

**WYROK
z dnia 9 września 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Magdalena Grabarczyk

Emil Kawa

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2021 r. przez wykonawcę: Schuessler – Plan Inżynierzy sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie z jednostką prowadzącą postępowanie: Generalną Dyрекcją Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie

przy udziale wykonawcy Europrojekt Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2229/21 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w części, uznając za uzasadniony: zarzut nr 1 - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 239 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), zarzut nr 2 - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), zarzut nr 4 - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) oraz uznając za nieuzasadniony zarzut nr 3 - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129),

2. Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Europrojekt Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku i nakazuje

Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny oferty Odwołującego, poprzedzonych przeprowadzeniem przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego treść oferty w trybie przepisu art.223 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129),

3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

4. Kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie z jednostką prowadzącą postępowanie: Generalną Dyрекcją Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie i wykonawcę: Schuessler – Plan Inżynierzy sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Schuessler – Plan Inżynierzy sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie z jednostką prowadzącą postępowanie: Generalną Dyрекcją Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie na rzecz wykonawcy Schuessler – Plan Inżynierzy sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 13 950 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie z jednostką prowadzącą postępowanie: Generalną Dyrekcją Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Wykonanie dokumentacji projektowych dotyczących rozbudowy drogi krajowej nr 22 na odcinku Fiszewo - Jegłownik i Jegłownik – Elbląg oraz budowy obwodnicy Jegłownika”, nr postępowania: O/OL.D-3.2413.3.2021.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 marca 2021 r. pod nr 2021/S 058-146797.

W dniu 16 lipca 2021 r. Odwołujący: Schuessler – Plan Inżynierzy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie powziął informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy konkurencyjnego.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 26 lipca 2021 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec następujących czynności podjętych przez Zamawiającego:

I. nieprawidłowego badania i oceny oferty Odwołującego skutkującego nieprzyznaniem ofercie Odwołującego punktów w zakresie kryterium pozacenowego „Zespół projektowy” (ZP) opisanego w pkt 21.1.2.2. (Podkryterium ZP2) – Projektant branży drogowej Instrukcji dla Wykonawców („IDW”) w związku z realizacją zadania „Studium wyboru korytarza (odpowiednik STEŚ) dla budowy drogi E20 Gotene – Marie Stad”;

II. ewentualnie, zaniechania wezwania Odwołujący do złożenia wyjaśnień w zakresie przywołanej powyżej inwestycji;

III. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Europrojekt Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku („Europrojekt”);

IV. zaniechania odrzucenia oferty wykonawców w składzie: S.T.I. Polska Sp. z o.o.

z siedzibą w Warszawie, S.Te.P. s.r.l. z siedzibą w Weronie, Włochy („Konsorcjum STI”);

V. nieuzasadnionego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Europrojekt;

VI. zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej złożonej w Postępowaniu.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), zwanej dalej Pzp lub ustawą Pzp tj.:

(1) art. 239 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wadliwej oceny oferty Odwołującego, polegające na uznaniu, że doświadczenie przypisane osobie predystynowanej na stanowisko Projektanta branży drogowej (p. Benedykt Bilkiewicz) zdobyte w ramach inwestycji „Studium wyboru korytarza (odpowiednik STEŚ) dla budowy drogi E20 Gotene – Marie Stad” nie pozwala na przyznanie punktów w ramach kryterium, o którym mowa w pkt 21.1.2.2. (Podkryterium ZP2) IDW, ponieważ zostało wykonane dla Szwedzkiej Administracji Transportowej, co w przekonaniu Zamawiającego oznaczało, że zadanie to nie zostało wykonane zgodnie z załącznikiem nr 2 do Zarządzenia nr 58 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 23 listopada 2015r. w sprawie dokumentacji do realizacji inwestycji lub zgodnie z załącznikiem do Zarządzenia nr 17 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 11 maja 2009 r. lub zgodnie z załącznikiem do Zarządzenia nr 30 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z 8 listopada 2005 r. („Zarządzenia”), podczas gdy doświadczenie zdobyte przez p. B. w ramach przywołanej inwestycji odpowiada wszelkim wymogom wynikającym z Zarządzeń, co w konsekwencji doprowadziło do nieprzyznania ofercie Odwołującego odpowiedniej (18) liczby punktów w zakresie tego podkryterium;

(2) ewentualnie, art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie doświadczenia p. B. i jego zgodności z wymogami określonymi przez Zamawiającego w pkt 21.1.2.2. (Podkryterium ZP2) IDW;

(3) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Europrojekt oraz wykonawcy Konsorcjum STI, podczas gdy wykonawcy ci złożyli ofertę, która jest niezgodna ze Specyfikacją Warunków Zamówienia („SWZ”), tj., złożyli ofertę, w której wartość ceny za nadzór autorski stanowi

mniej niż 2% wartości ceny ofertowej netto zamówienia, podczas gdy Zamawiający w treści Formularza 4.1 (Tabela opracowań projektowych nr 1 – TOP1) oraz w Formularzu 4.2 (Tabela opracowań projektowych nr 2 – TOP2) wskazał że wymaga, aby pozycje te stanowiły nie mniej niż 2% wartości ceny ofertowej netto zamówienia (Zbiornicze Zestawienie Kosztów); a w konsekwencji

(4) art. 16 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) oraz b) Pzp wnosił o:

(1) rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- (a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- (b) dokonanie ponownego badania i oceny ofert;
- (c) przyznanie ofercie Odwołującego odpowiedniej (18) liczby punktów w podkryterium ZP2 odpowiadającej ilości przedstawionych zadań (pkt 21.1.2.2. SWZ);
- (d) ewentualnie, wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie doświadczenia p. B. zdobytego w ramach inwestycji pn. Studium wyboru korytarza (odpowiednik STEŚ) dla budowy drogi E20 Gotene – Marie Stad”;
- (e) odrzucenie oferty złożonej przez Europrojekt jako oferty niezgodnej z wymogami SWZ;
- (f) odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum STI jako oferty niezgodnej z wymogami SWZ;
- (g) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej złożonej w Postępowaniu.

Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 Pzp wniósł o:

(2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Dodatkowo, na podstawie art. 573 Pzp wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Zwrócił uwagę, że w dniu 16 lipca 2021 r. Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, w której treści powyższej informacji przedstawiona została punktacja przyznana poszczególnym wykonawcom. W uzasadnieniu przyznanej punktacji, Zamawiający wskazał, że w Podkryterium ZP2 Odwołujący otrzymał 12 punktów (mimo przedstawienia przez Odwołującego 3 zadań, która upoważniały Odwołującego do uzyskania 18 punktów). Zamawiający uzasadnił krótko, że jedno ze wskazanych zadań – „Studium wyboru korytarza (odpowiednik STEŚ) dla budowy drogi E20 Gotene-Marie Stad zostało wykonane dla Szwedzkiej Administracji Transportowej” („Zadanie E20”) - nie zostało wykonane zgodnie z Zarządzeniem. W oparciu o powyższe stwierdzenie Odwołującemu nie zostały przyznane punkty za Zadanie E20.

Wskazał, że za ofertę najkorzystniejszą wybrano ofertę wykonawcy Europrojekt, która w ocenie Odwołującego nie spełnia jednak wymagań przedstawionych przez Zamawiającego, gdzie w Formularzu 4.1 oraz w Formularzu 4.2 Tomu IV SWZ przy tabelach

odpowiednio D1 i D2 (Czynności nadzoru autorskiego) został wskazany warunek wraz z uwagą.

Podniósł, że kwoty przedstawione w formularzu 4.1 oraz w formularzu 4.2 za czynność nadzoru autorskiego są niższe od wymaganych 2% wartości ceny ofertowej netto zamówienia, a analogiczna niezgodność oferty z SWZ znajduje się w ofercie Konsorcjum STI, gdzie ceny za nadzór autorski wynoszą mniej niż 2% wartości ceny ofertowej netto zamówienia.

Zdaniem Odwołującego - z powyższych względów oferty wykonawców Europrojekt i Konsorcjum STI nie spełniają wymogów określonych w dokumentacji Postępowania, przez co winny były zostać odrzucone przez Zamawiającego.

Według Odwołującego - doświadczenie B. B. odpowiada wszystkim wymaganiom Zamawiającego, który niezasadnie nie przyznał odwołującemu odpowiedniej liczby punktów

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał na wadliwie przeprowadzoną przez Zamawiającego czynność badania i oceny oferty w zakresie Podkryterium ZP2 dot. doświadczenia Projektanta branży drogowej. Celem uzyskania dodatkowych punktów w zakresie powyższego Podkryterium Odwołujący przedstawił na to stanowisko B. B. (wskazywany jednocześnie do spełnienia warunków udziału w Postępowaniu).

Zauważył przy tym, że wymogi dotyczące doświadczenia Projektanta branży drogowej określono przy warunkach udziału w pkt 8.2.4.2.1 IDW, gdzie od osoby skierowanej na to stanowisko wymagano doświadczenia zawodowego, który pełnił funkcję projektanta branży drogowej lub sprawdzającego dokumentację branży drogowej przy opracowaniu 1 lub 2 dokumentacji projektowych (stadium: STEŚ lub STEŚ-R lub KP lub PB) dla budowy lub rozbudowy dróg lub ulic klasy min. G, o łącznej długości min. 6,5 km.

Wskazał również, że dodatkowe punkty w ramach kryterium oceny ofert stanowić miały rozszerzenie doświadczenia określonego w warunkach udziału w Postępowaniu. Odwołujący przedstawił 3 zadania, które zakresem obejmowały wymogi postawione przez Zamawiającego, tj.:

- 1) „Opracowanie Studium Techniczno – Ekonomiczno – Środowiskowego wraz z materiałami do uzyskania Decyzji o Środowiskowych Uwarunkowaniach dla zadania BUDOWA DROGI EKSPRESOWEJ S12 na odcinku węzeł „Radom Południe” (z węzłem) – Puławy (węzeł Bronowice na obwodnicy Puław)” dla budowy/rozbudowy drogi/ulicy klasy S o długości w zależności od wariantu ok. 70 km

2) „Studium Techniczno – Ekonomiczno – Środowiskowe drogi krajowej nr S16 na odcinku Elk – Knyszyn wraz z analizą i prognozą ruchu oraz materiałami do wniosku o wydanie decyzji środowiskowej” dla budowy/rozbudowy drogi/ulicy klasy S o długości w zależności od wariantu ok. 71 km

3) „Studium wyboru korytarza (odpowiednik STEŚ) dla budowy drogi E20 GoteneMarieStad” dla budowy/rozbudowy drogi/ulicy klasy S o długości 20 km.

W swoim odwołaniu Odwołujący przedstawił zestawienie treści kryterium oceny ofert do zakresu Zadania E20 w celu wykazania jego zgodności z postawionymi wymogami.

Analiza powyższych informacji (zadań) doprowadziła Odwołującego do wniosku, że spełnił kryteria oceny ofert w zakresie Podkryterium ZP2, bowiem przedstawione zostały zadania, które odzwierciedlały wymogi wskazane w pkt 21.1.2.2. IDW.

Według Odwołującego - upoważniało go to do uzyskania 18 punktów (po 6 za każde zadanie), podczas gdy Zamawiający jednak doszukuje się niedostatecznego doświadczenia uzyskanego przez B. B. na Zadaniu E20.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający wyszedł z całkowicie błędnego przeświadczenia, że dokumenty (projekty) odpowiadające treścią i zakresem STEŚ lub STEŚ-R, a zrealizowane w oparciu o inne regulacje krajowe (w tym przypadku regulacje szwedzkie) nie mogą potwierdzać doświadczenia pozwalającego na uzyskanie dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert.

Zarzucił, że Zamawiający nie pokusił się o jakąkolwiek analizę zmierzającą do dokonania faktycznej oceny doświadczenia nabytego przez B. B. w ramach Zadania E20.

Stwierdził przy tym, że z treści uzasadnienia wyboru najkorzystniejszej oferty wynika, że powodem nieprzyznania Odwołującemu dodatkowych punktów był sam fakt realizacji Zadania E20 na rzecz Szwedzkiej Administracji Transportowej. Zamawiający nie zbadał jednak, czy doświadczenie to zgodne jest z oczekiwaniami nakreślonymi w treści IDW, posłużył się natomiast niczym nieuzasadnionym automatyzmem, uznając najwyraźniej, że skoro referencyjne doświadczenie zostało zdobyte w Szwecji (a nie w Polsce), to Odwołującemu nie należą się punkty z tego tytułu. Już zatem na pierwszy rzut oka widać, że działanie Zamawiającego nacechowane jest naruszeniem reguły równego traktowania wykonawców.

W ocenie Odwołującego - za prawidłowością stanowiska Zamawiającego nie może przemawiać to, iż doprecyzował on co należy rozumieć pod określeniem „STES” oraz „STES-R” w dokumentacji Postępowania (a do której nawiązuje Zamawiający w uzasadnieniu przyznanej punktacji).

Argumentował, że analiza objaśnień przedstawionych przez Zamawiającego w dokumentacji prowadzi do wniosku, że wymogiem Zamawiającego nie było, aby wykonawcy przedstawili zadania zrealizowane tylko i wyłącznie w oparciu o Zarządzenia, ale przedstawienie zadań, które odpowiadały zakresowi Zarządzeń (tj. były zgodne z elementami wyszczególnionymi w Zarządzeniach, które nakreślają treść STES).

Odwołujący zwrócił uwagę, że przyjęcie odmiennej interpretacji prowadziłoby do rażącego ograniczenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, których kadra legitymuje się wystarczającym i odpowiednim doświadczeniem, które jednak zdobyte zostało poza granicami Polski.

Wywodził, że odwołanie się przez Zamawiającego do przywołanych wcześniej Zarządzeń jako jedynych możliwych wykazujących doświadczenie, wyklucza w takim wypadku de facto możliwość wykazania odpowiedniego potencjału kadrowego wykonawcy przez wskazanie osób realizujących równoważne projekty pod względem przedmiotowym i wartościowym poza granicami Polski (w tym także na terytorium innego kraju członkowskiego Unii Europejskiej).

Odwołujący wskazał również, że zgodnie z załącznikiem 2 do Zarządzenia nr 58 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 23 listopada 2015 r. w sprawie dokumentacji do realizacji inwestycji, STES jest opracowaniem projektowym o charakterze ogólnym, a większość jego elementów (planowanego zadania) ma być szacowanych wstępnie lub dość szczegółowo, a tylko niewielka ich liczba określana ma być szczegółowo (ostatecznie). Zazaczył, że w załączniku nr 2 wskazuje się również na podstawowy cel dokumentacji STES, gdzie opisano również wytyczne dot. wariantów trasy drogi, wariantów węzłów oraz ocenę wpływu na bezpieczeństwo ruchu drogowego i audyt bezpieczeństwa ruchu drogowego, a także wskazano, jakie elementy obejmuje STES (a które należy zaprojektować i opracować szczegółowo).

Przekonywał, że jeżeli dokumentacja STES stanowi ogólne opracowanie projektowe, które służyć powinno wstępnemu określeniu zakresu rzeczowego planowanej inwestycji, to niezasadnym jest twierdzenie, że zakres takiego dokumentu jest na tyle unikalny, że niemożliwym jest wykazanie się doświadczeniem w przygotowaniu elementów takiego

dokumentu na podstawie dokumentacji z innego kraju Unii Europejskiej. Powyższe skłania więc zasadnie do wniosku, że wykonawcy winni byli przedstawić zadania, które uwzględniały elementy STEŚ, a nie legitymować się doświadczeniem w przygotowaniu stricte dokumentacji STEŚ.

Zadanie E20 zrealizowane przez B. B. opierało się na wszystkich elementach, które wyszczególnione zostały w Zarządzeniu, co pozwoliło przyjąć Odwołującemu, że doświadczenie to w pełni kwalifikuje się do przyznania odpowiedniej ilości punktów.

Odwołujący celem wykazania tożsamości dokumentacji przygotowanej dla Zadania E20 z wymogami Zamawiającego, przedstawił w swoim odwołaniu zbiorcze zestawienie porównawcze.

Dodatkowo, Odwołujący przedstawił w swoim odwołaniu porównanie uszczegółowionych oczekiwań Zamawiającego (a wynikających z pkt 2.1 Zarządzenia wymieniające elementy STEŚ) z zawartością dokumentacji opracowanej dla Zadania E20.

Jednocześnie Odwołujący dodatkowo wskazał na zestawienie zawartości dokumentacji dla Zadania E20, które – w jego ocenie - jednoznacznie obrazuje, że zrealizowana dokumentacja Zadania E20 jest tożsama z wytycznymi dla STEŚ.

W przekonaniu Odwołującego - analiza powyższych informacji prowadzi więc do wniosku, że wykonane przez B. B. Zadanie E20 odpowiadało elementom STEŚ (zawierało wszelkie elementy właściwe dla STEŚ), przez co zadanie to winno być zostać dodatnio ocenione przez Zamawiającego.

Uprzedzając ewentualną argumentację Zamawiającego, Odwołujący wskazał, że za zupełnie oczywiste uznać należy, że każdy kraj (niezależnie od tego czy znajduje się na terenie Unii Europejskiej czy poza nią) cechuje się określoną specyfiką realizacji zadań infrastrukturalnych. Twierdzenie jednak, że specyfika ta upoważnia Zamawiającego do automatycznego nieuznawania doświadczenia zdobytego w krajach Unii Europejskiej jest nieuzasadnione. Celem Zamawiającego powinno być dokonania weryfikacji faktycznie nabytego doświadczenia.

W związku z tym oświadczył, że w taki właśnie sposób Odwołujący rozumiał odniesienie się w treści IDW do Zarządzeń.

Zwrócił uwagę, że załącznik 2 do Zarządzenia 58 z dnia 23 listopada 2015 r. odwołuje się do wzorcowych dokumentów przygotowania inwestycji, a przywołany powyżej dokument odnoszący się do STES precyzuje szczegółowo jego elementy składowe. Zatem to właśnie przez pryzmat tych elementów składowych oceniać należy nabyte doświadczenie.

Bez znaczenia – według Odwołującego - jest w którym z krajów dokumentacja ta została faktycznie opracowana.

Zaznaczył przy tym, że z przebiegu Postępowania wynika, że Zamawiający zaniechał przeprowadzenia jakiegokolwiek analizy w zakresie zgodności doświadczenia nabytego przez B. B. w ramach Zadania E20.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający, mając wątpliwości w zakresie Zadania E20, powinien był skierować do Odwołującego wezwanie do wyjaśnień w trybie 223 ust. 1 Pzp, bowiem niewątpliwie przepis ten daje Zamawiającemu możliwość wyjaśnienia treści złożonej oferty, a informacje w zakresie poszczególnych, wyspecjalizowanych zespołów osób, które realizować będą przedmiot zamówienia stanowią część oferty Odwołującego.

W związku z tym stwierdził, że nie można uznać za prawidłowe zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie inwestycji przedstawionych dla B. B., w sytuacji, gdy jedna z nich budziła wątpliwości Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę całokształt, w ocenie Odwołującego, Zamawiający winien był (mając wątpliwości względem Zadania E20) wezwać Odwołującego do wyjaśnienia powyższej kwestii. Skoro przepis art. 223 ust. 1 Pzp, daje możliwość Zamawiającemu wyjaśnienia treści złożonej oferty, to w omawianym przypadku zastosowanie tego przepisu zdaje się mieć decydujące znaczenie. Nie jest bowiem tak, że mimo sformalizowanego charakteru procedury udzielenia zamówienia publicznego, Zamawiający może pomijać wątpliwości w zakresie złożonej oferty, tym bardziej, że charakter omawianego doświadczenia był ukierunkowany na uzyskanie odpowiedniej liczby punktów w ramach z góry określonego kryterium oceny ofert. Co za tym idzie – nie można zaakceptować takiego działania Zamawiającego, który mając jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty, ignoruje je i automatycznie uniemożliwia wykonawcy przyznanie dodatkowych punktów w kryterium.

Odwołujący zauważył w tym względzie, że nic nie stało na przeszkodzie, aby Zamawiający powyższą wątpliwość wyjaśnił i podjął stosowne czynności związane z prawidłową oceną punktową oferty Odwołującego w ramach podkryterium ZP2.

Co istotne w tym kontekście – zdaniem Odwołującego - Zamawiający w uzasadnieniu punktacji nie zdecydował się na wyjaśnienie co konkretnie zbudziło jego wątpliwości, tj. które elementy zrealizowanego przez B. B. Studium wyboru korytarza dla Zadania E20 nie odpowiadały w jego przekonaniu zakresem STEŚ.

Zaznaczył, że uzasadnienie Zamawiającego w tym zakresie sprowadziło się do jednozdaniowego poinformowania Odwołującego o braku tożsamości przedstawionego Zadania E20 z Zarządzeniami.

W przekonaniu Odwołującego - wbrew stanowisku Zamawiającego, Zadanie E20 odpowiadało wszystkim wymogom względem dokumentacji projektowej STEŚ, co upoważniało Odwołującego do uzyskania odpowiedniej liczby punktów za analizowane zadanie.

W tym stanie rzeczy Odwołujący wskazał, że Zamawiający niesłusznie nie przyznał Odwołującemu 6 punktów w ramach omawianego Podkryterium ZP2, co stanowiło o naruszeniu art. 239 ust. 1 Pzp (przyznanie Odwołującemu 6 punktów pozwoliłoby mu uzyskać zamówienie stanowiące przedmiot Postępowania).

W dalszej części odwołania Odwołujący zarzucił, że oferta wykonawcy Europrojekt oraz konsorcjum STI nie jest zgodna z wymogami Zamawiającego

Analiza przedstawionych przez tych wykonawców formularzy stanowiących część oferty doprowadziła Odwołującego do wniosku, że wykonawcy nie sprostali obowiązkowemu wymogowi, który wyrażony został w Formularzu 4.1 (Tabela opracowań projektowanych nr 1 – TOP1) oraz Formularzu 4.2 (Tabela opracowań projektowanych nr 2 – TOP2).

Zwrócił uwagę, że zgodnie z określonym w formularzach warunkiem, Zamawiający wymagał, aby pozycja „Razem Koszt Nadzoru Autorskiego” (odrębnie D1 i D2) stanowiła nie mniej niż 2% wartości ceny ofertowej netto zamówienia (Zbiorcze Zestawienie Kosztów).

Według Odwołującego - zgodnie z postawionym wymogiem Zamawiający, oczekiwał, aby każda poszczególna pozycja związana z wyceną nadzoru autorskiego (tj. odrębnie kwota w Formularzu 4.1 Tabela D1 oraz odrębnie kwota w Formularzu 4.2 Tabela D2) stanowiła nie mniej niż 2% wartości ceny ofertowej netto zamówienia wskazanej w Formularzu 4.4 (na żółto Odwołujący zaznaczył rubrykę łącznej wartości ceny ofertowej netto w odniesieniu do której należało wyznaczyć wartość nadzoru autorskiego):

Przekonywał, że Wykonawcy konkurencyjni w przedłożonych przez siebie formularzach zaniechali dostosowania wartości nadzoru autorskiego w wysokości nie mniejszej niż 2% wartości ceny ofertowej netto, bowiem przedstawione przez nich wyceny nadzoru autorskiego są znacznie niższe niż 2% wartości zamówienia netto.

Ilustracyjnie przedstawił w swoim odwołaniu wycinek Formularzy (odpowiednio 4.1, 4.2 i 4.4) przedłożonych przez Europrojekt, w których wskazane zostały kwoty za nadzór autorski.

Na podstawie treści tych Formularzy stwierdził, że dokonując prostych wyliczeń matematycznych, dostrzec można, że wartość nadzoru autorskiego w formularzu 4.1 stanowi zaledwie 1% wartości ceny ofertowej netto zamówienia (wyrażonej w Formularzu 4.4.). Z kolei w odniesieniu do ceny nadzoru autorskiego wskazanej w formularzu 4.2 wartość ta stanowi 0,63% wartości ceny ofertowej netto zamówienia.

Podniósł, że analogiczną nieprawidłowość zauważyć można przy analizie formularzy Konsorcjum STI, gdzie wycena nadzoru autorskiego wyznaczona w formularzu 4.1 stanowi 0,96% wartości ceny ofertowej netto zamówienia, a wycena nadzoru autorskiego w formularzu 4.2 stanowi 0,6% wartości ceny ofertowej netto zamówienia. Już zatem tak wyraziste niedopasowanie wymaganych wartości elementów oferty do wymogów Zamawiający winno było skutkować odrzuceniem oferty zarówno Europrojekt jak i Konsorcjum STI.

W odwołaniu przedstawił wycinek Formularzy 4.4., 4.1 i 4.2 przedłożonych przez Konsorcjum STI.

Odwołujący dodatkowo zauważył, że nawet gdyby przyjąć odmienny sposób wyliczenia progu 2% za nadzór autorski, tj. np. odnosić go do łącznej wartości nadzoru autorskiego dla zad.1 i zad. 2 (rubryka w Formularzu 4.4) to w dalszym ciągu, zarówno Europrojekt, jak i Konsorcjum STI nie przekraczają wartością za ten zakres 2% wartości zamówienia netto. Łączna cena za nadzór autorski Europrojekt wynosi bowiem 1,67% wartości ceny zamówienia netto, z kolei łączna wartość nadzoru autorskiego wskazanego w ofercie Konsorcjum STI stanowi tylko 1,57 % wartości ceny zamówienia netto.

Zauważył, że wspomniana rubryka „RAZEM (...) cena ofertowa netto” znajduje się wyłącznie w formularzu 4.4 - „Zbiorcze Zestawienie Kosztów –ZKK”. Tym samym, niedopuszczalnym było odnoszenie wartości 2% do wartości poszczególnych formularzy

(TOP 1 i TOP 2), bowiem adnotacja „UWAGA (..)” nawiązywała jednoznacznie do pozycji wyszczególnionej w Formularzu 4.4. (tj. Razem cena ofertowa netto zamówienia).

W ocenie Odwołującego - tak przyjęta interpretacja jest zgodna z literalnym brzmieniem SWZ, bowiem nawiązuje wprost do odrębnego formularza, który przeznaczony został przez Zamawiającego do przedstawienia zbiorczych kosztów poszczególnych części zamówienia.

Zwrócił uwagę, że wyszczególnione w adnotacji „UWAGA” pozycje nie znajdują się także w takim brzmieniu w żadnym innym formularzu, wobec tego, niewątpliwym jest dla Odwołującego, że Zamawiający wymóg minimalnej wartości (2%) za nadzór autorski odnosił do wartości, które wykonawca winien był wskazać w Formularzu 4.4. Tym samym, analiza treści formularzy 4.1, 4.2 oraz 4.4 uwzględniająca literalną wykładnię i kontekst językowy pozwala odtworzyć pełną intencję Zamawiającego, z której wynika, że to wartość wyceny nadzoru autorskiego (wskazywana odrębnie w Formularzu 4.1 Formularzu 4.2) winna była przekroczyć próg 2% ceny ofertowej netto.

Podkreślił przy tym, że ukształtowany przez Zamawiającego wymóg musi być odczytywany zgodnie z treścią, jaka została zawarta w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji, ocena wypełnienia przez wykonawcę tego wymogu powinna być przeprowadzona w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny spełnienia wymogów ukształtowanych przez Zamawiającego w postępowaniu.

Dla Odwołującego nie powinno też budzić żadnych wątpliwości, że jeśli treść formularzy i przedstawione w nich wymogi budziły jakiegokolwiek wątpliwości Europrojekt czy też Konsorcjum STI, wykonawcy Ci powinni byli skorzystać z prawa do wniosku wynikającego z art. 135 ust. 1 Pzp, tj. wyjaśnienie treści SWZ. Brak wystosowania przez wykonawców pytania w zakresie rozumienia wymogu związanego z wartością wynagrodzenia za nadzór autorski należy zatem odczytywać jako zrozumienie przez tych wykonawców intencji Zamawiającego, do których jednak się nie dostosowali.

Odwołujący podkreślił również przy tym, że wskazanej niezgodności w obliczeniach oferty Europrojekt i Konsorcjum STI nie można również zakwalifikować jako oczywistej omyłki rachunkowej, o której mowa art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp, bowiem oczywiste omyłki rachunkowe, to omyłki wynikające z błędnych operacji rachunkowych na liczbach, przy czym omyłka taka musi mieć charakter oczywisty, nie budzący wątpliwości co do prawidłowego wyniku. Omyłka rachunkowa może polegać na nieprawidłowym zsumowaniu pozycji

kosztorysu lub nieprawidłowym przemnożeniu cen jednostkowych przez określoną liczbę. Omyłkami rachunkowymi są również błędne zaokrąglenia. Nie można natomiast poprawić, jako omyłki rachunkowej, błędnych, niezgodnych z SWZ założeń do dokonania obliczeń matematycznych.

Z tych względów, przedstawienie ceny za nadzór autorski, która nie odpowiadała prawidłowej procentowej proporcji w stosunku do łącznej wartości zamówienia należało odczytywać – według Odwołującego - jako niezgodność oferty z SWZ. Z wyżej wymienionych powodów, Zamawiający winien był odrzucić ofertę Europrojekt oraz ofertę Konsorcjum STI.

Pismem z dnia 12 sierpnia 2021 r. wykonawca Europrojekt Gdańsk S.A., zwany dalej Przystępującym, zgłosił swojej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 19 sierpnia 2021 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym ogłoszenia, Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 19 września 2021 r., pisma procesowego Przystępującego Europrojekt Gdańsk S.A. z dnia 12 sierpnia 2021 r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień i przedłożonych dowodów Izba postanowiła odwołanie uwzględnić w części, uznając za uzasadniony: zarzut nr 1 - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 239 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), zarzut nr 2 - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), zarzut nr 4 - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) oraz uznając za nieuzasadniony zarzut nr 3 - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129).

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Przechodząc do rozpoznania meritum sprawy, po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy w ramach postępowania odwoławczego, Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia powołanych wyżej przepisów prawa.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Odwołujący powinien mieć przyznane dodatkowe punkty w kryterium oceny ofert pod nazwą „Zespół Projektowy” – ZP 2, a także czy oferty Przystępującego oraz wykonawcy Konsorcjum STI powinny zostać odrzucone z powodu ich sprzeczności z warunkami zamówienia.

W zakresie niezbędnym do rozpoznania odwołania Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 8.2.4.1 Tomu I Instrukcji dla Wykonawców (IDW) stanowiącego część SWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącej Wykonawcy postanowił, że Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w opracowaniu*, w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: 1 lub 2 dokumentacji projektowych w zakresie STEŚ lub STEŚ-R lub KP lub PB, wraz z opracowaniem materiałów do wniosku o wydanie decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych dla budowy lub rozbudowy drogi lub ulicy klasy min. G o łącznej długości min. 6,5 km.

Jednocześnie dalej Zamawiający postanowił, że w związku z zastrzeżeniem zawartym w pkt 6.4. IDW Wykonawca, w celu wykazania spełniania warunku opisanego w pkt 8.2.4.1. IDW, nie może powoływać się na doświadczenie podmiotów udostępniających zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp.

W treści SWZ Zamawiający podał, że pod określeniem:

➤ STEŚ należy rozumieć Studium techniczno- ekonomiczno- środowiskowe, wykonane zgodnie z załącznikiem nr 2 do zarządzenia nr 58 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 23 listopada 2015r. w sprawie dokumentacji do realizacji inwestycji lub zgodnie z załącznikiem do Zarządzenia nr 17 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 11.05.2009 r. lub zgodnie z załącznikiem do zarządzenia nr 30 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z 8 listopada 2005 r.;

➤ STEŚ-R należy rozumieć Studium techniczno- ekonomiczno- środowiskowe z elementami koncepcji programowej, wykonane zgodnie z załącznikiem nr 3 do zarządzenia

nr 58 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 23 listopada 2015r. w sprawie dokumentacji do realizacji inwestycji;

- KP należy rozumieć Koncepcję Programową;
- PB należy rozumieć Projekt Budowlany.

*Jako opracowanie dokumentacji projektowej (STEŚ, STEŚ-R, KP, PB) rozumiane będzie podpisanie przez strony umowy zawartej na wykonanie dokumentacji protokołu odbioru wszystkich opracowań objętych zakresem Umowy.

Za opracowanie projektu budowlanego Zamawiający nie uzna opracowania aktualizacji lub optymalizacji projektu.

Za drogę lub ulicę Zamawiający uzna drogę lub ulicę w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2020 r., poz. 470, 471 ze zm.).

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, spełnianie warunku Wykonawcy wykazują łącznie.

Dalej, w zakresie niezbędnym do rozpoznania odwołania Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 8.2.4.2 SWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącej osób określił wymaganie, że Wykonawca musi wskazać osoby, które będą skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone.

Nadto, Izba stwierdziła, że Wykonawca, na każdą funkcję wymienioną poniżej, wskaże osoby dokładnie w ilości wymaganej przez Zamawiającego, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania:

1) Projektant branży drogowej:

- wymagana liczba osób: 1;
- doświadczenie zawodowe: pełnił funkcję* projektanta branży drogowej lub sprawdzającego dokumentację branży drogowej przy opracowaniu 1 lub 2 dokumentacji projektowych (stadium: STEŚ lub STEŚ-R lub KP lub PB) dla budowy lub rozbudowy dróg lub ulic klasy min. G, o łącznej długości min. 6,5 km.

* potwierdzeniem pełnienia funkcji przy opracowaniu projektów jest podpis projektanta na kompletnej dokumentacji (STEŚ lub STEŚ-R lub KP lub PB) odebranej przez zleceniodawcę, który potwierdził odbiór tego opracowania podpisem na protokole odbioru.

W związku z zastrzeżeniem zawartym w pkt 6.4. IDW Wykonawca, w celu wykazania spełniania warunku opisanego w pkt 8.2.4.2.1). IDW, nie może powoływać się na zdolności podmiotów udostępniających zasoby w zakresie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Projektanta branży drogowej, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp.

Ostatecznie, Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 21.1.2.2. IDW uregulował kryterium oceny ofert, gdzie wskazał Podkryterium ZP2, w którym to podkryterium można uzyskać maksymalnie 24 punkty.

Wykonawca otrzyma 6 pkt za każdą wykazaną dokumentację projektową STEŚ lub STEŚ-R (dopuszcza się również dokumentację wykazaną na spełnienie warunków udziału w postępowaniu) dla budowy lub rozbudowy dróg lub ulic klasy min. G o długości co najmniej 6,5 km wykonaną* przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji Projektanta branży drogowej spełniającą warunki określone w pkt 8.2.4.2.1) IDW.

* przez wykonane należy rozumieć kompletne opracowanie (STEŚ lub STEŚ-R) odebrane przez zleceniodawcę, który potwierdził odbiór tego opracowania (podpisanego przez autora) podpisem na protokole odbioru.

Z treści oferty Odwołującego wynika, że ubiegał się on przyznanie mu co najmniej 18 punktów z racji zadeklarowania trzech dokumentacji wykonanych przez trzy osoby, w tym sporne „Studium wyboru korytarza dla budowy drogi E20 GoteneMarieStad” dla budowy/rozbudowy drogi/ulicy klasy S o długości 20 km.

Przechodząc do rozpoznania poszczególnych zarzutów odwołania, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający zaniechał badania zawartości powyższego dokumentu pod względem merytorycznym, bowiem dopiero szczegółowa jego analiza mogła doprowadzić go do ustaleń, a w konsekwencji do oceny czy „Studium wyboru korytarza dla budowy drogi E20 GoteneMarieStad” dla budowy/rozbudowy drogi/ulicy klasy S o długości 20 km było wykonane zgodnie z załącznikiem nr 2 do zarządzenia nr 58 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 23 listopada 2015r. w sprawie dokumentacji do realizacji inwestycji lub zgodnie z załącznikiem do Zarządzenia nr 17 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 11.05.2009 r.

W ocenie Izby - uzasadnienie Zamawiającego z dnia 16 lipca 2021 r. do punktacji przyznanej w ramach kryterium „Zespół Projektowy” Podkryterium ZP2 nie było wystarczające i ograniczyło się jedynie do stwierdzenia:

„W złożonym wraz z ofertą Formularzu 2.2. Kryteria pozacenowe” dla osoby wskazanej do pełnienia funkcji Projektanta branży drogowej – B. B. – wykazano doświadczenie w wykonaniu trzech zadań.

Jedno spośród nich, tj. zadanie pn. Studium wyboru korytarza (odpowiednik STEŚ) dla budowy drogi E20 Gotene-Marie Stad zostało wykonane dla Szwedzkiej Administracji Transportowej (wg. tamtejszych przepisów i wytycznych), co oznacza, że zadanie nie zostało wykonane zgodnie* z załącznikiem nr 2 do Zarządzenia nr 58 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 23 listopada 2015r. w sprawie dokumentacji do realizacji

inwestycji lub zgodnie z załącznikiem do Zarządzenia nr 17 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 11 maja 2009 r. lub zgodnie z załącznikiem do Zarządzenia nr 30 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z 8 listopada 2005 r.

*wymaganie określone w pkt 21.1.2. IDW: „Pod określeniem: STEŚ należy rozumieć Studium techniczno – ekonomiczno - środowiskowe, wykonane zgodnie z załącznikiem nr 2 do Zarządzenia nr 58 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 23 listopada 2015r. w sprawie dokumentacji do realizacji inwestycji lub zgodnie z załącznikiem do Zarządzenia nr 17 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 11 maja 2009 r. lub zgodnie z załącznikiem do Zarządzenia nr 30 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z 8 listopada 2005 r.”.

Wobec powyższego Wykonawca nie otrzymał punktów za zadanie Studium wyboru korytarza dla budowy drogi E20 Gotene-Marie Stad.”.

Z powyższego wynika, że Zamawiający nie znał zakresu merytorycznego powyższego dokumentu i miał jedynie przypuszczenia, co do jego zawartości.

Wymaga wskazania, że zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Nie jest przy tym irrelevantna okoliczność, czy Zamawiający dokonuje oceny punktacji w kryterium oceny ofert w sposób formalny, czy też, czy ocena ta uwzględnia treść wymagania samego kryterium oceny ofert.

W związku z tym Zamawiający jest zobowiązany do ustalenia pełnej treści dokumentu, który będzie stanowił podstawę do oceny punktacji w kryterium oceny ofert, a następnie określenia czy jest on zgodny z powyższymi wymaganiami zarządzenia Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad.

Ustawodawca na gruncie ustawy Pzp unormował instytucję prawną służącą do prawidłowego badania złożonych ofert w kryterium ich oceny, przewidując stosownie do art. 223 ust. 1 zd.1 ustawy Pzp, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń.

Według zapatrywania Izby – Zamawiający uchylając się od zastosowania przepisu art.223 ust.1 zd.1 ustawy Pzp w warunkach konieczności wyjaśnienia treści oferty mającej istotny wpływ na ocenę w kryterium oceny ofert naruszył przedmiotowy przepis.

Konsekwencją powyższego zaniechania Zamawiającego było naruszenie przez niego przepisu art. 16 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

W dalszej kolejności, Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut odwołania wskazujący na naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, w myśl którego Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Izba ustaliła, że wykonawcy mieli złożyć między Formularz 4.1. - Tabelę Opracowań Projektowych nr 1 obejmującą czynności nadzoru autorskiego w tabeli D1 i 1 (Zbiorcze zestawienie kosztów) i Formularz 4.2. - Tabelę Opracowań Projektowych nr 2 obejmującą czynności nadzoru autorskiego w tabeli D2 i 2 (Zbiorcze zestawienie kosztów).

Ponadto, Izba stwierdziła, że pod tabelami D1 i D2 Zamawiający uczynił uwagę!!!, że wymaga, aby pozycja Razem Koszt Nadzoru Autorskiego (tabela D1, odpowiednio D2) stanowiła nie mniej niż 2% wartości ofertowej netto zamówienia (Zbiorcze Zestawienie Kosztów).

Poza tym, ustalono, że Zamawiający ustanowił Formularz 4.4. o nazwie Zbiorcze Zestawienie Kosztów – ZZK.

W wykonaniu powyższych postanowień SWZ Przystępujący i Konsorcjum STI powyższe formularze załączyli do składanych ofert.

Dokonując oceny zgłoszonego przez Odwołującego zarzutu Izba uznała go za bezzasadny.

Zdaniem Izby - zadeklarowane przez powyższych wykonawców wartości cenowe w pozycji Razem Koszt Nadzoru Autorskiego (tabela D1, odpowiednio D2) stanowiły nie mniej niż 2% wartości ofertowej netto zamówienia (Zbiorcze Zestawienie Kosztów), bowiem

wartości te nie odnosiły się do Formularza 4.4. Zbiorcze Zestawienie Kosztów – ZZK, lecz tabeli 1 (Zbiorcze Zestawienie Kosztów) i tabeli 2 (Zbiorcze Zestawienie Kosztów) Formularza 4.1 i 4.2.

Zarówno tabela 1, jak i 2 stanowiły Zbiorcze Zestawienie Kosztów i znajdowały się w systematyce odpowiednio Formularza 4.1 i 4.2., a nie Formularza 4.4., wobec czego niedopuszczalna byłaby wykładnia SWZ proponowana przez Odwołującego, skoro pozycja Razem Koszt Nadzoru Autorskiego (tabela D1, odpowiednio D2) stanowił nie mniej niż 2% wartości ofertowej netto zamówienia z tabeli 1 i odpowiednio 2 będących Zbiórczym Zestawieniem Kosztów.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art.553 w związku z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić w części, zaś w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddaliła.

W odniesieniu do kosztów postępowania odwoławczego należy wskazać, że zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 1) cyt. wyżej rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą: odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części.

Jednocześnie w ust. 3 powołanego wyżej przewidziano, że w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela:

1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła;

2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....

.....

.....