

Sygn. akt: KIO 3130/20
KIO 3142/20

WYROK
z 17 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Ewa Sikorska

Robert Skrzyszewski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 15 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 30 listopada 2020 r. przez wykonawcę:

- A. Most-Projekt Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu (KIO 3130/20),
- B. Sweco Engineering Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (KIO 3142/20)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Powiatowy Zarząd Dróg w Garwolinie, przy udziale wykonawców:

- A. Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt KIO 3130/20 i KIO 3142/20 po stronie Zamawiającego,
- B. Sweco Engineering Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3130/20 po stronie Odwołującego.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie o sygn. akt KIO 3130/20 w zakresie zarzutów o numerach od 1 do 3 oraz uwzględnić odwołanie o sygn. akt KIO 3142/20 w zakresie zarzutów o numerach od 2 do 5 i nakazuje Zamawiającemu w zakresie części 1 postępowania:
 - 1.1 unieważnienie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
 - 1.2 wykluczenie wykonawcy Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i uznanie jego oferty za odrzuconą,
 - 1.3 przeprowadzenie ponownej czynności oceny ofert.
2. W pozostałym zakresie oddala oba odwołania.
3. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 3130/20 obciąża Zamawiającego i:
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocników w wysokości 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych 00/100).
4. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 3142/20 obciąża Zamawiającego i:
 - 4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 19 360,03 zł (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta sześćdziesiąt złotych 03/100) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia i kosztu dojazdu pełnomocników na rozprawę w łącznej wysokości 4 360,03 zł (cztery tysiące trzysta sześćdziesiąt złotych 03/100).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Siedlcach.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 3130/20

KIO 3142/20

Uzasadnienie

Powiatowy Zarząd Dróg w Garwolinie (dalej: Zamawiającym), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej oraz nadzór nad jej przygotowaniem dla zadania pn. Budowa mostu na rzece Wiśle pomiędzy m. Antoniówka Świerżowska, a m. Świerże Górne wraz z drogami dojazdowymi” (Część I - Opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania pn. „Budowa mostu na rzece Wiśle pomiędzy m. Antoniówka Świerżowska, a m. Świerże Górne wraz z drogami dojazdowymi” wraz z nadzorem autorskim), numer referencyjny: WO.242.8.2020, zwane dalej Postępowaniem. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 września 2020 r. pod numerem 2020/S 172-415323.

30 listopada 2020 r. wykonawca Most-Projekt Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu (dalej: Odwołujący Most-Projekt lub Most-Projekt) wniósł odwołanie (sygn. akt KIO 3130/20) i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Multiconsult lub Przystępujący Multiconsult), mimo, iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania albo rażącego niedbalstwa lub co najmniej niedbalstwa lub lekkomyślności wielokrotnie wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie warunku opisanego w punkcie 7.2 ppkt 3.A, lit. a Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ),
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego Multiconsult z postępowania, mimo, iż w wyniku zamierzonego działania albo rażącego niedbalstwa lub co najmniej niedbalstwa lub lekkomyślności wprowadził

on Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania dowodów dotyczących należytego wykonania usług,

3. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. art. 22a ust. 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego Multiconsult, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w przedmiocie zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wymaganego doświadczenia i dysponowania odpowiednim personelem na potrzeby realizacji zamówienia, do realizacji którego te zasoby były wymagane,
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego Multiconsult, podczas gdy oferowana przez niego usługa nie odpowiadała opisanemu w SIWZ przedmiotowi zamówienia, co do jej zakresu i jakości, tj. nie posiadała elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego,
5. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, mimo, iż zgodnie z kryteriami oceny ofert w postępowaniu, oferta Odwołującego była ofertą najkorzystniejszą,
6. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez naruszenie obowiązku udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp, przez wybór najkorzystniejszej oferty z pominięciem ustawowego obowiązku wykluczenia Przystępującego Multiconsult, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Odwołujący Most-Projekt wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w ramach części I postępowania:

1. unieważnienia czynności z 22 listopada 2020 r. polegającej na dokonaniu wyboru oferty Przystępującego Multiconsult jako najkorzystniejszej,
2. wykluczenia Przystępującego Multiconsult z postępowania w związku z faktem, iż wprowadził on Zamawiającego w błąd oraz nie spełniał warunków udziału w postępowaniu,
3. odrzucenia oferty Przystępującego Multiconsult w związku z faktem, iż nie spełniała ona wymagań SIWZ,
4. wyboru oferty Odwołującego Most-Projekt jako oferty najkorzystniejszej,

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę żądań wskazanych zawartych w punktach 2, 3 i 4, Odwołujący Most-Projekt wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

5. dokonania ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu,
6. wyboru oferty Odwołującego Most-Projekt jako oferty najkorzystniejszej.

Ponadto Odwołujący Most-Projekt wniósł o:

7. przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w treści odwołania, w tym znajdujących się w aktach postępowania, jak również dokumentów przedstawionych na rozprawie,
8. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa prawnego.

30 listopada 2020 r. wykonawca Sweco Engineering Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: Odwołujący Sweco lub Sweco) wniósł odwołanie (sygn. akt KIO 3142/20) i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego Multiconsult i następczego odrzucenia jego oferty, mimo, że wykonawca ten nie wykazał w toku postępowania, iż spełniał warunki udziału w postępowaniu dotyczące posiadanych zdolności technicznych i zawodowych, w zakresie posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia,
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 Pzp, art. 22 ust. 1a i 1b pkt 3 Pzp, art. 22d ust. 1 i ust. 3 Pzp, art. 22a ust. 1 - 4 Pzp oraz art. 36a ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 Pzp w związku z art. 36 ust. 2 pkt 10 Pzp, jak również art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez ich niezastosowanie w sytuacji, gdy Przystępujący Multiconsult podlegał wykluczeniu z postępowania wskutek niewykazania spełniania warunków dotyczących zdolności technicznej i zawodowej oraz wskutek przekazania informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, co do spełniania warunków w postępowaniu, które to informacje miały istotny wpływ na decyzje podjęte przez Zamawiającego w toku postępowania,
3. art. 22a ust. 2 i 3 Pzp w związku z art. 22a ust. 4 Pzp przez błędną ocenę treści zobowiązania podmiotu trzeciego tj. Johs Holt AS z siedzibą w Oslo (dalej: Johs) i uznanie, że sposób udostępnienia zasobów (w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej wymaganego doświadczenia wykonawcy) określony w dokumencie zobowiązania pozwalał na uznanie, że Przystępujący Multiconsult spełniał warunki udziału w postępowaniu,

4. art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp w związku z art. 36b ust. 1 Pzp oraz w związku z treścią punktu 5.4 SIWZ, jak również w związku z art. 22a ust. 4 Pzp przez:
 - A. błędne przyjęcie, że wymóg, by kluczowe części zamówienia (tj. czynności wykonywane zgodnie z umową i obowiązującymi przepisami przez ekspertów kluczowych - projektanta branży drogowej oraz projektanta branży mostowej) wykonał osobiście wykonawca będzie spełniony, jeśli to nie wykonawca (Przystępujący Multiconsult), ale podmiot trzeci (Johs) posiadał wymagane doświadczenie w opracowywaniu dokumentacji w zakresie Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego dla budowy obiektu mostowego,
 - B. uznanie, że aby nastąpiło realne (na zasadach Pzp, jak w pkt 2 i 3 powyżej) użyczenie przez podmiot trzeci tegoż zasobu (doświadczenia), to podmiot trzeci: Johs musiałby wykonać, jako podwykonawca, przy wykorzystaniu swojego personelu i ekspertów wszystkie prace projektowe polegające na opracowaniu dokumentacji projektowej dla obiektu/obiektów mostowych,
5. art. 25 ust. 1 i 2 Pzp, w związku z § 2 pkt 4 ppkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przez nieuzasadnione przyjęcie, że złożony przez Przystępującego Multiconsult wykaz usług oraz referencja potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych mimo, że w treści ww. dokumentów brak informacji, że usługa w istocie została wykonana przed dniem złożenia oferty oraz, że została ona wykonana należycie,
6. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy oferta Przystępującego Multiconsult podlegała odrzuceniu, jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania,
7. art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp przez ich niewłaściwe zastosowanie w odniesieniu do oferty Odwołującego Sweco i dokonanie zaniżonej, tj. niezgodnej z opisanym w SIWZ sposobem oceny ofert w kryterium pozacenowym „Doświadczenie Zespołu Projektowego” (Z) w zakresie dotyczącym doświadczenia zawodowego osoby wskazanej do pełnienia funkcji projektanta specjalności mostowej - w obrębie Podkryterium 1, w przy jednoczesnym uznaniu tożsamego doświadczenia kandydata zaproponowanego w ofercie innego wykonawcy i przyznaniu temu, innemu wykonawcy, punktów za to tożsame doświadczenie,
8. art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp przez niezastosowanie się do dyspozycji tego przepisu, tj. brak uzasadnienia faktycznego przyczyn, dla których nie przyznano Odwołującemu Sweco maksymalnej ilości punktów w ramach kryterium „Doświadczenie Zespołu

Projektowego” (Z) w zakresie dotyczącym doświadczenia zawodowego kandydata osoby proponowanej do pełnienia funkcji: Projektant specjalności mostowej w obrębie Podkryterium 1, mimo przyznania punktów ofercie innego wykonawcy za tożsame doświadczenie kandydata, co spowodowało, że ten inny wykonawca wyprzedził Odwołującego Sweco w końcowym rankingu ofert,

9. ewentualne naruszenie art. 22a ust. 6 Pzp w związku z art. 22a ust. 3 i 4 Pzp przez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy z treści złożonej przez Multiconsult oferty, oraz z treści złożonego wraz z ofertą dokumentu JEDZ tego wykonawcy oraz dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego wynikało, iż Przystępujący Multiconsult zamierzał wykonać zamówienie bez realnego wykorzystania zdolności zawodowych lub technicznych podmiotu trzeciego tj. Johs, choć Multiconsult nie wykazał, iż samodzielnie spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu;
10. ewentualnie naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp lub art. 26 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego Multiconsult do złożenia uzupełnień lub wyjaśnień w zakresie wymaganego doświadczenia wykonawcy;
11. art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania bez zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz bez zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania;
12. art. 7 ust. 3 Pzp przez naruszenie obowiązku udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp, przez wybór najkorzystniejszej oferty z pominięciem ustawowego obowiązku wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wprowadził Zamawiającego w błąd przy podawaniu informacji, że ww. warunki spełnił.

Odwołujący Sweco wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w ramach części I postępowania:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty Przystępującego Multiconsult,
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu z zachowaniem tych samych standardów oceny w ramach kryteriów pozacenowych, w szczególności w odniesieniu do ofert złożonych przez Odwołującego Sweco oraz wykonawcę Most-Projekt,
3. wykluczenia Przystępującego Multiconsult z postępowania i odrzucenia jego oferty,
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego Sweco jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Ponadto Odwołujący Sweco wniósł o:

5. przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania, w tym znajdujących się w aktach postępowania, jak również dokumentów przedstawionych na rozprawie,
6. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa prawnego.

KIO 3130/20

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący Most-Projekt wskazał m.in.:

W celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu Przystępujący Multiconsult Wykonawca złożył m.in. wykaz usług wraz z dowodami, które w ocenie Przystępującego miały potwierdzać, że usługi zostały wykonane w sposób należyty. Z wykazu usług wynikało, że podmiotem wykazującym spełnianie warunku jest Johs z siedzibą w Oslo, a usługi były realizowane na rzecz spółki Rambøll z siedzibą w Oslo (dalej Rambøll) przy zadaniu dotyczącym opracowania dokumentacji projektowej (projektu budowlanego i wykonawczego) dla budowy mostu Varodd na drodze E18. Jednocześnie w wykazie usług Przystępujący Multiconsult wskazał, że przedmiotowa inwestycja była realizowana w okresie 2015-2020.

21 października 2020 r. Zamawiający wezwał Przystępującego Multiconsult do złożenia aktualnych na dzień złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp (dokumenty wskazane w Rozdziale I pkt 9.7 ppkt 1 i 2 SIWZ).

22 października 2020 r. Johs złożył oświadczenie własne w zakresie wykonania projektu budowlanego oraz projektu wykonawczego ustroju mostu na rzecz Rambøll.

Pismem z 6 listopada 2020 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał Przystępującego Multiconsult do uzupełnienia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25a ust. 1 Pzp, tj. do złożenia oświadczeń w zakresie niepodlegania przez Multiconsult wykluczeniu z postępowania oraz spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu i kryteriów selekcji. Zamawiający wskazał, że Przystępujący Multiconsult powinien złożyć wykaz usług wraz z dowodami, że usługi te zostały wykonane należycie. Zamawiający podkreślił przy tym, że Przystępujący Multiconsult przedstawił jedynie własne oświadczenie w tym zakresie, nie wskazując jednocześnie obiektywnych przyczyn braku możliwości złożenia oświadczenia podmiotu, na rzecz którego usługa była świadczona.

Ponadto, Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, wezwał Przystępującego Multiconsult do wyjaśnień w przedmiocie zakresu powierzenia realizacji usługi Johs. Na podstawie

art. 87 ust. 1 Pzp Zamawiający wezwał natomiast Multiconsult do wyjaśnień treści oferty w przedmiocie doświadczenia projektanta mostowego.

W odpowiedzi Multiconsult pismem z 12 listopada 2020 r. przekazał Zamawiającemu dokument mający potwierdzać należyte wykonanie usługi wymienionej w wykazie usług, tj. referencję wystawioną przez podmiot, na rzecz którego usługa była wykonywana (Rambøll) wraz z własnym tłumaczeniem na język polski.

Ponadto wykonawca wyjaśnił, że Johs będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia jako podwykonawca w zakresie niezastrzeżonym przez Zamawiającego do osobistej realizacji przez wykonawcę. Czynności realizowane przez Johs miały dotyczyć, co do zasady, weryfikacji dokumentacji oraz wsparcia organizacyjnego i merytorycznego, poza pracami realizowanymi przez ekspertów kluczowych - Projektanta branży drogowej i Projektanta branży mostowej.

W odniesieniu do doświadczenia Projektanta branży mostowej Multiconsult wyjaśnił, że kryterium oceny ofert określone w pkt 19.1.2.2 SIWZ odnosiło się do opracowania „Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego dla budowy obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A (...)”. W ocenie wykonawcy, Zamawiający nie wskazał w SIWZ, iż odnosi się tu do klasy A wg Polskiej Normy PN-85-S-10030, ani nie wskazał na żadne konkretne regulacje, do których wymagania się odnosi. Multiconsult stwierdził, że rynek zamówień publicznych nie może być ograniczany wyłącznie do wykonawców polskich, a w różnych krajach i perspektywie czasowej wymagania normatywne zmieniały się. Obowiązujące w tym zakresie w różnych krajach i na przestrzeni czasu normy/standardy opierały się na różnych modelach matematycznych wyliczania obciążeń (np. schematem przyłożenia obciążenia). Przystępujący Multiconsult podkreślił, iż aktualnie obiekty mostowe nie są już projektowane w Polsce w oparciu o normę PN-85/S-10030. Wykonawca wskazał, że zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z 1 sierpnia 2019 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz.U. 2019 poz. 1642), dla obiektów usytuowanych w ciągu drogi klasy A, S, GP lub G stosuje się klasę obciążenia 1. Zastosowanie znajduje w szczególności model LM1 zgodnie z Polską Normą, tj. PN-EN 1991-2 (Eurokod 1: Oddziaływania na konstrukcje, Część 2: Obciążenia ruchome mostów), z uwzględnieniem wartości współczynników dostosowawczych uzależnionych od klasy obciążenia. Ów model wyliczania obciążenia był, w ocenie Multiconsult, odmienny, niż klasy A według nieobowiązującej już normy PN-85/S-10030. W ocenie Multiconsult brak zatem wskazania w treści SIWZ na ww. Polską Normę oraz powyższe argumenty wskazywał, iż SIWZ odnosiła się do klasy/standardów najwyższych tj. klasy najwyższych obciążeń obowiązującej w miejscu i czasie projektowania. W szczególności, że obciążenia te - choć opierały

się na różnych modelach - były z inżynierskiego punktu widzenia porównywalne. Wykonawca wskazał także, iż nawet gdyby przyjąć, że SIWZ miała takie znaczenie, iż zaprojektowany obiekt mostowy musiał spełniać wymagania obciążenia klasy A wg Polskiej Normy PN-85/S-10030 to most graniczny przez rzekę Ren, w Rheinfelden/Warmbach spełniałby również tak postawione wymaganie.

Pismem z 20 listopada 2020 r. Zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru oferty Przystępującego Multiconsult jako najkorzystniejszej.

Zarzuty nr 1 - 3

W Tomie I, Rozdział 1, punkt 7.2 ppkt 3.A, lit. a SIWZ (Warunki udziału w postępowaniu) Zamawiający wskazał, że wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- a) jednej usługi polegającej na opracowaniu dokumentacji w zakresie projektu budowlanego i projektu wykonawczego dla budowy obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 600 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu,
- b) jednej usługi polegającej na opracowaniu dokumentacji w zakresie projektu budowlanego i projektu wykonawczego dla budowy obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła co najmniej 100 m.

Przez wykonanie opracowania dokumentacji należało rozumieć doprowadzenie do wystawienia protokołu odbioru dokumentacji projektowej lub równoważnego dokumentu.

Multiconsult skorzystał z zasobów podmiotu trzeciego w tym zakresie i w wykazie usług w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu podał, że Johs zrealizował usługi w zakresie wymaganym przez Zamawiającego na rzecz Rambøll. Zadanie wskazane przez Multiconsult dotyczyć miało opracowania dokumentacji projektowej (projektu budowlanego i wykonawczego) dla budowy mostu Varodd na drodze E18. Jednocześnie w wykazie usług Przystępujący wskazał, że przedmiotowa inwestycja była realizowana w okresie 2015-2020.

Multiconsult w celu wykazania, że Johs zrealizował zadanie wskazane w wykazie usług, przedstawił Zamawiającemu oświadczenie własne Johs (w jęz. angielskim wraz z tłumaczeniem na jęz. polski) podpisane przez Multiconsult, w którym podmiot ten wskazał, że wykonał projekt budowlany i wykonawczy mostu Varodd w technologii wspornikowej (nawisowej). Długość mostu wynosiła 654 m, a długość jego najdłuższego

przęsła wyniosła 260,8 m. Jednocześnie Multiconsult nie wykazał istnienia obiektywnych przyczyn braku możliwości złożenia oświadczenia podmiotu, na rzecz którego usługa była świadczona, tj. Rambøll.

Dopiero na wezwanie Zamawiającego Multiconsult złożył oświadczenie Rambøll (w jęz. angielskim wraz z tłumaczeniem na jęz. polski), z którego wynikało, że Johs wykonał dokumentację projektową ustroju mostu Varodd w latach 2015-2020. Dokumentacja zawierała - wg własnego tłumaczenia Multiconsult na język polski - projekt budowlany (w wersji angielskiej określony jako „detail design”) i projekt wykonawczy (w wersji angielskiej określony jako „executive project”). Ponadto ponownie wskazano, że długość mostu wyniosła 654 m, a długość jego najdłuższego przęsła wyniosła 260,8 m.

W ocenie Odwołującego Most-Projekt, Przystępujący Multiconsult w wyniku zamierzonego działania albo rażącego niedbalstwa lub co najmniej niedbalstwa lub lekkomyślności wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie warunku opisanego w punkcie 7.2 ppkt 3.A, lit. a SIWZ oraz wykazania, że usługi te były wykonane należycie. Powyższe bezspornie miało istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ oferta Przystępującego Multiconsult została wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący Most-Projekt wskazał, że wymagania dotyczące doświadczenia wykonawcy były jasno i precyzyjnie sformułowane w SIWZ. Zamawiający wymagał, aby każdy wykonawca biorący udział w postępowaniu wykazał, że wykonał usługę polegającą na opracowaniu dokumentacji w zakresie projektu budowlanego i projektu wykonawczego dla budowy obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 600 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu oraz jednej usługi polegającej na opracowaniu dokumentacji w zakresie projektu budowlanego i projektu wykonawczego dla budowy obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła co najmniej 100 m. Powyższe warunki miały być spełnione łącznie.

Wykaz usług Multiconsult został wypełniony w sposób niepoprawny i nie został poprawiony ani uzupełniony lub wyjaśniony na żadnym etapie postępowania. Zamawiający wymagał wskazania konkretnego oznaczenia czasu realizacji zadania podlegającego ocenie, z określeniem jego początku oraz końca. Przez czas realizacji zadania Zamawiający rozumiał daty uwzględniające dzień, miesiąc oraz rok, co wynikało wprost ze wzoru wykazu usług i wykazu usług. Multiconsult wskazał jedynie rok rozpoczęcia realizacji zadania oraz rok zakończenia realizacji zadania (na co brak dowodów).

Takie wypełnienie wykazu usług było niezgodne z SIWZ oraz - w ocenie Odwołującego - miało na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd, że Przystępujący Multiconsult spełnił

warunki udziału w postępowaniu. Termin składania ofert przypadał na 7 października 2020 r. Tym samym zakończenie realizacji zadania na rzecz Rambøll musiało nastąpić, wedle oświadczenia Multiconsult, przed tym dniem. Odwołujący, ani Zamawiający nie posiadali szczegółowych informacji w tym zakresie, a informacje te nie podlegały uzupełnieniu. Z żadnych dokumentów przetargowych (w tym zwłaszcza korespondencji między Przystępującym, a Zamawiającym) nie wynikało, w jakim dniu i w jakim miesiącu nastąpiło (jeśli w ogóle) zakończenie wykonywania zadania. Dodatkowo, co Multiconsult całkowicie pominął i w konsekwencji wprowadził Zamawiającego w błąd - przez wykonanie opracowania dokumentacji należało rozumieć doprowadzenie do wystawienia protokołu odbioru dokumentacji projektowej lub równoważnego dokumentu. Zamawiający nie podjął jakichkolwiek czynności zmierzających do naprawienia tych oczywistych i zamierzonych błędów w wypełnieniu wykazu usług. Co więcej ani z oświadczenia własnego Johs, ani z referencji wystawionych przez Rambøll nie wynikało, kiedy i czy w ogóle, doszło do wystawienia protokołu odbioru dokumentacji lub równoważnego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usług. Rambøll oświadczył jedynie jakie elementy zawierał projekt opracowany przez Johs i jakie były parametry projektowanego ustroju nośnego mostu. Również zakres opracowań projektowych budził wątpliwości.

W formularzu 2.2.1 (Informacja dot. doświadczenia Zespołu Projektowego, Część 1 pkt 2, doświadczenie Projektanta mostowego, kryterium (Z), podkryterium 2) Multiconsult przedstawił informację, z której miało wynikać, że Projektant mostowy brał udział w realizacji dokumentacji obejmującej projekt budowlany i projekt wykonawczy obiektu mostowego o rozpiętości najdłuższego przęsła min. 100 m i obciążeniu klasy A (obiektu nad rzeką Ren na granicy Niemiec i Szwajcarii w pobliżu m. Rheinfelden i Warmbach). Klasa A to klasa obciążeń obiektów mostowych m.in. według Polskiej Normy PN-85 S-10030: Obiekty Mostowe - Obciążenia.

Kwestia klasy obciążeń budziła wątpliwości Zamawiającego (pismo Zamawiającego z 6 listopada 2020 r.), który wezwał Przystępującego Multiconsult do potwierdzenia czy most ten spełniał wymagania Zamawiającego.

Odwołujący Most-Projekt wskazał, że Multiconsult na odpowiednim etapie postępowania miał możliwość zadania pytań precyzujących wymagania Zamawiającego lub złożenia wniosku o zmianę postanowień SIWZ (ewentualnie zaskarżenia treści SIWZ), z którymi się nie zgadzał. Multiconsult nie skorzystał z tych możliwości. Multiconsult stwierdził, że Zamawiający nie odniósł się do konkretnych norm wskazujących, że obiekt miał być zaprojektowany na klasę obciążenia A. Jednak pominął, że odwołanie do normy projektowania nie było konieczne, gdyż klasę obciążenia obiektu określał Załącznik nr 2

do Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie. Określenie wymogu zaprojektowania na klasę obciążenia A oznacza, że obiekt powinien być zaprojektowany zgodnie z rozporządzeniem.

Projektowanie wg klasy A świadczyło o wykonaniu dokumentacji projektowej zgodnie z polskim prawem i odnosiło się zarówno do kwestii związanych z bezpieczeństwem konstrukcji jak i stosowania konkretnych rozwiązań konstrukcyjnych.

Przystępujący Multiconsult powołując się na aktualnie obowiązujące przepisy wykonawcze pominął fakt, że obowiązują one na tyle krótko, by udało się zgodnie z ich postanowieniami opracować dokumentację projektową wraz z uzyskaniem decyzji administracyjnych. Postawienie takiego wymogu w sposób rażący ograniczyłoby możliwość ubiegania się o zamówienie potencjalnych wykonawców.

Ponadto, znaczne wątpliwości Odwołującego Most-Projekt budziło wskazanie w treści oświadczenia własnego Johs oraz w treści referencji wystawionych przez Rambøll, że Johs wykonał dokumentację projektową, tj. projekt budowlany i projekt wykonawczy określone w jęz. angielskim jako - odpowiednio „detail design” oraz „executive project”. Odwołujący we własnym zakresie dokonał tłumaczenia przysięgłego referencji Rambøll oraz oświadczenia własnego Johs. Co do zasady, w treści referencji Rambøll oraz oświadczenia Johs posłużył się wyrażeniami, które - po przetłumaczeniu - miały według Przystępującego Multiconsult potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący w oparciu o informacje z ogólnie dostępnych platform umożliwiających tłumaczenie tekstu wskazał, że żaden z dostępnych i wykorzystywanych tłumaczy internetowych nie przetłumaczył „detail design” jako projektu budowlanego. Nie sposób również uznać, aby przez szczegółowy projekt należało rozumieć projekt budowlany. Takie wnioskowanie prowadziłoby do nieuprawnionego uznania, że każdy projekt szczegółowy (a więc np. projekt szczegółowy wewnątrz) jest projektem budowlanym.

Odwołujący podniósł, że między tekstem referencji Rambøll w jęz. angielskim i tekstem w jęz. polskim wystąpiły niezgodności. Teksty te mają rozbieżną konstrukcję. Tekst w jęz. angielskim nie zawierał nawiasów, które znalazły się w tekście przetłumaczonym. Było to tyle istotne, że jeden z nawiasów zawierał tłumaczenie wyrażenia „detail design” rozumianego przez Multiconsult co do zasady jako projekt budowlany (sformułowanie to w tekście oryginalnym zostało użyte kilka razy i za każdym razem miało inne znaczenie). Przetłumaczenie tego wyrażenia w sposób, w jaki zrobił to Multiconsult, nie wymagało dodania nowego nawiasu, ponieważ wskazane wyrażenie było użyte w wersji angielskiej referencji. Podobne niezgodności wystąpiły w oświadczeniu własne Johs, które pierwotnie miało potwierdzać posiadanie doświadczenia z referencjami Rambøll.

Ogólny zakres i treść projektu budowlanego został określony w art. 34 ust. 3 Prawa budowlanego. Projekt budowlany składa się zatem z:

- a) Projektu zagospodarowania terenu,
- b) Projektu architektoniczno-budowlanego,
- c) Projektu technicznego.

Szczegółowe wytyczne określające zawartość projektu budowlanego zawiera z kolei Rozporządzenie Ministra Rozwoju z 11 września 2020 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego. Na całość dokumentacji projektowej składa się jeszcze projekt wykonawczy uszczegółwiający rozwiązania zawarte w projekcie budowlanym, projekty technologiczne uszczegółwiające wykonanie poszczególnych elementów obiektu oraz projekty powykonawcze.

Skład dokumentacji projektowej obowiązującej w Norwegii jest podobny i wynika z aktu prawnego TEK17.

Odpowiednik projektu budowlanego w prawie norweskim to konsept (hovedutforming). To w nim są skumulowane wszystkie sprawy formalnoprawne związane z zajęciem terenu, wykupem działek, oddziaływaniem obiektu na sąsiednie tereny, środowisko, ludzi itp. Natomiast projekt wykonawczy i technologiczny ma swojego odpowiednika w postaci detaljprosjektering, a projekt powykonawczy to utførelse.

W opinii Odwołującego Most-Projekt przedstawione przez Multiconsult referencje dotyczyły tylko i wyłącznie projektu wykonawczego i projektu technologicznego. Projekt budowlany został z kolei wykonany w roku 2011 bez udziału Johs, zatem spółka ta nie mogła wykazać się posiadaniem doświadczenia w jego opracowywaniu. Powyższe potwierdziła zresztą treść referencji Rambøll.

Zamawiający wymagał posiadania doświadczenia w zaprojektowaniu kompletnego obiektu mostowego, a nie jak wynikało z referencji Rambøll - wykonania jedynie projektu wykonawczego ustroju nośnego mostu. Obiekt budowlany w rozumieniu rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie oznacza budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych.

Z kolei przez budowlę należy rozumieć każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury, jak: obiekty liniowe, lotniska, mosty, wiadukty, estakady, tunele, przepusty, sieci techniczne, wolno stojące maszty antenowe, wolnostojące, trwałe

związane z gruntem tablice reklamowe i urządzenia reklamowe, budowle ziemne, obronne (fortyfikacje), ochronne, hydrotechniczne, zbiorniki, wolno stojące instalacje przemysłowe lub urządzenia techniczne, oczyszczalnie ścieków, składowiska odpadów, stacje uzdatniania wody, konstrukcje oporowe, nadziemne i podziemne przejścia dla pieszych, sieci uzbrojenia terenu, budowle sportowe, cmentarze, pomniki, a także części budowlane urządzeń technicznych (kotłów, pieców przemysłowych, elektrowni jądrowych, elektrowni wiatrowych i innych urządzeń) oraz fundamenty pod maszyny i urządzenia, jako odrębne pod względem technicznym części przedmiotów składających się na całość użytkową.

Za obiekt mostowy rozumie się budowlę przeznaczoną do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo-rowerowego, szlaku wędrówek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji gospodarczej nad przeszkodą terenową, a w szczególności most, wiadukt, estakadę, kładkę.

Zaprojektowanie jedynie ustroju nośnego mostu („superstructure” - referencje w języku angielskim spółki Rambøll oraz oświadczenie własne Johs w jęz. angielskim) nie było tożsame z zaprojektowaniem obiektu mostowego, który składa się zgodnie z rozporządzeniem w całości z takich elementów jak podpory (przyczółki i filary wraz z fundamentami) i ustroje nośne (dźwigary i pomost) - superstructure.

Odwołujący Most-Projekt zlecił przetłumaczenie referencji oraz oświadczenia Johs tłumaczowi przysięgłemu. Z treści tłumaczenia wynikało, że Johs sporządził jedynie projekt wykonawczy ustroju nośnego mostu Varodd w okresie od 2015 r. do 2020 r.

Z kolei oświadczenie własne Johs zostało przetłumaczone w następujący sposób: „Spółka Johs Holt sporządziła projekt wykonawczy oraz przedsięwzięcie wykonawcze (tłumaczenie dosłowne) ustroju nośnego mostu Varodd. Most Varodd to most wspornikowy w Norwegii niedaleko miasta Kristiansand. Długość mostu wynosi 654 m a szerokość 18,89 m. Największa rozpiętość przęsła wynosi 260,8 m. Przedsięwzięcie stanowiło współpracę ze spółką Rambøll. Spółka Johs Holt posiadała projekt wykonawczy oraz przedsięwzięcie wykonawcze [tłumaczenie dosłowne] ustroju nośnego, w tym przyczółków. Właścicielem mostu jest Administracja Dróg Publicznych w Norwegii (NPRA)”.

Powyższe tłumaczenia w ocenie Odwołującego Most-Projekt potwierdzały, że Johs nie posiadał wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia, a zatem nie mógł skutecznie udostępnić tego zasobu na rzecz Przystępującego Multiconsult. W konsekwencji Multiconsult nie spełnił warunków udziału w postępowaniu i powinien być wykluczony z postępowania. Multiconsult świadomie wprowadził Zamawiającego w błąd, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co stanowiło odrębną podstawę prawną wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Odwołujący Most-Projekt wskazał również, że Zamawiający wymagał, aby projektowany obiekt miał długość całkowitą co najmniej 600 m pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu oraz rozpiętość teoretyczną najdłuższego przęsła co najmniej 100 m. Przystępujący Multiconsult oświadczył natomiast (wykaz usług, oświadczenie własne Johs oraz referencje Rambøll), że długość mostu wynosiła 654 m. Takie wskazanie miało dowodzić, że Multiconsult spełniał warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z SIWZ obiekt miał mieć długość całkowitą co najmniej 600 m, ale pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu. Oświadczenia Multiconsult załączone do akt postępowania nie zawierały natomiast jakichkolwiek informacji, aby 654 m dotyczyło odległości pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu. Powyższe w ocenie Odwołującego stanowiło kolejny przejaw wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez Multiconsult.

Zamawiający w toku oceny oferty Przystępującego Multiconsult, całkowicie pominął kwestię celu referencji. Rolą referencji było poświadczenie należytego wykonania usług wymienionych w wykazie usług, a ich treść nie musiała literalnie odpowiadać treściom zamieszczonym w wykazie wykonanych usług. Multiconsult w treści wykazu usług sam podkreślił wymóg wykazania należytej realizacji zadania. W tej sytuacji niezrozumiałe było zaniechanie weryfikacji treści referencji przez Zamawiającego. Z żadnego oświadczenia w zakresie sposobu zrealizowania zadania przez Johs nie wynikało, aby zostało ono wykonane w sposób należyty. Co więcej, Rambøll nie użył jakiegokolwiek innego, równoznacznego określenia, z którego mogłoby nawet w sposób pośredni wynikać, że Johs wykonał zadanie należycie.

Istotną kwestią było też podpisanie referencji Rambøll przez Przystępującego Multiconsult (wersji angielskiej oraz wersji polskiej referencji - podpis Pani R. M.). Referencje zostały wystawione przez Pana J. N. - Kierownika Projektu Rambøll. Przystępujący nie wykazał, aby Pan J. N. był umocowany do składania oświadczeń woli w imieniu Rambøll w przedmiocie referencji na rzecz podmiotu trzeciego. Kwestia ta nie została także wyjaśniona przez Zamawiającego, a okoliczność ta stanowiła kolejne potwierdzenie rażącego niedbalstwa po stronie Przystępującego Multiconsult, w konsekwencji Zamawiający został wprowadzony w błąd, co do spełniania przez Multiconsult warunków udziału w postępowaniu. Po drugie, o ile z akt postępowania wynikało, że Johs udzielił Przystępującemu Multiconsult pełnomocnictwa m.in. do składania oświadczeń woli i wiedzy związanych z udostępnianiem przez Johs zasobów w zakresie zdolności technicznych i zawodowych w postępowaniu (pełnomocnictwo notarialne z 21 września 2020 r.), o tyle na żadnym etapie postępowania Rambøll nie udzielił pełnomocnictwa Przystępującemu Multiconsult do składania oświadczeń w jego imieniu. Kwestia ta pozostaje kluczowa,

ponieważ wpływa na ważność i skuteczność wystawionych referencji, niezależnie od informacji w nich wskazanych.

Referencje Rambøll zostały złożone przez Przystępującego Multiconsult dopiero wskutek wezwania Zamawiającego wystosowanego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia tego dokumentu. Tym samym nie było możliwości do ponownego wezwania Przystępującego o uzupełnienie tego dokumentu. Zamawiający nie ma również prawa do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe, do złożenia informacji niewadliwych w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

W odniesieniu do Zarzutu nr 3 Odwołujący Most-Projekt wskazał na rozbieżność między oświadczeniami Przystępującego Multiconsult w przedmiocie zakresu prac, które miały zostać wykonane przez Johs. Co do zasady udostępnione przez ten podmiot zasoby dotyczyły doświadczenia w wykonaniu projektu budowlanego oraz projektu wykonawczego określonego obiektu mostowego. Przystępujący Multiconsult, oświadczył, że Johs udostępnił swoje doświadczenie pod warunkiem bycia podwykonawcą w zakresie wykonywania projektu budowlanego i projektu wykonawczego. Ponadto Multiconsult wyjaśnił w piśmie z 12 listopada 2020 r., że Johs wykonywać będzie jedynie prace weryfikacyjne. Z powyższego wynika, że projekt budowlany i projekt wykonawczy, które były dokumentami szczególnie istotnymi dla Zamawiającego, będą opracowane przez samego wykonawcę (kluczowa część zamówienia), co było sprzeczne z przepisem art. 22a ust. 4 Pzp, zgodnie z którym w odniesieniu do warunków dotyczących m.in. doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Konsekwencją powyższego było nieskuteczne i niezgodne z Pzp skorzystanie z udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego, co prowadziło do wniosku, że Przystępujący Multiconsult nie spełniał warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający zobowiązany był wobec powyższego do wykluczenia Przystępującego Multiconsult z postępowania również na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 4 Pzp.

Zarzuty nr 4 - 6

Przedmiotowe zarzuty miały charakter wynikowy wobec zarzutów nr 1 - 3.

KIO 3142/20

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący Sweco wskazał m. in.:

Multiconsult złożył ofertę na wykonanie Części 1 zamówienia. Na ofertę składały się m.in.:

1. Formularz Oferty na załączniku nr 2.1. do SIWZ, zawierający m. in. następujące deklaracje:
 - a) Zamiar powierzenia podwykonawcom wykonania niekluczowych części zamówienia.
 - b) Zamiar powierzenia wykonania części zamówienia podmiotowi Johs („współpraca w zakresie prac weryfikacyjnych projektu”).
2. Zobowiązanie podmiotu trzeciego Johs, podpisane przez ustanowionego dla potrzeb przedmiotowego postępowania pełnomocnika tego podmiotu tj. Przystępującego Multiconsult działającego w osobie Prezesa Zarządu Pana J. W., w którym Johs zobowiązał się do oddania zasobów na potrzeby wykonania zamówienia do dyspozycji Przystępującego Multiconsult - wiedzy i doświadczenie przy wykonywaniu części 1 przedmiotu zamówienia. Johs oświadczył, że sposób wykorzystania udostępnionych zasobów to podwykonawstwo w zakresie udostępnionej zdolności zawodowej. Johs oświadczył, że weźmie udział w realizacji zadania realizując usługę będącą przedmiotem zamówienia jako podwykonawcy w zakresie niezbędnym do realizacji zadania na cały okres trwania zamówienia i że będzie realizował roboty budowlane, do realizacji których będą wymagane udostępnione zdolności.
3. Dokument JEDZ Przystępującego Multiconsult, w którym w odniesieniu do polegania na zasobach podmiotu trzeciego wykonawca oświadczył, że niekluczowe części zamówienia, częściowo będą zlecone Johs.

W toku postępowania Multiconsult, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp oraz następczym wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 Pzp, złożył m.in. następujące oświadczenia i wyjaśnienia:

„Niniejszym wyjaśniamy, że podmiot trzeci Johs będzie uczestniczył w realizacji zamówienia jako podwykonawca, w zakresie zamówienia niezastrzeżonym przez Zamawiającego do osobistego wykonania przez wykonawcę. Zakres prac Johs obejmuje, zgodnie z oświadczeniem złożonym w ofercie współpracę w zakresie prac weryfikacyjnych, w szczególności: weryfikację harmonogramu prac projektowych, współudział w nadzorze i kontroli wykonywania opracowań projektowych, weryfikację utworzonych dokumentów projektu, stanowiących dokumentację przebiegu procesu projektowego i dokumentację kontroli przeprowadzanych przez wykonawcę, wsparcie organizacyjne, merytoryczne i konsultacje oprócz zastrzeżonych części zamówienia tj. oprócz prac przeznaczonych dla następujących ekspertów kluczowych:

- 1) Projektanta branży drogowej,
- 2) Projektanta branży mostowej”.

Wraz z pismem z 12 listopada 2020 r. Multiconsult przekazał Zamawiającemu referencję (bez daty jej wystawienia i podpisania) w języku angielskim (wraz z tłumaczeniem na język polski) za wskazaną w wykazie usług usługę podmiotu trzeciego.

Wybór oferty Multiconsult jako oferty najkorzystniejszej nastąpił z naruszeniem przepisów Pzp, ponieważ wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu albo tego w toku nie wykazał, a dodatkowo wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że ww. wymagania spełnia.

W ocenie Odwołującego Sweco skoro warunek brzegowy dotyczył posiadania wiedzy i doświadczenia w wykonaniu usługi polegającej na opracowaniu dokumentacji w zakresie Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego dla budowy obiektu mostowego, to w przypadku, gdy wykonawca nie miał takiego, własnego doświadczenia i chciał polegać na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego, to tenże podmiot trzeci musiałby zostać zaangażowany jako podwykonawca. Jednak w tym Postępowaniu Zamawiający ustanowił wymaganie, że kluczowe części zamówienia, tj. czynności, które na podstawie przyszłej Umowy i na podstawie odrębnych przepisów będą wykonywać eksperci kluczowi - Projektant branży drogowej i Projektant branży mostowej, muszą być wykonane przez wykonawcę osobiście. Taki wymóg oznacza zatem zakaz zlecenia podwykonawcy wykonania i opracowania dokumentacji projektowej branżowej: drogowej i mostowej.

Z tego tytułu Zamawiający nie powinien był uznać, że wykonawca Multiconsult mógł w zakresie dotyczącym warunku posiadania zdolności technicznych i zawodowych polegać skutecznie na zasobach podmiotu trzeciego, tj. Johs.

Odwołujący Sweco wskazał ponadto, że Przystępujący Multiconsult nie powołał się w ww. zakresie na doświadczenie własne. W sytuacji postawienia warunku brzegowego posiadania doświadczenia w projektowaniu obiektu mostowego, aby mówić o realnym poleganiu na zdolnościach innego podmiotu, Multiconsult musiałby udowodnić, że począwszy od dnia złożenia oferty był związany umową z Johs i że podmiot ten wykona cały ten zakres przedmiotowego zamówienia, na który oddał wykonawcy Multiconsult swoje zasoby.

Oznaczałoby to że:

1. w treści zobowiązania podmiotu trzeciego musiałaby znaleźć się jednoznaczna deklaracja podmiotu trzeciego, że wykona on ten zakres zamówienia, na który „użycza” swoje zdolności (co do zasady jako Podwykonawca),
2. jednocześnie w treści Formularza Ofertowego wykonawca Multiconsult musiałby zadeklarować, że zamierza wykonać zamówienie z udziałem podmiotu trzeciego

użyczającego swoje zdolności zawodowe jako Podwykonawcy, ze wskazaniem nazwy i adresu firmy oraz zakresu zamówienia, który będzie zlecony temu konkretnemu Podwykonawcy,

3. odpowiednie deklaracje powinny być znaleźć się w formularzu/oświadczeniu JEDZ złożonym przez Multiconsult wraz z ofertą.

Brak takich „krzyżowych” deklaracji w ww. dokumentach i oświadczeniach ze strony Multiconsult jako wykonawcy oraz ze strony Johs jako podmiotu użyczającego zasoby zdyskwalifikował realność użyczenia.

Niezależnie od okoliczności i faktów przywołanych wyżej Odwołujący podniósł, że wykazana w wykazie usług Przystępującego Multiconsult usługa wykonana przez Johs, polegająca na opracowaniu dokumentacji projektowej dla budowy mostu Varodd na drodze E18 w Norwegii nie mogła potwierdzać spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący w tym miejscu wskazał, że według jego wiedzy, most ten nie odpowiadał klasie obciążenia A, wg warunku brzegowego, tak jak warunek ten wykreował Zamawiający. Zamawiający ustalając warunki w postępowaniu powołał się na rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. z 2000 r. nr 63, poz. 735 ze zm.). Oznaczenia literowe klas obciążenia i ich parametrów wynikały wprost z załącznika do ww. rozporządzenia. Dla ustalenia jakiej wartości obciążenie było wymagane dla wykazania, iż dany obiekt mostowy zaprojektowany dla innego kraju niż Polska, spełnia wymagania SIWZ konieczne było porównanie odpowiednich rodzajowo parametrów mostu z wymaganiami i klasyfikacją wg polskich przepisów prawa. Odwołujący dokonał takiego porównania parametrów mostu zaprojektowanego przez Johs w zakresie wartości obciążenia, jakim ten most się charakteryzuje i w jego ocenie ten obiekt mostowy nie spełniał wymogów obciążenia klasy A wg przywołanego wyżej rozporządzenia. Obciążenia dla ww. mostu stanowiły ok. 80% wartości wielkości obciążeń klasy A, co wskazywało na to, że ww. most wg przepisów polskich należało zaliczyć do klasy B (czyli do klasy niższej).

Mając powyższe na uwadze, zdaniem Odwołującego Przystępujący Multiconsult przez złożenie w wykazie usług oświadczenia o tym, iż obiekt mostowy w m. Varodd na drodze E18 w Norwegii to most o klasie A, wprowadził w błąd Zamawiającego przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadanych zdolności technicznych i zawodowych odnoszących się do wiedzy i doświadczenia. Bez znaczenia przy tym było, czy podanie informacji wprowadzających w błąd to skutek działania zamierzonego Multiconsult, czy też lekkomyślności bądź niedbalstwa.

Odwołujący podkreślił brak możliwości uzupełnienia referencji potwierdzających należyte wykonanie usługi wymienionej w wykazie Przystępującego Multiconsult ze względu na fakt,

że kwestionowane przez Odwołującego referencje zostały przekazane Zamawiającemu w wyniku skierowanego do Przystępującego wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Ze względu na brak jakiegokolwiek daty na dokumencie referencji nie sposób też było na ich podstawie określić kiedy faktycznie wykonana została usługa wskazana w wykazie Przystępującego. W konsekwencji Odwołujący poddał w wątpliwość fakt zakończenia usługi przed terminem składania ofert w postępowaniu.

Wobec powyższego Odwołujący wskazał, że w jego ocenie Zamawiający winien był wykluczyć Przystępującego Multiconsult z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, a w konsekwencji powyższego oferta Przystępującego winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 lub art. 26 ust. 4 Pzp w związku z art. 22a ust. 6 Pzp oraz w związku z art. 22a ust. 4 Pzp Odwołujący na wypadek nieuwzględnienia zarzutów zmierzających do wykluczenia Przystępującego Multiconsult z postępowania z ostrożności procesowej wskazał, że opisane wyżej okoliczności budziły wątpliwości co do tego, czy warunek posiadanej wiedzy i doświadczenia w odniesieniu do Multiconsult mógł zostać w istocie spełniony.

Przepis art. 22a ust. 6 stanowi, iż w sytuacji, gdy Zamawiający uzna, że zdolności techniczne lub zawodowe tzw. podmiotu trzeciego użyczającego zasoby wykonawcy nie potwierdzały spełniania przez tegoż wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (a w ocenie Odwołującego taka sytuacja wystąpiła w postępowaniu - zdolności zawodowe podmiotu trzeciego użyczone zostały Przystępującemu pozornie) zamawiający żąda by wykonawca:

1. zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami, albo
2. zobowiązał się do wykonania osobistego odpowiednich części zamówienia, jeżeli wykaże, iż sam te zdolności techniczne lub zawodowe posiada.

Zamawiający przez ustanowienie obowiązku wykonania kluczowych części zamówienia nie dopuścił, by wykonawcy polegali na zasobach podmiotu trzeciego w zakresie dotyczącym zdolności zawodowych w odniesieniu do wymaganej wiedzy i doświadczenia w opracowaniu dokumentacji projektowej dla obiektu mostowego. Zatem nie było możliwe skierowanie do Przystępującego wezwania do zastąpienia John innym podmiotem.

Ponieważ istniała możliwość, że Przystępujący dysponuje samodzielnie odpowiednim doświadczeniem, to fakt ten mógłby wykazać po wezwaniu w trybie art. 22a. ust. 6 pkt 2 Pzp. Odwołujący podkreślił jednak, że możliwość taka byłaby jedynie ewentualnością i oświadczył, że w jego ocenie Przystępujący winien być wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniżenia punktacji oferty Odwołującego w ramach jej oceny w ramach Podkryterium 1 (doświadczenia projektanta branży mostowej)

Odwołujący Sweco wyjaśnił, że wykazał się realizacją przez projektanta trzech zadań odpowiadających wymogom SIWZ i - w konsekwencji - oczekiwał przyznania 10 punktów jego ofercie. Zadania te to:

1. Budowa obwodnicy kłodzka w ciągu drogi krajowej nr 33 wraz z łącznikiem drogi krajowej nr 46,
2. Budowa drogi krajowej nr 47 na odcinku: Rdzawka - Nowy Targ km 5+064,20 - 21+200,00 (jezdnia lewa),
3. Budowa drogi krajowej nr 47 na odcinku: Rdzawka - Nowy Targ km 5+064,20 - 21+200,00 (jezdnia prawa).

Odwołujący opisując doświadczenie kandydata w projektowaniu obiektów mostowych kierował się literalną treścią opisu zasad przyznawania punktów w Podkryterium 1 oraz stanem faktycznym odnoszącym się do obiektu mostowego nr 112, w szczególności tym, że każda jezdnia (nitka) mostu została zaprojektowana jako oddzielna konstrukcja, mogąca w stosownych okolicznościach spełniać rolę analogiczną do obiektu mostowego w rozumieniu rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. z 2000 r. nr 63, poz. 735 ze zm.). Tym samym obiekty dokumentacje projektowe na których realizację powołał się Odwołujący powinny zostać potraktowane jako dokumentacje dotyczące trzech odrębnych obiektów budowlanych.

Wskazany w ofercie projektant specjalności mostowej zgodnie z pkt 2 oświadczenia zaprojektował dwa niezależne obiekty mostowe oznaczone numerem 112 jako odrębne konstrukcje dla jezdni lewej i jezdni prawej, tj. w ciągu obu nitek projektowanej drogi krajowej nr 47 na odc. Rdzawka — Nowy Targ. Potwierdzeniem faktu, iż przedmiotowe obiekty mostowe stanowiły odrębne konstrukcje były następujące parametry charakterystyczne:

1. różne długości całkowite:
 - a) jezdnia prawa: 915,40 m,
 - b) jezdnia lewa: 923,08 m,
2. różne rozpiętości przęseł:
 - a) jezdnia lewa: 896,16 m,
 - b) jezdnia prawa: 893.79 m,
3. różne szerokości konstrukcji nośnych obiektów (całkowita szerokość pomostu była zmienna na długości obiektu) i wynosiła:
 - a) jezdnia prawa: od 12,80 m (oś A) do 14,80 m (oś M),
 - b) jezdnia lewa: od 12.80 m (oś A) do 19.75 m (oś M),

dla których niezbędnym było przeprowadzenie odrębnych działań projektowych.

Odwołujący wskazał ponadto, że dwa niezależne obiekty mostowe przeprowadzające przez przeszkodę ruch na osobnych jezdniach są definiowane pod względem technicznym jako

odrębne (rozdzielone) obiekty budowlane, co wynika z § 90 Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie.

Z pisma Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu Odwołujący powziął wiadomość, że Zamawiający uwzględnił doświadczenie kandydata zaproponowanego przez Sweco w zakresie Podkryterium 1 tylko za dwa, a nie trzy obiekty mostowe. W konsekwencji ofercie Odwołującego w ramach podkryterium 1 Zamawiający przyznał 5 zamiast 10 punktów, (90 zamiast 95 punktów w ramach wszystkich kryteriów oceny ofert). W efekcie oferta Odwołującego Sweco uplasowała się na trzecim miejscu rankingu ofert.

Odwołujący nie znał powodów dla których Zamawiający podjął taką decyzję i jakie motywy stały za odmową uznania doświadczenia w zaprojektowaniu dwóch oddzielnych, niezależnych jezdni mostu nr 112, jako oddzielnych doświadczeń. Pismo Zamawiającego z 20 listopada 2020 r. nie zawierało żadnego uzasadnienia faktycznego.

Odwołujący Sweco podkreślił, że w przypadku analogicznie przedstawionego doświadczenia personelu wykonawcy Most-Projekt Zamawiający przyznał ofercie tego wykonawcy komplet punktów w ramach podkryterium. Tym samym Zamawiający zaakceptował doświadczenie kandydata Most-Projekt, mimo, że opisał on w swojej ofercie doświadczenie kandydata w sposób następujący: „Wyżej wymieniona osoba, jako projektant w specjalności mostowej, wykonał dokumentację projektową: Dokumentacja projektowa na rozbudowę północnej nitki mostu Lecha w ciągu ul. Lechickiej - Bałtyckiej w Poznaniu. Most nad rz. Wartą, obciążenie klasa A. Rozpiętość najdłuższego przęsła 100,8 m. Projekt budowlany i wykonawczy”. Doświadczenie kandydata zaproponowanego przez Most-Projekt było punktowane w ramach podkryterium 2 (w którym wyróżnikiem była długość najdłuższego przęsła mostu), jednakże co do zasady wszystkie inne definicje obiektu mostowego były w SIWZ identyczne, zarówno dla Podkryterium 1, jak i Podkryterium 2.

W efekcie wykonawca Most-Projekt otrzymał maksymalną ilość 10 pkt w ramach Podkryterium 2 (za trzy doświadczenia), w tym w szczególności za doświadczenie w zaprojektowaniu tylko jednej, północnej nitki mostu w Poznaniu, choć jest faktem powszechnie znanym i nie wymagającym oddzielnego dowodzenia, że Most Lecha w Poznaniu składa się z dwóch nitek: północnej i południowej. Gdyby Zamawiający zastosował takie standardy interpretacyjne oceny, jak to zrobił w odniesieniu do oferty Odwołującego Sweco, to wykonawca Most-Projekt powinien otrzymać tylko 5 pkt (za dwa doświadczenia). Wtedy Most-Projekt miałby wynikowo 87,55 pkt i zajęłby w końcowym rankingu miejsce trzecie, a Sweco trzecie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp Odwołujący podniósł, że Zamawiający miał obowiązek, wraz z przekazaniem informacji o wyborze oferty

najkorzystniejszej nie tylko podać punktację przyznaną poszczególnym ofertom w każdym kryterium oraz punktację łączną, ale co istotne, podać uzasadnienie faktyczne i prawne. W uzasadnieniu takim Zamawiający ma obowiązek ujawnić wykonawcom motywy swoich decyzji, w szczególności te odnoszące się do okoliczności przyznania bądź nieprzyznania punktów. Pismo Zamawiającego z 20 listopada 2020 r. takiego uzasadnienia faktycznego nie zawierało. W konsekwencji Zamawiający naruszył jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych — zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zatem nie poznał motywów i przyczyn, dla których Zamawiający nie przyznał jego ofercie 95 pkt.

Zdaniem Odwołującego całość działań Zamawiającego opisana w odwołaniu potwierdza, że postępowanie zostało przeprowadzone bez dochowania zasady proporcjonalności i przejrzystości oraz jawności oraz bez dochowania zasady równego traktowania wykonawców. W ocenie Odwołującego wykonawcą preferowanym przez Zamawiającego wydawał się być Przystępujący Multiconsult, a dyskryminowanym Odwołujący Sweco.

O dyskryminacji Odwołującego świadczył fakt, iż Zamawiający swoje potencjalne wątpliwości jak ocenić (ile przyznać punktów) za doświadczenie kandydata Sweco rozstrzygnął na niekorzyść Odwołującego, a wątpliwości dotyczące tego, czy w obrębie kryterium pozacenowego można posłużyć się tym samym doświadczeniem w obrębie Podkryterium 1 oraz Podkryterium 2, Zamawiający rozstrzygnął na korzyść innego wykonawcy. Przyznał bowiem punkty ofercie Przystępującego w obrębie obydwu ww. podkryteriów uznając, że podlega punktowaniu to samo doświadczenie (dotyczące obiektu mostowego MS-8), choć SIWZ tego nie przewidywała (posługiwanie się tym samym doświadczeniem dozwolone było tylko dla wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołania z 14 grudnia 2020 r. wniósł o ich oddalenie. W ramach uzasadnienia zajętego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.:

3130/20

W zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 24 ust. pkt 16 i 17 Pzp Zamawiający podniósł, że wykaz usług, na podstawie którego oparty został ten zarzut zawierał wszelkie informacje, na podstawie których zamawiający mógł jednoznacznie ocenić stan faktyczny. Zamawiający podkreślił, że warunki udziału w postępowaniu były jednoznaczne i nie budziły wątpliwości.

Kwestionowanemu przez Odwołującego wykazowi usług Przystępującego w zakresie niedookreślenia dat realizacji dokumentacji projektowej dot. mostu Varodd można było przypisać jedynie uchybienie formie, ale z pewnością nie jego treści.

Zamawiający podkreślił ponadto, że przy braku odpowiednich dowodów złożonych przez Odwołującego na poparcie zarzutu nadal uważa, że wykaz usług Przystępującego był dokumentem wiarygodnym.

W zakresie zarzutu niezgodności wykazanego przez Przystępującego doświadczenia projektanta mostowego z wymaganiami zamawiającego określonego w dokumentacji zamówienia, zamawiający wskazał, że postępowanie prowadzone było w tzw. trybie unijnym, zatem o zamówienie mogli ubiegać się wykonawcy mający siedzibę w każdym z krajów członkowskich. Interpretacja postanowień dokumentacji przetargowej w sposób zgodny ze stanowiskiem Odwołującego skutkowałaby całkowitą eliminacją z ubiegania się o zamówienie podmiotów, które dysponując właściwym doświadczeniem, nie mogłyby się ubiegać o zamówienie wyłącznie dlatego że nie świadczyły usług na terenie Polski. Zamawiający nie wskazał w SIWZ, iż wskazywany w warunkach udziału w postępowaniu oraz w kryteriach oceny ofert obiekt mostowy musiał spełniać wymagania klasy obciążenia A wg Polskiej Normy PN-85 S-10030. Zamawiający celowo nie wskazał odwołania do Polskiej Normy, przyjmując jedynie klasę obciążania A, jako punkt referencyjny wyznaczający oczekiwania zamawiającego. Mając na uwadze powyższe Zamawiający nie znalazł podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego Multiconsult. W realiach polskich regulacji klasa obciążenia A to klasa najwyższa, więc wykonawca wykazując zarówno swoje doświadczenie, jak i doświadczenie poszczególnych członków zespołu projektowego, winien wykazać doświadczenie w opracowywaniu dokumentacji projektowej obiektów mostowych o najwyższej klasie obciążenia. Inna interpretacja przedmiotowego wymagania oznaczałaby faktyczną eliminację podmiotów, które zdobywały doświadczenie świadcząc tożsame usługi na rzecz podmiotów w innych krajach Unii Europejskiej.

W odniesieniu do zarzutu wprowadzenia Zamawiającego w błąd w zakresie znaczenia poszczególnych nazw przywołanych w dokumentach złożonych przez wykonawcę Multiconsult Zamawiający podkreślił wagę treści, a nie nazwy dokumentu. Ponadto, w ocenie Zamawiającego nie udowodnił podniesionego zarzutu.

3142/20

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, Zamawiający wskazał, że przepis ten nie ma zastosowania w przetargu nieograniczonym, stąd zarzut podlegał oddaleniu.

Odnosząc się do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, Odwołujący Sweco zakwestionował faktyczne zaangażowanie podmiotu Johs w realizację zamówienia posługując się stwierdzeniami takimi jak „bliżej nieokreślone podwykonawstwo w zakresie udostępnionej zdolności zawodowej”, czy „udział w realizacji zamówienia w bliżej nie określonym zakresie”, pominał informacje zawarte w piśmie Przystępującego z 12 listopada 2020 r., zgodnie z którym „zakres prac Johs obejmuje, zgodnie z oświadczeniem złożonym w ofercie współpracę w zakresie prac weryfikacyjnych, w szczególności weryfikację harmonogramu prac projektowych, współdziałanie w nadzorze i kontroli wykonywania opracowań projektowych, weryfikację utworzonych dokumentów stanowiących dokumentację przebiegu procesu projektowego (...)”. W dalszej kolejności Przystępujący Multiconsult oświadczył, iż podmiot trzeci nie będzie wykonywał prac przeznaczonych dla kluczowych ekspertów, tj. projektanta branży drogowej i mostowej. To Odwołujący przyjął, iż osoby wskazane jako projektanci branży mostowej i drogowej to zasoby podmiotu Johs, co de facto nie wynikało z żadnego dokumentu złożonego w postępowaniu. W ocenie Zamawiającego każdy z wykonawców mógł dowolnie kreować swoją politykę kadrową, nie tylko opierając się na pracownikach etatowych, a również wykorzystując inne formy współpracy.

W zakresie zarzutów dotyczących niezgodności zadań zrealizowanych i wykazanych przez Przystępującego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu i na potrzeby punktacji oferty Zamawiający przedstawił stanowisko tożsame do opisanego w odpowiedzi na odwołanie 3130/20.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego Sweco, co do punktacji oferty tego podmiotu. Zamawiający podkreślił, że punktacja nie została zaniżona, a oceny dokonano w sposób zgodny z postanowieniami SIWZ.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron stanowisko pisemne wobec zarzutów obu odwołań przedstawił Przystępujący Multiconsult. Przystępujący wniósł o oddalenie obu odwołań i wskazał m. in.:

3130/20

Zarzuty dotyczące naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22a ust. 4 Pzp.

Multiconsult w celu wykazania spełniania warunku określonego w punkcie 7.2 ppkt 3.A, lit. a SIWZ polegał na zdolności wykonawcy Johs. W wykazie usług została wskazana usługa wykonana przez ww. podmiot trzeci na rzecz Rambøll, tj. dokumentacja projektowa dla mostu na rzece Varodd w zakresie: „Dokumentacja projektowa PB i PW dla mostu

o długości całkowitej 654 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu, klasie obciążenia A oraz długości najdłuższego przęsła 260,8 m (...)". W toku postępowania Przystępujący złożył referencje Rambøll wystawione na rzecz Johs w związku z realizacją ww. usługi.

Zasadnicza część ww. zarzutów została sformułowana na podstawie treści referencji wystawionej przez Rambøll. Odwołujący dokonał własnej interpretacji treści referencji i użytych w niej sformułowań, pomijając cel jakiego służy na gruncie Pzp wystawienie tego rodzaju poświadczenia, jak również pomijając treść złożonego przez Multiconsult wykazu usług. Już z tego tytułu zarzuty podniesione przez Odwołującego Most-Projekt powinny zostać oddalone. Zakres wykonanych prac potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu wynikał z treści wykazu - to wykaz sformułowany na potrzeby konkretnego postępowania stanowi oświadczenie wykonawcy potwierdzające spełnianie warunku postawionego w SIWZ. Referencje lub poświadczenia to dokumenty pochodzące od podmiotów trzecich, na których treść wykonawca nie miał wpływu. Co więcej, referencje nie zostały wystawione dla konkretnego postępowania i miały charakter uniwersalny w związku z czym, nie musiały zawierać wszystkich elementów wykonanych usług, które były badane w ramach warunku. Mogły zatem odnosić się do zakresu węższego niż wynikało to z faktycznie wykonanych prac. Referencje to dokument o charakterze ogólnym, nie można było więc wymagać i egzekwować od Przystępującego, aby z ich treści wynikało spełnienie, konkretnego i zindywidualizowanego, na potrzeby danego postępowania warunku udziału.

Wykaz usług oraz referencje złożone przez Multiconsult były spójne i potwierdzały spełnianie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Żadna z informacji przedstawionych przez Przystępującego nie była niezgodna z rzeczywistością, a w szczególności zakres prac wykonanych przez Johs. Dokumentacja projektowa została wykonana na rzecz Rambøll w okresie określonym w treści warunku udziału. Brak przy tym podania dat dziennych realizacji usługi w wykazie nie oznaczał, że Przystępujący nie spełniał warunku z SIWZ. Zamawiającemu została złożona referencja Rambøll potwierdzająca ukończenie dokumentacji co oznaczało, że usługa została już wykonana.

W kwestii tłumaczenia sformułowania „detail design” użytego w treści referencji, Przystępujący wskazał, że tłumaczone jako „szczegółowy projekt” (tłumaczenie Google Translate) mogło być projektem budowlanym i takie znaczenie tego określenia miał na myśli wystawca referencji. Opieranie zarzutów na interpretacji referencji było bezzasadne. W wykazie usług złożonym przez Przystępującego Multiconsult wyraźnie zostało potwierdzone, że doświadczenie obejmuje wykonanie projektu budowlanego (sformułowanie "PB"). Referencja nie służyła natomiast wykazywaniu całego zakresu doświadczenia.

Bezzasadne było powoływanie się przez Odwołującego Most-Projekt na przepisy polskiej ustawy Prawo budowlane, w sytuacji, gdy doświadczenie wykazywane w wykazie Przystępującego zostało zdobyte na gruncie prawa norweskiego. Fakt istnienia różnic

w procedurze uzyskiwania pozwolenia na budowę pomiędzy poszczególnymi krajami nie powodował, że Johs, a tym samym Multiconsult nie posiadał stosownego doświadczenia. Interpretacja Odwołującego wsparta tłumaczeniem wycinka norweskiego aktu prawnego z pomocą translatora Google była błędna oraz prowadziła do zawężenia konkurencji, gdyż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie musiały brać udziału wyłącznie podmioty z polskim doświadczeniem. Doświadczenie zdobyte w innym kraju dotyczące wykonania dokumentacji projektowej mostu o spełniających SIWZ parametrach technicznych było równoznaczne z wykazaniem spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Nieprawdziwy był zarzut, iż Johs wykonał jedynie „projekt wykonawczy ustroju nośnego mostu”. Zarzut ten również oparty był wyłącznie na treści referencji, co nie mogło być podstawą do skutecznego zakwestionowania doświadczenia tego podmiotu. Łączna interpretacja referencji oraz wykazu usług potwierdzała, że zamówienie dotyczyło mostu Varodd, a nie tylko jego ustroju nośnego.

Odwołujący Most-Projekt nie kwestionował należytego wykonania prac przez Johs (brak jakiegokolwiek inicjatywy dowodowej Most-Projekt w tym zakresie), a podnosił jedynie, że w dokumencie referencji nie było wprost sformułowania o należyтым wykonaniu zadania. W ocenie Przystępującego brak takiego sformułowania nie świadczy o nienależytej realizacji usługi, gdyż w takim przypadku odbiorca prac w ogóle by ich nie wystawił.

Przystępujący Multiconsult podkreślił, że realizacje na które powołał się w swojej ofercie (most Varodd i most na rzece Ren) spełniały wymogi dotyczące klasy A w rozumieniu treści SIWZ, tj. oba były mostami o najcięższej klasie obciążenia.

W zakresie zarzutów dotyczących podwykonawstwa Johs Przystępujący podniósł, że o ile Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia, to wskazał również, że „wykonawca może powierzyć wykonanie pozostałych (niezastrzeżonych w pkt a) jako kluczowych) części zamówienia podwykonawcy”.

Przystępujący Multiconsult polegał na zasobach podmiotu trzeciego Johs w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy, natomiast samodzielnie wykazał spełnienie warunku w części dotyczącej osób. Projektanci branży drogowej oraz mostowej stanowili zasób własny Przystępującego. W związku z poleganiem na zasobach podmiotu trzeciego zgodnie z art. 22a ust. 1 i 4 Pzp Multiconsult miał zamiar zrealizować przedmiot zamówienia z udziałem Johs jako podwykonawcy i powierzyć mu do realizacji część zamówienia niezastrzeżoną jako kluczową.

Zgodnie z wyjaśnieniami z 12 listopada 2020 r. Przystępujący zamierzał powierzyć Johs prace obejmujące weryfikację dokumentacji, w tym weryfikację harmonogramu, współudział w nadzorze i kontroli wykonywania opracowań projektowych. Tak określony udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia był w zupełności wystarczający i potwierdzał spełnianie

przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu, jak również nie naruszał obowiązku osobistego wykonania przez Multiconsult części kluczowej przedmiotu zamówienia.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego Most-Projekt zakres zamierzonego udziału podmiotu trzeciego był prawidłowy, bowiem pokrywał się z zakresem udostępnionych zasobów, tj. dotyczył prac związanych z opracowaniem na rzecz Zamawiającego dokumentacji projektowej. Weryfikacja dokumentacji to nieodzowny element jej prawidłowego wykonania i jest przeprowadzana przez osoby inne niż wykonawcy dokumentacji.

W zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp oraz art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp Przystępujący podniósł, że jako zarzuty pochodne wobec niezasadnych zarzutów 1-3 odwołania, powinny one zostać oddalone.

3142/20

W zakresie zarzutów dotyczących:

1. udziału podmiotu Johs w realizacji przedmiotu zamówienia,
2. kwestii związanych ze sposobem rozumienia wymogu SIWZ dotyczącego mostów klasy A,
3. referencji wystawionych przez Rambøll na rzecz Johs,

Przystępujący przedstawił argumentację tożsamą do odpowiednich zarzutów odwołania o sygn. akt KIO 3130/20.

Zarzut ewentualnego zaniechania wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w ocenie Multiconsult był bezzasadny. Przystępujący był zdania, że prawidłowo wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Zarzut zaniżonej oceny punktowej oferty Sweco zdaniem Przystępującego był niesłuszny. Odwołujący Sweco przedstawił w celu punktacji oferty w ramach Podkryterium 1 dokumentację dotyczącą budowy drogi krajowej nr 47 na odcinku Rdzawka - Nowy Targ, tj. projekt budowlany i projekt wykonawczy budowy obiektu mostowego nr 112, jezdni lewa oraz jezdni prawa. W ocenie Przystępującego dokumentacja ta dotyczyła jednego obiektu mostowego, a nie jak twierdził Odwołujący, dwóch. Dla obydwu jezdni, których dotyczyło ww. zadanie, była przeprowadzona jedna procedura administracyjna uzyskania pozwolenia na budowę. Ewentualne niewielkie różnice projektowe w przypadku obu ciągów jezdni nie świadczyły, że to różne obiekty.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępujących złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że w przypadku obu odwołań nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 Pzp. Wobec tego Izba uznała, że żadne z tych odwołań nie podlega odrzuceniu.

Izba ustaliła, że Odwołującym, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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 niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołań.

Izba uznała, że zgłoszenia przystąpień do postępowań odwoławczych wykonawców:

1. Multiconsult - przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt KIO 3130/20 i KIO 3142/20 po stronie Zamawiającego,
2. Sweco - przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3130/20 po stronie Odwołującego,

odpowiadały wymogom określonym w art. 185 ust. 2 Pzp zd. pierwsze, zgodnie z którym wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Izba nie dopuściła wykonawcy Most-Projekt do udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 3142/20 po stronie Zamawiającego. Wykonawca Most-Projekt w terminie określonym w art. 285 ust. 2 Pzp (2 grudnia 2020 r.) zgłosił przystąpienie do postępowania KIO 3142/20: „po stronie Zamawiającego w części dotyczącej zarzutów Odwołującego odnoszących się do oferty Przystępującego”. Odwołanie o sygn. akt KIO 3142/20 nie zawierało jednak żadnych zarzutów skierowanych przeciwko wykonawcy Most-Projekt i jego ofercie. W konsekwencji Izba uznała, że przystąpienie, jako zostało zgłoszone do nieistniejącej części postępowania, było nieskuteczne.

Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołania, uznając, że częściowo zasługują one na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych w obu odwołaniach zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego Multiconsult jako wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i wprowadził Zamawiającego w błąd Izba ustaliła co następuje:

W punkcie 7.2 ppkt 3 SIWZ Zamawiający ustanowił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

„A) Część 1

a) Wykonawcy:

Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- jednej usługi polegającej na opracowaniu dokumentacji w zakresie Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego dla budowy obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 600 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu,
- jednej usługi polegającej na opracowaniu dokumentacji w zakresie Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego dla budowy obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła co najmniej 100 m.

Jedna dokumentacja może potwierdzać spełnienie obu ww. warunków. Za opracowanie projektu budowlanego Zamawiający nie uzna opracowania aktualizacji lub optymalizacji projektu budowlanego. Przez wykonanie opracowania dokumentacji należy rozumieć doprowadzenie do wystawienia Protokołu odbioru dokumentacji projektowej lub równoważnego dokumentu. W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia spełnianie warunków wskazanych powyżej Wykonawcy wykazują łącznie”.

W zakresie sposobu rozumienia pojęcia „obiekt mostowy” Zamawiający na str. 7 SIWZ wskazał: „Obiekt mostowy w rozumieniu rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. z 2000 r. nr 63, poz. 735 ze zm.)”.

Ponadto, zgodnie z punktem 5.4 lit. a SIWZ, Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, tj.:

„Wykonawca jest zobowiązany osobiście wykonać, zastrzeżone przez Zamawiającego, zgodnie z art. 36a ust. 2 ustawy Pzp, do osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowe części zamówienia, tj. czynności wykonywane przez następujących ekspertów kluczowych:

- 1) Projektanta branży drogowej (dla Części 1),
- 2) Projektanta branży mostowej (dla Części 1) (...)

zgodnie z Umową i obowiązującymi przepisami”.

Zamawiający wskazał przy tym, że wykonawca może powierzyć wykonanie pozostałych części zamówienia podwykonawcy.

Natomiast punkt 5.4 lit. d SIWZ stanowił: „W odniesieniu do kluczowych części zamówienia zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę, Wykonawca nie może powoływać się na zdolności innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu”.

21 października 2020 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu wezwał Przystępującego Multiconsult do złożenia m. in.: „wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — oświadczenie wykonawcy (...)”.

W odpowiedzi Przystępujący złożył ww. wykaz usług, który obejmował zrealizowane przez spółkę Johs zadanie pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej (projektu budowlanego i wykonawczego) dla budowy mostu Varodd na drodze E18”. Przedmiotowe zadanie zrealizowane zostało w latach 2015 - 2020. Przystępujący opisując charakterystykę usługi wskazał: „Dokumentacja projektowa - PB i PW dla mostu o długości całkowitej 654 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu, klasie obciążenia A oraz długości najdłuższego przęsła 260,8 m (...)”. Na potwierdzenie spełniania warunków Przystępujący złożył również m. in. oświadczenie własne oraz oświadczenie Johs, zgodnie z którymi wobec obu tych wykonawców nie wydano prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek

na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, nie orzeczono tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne, a obaj wykonawcy nie zalegają z opłacaniem podatków i opłat lokalnych. Na potwierdzenie prawidłowej realizacji zadania wymienionego w wykazie usług Przystępujący nie załączył referencji, tylko sporządzone w języku angielskim oświadczenie własne Johs wraz z tłumaczeniem na język polski:

„Ja, niżej podpisany oświadczam, że firma JOHS HOLT AS wykonała dokumentację projektową mostu Varodd dla Rambøll w latach 2015 - 2020.

Projekt zawierał:

Johs Holt wykonał projekt budowlany i wykonawczy ustroju mostu Varodd. Most Varodd został wykonany w technologii wspornikowej (nawisowej), w Norwegii w pobliżu miasta Kristiansand. Długość mostu wynosi 654 m, szerokość 18.89 m. Długość najdłuższego przęsła wynosi 260.8 m. Projekt był realizowany we współpracy z Rambøll. Johs Holt wykonał dokumentację projektową ustroju wraz z przyczółkami. Właścicielem mostu jest Norweski Zarząd Dróg Publicznych (NPRA)”.

6 listopada 2020 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu - złożenia referencji potwierdzających należytą realizację usługi dotyczącej mostu Varodd.

Ponadto, na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczeń, potwierdzających okoliczności o których mowa w 25 ust. 1 ustawy: „Wykonawca wskazał w formularzu ofertowym, iż zamierza powierzyć podwykonawcy (JOHS HOLT AS) realizację części zamówienia, wskazując jednocześnie zakres tego powierzenia, jako współpraca w zakresie prac weryfikacyjnych. Tymczasem, z treści dokumentu Zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia wynika, iż ww. podmiot udostępnia swoje zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia niezbędnych do wykonania zadania, poprzez udział w realizacji niniejszego zadania realizując usługę będącą przedmiotem zamówienia jako podwykonawcy, w zakresie niezbędnym do realizacji zadania na cały okres trwania zamówienia. Wobec powyższego proszę o wskazanie, czy wykonawca zamierza powierzyć podmiotowi JOHS HOLT AS całość zadań związanych z realizacją usługi będącej przedmiotem zamówienia.

Proszę również o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy ww. oświadczeniem, a treścią oświadczenia złożonego wraz z ofertą. W treści oświadczenia podmiotu JOHS HOLT AS mowa jest o realizacji usługi będącej przedmiotem zamówienia (zamawiający dodaje, iż przedmiotem zamówienia jest opracowanie dokumentacji projektowej, a więc prace

projektowe), z kolei w treści oświadczenia w zakresie podwykonawstwa, wykonawca oświadcza, że powierza podmiotowi JOHS HOLT AS jedynie prace weryfikacyjne”.

12 listopada 2020 r. Przystępujący złożył następujące wyjaśnienia:

„(...) podmiot trzeci JOHS HOLT AS będzie uczestniczył w realizacji zamówienia jako podwykonawca, w zakresie zamówienia niezastrzeżonym przez Zamawiającego do osobistego wykonania przez Wykonawcę.

Zakres prac JOHS HOLT AS obejmuje, zgodnie z oświadczeniem złożonym w ofercie współpracę w zakresie prac weryfikacyjnych, w szczególności: weryfikację harmonogramu prac projektowych, współdziałanie w nadzorze i kontroli wykonywania opracowań projektowych, weryfikację utworzonych dokumentów projektu, stanowiących dokumentację przebiegu procesu projektowego i dokumentację kontroli przeprowadzanych przez Wykonawcę, wsparcie organizacyjne, merytoryczne i konsultacje, oprócz zastrzeżonych części zamówienia tj. oprócz prac przeznaczonych dla następujących ekspertów kluczowych:

- 1) Projektanta branży drogowej,
- 2) Projektanta branży mostowej.

Powyższe zostało opisane w dokumencie JEDZ, gdzie wykonawca zaznaczył, że część niekluczowych części zamówienia będzie wykonywał podmiot trzeci Johs Holt AS”.

Wraz z wyjaśnieniami Przystępujący Multiconsult złożył referencje w języku angielskim wystawione przez Rambøll na rzecz Johs oraz własne tłumaczenie tych referencji na język polski:

„Rambøll, Hoffseveien 4, 0275 Oslo oświadcza, że firma Johs Holt AS, Postboks 265 Skøyen, 0213 Oslo wykonała dokumentację projektową (projekt budowlany) ustroju mostu Varodd w latach 2015 - 2020. Projekt zawierał projekt budowlany i wykonawczy ustroju mostu Varodd wykonanego w technologii wspornikowej (nawisowej). Długość mostu wynosi 654 m, szerokość 18,89 m. Długość najdłuższego przęsła wynosi 260,8 m”.

20 listopada 2020 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego Multiconsult jako najkorzystniejszej w części I postępowania.

W ocenie Izby czynność powyższa była sprzeczna z art. 91 ust. 1 Pzp - Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy, który podlegał wykluczeniu z postępowania na podst. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

W świetle ustalonego stanu faktycznego wątpliwości nie budzi fakt, że w zakresie przytoczonego wyżej warunku udziału w postępowaniu, w zakresie technicznej lub zawodowej Przystępujący Multiconsult polegał na udostępnionym mu potencjale podmiotu trzeciego - Johs. Przystępujący nie wykazał samodzielnego spełniania warunku niezbędnego do realizacji przedmiotu zamówienia - doświadczenia, a w toku rozprawy oświadczył, że doświadczeniem takim nie dysponuje (dysponuje natomiast odpowiednio wykwalifikowaną i doświadczoną kadrą z uprawnieniami niezbędnymi do realizacji przedmiotu zamówienia). Tym samym zastosowanie mieć powinien art. 22a ust. 4 Pzp, zgodnie z którym w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W świetle dyspozycji przytoczonego przepisu obowiązkiem Przystępującego było zatem powierzenie podwykonawstwa w realizacji przedmiotu zamówienia wykonawcy Johs, tj. podmiotowi, który udostępnił Przystępującemu niezbędny potencjał w postaci doświadczenia. Biorąc jednak pod uwagę fakt, że Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistej realizacji kluczowych części przedmiotu zamówienia przez wykonawcę, to poleganie na potencjale podmiotu trzeciego było, w ramach postępowania, niedopuszczalne. Skoro Zamawiający oczekiwał od wykonawców wykazania się określonym doświadczeniem, a kluczowe elementy przedmiotu zamówienia wykonać miał osobiście wykonawca, to możliwość polegania na potencjale odpowiednio doświadczonego podwykonawcy była, w przedmiotowym postępowaniu, wyłączona. Przystępujący był świadomy, iż nie będzie mógł powierzyć realizacji całego przedmiotu zamówienia podmiotowi trzeciemu - Johs. Z tego względu zadeklarował wolę osobistej realizacji zastrzeżonych części przedmiotu zamówienia, wskazując przy tym, że Johs będzie podmiotem, który dokona weryfikacji należytej realizacji tego przedmiotu przez Przystępującego. W ocenie Izby opisany zamiar stanowił próbę obejścia tak art. 22a ust. 4 Pzp, jak i treści punktu 5.4 SIWZ. Przystępujący Multiconsult nie mógł wykazać spełnienia warunku udziału w postępowaniu przy pomocy udostępnionego mu przez podmiot trzeci potencjału w postaci doświadczenia. W konsekwencji Izba stwierdziła, że Przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 7.2 ppkt 3.A, lit. a SIWZ, a zatem podlegał wykluczeniu z postępowania na podst. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Izba dokonała również oceny tłumaczenia referencji Johs złożonego przez Przystępującego Multiconsult i przeprowadziła dowód z tłumaczenia przysięgłego tych referencji złożonego przez Odwołującego Most-Projekt. W konsekwencji Izba uznała, że zarzut wprowadzenia w błąd Zamawiającego przez Przystępującego Multiconsult potwierdził się.

Odwołujący Most-Projekt oparł zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez Przystępującego przede wszystkim na twierdzeniu, że tłumaczenie na język polski złożonych w języku angielskim referencji wystawionych na rzecz Johs nie odpowiadało prawdziwemu brzmieniu oryginalnego dokumentu. Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący złożył tłumaczenie przysięgłe przedmiotowych referencji o treści:

„Spółka Rambøll, Hoffseveien 4, 0275 Oslo oświadcza, że spółka JOHS HOLT AS, Postboks 265 Skoyen, 0213 Oslo, sporządziła projekt wykonawczy ustroju nośnego mostu Varodd w okresie od 2015 r. do 2020 r.

Przedsięwzięcie obejmowało projekt wykonawczy oraz przedsięwzięcie wykonawcze (tłumaczenie dosłowne) ustroju nośnego mostu wspornikowego Varodd. Długość mostu wynosi 654 m a szerokość wynosi 18,89 m. Największa rozpiętość przęsła wynosi 260,8 m”. Istotą sporu w ramach zarzutu był sposób rozumienia oryginalnego zwrotu z anglojęzycznych referencji: „detail design of superstructure of Varodd bridge”. Odwołujący dowodził, że tłumaczenie zwrotu „detail design” jako „dokumentacja projektowa” było nieprawidłowe i wprowadzało Zamawiającego w błąd, co do rzeczywistego zakresu zrealizowanego przez Johs zadania pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej (projektu budowlanego i wykonawczego) dla budowy mostu Varodd na drodze E18”. W ocenie Odwołującego „detail design” rozumieć należało jako „projekt wykonawczy”, który stanowił jedynie element większej całości składającej się na dokumentację projektową mostu Varodd. Rozstrzygając spór, co do właściwego sposobu rozumienia referencji wystawionych przez spółkę Rambøll na rzecz spółki Johs Izba wzięła również pod uwagę złożone przez Przystępującego Multiconsult w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron oświadczenie (w języku polskim i angielskim) pochodzące od spółki Rambøll. Zgodnie z treścią tego dokumentu: „dokumentacja projektowa zrealizowana przez Johs Holt AS obejmowała wykonanie projektu budowlanego (nazwanego w Referencji zamiennie jako detail design) oraz projektu wykonawczego, które zostały zaakceptowane przez Rambøll protokołem odbioru”.

Istotną okolicznością wynikającą z ww. oświadczenia jest fakt, że zwrot „detail design” jako określenie dokumentacji projektowej w spornej referencji miało charakter zamienny. W oświadczeniu tym kilkakrotnie pojawił się zwrot „dokumentacja projektowa”, przy czym jego angielskim odpowiednikiem w dokumencie każdorazowo było określenie „design documentation”. Zachodzą zatem podstawy do uznania, że Przystępujący samodzielnie tłumacząc referencje Johs był świadomy, bądź przynajmniej powinien być świadomy, że tłumaczenie zwrotu „detail design” jako „dokumentacja projektowa” nie odpowiada faktycznemu znaczeniu tego zwrotu w kontekście całej treści referencji.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że o ile referencje wystawione przez Rambøll na rzecz spółki Johs potwierdzały należyłą realizację projektu wykonawczego przez ten podmiot, to nie potwierdzały realizacji przezeń całej dokumentacji projektowej mostu Varodd. Oryginalny dokument wskazuje, że część dokumentacji wykonana przez Johs wchodziła w skład całej dokumentacji, brak jednak w nim potwierdzenia, że całość zadania została zrealizowana przez Johs. Tymczasem przytoczone wyżej tłumaczenie własne Przystępującego Multiconsult jednoznacznie wskazywało, że całą dokumentację projektową dla ww. mostu sporządziła spółka Johs. Zamawiający, oceniając spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego, oparł się na tłumaczeniu referencji, a w konsekwencji został wprowadzony w błąd.

Podkreślenia wymaga przy tym fakt, że - wobec ciężącego na wykonawcy obowiązku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu - drugorzędne znaczenie ma jaki podmiot w rzeczywistości zrealizował całą dokumentację projektową mostu Varodd. Przystępujący Multiconsult, wykazując spełnianie warunków w postępowaniu, obowiązany był złożyć stosowne dokumenty tak, by ich treść nie budziła wątpliwości. Tymczasem referencje, którymi posłużył się Przystępujący nie potwierdzały realizacji wskazanego w wykazie usług zadania w całości przez spółkę Johs. Potwierdzeniem takim zdawało się jednak być tłumaczenie tych referencji na język polski, które w świetle dowodów złożonych przez Odwołującego Most-Projekt zostało uznane przez Izbę za nieprawidłowe i wprowadzające Zamawiającego w błąd. Brak jest jednak dowodów mogących świadczyć o celowym działaniu Przystępującego Multiconsult. Fakt, że tłumaczenie referencji nie odpowiadało ich rzeczywistej treści, w ocenie Izby, może być automatycznie uznany za przejaw chęci wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Z tego względu Izba uznała działanie Przystępującego w ww. zakresie za przejaw niedbalstwa (niedbałe, niestaranne tłumaczenie dokumentu na język polski), co w konsekwencji skutkowało winno wykluczeniem Przystępującego Multiconsult z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp (Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia).

Powyższe ustalenia skutkowały uznaniem za zasadne i potwierdzone zarzutów o numerach od 1 do 3 odwołania o sygn. akt KIO 3130/20 wniesionego przez Odwołującego Most-Projekt oraz zarzutów o numerach od 2 do 5 odwołania o sygn. akt KIO 3142/20 wniesionego przez Odwołującego Sweco.

Co do pozostałych zarzutów dotyczących Przystępującego Multiconsult i jego oferty Izba uznała stanowiska i argumentację obu Odwoływających za niezasadną.

W szczególności nietrafna okazała się być argumentacja dotycząca właściwego sposobu rozumienia treści SIWZ w zakresie znaczenia pojęcia „obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A” i konsekwencji tego znaczenia.

Izba przeprowadziła dowód z SIWZ wraz z załącznikami i ustaliła, że Zamawiający nie zdefiniował, ani nie określił, w jaki sposób należy rozumieć „obciążenie dla klasy A” obiektu mostowego. Między stronami i uczestnikami nie było przy tym sporu, co do okoliczności, iż pojęcie „klasy A” obiektu mostowego wywodzi się z nieobowiązującej już Polskiej Normy PN-85 S-10030. Ponadto wszyscy uczestnicy postępowania rozumieli to pojęcie jako najcięższą klasę obciążenia. W konsekwencji Izba uznała, że na obecnym etapie postępowania, tj. po upływie terminu składania ofert niedopuszczalnym byłoby dokonanie zawężającej interpretacji spornego pojęcia i nadanie mu znaczenia zgodnego z wolą obu Odwoływających. Zamawiający nie oczekiwał, że wykonawcy, wykazując spełnienie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu oraz składając dokumenty w celu przyznania ich ofertom punktów w ramach kryteriów oceny ofert, będą legitymować się realizacją zadań dotyczących mostów o obciążeniu dla klasy A w rozumieniu określonych norm czy przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Oczywistym jest więc, że pojęcie „obiekt mostowy o obciążeniu dla klasy A” ma charakter w znacznym stopniu nieostry i należy interpretować je w sposób możliwie szeroki, a zatem tak, by nie doszło do zawężenia znaczenia wymogów SIWZ po upływie terminu składania ofert.

Izba oddaliła zarzuty o numerach od 4 do 6 odwołania wniesionego przez Odwoływającego Most-Projekt (KIO 3130/20).

Przyczyną oddalenia zarzutu nr 4 było jego niewykazanie i nieudowodnienie. Ponadto Izba wskazuje na zbyt ogólnikowy i niejasny sposób jego sformułowania w zakresie uzasadnienia faktycznego. Odwoływający zarzucił ofercie Przystępującego Multiconsult niezgodność z treścią SIWZ, ale nie wykazał, ani nie wyjaśnił czego ta niezgodność miała dotyczyć. W konsekwencji Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzuty nr 5 i 6 zostały z kolei oddalone ze względu na fakt, iż to Zamawiający jako gospodarz postępowania uprawniony jest do podjęcia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty. O ile - w świetle ustalonego stanu faktycznego i podniesionych zarzutów - zasadnym było nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności podjętych z naruszeniem prawa oraz kontynuowania postępowania, to jednak ocena ofert i ewentualne dokonanie wyboru najkorzystniejszej z nich należy do kompetencji Zamawiającego.

Izba oddaliła zarzut nr 1 oraz zarzuty o numerach od 6 do 12 odwołania wniesionego przez Odwołującego Sweco (KIO 3142/20).

Zarzuty nr 1 i 6 oddalone ze względu na fakt, że art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp (Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert) nie znajduje zastosowania w przetargu nieograniczonym, który jest postępowaniem jednoetapowym. Wskazany w dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp nakaz odrzucenia oferty realizuje się w sytuacji złożenia oferty przez wykonawcę uprzednio wykluczonego, co jest właściwe dla postępowań dwuetapowych, w których ocena podmiotowa wykonawców i w konsekwencji wykluczenie ich z udziału w postępowaniu dokonywane są na etapie badania wniosków, przed zaproszeniem wykonawców do złożenia oferty.

W zakresie zarzutów nr 7 i 8 odwołania Izba ustaliła, że w zakresie kryterium „Doświadczenie Zespołu Projektowego” (Z) w odniesieniu do osoby proponowanej do pełnienia funkcji Projektanta specjalności mostowej oferty mogły uzyskać maksymalnie 20 pkt, przyznawanych w sposób następujący:

a) „Podkryterium 1 — max. ilość punktów - 10

- osoba ta musi wykazać, że wykonała/opracowała - na stanowisku projektanta mostowego 1 opracowanie w zakresie Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego dla budowy obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 600 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu.

b) Podkryterium 2 — max. ilość punktów - 10

- osoba ta musi wykazać, że wykonała/opracowała - na stanowisku projektanta mostowego 1 opracowanie w zakresie Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego dla budowy obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła co najmniej 100 m.

Zamawiający nie dopuszcza pełnienia kilku funkcji (więcej niż jednej) z wymienionych powyżej przez tę samą osobę. Zamawiający nie dopuszcza łączenia powyższych funkcji. Za opracowanie projektu budowlanego Zamawiający nie uzna opracowania aktualizacji lub optymalizacji projektu budowlanego”.

Co szczególnie istotne Zamawiający w opisie kryterium Doświadczenia Zespołu Projektowego wskazał, że „przez wykonanie opracowania dokumentacji należy rozumieć doprowadzenie do wystawienia Protokołu odbioru dokumentacji projektowej lub równoważnego dokumentu”.

Szczegółowy sposób przyznania punktów w ramach podkryterium określony został we wzorze formularza 2.2.1 (załącznik do SIWZ) w sposób następujący:

1. doświadczenie spełniające warunek zdolność techniczna lub zawodowa osób za wykonanie 1 dokumentacji - 0 pkt,
2. doświadczenie spełniające warunek zdolność techniczna lub zawodowa osób za wykonanie 2 dokumentacji - 5 pkt,
3. doświadczenie spełniające warunek zdolność techniczna lub zawodowa osób za wykonanie 3 dokumentacji - 10 pkt.

Odwołujący Sweco w „Informacji o doświadczeniu Zespołu Projektowego” (formularz 2.2.1) złożonej wraz z ofertą w zakresie objętym zarzutami odwołania wskazał realizację następujących zadań:

- „1) Wyżej wymieniona osoba, jako projektant w specjalności mostowej, wykonała dokumentację projektową: Budowa obwodnicy Kłodzka w ciągu Drogi Krajowej nr 33 wraz z łącznikiem Drogi Krajowej nr 46; Projekt Budowlany i Projekt Wykonawczy budowy obiektu mostowego MG6 o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej 1 021,75 m (...).
- 2) Wyżej wymieniona osoba, jako projektant w specjalności mostowej, wykonała dokumentację projektową:
 - 2.1) Budowa Drogi Krajowej nr 47 na odcinku: Rdzawka - Nowy Targ km 5+064,20 - 21+200,00; Projekt Budowlany i Projekt Wykonawczy budowy obiektu mostowego nr 112 (jezdnia lewa) o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej 923,08 m (obiekt został zaprojektowany jako dwie niezależne konstrukcje) (...),
 - 2.2) Budowa Drogi Krajowej nr 47 na odcinku: Rdzawka - Nowy Targ km 5+064,20 - 21+200,00; Projekt Budowlany i Projekt Wykonawczy budowy obiektu mostowego nr 112 (jezdnia prawa) o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej 915,40 m (obiekt został zaprojektowany jako dwie niezależne konstrukcje)”.

Biorąc pod uwagę powyższe w ocenie Izby w świetle przytoczonych wyżej postanowień SIWZ dotyczących oceny w ramach podkryterium nie miało znaczenia czy jezdnia lewa i jezdnia prawa obiektu mostowego nr 112 stanowiły dwie, niezależne od siebie i samodzielne konstrukcje (jak twierdził Odwołujący Sweco), czy stanowiły dwie części jednej budowli (jak w toku rozprawy podnosił Zamawiający i Przystępujący Multiconsult). Istotny był natomiast fakt, co do którego nie było sporu między stronami, że obie jezdnie mostu nr 112 zostały zaprojektowane w ramach jednej dokumentacji projektowej, a zatem zgodnie

z przytoczonymi wyżej postanowieniami SIWZ Zamawiający musiał potraktować je jak jeden obiekt.

W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający w prawidłowy sposób ocenił ofertę Odwołującego Sweco w ramach kryterium Doświadczenia Zespołu Projektowego. Ustalenie powyższe skutkowało oddaleniem zarzutów nr 7 i 8 odwołania.

Zarzut nr 9 odwołania został oddalony ze względu na fakt uwzględnienia zarzutów zmierzających do wykluczenia Przystępującego Multiconsult z postępowania. O ile faktem jest, że Zamawiający nie wezwał Przystępującego w trybie art. 22a ust. 6 Pzp do wykazania samodzielnego spełniania warunków udziału w postępowaniu, to wobec uznania, że wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp zarzut został uznany za bezprzedmiotowy i nie mający wpływu na wynik postępowania.

Oddaleniu podlegał zarzut nr 10 odwołania. W obliczu faktu, że Przystępujący Multiconsult podlegał wykluczeniu z postępowania Izba uznała, że brak jest podstaw do ewentualnego wezwania tego wykonawcy do uzupełniania jakichkolwiek dokumentów, bądź wyjaśnienia określonych okoliczności na podstawie art. 26 ust. 3 lub ust. 4 Pzp.

Zarzuty 11 i 12 odwołania jako niezasadne zostały oddalone. Oba zarzuty oparte zostały - zgodnie z uzasadnieniem odwołania - na poczynionym przez Odwołującego założeniu preferowania przez Zamawiającego Przystępującego Multiconsult, co nie zostało przez Sweco w żaden sposób udowodnione. Stan faktyczny ustalony przez skład orzekający także nie dawał podstaw do uznania tego twierdzenia za choćby uprawdopodobnione. Nie potwierdził się również zarzut zaniżenia punktacji oferty Odwołującego Sweco, przez co upadła druga z hipotez stanowiących podstawę ww. zarzutów, tj. twierdzenie o dyskryminowaniu Odwołującego Sweco przez Zamawiającego.

Rozpoznając oba odwołania Izba przeprowadziła dowód z następujących dokumentów:

1. SIWZ z załącznikami,
2. Korespondencja Zamawiającego z wykonawcami prowadzona w toku postępowania,
3. Oferta wykonawcy Multiconsult wraz z wyjaśnieniami i dokumentami składanymi w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego,
4. Oferta wykonawcy Sweco,
5. Tłumaczenie przysięgłe referencji wystawionych przez spółkę Rambøll na rzecz spółki Johs,
6. Oświadczenie złożone w imieniu spółki Rambøll złożone przez Przystępującego Multiconsult w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron.

Pozostałe wnioski dowodowe złożone przez Strony i Uczestników, w tym złożony przez Odwołującego Sweco wniosek o powołanie biegłego na okoliczność ustalenia czy wymienione w wykazie usług i Informacji o doświadczeniu Zespołu Projektowego Przystępującego Sweco zadania dotyczące mostu Varodd i mostu Rheinfelden/Warmbach na rzece Ren odpowiadały wymogom SIWZ co do klasy A obciążenia Izba uznała za powołane jedynie dla zwłoki. W konsekwencji ww. wnioski dowodowe zostały oddalone na podstawie art. 190 ust. 6 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

.....

.....