym przez wykonawcę do realizacji zamówienia kierownikiem budowy, który posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno – budowlanej lub hydrotechnicznej i doświadczenie minimum 8 - letnie jako kierownik budowy, który w tym okresie prowadził co najmniej jedną

robotę hydrotechniczną morską w zakresie konstrukcyjnym o wartości co najmniej 10.000.000 zł (dziesięć milionów złotych) netto zawierającą w swym zakresie wykonanie robót kafarowych polegających na pogrążeniu kombinowanych ścianek szczelnych w zakresie budownictwa morskiego.

Izba ustaliła ponadto, iż zgodnie z § 10 ust. 8 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ, jeżeli w toku wykonywania robót budowlanych obiektywnie konieczna będzie zmiana osoby, o której mowa w ust. 3 (Kierownik budowy, Kierownik robót w branży elektrycznej, Kierownik robót w branży sanitarnej), Wykonawca powiadomi o tym fakcie Zamawiającego, wskazując przyczynę zmiany oraz imię i nazwisko proponowanego zastępcy, a także przedstawiając jego kwalifikacje, co najmniej równe kwalifikacjom wymaganym przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzącym do zawarcia umowy.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący upatrywał naruszenia przepisów art. 91 ust. 2 pkt 5 Ustawy Pzp, art. 7 Ustawy Pzp oraz art. 82 ust. 1 i 2 lit. b) i motywu (97) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE.L Nr 94, str 243, dalej jako „Dyrektywa sektorowa”) w sposobie sformułowania przez Zamawiającego jakościowego kryterium oceny ofert w postaci doświadczenia zawodowego kierownika budowy. Zdaniem Odwołującego ww. kryterium, uzależniające liczbę otrzymanych punktów od ilości zrealizowanych robót budowlanych bez określenia minimalnej długości pogrążonych w ramach robót kafarowych kombinowanych ścianek szczelnych, było kryterium nadmiernym, nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i nieadekwatnym do zapewnienia faktycznej jakości realizacji, preferującym wykonawców dysponujących kierownikami budowy, którzy kierowali większą ilością budów o mniejszym zakresie, uniemożliwiającym zdobycie maksymalnej liczby punktów tym oferentom, którzy dysponują kierownikiem budowy, który wykonał mniej budów o wymaganym zakresie, ale o nieporównywalnie większej wartości.

W ocenie Izby Zamawiający formułując kryterium jakościowe dotyczące doświadczenia zawodowego kierownika budowy nie naruszył wskazywanych przez Odwołującego przepisów.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 Ustawy Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kryteriami oceny ofert mogą być inne niż cena kryteria, w tym wymienione w art. 91 ust. 2 pkt 5 Ustawy Pzp organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Celem kryteriów oceny ofert jest uzyskanie oferty najkorzystniejszej, tj. uwzględniającej realizację zadania będącego przedmiotem postępowania w sposób jak najbardziej odpowiadający potrzebom zamawiającego. Nie może zaś budzić wątpliwości, że w przypadku postępowania dotyczącego wykonania w porcie morskim robót budowlanych uwzględniających roboty kafarowe, doświadczenie kierownika budowy jako kluczowego członka zespołu, osoby odpowiedzialnej za całokształt prac związanych z prawidłową realizacją inwestycji, jest ściśle związane z realizacją zamówienia i sprzyja osiągnięciu należytego wykonania zamówienia (por. m.in. wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1195/17). Wobec tego ustalenie przez Zamawiającego jako jedno z kryteriów oceny ofert doświadczenia zawodowego kierownika budowy wskazanego do realizacji zamówienia niewątpliwie może mieć wpływ na jakość realizacji zamówienia, a zatem odzwierciedla dyspozycję ww. przepisu.

Izba podkreśla, iż Zamawiający ma prawo formułować takie kryteria oceny ofert, które odzwierciedlają jego uzasadnione, obiektywne potrzeby związane z zamówieniem, którego dotyczy dane postępowanie i za pomocą których Zamawiający dąży do wyboru oferty najkorzystniejszej tj. w najpełniejszy sposób spełniającej jego oczekiwania. Wobec tego kryteria oceny ofert co do zasady powinny preferować rzeczy istotne dla Zamawiającego, uzasadnione jego obiektywnymi potrzebami, które spełnią zamierzenia wynikające z przedmiotu zamówienia (por. m.in. wyroki KIO z dnia 28 grudnia 2016 r., sygn. akt 2337/17, z dnia 16 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 7/18, z dnia 15 marca 2018 r., sygn. akt KIO 365/18). Powyższe wytyczne w ocenie Izby znajdowały pełne odzwierciedlenie w sposobie określenia przez Zamawiającego pozacenowego kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu, jakim było doświadczenie zawodowe kierownika budowy.

Przede wszystkim należy wskazać, iż tak skonstruowane kryterium oceny ofert w żaden sposób nie ogranicza prawa udziału Odwołującego w postępowaniu. Okoliczność, że Odwołujący nie posiada – jak deklaruje – potencjału kadrowego spełniającego wymagania Zamawiającego w ilości, która pozwoliłaby mu uzyskać maksymalną liczbę punktów w kryterium doświadczenie zawodowe kierownika budowy, nie uniemożliwia mu złożenia ważnej oferty i ubiegania się o udzielenie tego zamówienia. Odwołujący swoją argumentację opierał w przeważającej mierze na okoliczności, iż on sam – jako wykonawca inwestycji o znacznej wartości – nie jest w stanie uzyskać w przedmiotowym kryterium oceny ofert

maksymalnej liczby punktów, ponieważ kierownicy budowy, którymi dysponuje, z uwagi na nadzorowanie długoletnich inwestycji, nie legitymują się doświadczeniem w realizacji co najmniej pięciu robót budowlanych o zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Tymczasem w ocenie Izby sytuacja samego Odwołującego w postępowaniu nie przesądza, iż ustalone przez Zamawiającego kryterium oceny ofert nie było związane z przedmiotem zamówienia, było do niego nieadekwatne czy też naruszało zasadę uczciwej konkurencji, proporcjonalności, przejrzystości, czy niedyskryminacji i nie było uzasadnione potrzebami Zamawiającego. Są to okoliczności o charakterze obiektywnym, a ich wykazanie było obowiązkiem Odwołującego, na którym zgodnie z art. 190 ust. 1 zdanie pierwsze Ustawy Pzp spoczywał ciężar dowodu. Obowiązkiem temu, w ocenie Izby, Odwołujący nie sprostał.

Izba nie przyznała racji Odwołującemu w zakresie, w jakim wskazywał on, iż Zamawiający powinien był oceniać doświadczenie zdobyte na mniejszej ilości budowli, ale o znacznie większej wartości, a nie tylko ilość zrealizowanych przez danego kierownika robót budowlanych. W szczególności nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, iż doświadczenie kierownika budowy nadzorującego pięć inwestycji o wartości 10 000 000 zł każda będzie porównywalne do doświadczenia kierownika budowy nadzorującego dwie inwestycje o wartości 25 000 000 zł każda. Słusznie wskazywał Zamawiający, iż wykonanie większej liczby robót hydrotechnicznych w postaci robót kafarowych polegających na pogrążaniu kombinowanych ścianek szczelnych w ramach realizacji różnych inwestycji (co ma szczególne znaczenie w zakresie różnorodności realizacji robót w różnych środowiskach) dawać może większą gwarancję należytej jakości realizacji zamówienia niż wykonanie mniejszej liczby robót o większej wartości. W ocenie Izby jest to uzasadnione nie tylko większym prawdopodobieństwem różnorodności przypadków, z jakim styka się kierownik budowy realizujący więcej inwestycji, w tym w zakresie warunków geotechnicznych i hydrotechnicznych, ale także z uwagi na powtarzalność tego typu robót w ramach jednej inwestycji, którą to powtarzalność potwierdził sam Odwołujący podczas rozprawy.

Również argumentacja Odwołującego odnośnie pominięcia przez Zamawiającego w treści kryterium wymaganego minimalnego zakresu robót kafarowych polegających na pogrążaniu kombinowanych ścianek szczelnych, w ocenie Izby nie zasługuje na aprobatę. Odwołujący nie wykazał jakoby ww. zaniechanie czyniło przedmiotowe kryterium nieadekwatnym do przedmiotu zamówienia czy naruszającym zasadę uczciwej konkurencji, zasadę równego traktowania wykonawców. Stanowisko Odwołującego opierało się na twierdzeniu, iż przy tak ukształtowanym kryterium oceny ofert Zamawiający przyzna punkty także tym wykonawcom, którzy wskazali kierowników budowy kierujących pięcioma budowlami, w których roboty kafarowe polegające na pogrążaniu kombinowanych ścianek szczelnych miały marginalny charakter (np. pogrążanie po 3-4 mb kombinowanych ścianek szczelnych). Zamawiający

wskazywał jednak w postępowaniu odwoławczym, że nie są mu znane inwestycje w zakresie budownictwa morskiego o wartości min. 10 mln zł, gdzie pogrążono jedynie kilka metrów kombinowanych ścianek szczelnych, Odwołujący nie zaprzeczył tym twierdzeniom, sam także nie był w stanie wskazać takich inwestycji. Odwołujący nie kwestionował również twierdzeń Zamawiającego o tym, że wykonanie nawet 5 czy 10 mb ścianki szczelnej na działającym akwenu portowym w ciężkich warunkach gruntowych byłoby dla niego bardziej cenne niż wbicie 200 mb ścianki w najłatwiejszych warunkach gruntowych. Odwołujący zatem ani nie wykazał, ani nawet nie uprawdopodobnił, że wskazanie w treści spornego kryterium minimalnego wymaganego zakresu robót kafarowych polegających na pogrążaniu kombinowanych ścianek szczelnych było faktycznie uzasadnione potrzebami Zamawiającego. Odwołujący nie zaprzeczył również twierdzeniom Zamawiającego, a wręcz sam je potwierdził, że wykonanie robót kafarowych polegających na pogrążeniu kombinowanych ścianek szczelnych jest powtarzalne segmentowo, przy czym znajduje to potwierdzenie w realiach przedmiotowego zamówienia - w toku postępowania odwoławczego nie wskazywano na zróżnicowane warunki geotechniczne czy hydrotechniczne, a złożona przez samego Odwołującego mapa nabrzeża portowego nie wykazuje, aby w ramach planowanych robót występowały zakręty, załamania. Powyższe potwierdza, że szczegółowe wskazywanie przez Zamawiającego minimalnej długości pogrążonych kombinowanych ścianek szczelnych byłoby nieuzasadnionym zastrzeżeniem kryterium oceny ofert. Odwołujący nie wyjaśnił także dlaczego w jego ocenie adekwatne do zapewnienia faktycznej jakości realizacji zamówienia byłoby ustalenie w treści kryterium minimalnej ilości tego typu robót na poziomie 100 mb dla inwestycji o wartości 10 000 000 zł, nie odnosił tego w żaden sposób do przedmiotu zamówienia.

Co istotne, Odwołujący nie wnosił o sformułowanie kryterium dotyczącego doświadczenia zawodowego kierownika budowy w taki sposób, aby liczba przyznanych punktów uzależniona była od zakresu czy ilości robót kafarowych polegających na pogrążaniu kombinowanych ścianek szczelnych, jakimi w ramach danej inwestycji kierował wskazany w ofercie kierownik budowy. Da się tutaj zauważyć zatem, iż pomiędzy podniesionymi zarzutami i argumentacją przedstawioną na ich poparcie, a wnioskami odwołania nie istnieje odpowiednia korelacja. Tymczasem w przypadku odwołań na treść postanowień SIWZ wnioski odwołania sprowadzające się do propozycji ukształtowania treści tych postanowień mają znaczenie newralgiczne. Ramy postępowania odwoławczego w takim przypadku określa nie tylko wskazanie konkretnych uchybień, ale też oczekiwania Odwołującego. To Odwołujący, formułując swoje żądania winien jest zaproponować zapisy, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Pzp. Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym, a zatem to strony postępowania wyznaczają zakres rozpoznania sprawy, składając odpowiednie wnioski o charakterze dyspozytywnym, które znajdują wyraz w stawianych

zarzutach oraz w odpowiadających im żądaniach (por. m.in. wyrok KIO z dnia 19 maja 2017 r., sygn. akt KIO 903/17).

W przedstawionej propozycji zmiany brzmienia postanowień SIWZ Odwołujący poprzestał na wskazaniu długości minimalnej odcinka pogrążonych kombinowanych ścianek szczelnych, a punktację uzależniał jedynie od wartości inwestycji, nie zaś od zakresu zrealizowanych robót kafarowych, co pokazuje, że faktycznie zrealizowana ilość metrów bieżących pogrążonych w ramach robót kafarowych kombinowanych ścianek szczelnych ponad określone przez Odwołującego minimum nie miałyby dla oceny znaczenia, istotna byłaby wyłącznie wartość inwestycji. Ponadto zauważyć należy, że Odwołujący w swojej propozycji nie wskazuje maksymalnego limitu punktów możliwych do uzyskania, a jedynie sugeruje, aby za każdą budowę o wartości przekraczającej minimalną wartość (tj. 10 000 000 zł) wykonawca otrzymał wielokrotność punktów proporcjonalną do wielokrotności wartości minimalnej (np. budowa o wartości 50 000 000 zł – 5 punktów). Takie rozwiązanie prowadziłoby z kolei do sytuacji, w której premiowane byłoby doświadczenie w realizacji bardzo dużych inwestycji, o wartości nieadekwatnej do wartości przedmiotowego zamówienia. Powyższe, w ocenie Izby, wskazuje na to, że celem Odwołującego było dostosowanie treści kryterium oceny ofert do doświadczenia kierowników budowy, którymi dysponuje Odwołujący, aby umożliwić mu otrzymanie maksymalnej liczby punktów. Zwrócić należy uwagę, że inwestycje realizowane przez Odwołującego (co wskazywał na rozprawie) były znacznej wartości – ok. 800 000 000 zł budowa falochronu osłonowego w Świnoujściu, ok. 500 000 000 zł przebudowa portu w Sztokholmie, co niewątpliwie stawiałoby Odwołującego na uprzywilejowanej pozycji podczas oceny ofert, zwłaszcza w sytuacji braku określenia granicznej wartości robót, za którą przyznawane jest maksimum punktów (a propozycja Odwołującego takiej wartości granicznej nie zawierała). Izba nie kwestionuje tego jak cennym jest doświadczenie w realizacji inwestycji tak znacznej wartości, niemniej takie ukształtowanie treści kryterium oceny ofert, jak chciał tego Odwołujący, byłoby nieadekwatne do przedmiotu zamówienia. Wartość szacunkowa zamówienia na przebudowę Nabrzeża Norweskiego w Porcie Gdynia została ustalona na kwotę 35 763 438,97 zł, trudno zatem uznać, aby takie kryterium było uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego.

Skład orzekający Izby zwrócił także uwagę, iż Odwołujący wskazując podczas rozprawy na przykłady realizacji czterech inwestycji ograniczył się do kwestii ich wartości, podczas gdy jego doświadczenie w tym zakresie i wiedza nabyta w ramach realizacji robót budowlanych znacznej wartości nie była kwestionowana. Odwołujący nie wykazał natomiast, że każdą z tych inwestycji kierował inny kierownik budowy, nie był w stanie udzielić odpowiedzi na pytanie Izby czy w trakcie realizacji inwestycji kierownicy robót się zmieniali. Tym samym Odwołujący nie wykazał, a nawet nie uprawdopodobnił swoich twierdzeń, że realizacja dużych inwestycji

uniemożliwia zdobycie przez kierownika budowy doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego dla przyznania maksymalnej liczby punktów w spornym kryterium. Mieć należy na uwadze, iż kierownik budowy wskazany do realizacji zamówienia przez wykonawcę powinien posiadać doświadczenie co najmniej 8-letnie, co wynika z treści warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale IX ust. 3 pkt 3) lit. b) tiret pierwszy SIWZ, co także poddaje w wątpliwość twierdzenia Odwołującego, który nie wykazał, iż nie jest prawdopodobnym czy możliwym pozyskanie przez kierownika budowy, nawet kierującego inwestycjami o znacznej wartości, doświadczenia w postaci pięciu robót o zakresie wymaganym przez Zamawiającego w treści kryterium w okresie pracy zawodowej dłuższym niż wymagane osiem lat.

Jeśli zaś chodzi o argumentację przedstawianą przez Odwołującego podczas rozprawy, iż brzmienie postanowień § 10 ust. 8 wzoru umowy świadczy o iluzoryczności kryterium wskazać należy, iż ww. okoliczność nie stanowiła podstawy faktycznej zarzutów odwołania, a zatem twierdzenia Odwołującego w tym zakresie uznać należy za spóźnione.

W świetle powyższego, w ocenie Izby, nie znalazły potwierdzenia zarzuty naruszenia art. 91 ust. 2 pkt 5 Ustawy Pzp, art. 7 Ustawy Pzp oraz art. 82 ust. 1 i 2 lit. b) Dyrektywy sektorowej.

Zarzutu naruszenia art. 7 Ustawy Pzp poprzez tworzenie barier w skutecznym ubieganiu się o zamówienie Odwołujący również odnosił wyłącznie do własnej sytuacji, wskazując, że zagraniczny personel, którym dysponuje ma doświadczenie w realizacji dużych inwestycji, a Zamawiające preferuje kierowników budowy z doświadczeniem w realizacji mniejszych zamówień. Jak wskazano już powyżej, argumentacja Odwołującego w powyższym zakresie nie potwierdziła się, co powoduje, że również nie może być mowy o jakiegokolwiek dyskryminacji pracowników czy przedsiębiorstw zagranicznych w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto jak wskazał Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie w Rozdziale IX pkt 3 ppkt 4 SIWZ przewidziano wprost w przypadku wykonawców zagranicznych dopuszczalność legitymowania się równoważnymi kwalifikacjami. Z kolei przedstawiane podczas rozprawy przez Odwołującego argumenty, iż w krajach Unii Europejskiej realizowane są co do zasady duże inwestycje, a tylko Zamawiający dzieli przebudowę nabrzeży portu na kilka mniejszych inwestycji (odrębnie dla każdego z trzech nabrzeży) nie zostały przez Odwołującego wykazane. Odwołujący nie zaprzeczył też twierdzeniom Zamawiającego, że nie jest wyłącznie jego praktyką podział inwestycji na części obejmujące przedmiotem poszczególne nabrzeża, wskazując na przykłady z Gdańska czy Szczecina. Nie potwierdziły się także twierdzenia Odwołującego jakoby z uwagi na dokonany przez Zamawiającego podział inwestycji na trzy części obejmujące odpowiednio przebudowę Nabrzeża Słowackiego, Nabrzeża Włoskiego i Nabrzeża Norweskiego, wykonawcy realizujący dla Zamawiającego przebudowę poszczególnych nabrzeży mieli uzyskiwać doświadczenie premiowane przez Zamawiającego

dotychczasowymi punktami. Zamawiający wyraźnie wskazał, że wszystkie te inwestycje będą realizowane jednocześnie, co wymaga aby na każdej z nich był inny kierownik budowy. Czyni to argumentację Odwołującego bezzasadną.

W konsekwencji powyższych rozważań, w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 Ustawy Pzp Izba uznała, że działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszyło zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba nie uznała za zasadne także twierdzeń Odwołującego w zakresie, w jakim wskazywał on, iż wyznaczenie wagi kryterium na poziomie 20% wobec nieprawidłowego określenia kryterium, uniemożliwiać ma skuteczne konkutowanie wykonawców między sobą. Twierdzenia te nie zostały w żaden sposób wykazane. Ponadto Izba nie zgodziła się ze stwierdzeniem Odwołującego, że największy zasób wiedzy pozyskiwany jest podczas pierwszej realizacji, a przyrost wiedzy przy każdej kolejnej realizacji jest mniejszy, co skutkowało powinno tym, że każda z następujących kolejnych budów powinna być premiovana mniejszą ilością punktów niż poprzednia. Zdaniem składu orzekającego nie można uznać, że wykonawca, który zrealizował jedną czy dwie inwestycje uwzględniające roboty kafarowe polegające na pogrążaniu kombinowanych ścianek szczelnych zdobył już na tyle szerokie doświadczenie, że przyrost wiedzy podczas realizacji kolejnych hydrotechnicznych robót nie jest już znaczny. Wykonanie co najmniej kilku różnych inwestycji, na których wykonawcy mogą spotkać się z różnymi uwarunkowaniami, w tym technicznymi, logistycznymi daje zdecydowanie większą gwarancję należytego wykonania zamówienia i Izba nie dopatryła się wadliwości w sposobie ustalenia przez Zamawiającego punktacji w spornym kryterium. Ponadto należy zauważyć, że stanowisko Odwołującego nie znajduje odzwierciedlenia w propozycji zmiany brzmienia kryterium doświadczenie zawodowe kierownika budowy – Odwołujący proponuje jedynie obniżenie wagi tego kryterium do 5%. Skład orzekający Izby w pełni zgodził się z Zamawiającym, iż obniżenie wagi kryterium do 5% czyniłoby to kryterium czysto iluzorycznym i powodowałoby, że o wyborze oferty najkorzystniejszej decydowałaby jedynie cena. Nie spełniałoby to celu, jakemu służyć ma ustalenie jakościowych kryteriów oceny ofert, tj. uzyskaniu oferty najkorzystniejszej nie tylko pod względem ceny, ale także uwzględniającej realizację zadania będącego przedmiotem postępowania w sposób jak najbardziej odpowiadający potrzebom zamawiającego. Tym samym nie potwierdził się także podnoszony przez Odwołującego w powyższym zakresie zarzut naruszenia art. 91 oraz art. 7 Ustawy Pzp.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) i 2) lit. a) i b) w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 937,02 zł stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na rozprawę oraz noclegu. Izba wskazuje, iż zgodnie z § 3 pkt 2 lit b) ww. Rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron obejmujące wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3600 zł, wobec czego brak było podstaw do zaliczenia w poczet kosztów postępowania wydatków poniesionych przez Zamawiającego na wynagrodzenie pełnomocnika w pełnej wysokości wynikającej ze złożonej na rozprawie faktury VAT.

Przewodniczący:

.....

.....