

WYROK
z dnia 6 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2018 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 kwietnia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum: Roverpol Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Rover Alcisa S.A.** z siedzibą w Hiszpanii w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.** z siedzibą w **Gdańsku**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum TRAKCJA PRKił S.A. oraz POLEKO BUDOWNICTWO Sp. z o.o.** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1) oddala odwołanie;
- 2) kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - a) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - b) zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Sygn. akt KIO 521/18

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Gdańsku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2017 r., poz. 1579; dalej: „ustawa” lub „Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zaprojektowanie i wykonanie wzmocnienia podłoża nasypu kolejowego w określonych lokalizacjach linii kolejowej nr 9 (E65) na obszarze LCS Malbork” w ramach projektu POIiŚ 7.1-1.3 „Modernizacja linii kolejowej E65/C-E 65 na odcinku Warszawa - Gdynia, obszar LCS Iława, LCS Malbork”.

W dniu 9 marca 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o punktacji przyznanej poszczególnym wykonawcom w kryteriach oceny ofert. Najwyższą liczbę punktów uzyskało Konsorcjum w składzie: Trakcja PRKil S.A., POLEKO BUDOWNICTWO sp. z o.o. (dalej: „Przystępujący”), na drugim miejscu zostało sklasyfikowane Konsorcjum: Roverpol sp. z o.o., Rover Alcisa S.A. (dalej: „Odwołujący”).

Odwołujący pismem z dnia 19 marca 2018 r. wniósł odwołanie na zaniechanie przez Zamawiającego przyznania ofercie Odwołującego 10 punktów w Kryterium 3 „Doświadczenie personelu Wykonawcy”, ewentualnie zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień lub uzupełnień informacji dotyczących wykazu personelu Odwołującego, a także na przyznaniu punktów w Kryterium 3 ofercie Przystępującego, zaniechaniu ujawnienia i udostępnienia informacji zawartych w ofercie Przystępującego, pomimo że informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego oraz zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie oceny oferty Odwołującego, w kryterium nr 3 „Doświadczenie personelu Wykonawcy” w sposób błędny oraz z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz postanowień pkt 20.7.3 SIWZ;

2. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez niezasadne przyznanie Przystępującemu 10 punktów w kryterium nr 3, pomimo tego, że z treści protokołu oceny ofert wynika, iż Przystępujący wskazał 2 inwestycje podlegające ocenie, a jednocześnie jedna z nich nie spełnia wymagań Zamawiającego, a tym samym Przystępujący powinien otrzymać maksymalnie 4 punkty w Kryterium oceny nr 3, co miało wpływ na wynik postępowania, gdyż skutkowało wyborem oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, podczas gdy za najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu powinna zostać uznana oferta Odwołującego;

3. ewentualnie naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp, art. 26 ust. 3 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do

złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia informacji lub dokumentów dotyczących Kierownika budowy p. J. L. M. M., zawartych w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia lub zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz zaniechanie poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty Odwołującego z SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany treści oferty Odwołującego;

4. art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r., 153, poz. 1503 ze zm.; dalej: „*uznk*”) poprzez uznanie, że informacje zawarte w treści oferty Przystępującego tj. Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (dalej: „*JEDZ*”) spółki Poleko Budownictwo sp. z o.o. dotyczący zdolności technicznych i zawodowych (str. 46-48 oferty konsorcjum), Wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert oraz dokumenty dotyczące uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa pomimo, iż Przystępujący nie wykazał w uzasadnieniu zastrzeżenia, że informacje takie faktycznie posiadają wartość gospodarczą i nie wykazali podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności takich informacji;

5. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niedochowanie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności polegające na zaniechaniu dokonania prawidłowych czynności związanych z oceną ofert w postępowaniu.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert, unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie Zamawiającemu ponowne badanie i ocenę ofert oraz przyznanie ofercie Odwołującego 10 punktów w Kryterium nr 3, a w przypadku uwzględniania zarzutów ewentualnych w całości lub w części nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert, w tym nakazanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub uzupełniania informacji lub dokumentów dotyczących Kierownika Budowy – p. J. L. M., zawartych w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia (przygotowanych zgodnie z załącznikiem nr 9 do IDW) lub złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty Odwołującego oraz zastosowania wobec oferty Odwołującego procedury z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez poprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany treści oferty Odwołującego. Odwołujący wniósł ponadto o nakazanie Zamawiającemu odtajnienia informacji zawartych w treści zawartych w dokumencie JEDZ spółki POLEKO dotyczących zdolności technicznych i zawodowych, wykazu personelu na potrzeby kryterium oceny ofert, dokumentów dotyczących uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że w prowadzonym postępowaniu Zamawiający przewidział następujące kryteria oceny a) Kryterium nr 1 Całkowita cena brutto – waga 60%,

Sygn. akt KIO 521/18

b) Kryterium nr 2 - Termin realizacji - waga 30%, c) Kryterium nr 3 - Doświadczenie personelu Wykonawcy — 10%.

Zgodnie z pkt. 8.6.2 a) SIWZ dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy mieli wykazać się dysponowaniem osobą Kierownikiem budowy, która posiadała niestępujące doświadczenie:

a) co najmniej 5 (pięć) lat doświadczenie zawodowego na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót (rozumieniu ustawy Prawo budowlane) na robotach związanych z Budową lub Przebudową infrastruktury kolejowej,

b) w ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert nabyła co najmniej 12 (dwanaście) miesięcy doświadczenia zawodowego na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót lub Inspektora nadzoru (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) w realizacji 2 (dwóch) inwestycji w zakresie infrastruktury kolejowej, na których wykonywane były wzmocnienia podłoża nasypu lub nasypu.

Zgodnie zaś pkt. 20.7.3 SIWZ (Doświadczenie personelu Wykonawcy) ocenie punktowej w ramach Kryterium nr 3 podlegało doświadczenie członka personelu Wykonawcy - Kierownika budowy, który wykazał doświadczenie większe niż wymagane w opisie warunku udziału dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej, który:

w ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed terminu składania ofert nabył co najmniej 12 (dwanaście) miesięcy doświadczenia (na każdej inwestycji) na stanowisku Kierownika budowy lub Kierownika robót lub Inspektora nadzoru (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) w zakresie Budowy lub Przebudowy infrastruktury kolejowej, która obejmowała swym zakresem roboty polegające na wzmocnieniu nasypu lub podłoża nasypu - prace prowadzone przy czynnym ruchu kolejowym.

W przypadku gdy wykonawca wskazał na stanowisko Kierownika budowy osobę posiadającą opisane powyżej doświadczenie na co najmniej 1 (jednej) inwestycji opisanej powyżej - mógł otrzymać 4 punkty, w przypadku 2 inwestycji mógł otrzymać 10 punktów.

W punkcie 20.9 SIWZ Zamawiający wskazał, że obliczenie punktów w Kryterium nr 3 - Doświadczenie personelu Wykonawcy zostanie dokonane na podstawie złożonego wraz ofertą Załącznika nr 9 do IDW (SIWZ) - wykaz personelu, a przypadku gdy wykonawca takiego załącznika nie załączył do oferty, to w Kryterium nr 3 – Doświadczenie personelu Wykonawcy otrzyma 0 punktów.

W dniu 9 marca 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż przyznał mu w Kryterium nr 3 - Doświadczenie personelu Wykonawcy 0 punktów. W odpowiedzi na pytanie odwołującego wyjaśnił, iż Odwołujący nie otrzymał punktacji w ramach Kryterium nr 3, ponieważ w treści załączonego do Oferty Załącznika nr 9 do IDW - wykazu personelu nie wskazał doświadczenia, które obejmowałyby prace prowadzone przy czynnym ruchu kolejowym, a przy ocenie ofert Zamawiający nie odwoływał się do całej treści złożonych

Sygn. akt KIO 521/18

ofert, w tym JEDZ, a wyłącznie do treści wykazu personelu, sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 9 do IDW.

Odnosząc się do powyższego ustalenia Zamawiającego, Odwołujący wyjaśnił, że w ofercie wskazał na stanowisko Kierownika budowy pana J. L. M. M., Informacje dotyczące doświadczenia zawodowego p. M. zostały zawarte zarówno w treści Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia na str. 44-45 oferty Odwołującego, jak i w wykazie Personelu przygotowanym zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 9 do IDW, str. 140-142 oferty Odwołującego („Wykaz Personelu”).

Zgodnie z JEDZ (str. 44-45 oferty Odwołującego) Odwołujący zaznaczył, iż dysponuje osobą wskazaną do pełnienia funkcji kierownika budowy posiadającego stosowne doświadczenie zawodowe wymagane dla spełnienia warunków udziału w Postępowaniu jak również doświadczenie zawodowe wymagane dla uzyskania punktów w Kryterium nr 3 – Doświadczenie Personelu Wykonawcy. Odwołujący zaznaczył bowiem, że pan M.: *„w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert nabył co najmniej 12 (dwanaście) miesięcy doświadczenia na stanowisku Kierownika budowy lub Kierownika robót lub Inspektora nadzoru (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) w zakresie Budowy lub Przebudowy infrastruktury kolejowej, która obejmowała swym zakresem roboty polegające na wzmocnieniu nasypu lub podłoża nasypu - prace wykonywane przy czynnym ruchu kolejowym i posiada doświadczenie w realizacji - dwóch 2 inwestycji spełniających warunek wskazany powyżej.”*

Następnie, Odwołujący wskazał w JEDZ poszczególne inwestycje podając ich nazwy, okres realizacji oraz Okres nabytego doświadczenia. W dalszej kolejności Odwołujący powtórzył dane dotyczące poszczególnych inwestycji zawarte w JEDZ w Wykazie Personelu wskazując, zgodnie z opisem poszczególnych kolumn, daty inwestycji, okres nabytego doświadczenia oraz opis poszczególnych projektów. W związku z powyższym, zdaniem odwołującego, twierdzenie Zamawiającego dotyczące braku możliwości przyznania Odwołującemu punktów w Kryterium nr 3 - Doświadczenie Personelu Wykonawcy, jest oparte wyłącznie na twierdzeniu Zamawiającego, że z opisu inwestycji w Wykazie Personelu nie wynika, iż p. M. nabył doświadczenie przy pracach prowadzonych przy czynnym ruchu kolejowym. W Protokole oceny ofert (str. 7) Zamawiający wymienił bowiem poszczególne projekty referencyjne Odwołującego oraz wskazał, iż Odwołujący w Załączniku nr 9 „(...) nie wskazał powyższego doświadczenia w zakresie tj. przy pracach prowadzonych przy czynnym ruchu kolejowym.”

Odwołujący podkreślił, iż w niniejszym postępowaniu doświadczenie personelu Kierownika budowy wymagane dla wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu oraz doświadczenie punktowane przez Zamawiającego w ramach kryterium oceny ofert było w zasadzie identyczne. Różnica polegała na tym, iż Zamawiający, w ramach kryterium oceny

ofert premiował/punktował takie doświadczenie, które obejmowało roboty wykonywane *przy czynnym ruchu kolejowym*. Z uwagi na powyższe, doświadczenie na spełnienie warunku udziału oraz doświadczenie podlegające punktacji Kryterium 3 mogło się pokrywać, tak w przypadku Odwołującego, który zarówno na spełnienie warunku udziału jak również na dodatkowe punkty wskazał doświadczenie p. M. w ramach następujących projektów:

- (1) inwestycja pn. „Prace związane z projektem budowy zwiększenia przepustowości kolei podmiejskiej w Sewilli. Podwojenie linii kolejowych aż do miejscowości La Cartuja”, oraz
- (2) inwestycja pn. „Linia kolei dużych prędkości Sewilla- Kadyks. Odcinek: Lotnisko w Jerez de la Frontera - Kadyks. Pododcinek: San Fernando”.

W opinii Odwołującego, nawet jeżeli przyjąć, że z opisu wskazanego w Wykazie Personelu nie wynikało wprost, iż p. M. posiada doświadczenie podlegające punktacji w Kryterium nr 3 - Doświadczenie Personelu Wykonawcy, to taka informacja została wprost zawarta w JEDZ Odwołującego (str. 44-4.5 Oferty Odwołującego), gdzie wskazano, że p. M. w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert nabył co najmniej 12 (dwanaście) miesięcy doświadczenia na stanowisku Kierownika budowy lub Kierownika robót lub Inspektora nadzoru (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) w zakresie Budowy lub Przebudowy infrastruktury kolejowej, która obejmowała swym zakresem roboty polegające na wzmocnieniu nasypu lub podłoża nasypu - prace wykonywane przy czynnym ruchu kolejowym i posiada doświadczenie w realizacji dwóch 2 inwestycji spełniających warunek wskazany powyżej.

Według Odwołującego, z treści jego oferty wynika zatem wprost, iż p. M. posiada doświadczenie przy dwóch (2) inwestycjach, które podlegają punktacji w Kryterium nr 3. Z powyższych względów Zamawiający winien przyznać mu w Kryterium nr 3, zgodnie z pkt. 20.7.3 SIWZ - 10 punktów. W konsekwencji, łączna liczba punktów, przyznana Odwołującemu wyniosłaby 96,67 punktów, a to skutkowałoby sklasyfikowaniem jego oferty na 1 miejscu w rankingu ofert.

Odwołujący uzasadniając następnie zarzut dotyczący oferty Przystępującego wskazał, że zgodnie z informacją dotyczącą oceny ofert - Konsorcjum Trakcja-Poleko otrzymało w Kryterium nr 3 - 10 punktów, co oznacza, iż musiało wskazać w tym kryterium na Kierownika budowy osobę posiadającą co najmniej doświadczenie na 2 (dwóch) inwestycjach podlegających punktacji. Odwołujący wskazał, iż z treści Protokołu Oceny Ofert sporządzanego przez Zamawiającego wynika, iż Przystępujący wskazał dwie inwestycje, z których jedna nie została uznana, a to oznacza, iż Przystępujący winien w tym kryterium otrzymać 4 punkty, a nie 10.

Uzasadniając zarzut nr 3 Odwołujący wskazał, że z uwagi na przyjętą przez Zamawiającego formułę oceny ofert oraz oceny spełniania warunków udziału – ocenie, w zakresie spełniania warunków udziału w Postępowaniu jak ocenie w ramach kryterium oceny

podlegało lub mogło podlegać to samo doświadczenie. W konsekwencji wykonawcy zobowiązani byli wskazać doświadczenia personelu zarówno w JEDZ jak i w Załączniku nr 9 do IDW - Wykaz Personelu. Jeżeli wykonawca (w tym przypadku Odwołujący) załączył do oferty Wykaz personelu oraz wskazał w nim konkretne inwestycje to uczynił to w celu osiągnięcia konkretnego rezultatu, w tym przypadku spełnienia warunków udziału oraz uzyskania punktów w Kryterium oceny ofert dotyczących kwalifikacji i doświadczenia personelu. Innymi słowy zachodzi domniemanie, że wykonawca nie wskazuje w wykazie przypadkowych osób i ich doświadczeń, ale czyni to w celu osiągnięcia konkretnego rezultatu jakim jest spełnienie warunków udziału w postępowaniu czy uzyskanie wyższej pozycji w rankingu oceny ofert.

Jeżeli zatem Zamawiający powziął wątpliwość, czy inwestycje wskazane w Wskazie Personelu spełniają warunki opisane w pkt. 20.7.3 SIWZ i winny podlegać punktacji w ramach Kryterium nr 3 to winien zastosować procedurę opisaną w przepisie art. 26 ust. 4 Pzp lub art. 26 ust. 3 Pzp.

Alternatywnie, w przypadku przyjęcia, że doświadczenie Kierownika budowy podlegające ocenie stanowi merytoryczną część oferty wykonawcy, to wówczas podstawą do wyjaśnienia treści oferty winien być art. 87 ust. 1 Pzp. Jeżeli Zamawiający powziął wątpliwości co do zawartych w Wykazie Personelu (traktowanym jako merytoryczna część oferty) to winien był wdrożyć procedurę przewidzianą w tym przepisie, tj. procedurę wyjaśnień.

Według Odwołującego, Zamawiający był również uprawniony do dokonania poprawienia Oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy, jeżeli za omyłkę Zamawiający uznawał brak szczegółowego Opisu doświadczenia zawartego w Wykazie Personelu. Z całości informacji zawartych w ofercie, w tym w JEDZ (str. 44-45) oraz Wykazu Personelu wynikało bowiem jednoznacznie, że Odwołujący wskazał na stanowisko Kierownika budowy, który posiada doświadczenie podlegające punktacji w ramach Kryterium nr 3 - Doświadczenie personelu Wykonawcy, a więc inwestycje realizowane przy czynnym ruchu kolejowym.

Według Odwołującego dokonaniu takich wyjaśnień, czy poprawieniu omyłek na przeszkodzie nie stał fakt, iż omawiane doświadczenie podlegało ocenie w ramach kryterium oceny ofert. Ustawa Pzp nie zakazuje bowiem dokonywania wyjaśnień lub dokonywania poprawek w zakresie informacji, które podlegają ocenie w ramach oceny ofert.

Co równie istotne, udzielenie wyjaśnień lub uzupełnienie informacji dotyczących doświadczeń podlegających ocenie nie prowadziłyby również do przedstawienia nowej Osoby wskazanej do pełnienia Kierownika budowy lub nowych doświadczeń - ocenie podlegałyby bowiem doświadczenia wskazane w ofercie, potwierdzone jednoznacznym oświadczeniem Odwołującego zawartym również w treści Oferty, iż osoba wskazana na

stanowisko Kierownika budowy posiada doświadczenie spełniające wymagania Zamawiającego i podlegające ocenie w ramach kryterium oceny ofert. Tym samym również, Zamawiający nie dopuściłby naruszenia zasad równego traktowania wykonawców czy uczciwej konkurencji ponieważ nie doszłoby do uzupełnienia oferty o nowe lub osoby, nowe doświadczenie lub informacje, które nie byłyby w ofercie wcześniej zawarte.

Zamawiający w piśmie procesowym z dnia 3 kwietnia 2018 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości, zarzuty odwołania uznając za całkowicie bezzasadne.

Zamawiający poinformował, iż w dniu 3 kwietnia 2018r. przesłał do wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu, informację o odtajnieniu Załącznika nr 9 do oferty Przystępującego - wykazu personelu (Załącznik nr 1). Tym samym, pozostali wykonawcy, w tym Odwołujący, uzyskali możliwość weryfikacji punktacji przyznanej Przystępującemu w kryterium "Doświadczenie personelu Wykonawcy". W związku z powyższym Zamawiający stwierdził, iż zarzut 5 odwołania stracił swoją aktualność.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum TRAKCJA PRKił S.A. i POLEKO BUDOWNICTWO Sp. z o.o. zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła:

I. Zgodnie z pkt 8.6.2 a) SIWZ wykonawcy mieli wykazać się dysponowaniem osobą Kierownika budowy, który posiadał niestępujące doświadczenie:

a) co najmniej 5 (pięć) lat doświadczenie zawodowego na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót (rozumieniu ustawy Prawo budowlane) na robotach związanych z Budową lub Przebudową infrastruktury kolejowej,

b) w ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert nabyła co najmniej 12 (dwanaście) miesięcy doświadczenia zawodowego na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót lub Inspektora nadzoru (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) w realizacji 2 (dwóch) inwestycji w zakresie infrastruktury kolejowej, na których wykonywane były wzmocnienia podłoża nasypu lub nasypu.

Zgodnie zaś pkt. 20.7.3 SIWZ (Doświadczenie personelu Wykonawcy) ocenie punktowej w ramach Kryterium nr 3 podlegało doświadczenie członka personelu Wykonawcy - Kierownika budowy, który wykazał doświadczenie większe niż wymagane w opisie warunku udziału dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej, który:

w ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed terminu składania ofert nabył co najmniej 12 (dwanaście) miesięcy doświadczenia (na każdej inwestycji) na stanowisku Kierownika budowy lub Kierownika robót lub Inspektora nadzoru (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) w zakresie Budowy lub Przebudowy infrastruktury kolejowej, która obejmowała swym zakresem roboty polegające na wzmocnieniu nasypu lub podłoża nasypu - prace prowadzone przy czynnym ruchu kolejowym.

W przypadku gdy wykonawca wskazał na stanowisko Kierownika budowy osobę posiadającą opisane powyżej doświadczenie na co najmniej 1 (jednej) inwestycji opisanej powyżej - mógł otrzymać 4 punkty, w przypadku 2 inwestycji mógł otrzymać 10 punktów.

W punkcie 20.9 SIWZ Zamawiający wskazał, że obliczenie punktów w Kryterium nr 3 - Doświadczenie personelu Wykonawcy zostanie dokonane na podstawie złożonego wraz ofertą Załącznika nr 9 do IDW (SIWZ) - wykaz personelu, a przypadku gdy wykonawca takiego załącznika nie załączy do oferty, to w Kryterium nr 3 – Doświadczenie personelu Wykonawcy otrzyma 0 punktów.

II. Zamawiający w dniu 15 grudnia 2017 r. odpowiadając na pytanie nr 1 wyjaśnił, że ocena ofert w kryterium "Doświadczenie personelu" zostanie dokonana na podstawie Załącznika nr 9 do oferty. W szczególności, Zamawiający wskazał, że wykonawcy powinni opisać doświadczenie personelu w taki sposób, aby jego zakres w świetle postawionych przez Zamawiającego wymagań, nie budził wątpliwości i stanowił podstawę do jednoznacznej oceny.

III. Odwołujący w załączniku nr 9 do IDW podał w kolumnie „Opis doświadczenia w poszczególnych okresach (...)”:

*„- 8 miesięcy doświadczenia w realizacji zadania pn.: Wykonanie robót projektu budowy peronów oraz instalacji monitoringu tyłu pociągu na stacji Sant Marti de Centelles,
- 13 miesięcy doświadczenia w realizacji zadania pn.: wykonanie robót projektu budowy Nowe Stacji w Riels i Viabrea-Breda. Linia 2 kolei miejskiej Barcelony*

- 13 miesięcy doświadczenia w realizacji zadania pn.: *Prace związane z projektem budowy zwiększenia przepustowości kolei podmiejskich w Sewilli. Podwojenie linii kolejowych aż do miejscowości La Cartuja. Infrastruktura, tory i zabudowa.*

- 29 miesięcy w realizacji zadania pn.: *Linia kolejowa dużych prędkości Sewilla – Kadyks. Odcinek Lotnisko w Jerez de la Frontera – Kadyks. Pododcinek: San Fernando*”.

Izba zważyła:

W pierwszej kolejności dostrzec należy, że ocena w kryterium "Doświadczenie personelu", zgodnie z postanowieniem pkt 20.7.3. IDW, miała być dokonana na podstawie załącznika nr 9 do IDW załączonego do oferty, na podstawie którego Zamawiający ustalał, czy i ile punktów zdobędzie wykonawca w kryterium nr 3. Nietożłączenie załącznika skutkowało otrzymaniem 0 pkt, zaś analiza załącznika nr 9 i tym samym punktacja była przyznawana w oparciu o treść wskazanego załącznika.

W ocenie Izby, Zamawiający wyraźnie wskazał, odpowiadając w dniu 15 grudnia 2017 r. na pytanie nr 1, iż wykonawcy powinni opisać doświadczenie personelu w taki sposób, aby jego zakres w świetle postawionych wymagań, nie budził wątpliwości i stanowił podstawę do jednoznacznej oceny. W tej sytuacji, to wykonawca wiedząc, jakie doświadczenie skutkuje uzyskaniem dodatkowych punktów, zobligowany był w taki sposób opisać posiadane doświadczenie, aby jego zakres, w świetle postawionych przez Zamawiającego wymagań, nie budził wątpliwości i stanowił podstawę do jednoznacznej oceny. Oświadczenie w tym zakresie nakreślał Wykonawca i to on decydował, jaka będzie jego treść, wiedząc jednocześnie, iż treść ta będzie przedmiotem oceny ze strony Zamawiającego. Stąd też za całkowicie nieuprawnione należy uznać stanowisko Odwoływającego, aby Zamawiający treść tę domniemywał na podstawie innych oświadczeń zawartych w ofercie. Wskazać należy, że od wykonawcy będących profesjonalistami wymaga się szczególnej staranności, który powoduje, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek (umiejętność) wykazania określonych okoliczności, tym bardziej w sytuacji, w której oczywistym jest, jakie okoliczności winien wykazać. Niezależnie od tego, Izba stoi na stanowisku, iż wobec powołanych postanowień IDW, nie ma mowy o domniemywaniu jakiegokolwiek treści przez Zamawiającego na korzyść Odwoływającego, a ocena winna być dokonana na podstawie załącznika nr 9 do oferty. W konsekwencji podanie informacji przez Odwoływającego o wykonaniu prac kolejowych przy jednoczesnym braku wskazania, iż polegały one na wzmocnieniu nasypu lub podłoża nasypu – przy czynnym ruchu kolejowym, przesądzało o tym, iż brak było możliwości przyznania Odwoływającemu punktów w kryterium „Doświadczenie personelu wykonawcy”.

Raz jeszcze należy podkreślić, że nie jest i nie było w tym postępowaniu obowiązkiem Zamawiającego odkodowywanie zakresu inwestycji i domniemywanie treści, które nie były wyartykułowane w załączniku nr 9 po to, aby dany Wykonawca uzyskał punkty w kryterium "Doświadczenie personelu wykonawcy". Powyższe leżało wyłącznie w gestii Odwoływającego.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający dla oceny w ramach kryterium "Doświadczenie personelu wykonawcy" Zamawiający nie mógł odwoływać się do dokumentu JEDZ, który to dokument nie służy ocenie pozacenowych kryteriów oceny ofert. To bowiem załącznik nr 9 do IDW, co wyraźnie zaznaczył Zamawiający był jedynym dokumentem, w ramach którego będzie dokonywana ocena. Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że treść dokumentu JEDZ nie mogła zmienić oceny dokonanej w kryterium "Doświadczenie personelu wykonawcy", bowiem Odwołujący przy żadnym z wymienionych tam zadań nie wskazał, czy dane zadanie dotyczyło wzmocnienia nasypu i podłoża nasypu - przy czynnym ruchu kolejowym. Odwołujący wskazywał w odwołaniu, że wykonał dwie takie inwestycje, natomiast w JEDZ Odwołującego na stronie 14 po oświadczeniu „(...) i posiada doświadczenie w realizacji dwóch [2] inwestycji spełniających warunek wskazany powyżej” Odwołujący wskazał cztery zadania, jednakże przy żadnym z nich nie znalazła się informacja która stanowiłaby potwierdzenie wykonania inwestycji umożliwiających przyznanie punktów w ramach kryterium 3. Odwołujący twierdził, iż to:

(1) inwestycja pn. „Prace związane z projektem budowy zwiększenia przepustowości kolei podmiejskiej w Sewilli. Podwojenie linii kolejowych aż do miejscowości La Cartuja”, oraz

(2) inwestycja pn. „Linia kolei dużych prędkości Sewilla- Kadyks. Odcinek: Lotnisko w Jerez de la Frontera - Kadyks. Pododcinek: San Fernando”

spełniały postawiony przez Zamawiającego wymóg w kryterium nr 3, aczkolwiek, nie wynikało to w żaden sposób z przedstawionego powyżej opisu projektów. Jeszcze raz podkreślić należy, że rolą Zamawiającego nie jest poszukiwanie tych informacji. Nie powinno bowiem budzić wątpliwości, iż wykazanie, że spełniono wymagania w ramach poza cenowego kryterium oceny ofert, skutkujące przyznaniem dodatkowych punktów, musi być niewątpliwe i jednoznaczne.

Nie mniej jednak, z uwagi na okoliczność, iż Zamawiający ograniczył ocenę w przedmiocie kryterium „Doświadczenie personelu wykonawcy” do załącznika nr 9, to na obecnym etapie postępowania reguł tych nie mógł zmieniać, bo są one wiążące, a ich zmiana wiązałaby się z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Podkreślenia wymaga, że nie jest obowiązkiem Zamawiającego wyręczenie Odwołującego w czynnościach, które powinien wykonać samodzielnie. Oczywistym jest, że za treść oferty odpowiada Odwołujący i to jego obciąża ciężar wykazania, iż wymagania Zamawiającego w kryterium nr 3 spełnił.

Reasumując, z pewnością na podstawie nazwy inwestycji wskazanych w treści załącznika nr 9 do IDW nie można domniemywać jej zakresu, a więc tego czy inwestycja ta obejmowała swym zakresem roboty polegające na wzmocnieniu nasypu lub podłoża nasypu – prace prowadzone przy czynnym ruchu kolejowym.

Należy zauważyć, że Odwołujący w odwołaniu nie kwestionuje, że w opisie doświadczenia Kierownika budowy w załączniku nr 9 do IDW zabrakło informacji, iż wskazane zadania inwestycyjne obejmowały swym zakresem roboty polegające na wzmocnieniu nasypu lub podłoża nasypu – prace prowadzone przy czynnym ruchu kolejowym. Powyższe wprost wynika, że sformułowania zawartego na str. 9 w pkt 2.7 odwołania, gdzie Odwołujący stwierdził: „Nawet jeżeli przyjąć, że z opisu wskazanego w Wykazie Personelu nie wynikało wprost czy p. M. posiada doświadczenie podlegające w Kryterium nr 3.....”. Odwołujący stoi jednak na stanowisku, że w takiej Zamawiający na podstawie złożonego przez niego dokumentu JEDZ winien ustalić, iż opisane doświadczenie spełnia wymagania Zamawiającego w tym zakresie. Tymczasem, jak zostało wyżej wskazane brak podstaw do wykorzystania rzeczonych informacji zawartych w tym dokumencie.

Z tych przyczyn Izba uznała zarzut naruszenia przepisów art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp za nieuzasadniony.

W ocenie składu orzekającego na uwzględnienie nie zasługiwał zarzut dotyczący zaniechania zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 ustawy. Przepis ten znajduje bowiem zastosowanie jedynie w sytuacji, w której treść oferty nasuwałaby tego rodzaju wątpliwości, że niemożliwym byłoby rozstrzygnięcie co do treści oświadczenia złożonego przez wykonawcę. Przepis ten służy temu, żeby niejasności, które powstały na kanwie oferty, ale wynikające z jej treści, nie obciążałyby automatycznie wykonawcy.

Tymczasem w niniejszej sprawie z taką sytuacją nie mamy do czynienia. Treść oświadczenia złożonego w załączniku nr 9 do IDW przez Odwołującego nie pozostawia wątpliwości. Natomiast okoliczność, że rzeczony oświadczenie nie potwierdza, że Odwołujący, a właściwie jego personel posiada doświadczenie, które upoważnia do uzyskania dodatkowych punktów w kryterium nr 3 "Doświadczenie personelu wykonawcy" nie stanowi podstawy do zastosowania przepisu art. 87 ust. 1 Pzp, z uwagi na fakt, że jego zastosowanie prowadziłoby do uzupełnienia treści oferty, co jest niedopuszczalne. Jak wskazano bowiem wyżej, potrzeba wyjaśnienia musi wynikać z treści zawartych w samej ofercie.

Zarzuty naruszenia przepisów art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Izba również uznała za niezasadne. W pierwszej kolejności wskazać należy, że powołane przepisy nie mogą służyć uzupełnianiu, czy też wyjaśnianiu oświadczeń lub dokumentów innych niż te składane celem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Hipoteza norm zawartych w powołanych przepisach odwołuje się bowiem wyłącznie do tego rodzaju oświadczeń i dokumentów, a skoro tak, to nie znajduje uzasadnienia ich zastosowanie do dokumentu służącego do oceny w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert.

Oceny tej nie zmienia fakt, że warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej brzmi niemalże tak samo jak wymogi w zakresie doświadczenia Kierownika budowy, ocenianego w ramach kryterium "Doświadczenie personelu Wykonawcy". Po pierwsze bowiem, nie ma podstaw, aby na obecnym etapie postępowania sięgać do dokumentu JEDZ, potwierdzającego spełnianie wskazanego warunku udziału w postępowaniu, zważywszy na fakt, że postępowanie prowadzone jest w procedurze uproszczonej (art. 24aa ustawy Pzp). Po drugie, rzeczony dokument nie mógłby być podstawą oceny w ramach spornego kryterium oceny ofert, gdyż Zamawiający wyraźnie zastrzegł, że tę będzie dokonywał w oparciu o załącznik nr 9. Po trzecie, oświadczenia czy też dokumenty składane w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu nie mogą służyć uzupełnianiu treści oferty o oświadczenia, składane w celu wykazania spełniania pozacenowego kryterium oceny ofert, bowiem takiej procedury ustawodawca nie przewidział.

W sprawie nie mógł również znaleźć zastosowania przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, bowiem ewentualne poprawki mogą dotyczyć tylko omyłki w treści oferty polegającej na jej niezgodności z postanowieniami SIWZ. Zakazane jest natomiast poprawianie omyłek, które wykonawca popełnił w ofercie, zamierzając zaoferować inne świadczenie, inne parametry lub inny sposób wykonania zamówienia, jeśli zaproponowane omyłkowo nie powodują niezgodności z SIWZ, lecz np. jedynie pogorszenie pozycji konkurencyjnej.

Odnosząc się następnie do zarzutu dotyczącego błędnej punktacji oferty Przystępującego w kryterium „Doświadczenie personelu wykonawcy” Izba uznała, iż nie zasługiwał on na uwzględnienie. Jak bowiem wynikało z załącznika nr 9 do IDW Przystępujący wskazał 3 inwestycje na potwierdzenie doświadczenia, z których tylko dwie spełniały wymagania Zamawiającego i zostały przez niego prawidłowo ocenione, w konsekwencji czego Przystępujący prawidłowo otrzymał 10 punktów w kryterium 3. Co do twierdzenia Odwołującego podniesionego na rozprawie przed Izbą, iż wykonywane inwestycje na potwierdzenie doświadczenia obejmowały jedynie prace powierzchniowe wskazać należy, że Zamawiający nie wymagał aby wzmocnienie podłoża było dokonane w konkretny sposób. W związku z powyższym powyższe stanowisko nie mogło mieć wpływu na ocenę dokonaną przez Izbę.

Z uwagi na odtajnienie przez Zamawiającego w dniu 3 kwietnia 2018 r. Załącznika nr 9 do oferty Przystępującego - wykazu personelu (Załącznik nr 1). Tym samym, pozostali wykonawcy, w tym Odwołujący, uzyskali możliwość weryfikacji punktacji przyznanej Przystępującemu w kryterium "Doświadczenie personelu Wykonawcy", orzekanie w tym zakresie stało się bezprzedmiotowe.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub

Sygn. akt KIO 521/18

może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów, nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust. 2 i 192 ust. 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017r., poz. 41).

Przewodniczący: