

Sygn. akt: KIO 20/19

WYROK
z dnia 24 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska
Andrzej Niwicki
Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 stycznia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Multiconsult Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Transprojekt Gdański spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku i Voessing Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna Centrum Realizacji Inwestycji w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SYSTRA spółka akcyjna w Paryżu, Francja oraz S. B. i J. B., prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą Biuro Projektowo - Konsultingowe BPK Mosty s.c. S. B., J. B. we Wrocławiu, zgłaszających przystąpienie do podstępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Multiconsult Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Transprojekt Gdański spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku i Voessing Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Multiconsult Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Transprojekt Gdański spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku i Voessing Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Multiconsult Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Transprojekt Gdański spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku i Voessing Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu na rzecz zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna Centrum Realizacji Inwestycji w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą wynagrodzenie pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

I. PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna Centrum Realizacji Inwestycji w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi postępowanie na udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *Opracowanie dokumentacji projektowej na roboty budowlane dla przedsięwzięcia „Prace na linii kolejowej nr 12 Skierniewice-Łuków (C-E 20)”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 sierpnia 2018 r., poz. 2018/S 146-335324. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 7 stycznia 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Multiconsult Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Transprojekt Gdański spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku i Voessing Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu (dalej: Odwołujący), wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez błędne zastosowanie i wadliwą ocenę oferty Odwołującego w zakresie, w jakim Zamawiający nie przyznał punktów w ramach kryterium oceny ofert: Doświadczenie kluczowego personelu zgodnie z pkt 20.7.3 IDW za doświadczenie, zdobyte przez osobę wskazaną w ofercie Odwołującego na stanowisko: Koordynator w branży kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych;
2. art. 87 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie doświadczenia zdobytego przez osobę wskazaną w ofercie Odwołującego na stanowisko: Koordynator w branży kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych, co doprowadziło do nieprzyznania Odwołującemu 9 dodatkowych punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zdaniem Odwołującego, doświadczenie uzyskane przez osobę wskazaną w ofercie Odwołującego na stanowisko: Koordynator w branży kolejowej w zakresie kolejowych

obiektów budowlanych i przedstawione przez Wykonawcę w ofercie, spełnia wymagania uzasadniające przyznanie punktów w ramach omawianego kryterium. Osoba wskazana w ofercie Odwołującego na ww. stanowisko, jako główny projektant branży torowej opracowała wielobranżowe projekty budowlane obejmujące wymagane przez Zamawiającego elementy. W oparciu o te dokumentacje projektowe, wykonywane na zlecenie generalnego wykonawcy ówczesnych projektów, przygotowano wnioski o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę, które zostały udzielone. W związku z powyższym, nie sposób twierdzić, iż wymagane w ramach kryterium oceny ofert punktowane doświadczenie nie zostało wykazane w sposób przewidziany przez Zamawiającego w SIWZ.

W zakresie kryterium wymagane było zatem uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę w oparciu o opracowaną przez projektanta dokumentację projektową, a nie-pozwolenia obejmującego pełny zakres wykonanej przez projektanta dokumentacji zgodnej z ww. wymaganiami. Takie oczekiwanie Zamawiającego jest nieuzasadnione.

Przede wszystkim na istnienie takiego wymagania nie wskazuje treść opisu kryterium. Zamawiający nie doprecyzował w opisie kryterium, jakiego zakresu decyzji o pozwoleniu na budowę oczekuje, z czego należy wnioskować, iż wystarczające dla spełnienia wymagań było uzyskanie pozwoleń wydanych w oparciu o opracowane dokumentacje, nawet jeśli nie objęły one ich pełnego zakresu (w szczególności, w wymaganiu nie wskazano, aby pełny zakres projektowy branży torowej został objęty pozwoleniem na budowę). Zgodnie z przyjętą powszechnie wykładnią postanowień SIWZ, wszelkie jego nieścisłości tłumaczy się na korzyść wykonawcy, gdyż to Zamawiający jako autor wymagań, odpowiada za sformułowanie ich w sposób precyzyjny i pełny. Zamawiający nie określił żadnych dodatkowych wymagań dla decyzji o pozwoleniu na budowę wydanych w oparciu o dokumentację, poza tym, że mają one być ostateczne. Zatem, wymaganie obecnie (jak wynika z treści karty oceny oferty Odwołującego), aby pozwolenia odzwierciedlały dokładnie zakres prac wynikający z dokumentacji projektowej jest niezasadne i wykracza poza treść SIWZ.

Interpretacja przedstawiana przez Zamawiającego prowadziłaby do określenia kryterium w sposób ograniczający istotnie konkurencyjność postępowania oraz niezgodnego z powszechną praktyką, w tym również praktyką akceptowaną przez samego Zamawiającego przy realizacji innych projektów. Zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego przedstawionym w uzasadnieniu oceny oferty, ale nie wynikającym z brzmienia kryterium, decyzja o pozwoleniu na budowę powinna obejmować całość projektowanej przez daną osobę dokumentacji, co nie jest uzasadnione ani treścią opisanego w SIWZ wymagania ani też celem kryterium, czy też faktycznymi okolicznościami realizacji projektów infrastrukturalnych.

Ponadto, dla tych prac, dla których uzyskanie pozwolenia na budowę nie było konieczne, najważniejsze było dokonanie wyłącznie zgłoszenia robót do właściwego organu. Działanie takie zgodne jest z przepisami prawa, jak i praktyką akceptowaną przez Zamawiającego, dlatego też kryterium nie należy interpretować w sposób prowadzący do wyłączenia możliwości wykazania się doświadczeniem uzyskanym w ramach realizacji zamówienia zgodnie z wyżej przedstawionym mechanizmem. Pełny zakres dokumentacji nie został objęty pozwoleniami na budowę, gdyż w odniesieniu do takich prac, co do których przepisy prawa nie wymagają wydania decyzji o pozwoleniu na budowę, dokonywano zgłoszenia robót budowlanych (procedura ta, jak wiadomo, nie kończy się co do zasady uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę).

W przypadku projektów infrastrukturalnych, w tym kolejowych, bardzo często zdarza się, że niektóre elementy dokumentacji nie wymagają pozwolenia na budowę a wyłącznie zgłoszenia (np. przebudowa dróg, torów i urządzeń kolejowych, zgodnie z art. 29 ust. 2 pkt 12 ustawy Prawo budowlane), zatem zasadne jest odczytanie przez Odwołującego opisu kryterium, jako wymagania, aby w oparciu o dokumentację spełniającą szczegółowe wymagania, uzyskano (jakieś - niedoprecyzowane przez Zamawiającego) ostateczne decyzje o pozwoleniu na budowę, czyli tylko dla tych elementów, które zgodnie z przepisami prawa tego wymagały.

Odwołujący podnosił, że nie do końca zrozumiałe jest lakoniczne uzasadnienie braku przyznania Odwołującemu punktów ze względu na fakt, iż według posiadanej przez Zamawiającego dokumentacji, osoba wskazana w ofercie Odwołującego była projektantem jedynie Projektów Regulacji Osi Torów. Dokumentacja, obejmująca projekt budowlany, wykonywana była przez Odwołującego jako podwykonawcę, zatem nie odpowiada on za jej zakres ujawniony Zamawiającemu. Ponadto, nawet samo wykonanie Projektu Osi jest wymagane dla ustalenia położenia krawędzi peronu, co przekłada się na zakres objęty pozwoleniem na budowę.

Ponadto, Zamawiający w sposób nieuprawniony zaniechał zastosowania instytucji wezwania Odwołującego do wyjaśnień złożonej oferty. Jeżeli podane w Wykazie informacje budziły wątpliwości Zamawiającego lub nie były spójne z posiadanymi przez niego z innych źródeł informacjami, to prawidłowym krokiem, przed podjęciem decyzji o odmowie przyznania Odwołującemu punktów w przedmiotowym kryterium, powinno być wezwanie do udzielenia wyjaśnień w zakresie budzącym wątpliwości Zamawiającego, w szczególności gdy z oferty wynika iż dokumentacja została wykonana dla Wykonawcy robót, a nie Zamawiającego i w sposób oczywisty zakresy te nie muszą być tożsame (i nie były). Odwołujący, w sposób nieprowadzący do zmiany treści złożonej oferty, mógłby wyjaśnić pozorne nieprawidłowości dostrzeżone przez Zamawiającego w ofercie. Ma to szczególne znaczenie w aktualnej sytuacji,

gdy nieprzyznanie Odwołującemu punktów wynika, jak się wydaje, nie z treści Wykazu załączonego do oferty Odwołującego, ale z informacji uzyskanych przez Zamawiającego ze źródeł innych, niż oferta Odwołującego.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. powtórzenia czynności badania i oceny oferty Odwołującego;
3. przyznania 9 punktów ofercie Odwołującego w ramach kryterium Doświadczenie kluczowego personelu - Koordynator w branży kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych za doświadczenie zdobyte przez osobę wskazaną w ofercie Odwołującego na stanowisko: Koordynator w branży kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych;
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi i na rozprawie wnosił o jego oddalenie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia SYSTRA spółka akcyjna w Paryżu, Francja oraz S. B. i J. B., prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą Biuro Projektowo - Konsultingowe BPK Mosty s.c. S. B., J. B. we Wrocławiu których oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie należy oddalić.

Izba ustaliła, co następuje:

1. W postępowaniu kryteriami wyboru najkorzystniejszej oferty były następujące kryteria: całkowita cena brutto z wagą 60 %, termin wykonania zamówienia z wagą 10%, doświadczenie kluczowego personelu z wagą 25%, aspekt społeczny z wagą 5% (pkt 20.7 SIWZ).
2. Zamawiający przewidział, że w kryterium „Doświadczenie Kluczowego Personelu” przyzna punkty za dodatkowe doświadczenie personelu Wykonawcy wskazanego w pkt 8.6.2 – na spełnienie warunków udziału w postępowaniu (na podstawie Załącznika nr 8 do IDW). Każda z badanych ofert może otrzymać maksymalnie 25 pkt w przedmiotowym kryterium (pkt 20.7.3 SIWZ).
3. Osoba, wskazana na stanowisko koordynatora w branży kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych powinna posiadać udokumentowane dodatkowe (poza wykazany na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu) doświadczenie, polegające „na opracowaniu w charakterze projektanta w danej branży, w okresie ostatnich pięciu [5] lat przed upływem terminu składania ofert dokumentacji projektowej (obejmującej co najmniej projekt budowlany) dla budowy lub przebudowy łącznie co najmniej 40 km nawierzchni torowej na linii dwutorowej zelektryfikowanej.

Dokumentacja powinna obejmować w swym zakresie co najmniej:

- dwa [2] szlaki
- jedną [1] stację kolejową.

Stacja powinna obejmować przynajmniej:

- dwa [2] tory główne zasadnicze
- dwa [2] tory główne dodatkowe,

W oparciu o powyższe dokumentacje projektowe uzyskano ostateczne decyzje o pozwoleniu na budowę.

Za wskazanie każdego opracowania dokumentacji projektowej spełniającego ww. warunek zostanie przyznany trzy [3] punkty. Maksymalnie można uzyskać dziewięć [9] punktów”.

4. Odwołujący wskazał w ofercie na stanowisko koordynatora w branży kolejowej osobę, posiadającą doświadczenie zgodnie z opisem w trzech pozycjach w tabeli na stronie 58-59 oferty. Doświadczenie to zostało zastrzeżone przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa – w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający uznał skuteczność zastrzeżenia i zastrzeżenie to nie było kwestionowane.
5. Zamawiający nie przyznał Odwołującemu punktów za doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko koordynatora w branży kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych, ponieważ stwierdził, na podstawie posiadanej przez siebie dokumentacji,

że osoba wskazana na stanowisko koordynatora wykonała jedynie projekty regulacji osi torów.

6. Z taką czynnością Zamawiającego Odwołujący się nie zgodził i wniósł rozpatrywane odwołanie.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że czynności Zamawiającego, podjęte w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego były prawidłowe. Zasadniczo spór sprowadzał się nie do samego zakresu doświadczenia posiadanego przez koordynatora Odwołującego, a do rozumienia postanowień SIWZ, opisujących zasady oceny doświadczenia koordynatora w branży kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych. W ocenie składu orzekającego, Zamawiający ocenił doświadczenie wskazanego przez Odwołującego koordynatora w branży kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych zgodnie z SIWZ. Zdaniem Zamawiającego osoba zaproponowana na to stanowisko powinna wykonać projekt w zakresie opisanym w SIWZ (dwa [2] szlaki i jedną [1] stację kolejową, a stacja powinna obejmować przynajmniej: dwa [2] tory główne zasadnicze i dwa [2] tory główne dodatkowe), i w oparciu o dokumentację projektową o co najmniej takim zakresie powinno zostać wydane pozwolenie na budowę. Przy czym nie jest istotne, ile pozwoleń na budowę zostało wydane – dokumentacja projektowa może być dzielona na części i części te mogą stanowić załącznik do wniosków o wydanie pozwolenia na budowę.

Z kolei zdaniem Odwołującego pozwolenie (pozwolenia) na budowę wydane w oparciu o dokumentację wykonaną przez koordynatora nie musiały obejmować zakresu opisanego w SIWZ „W zakresie kryterium wymagane było zatem uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę w oparciu o opracowaną przez projektanta dokumentację projektową, a nie-pozwolenia obejmującego pełny zakres wykonanej przez projektanta dokumentacji zgodnej z ww. wymaganiami.” (pkt X odwołania).

Izba nie zgodziła się z Odwołującym i całkowicie podzieliła stanowisko Zamawiającego. W ocenie składu orzekającego z opisu doświadczenia, za które będą przyznane punkty, jednoznacznie wynikało, że osoba wskazana na stanowisko koordynatora w branży kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych powinna wykonać dokumentację projektową o podanym zakresie (dwa [2] szlaki i jedną [1] stację kolejową, a stacja powinna obejmować przynajmniej: dwa [2] tory główne zasadnicze i dwa [2] tory główne dodatkowe), w oparciu o którą zostało wydane pozwolenie na budowę (obejmujące ten zakres). Gdyby zakres dokumentacji nie miał znaczenia przy ocenie doświadczenia danej osoby, to Zamawiający nie opisywałby tego zakresu w ramach doświadczenia podlegającego ocenie. W ocenie składu orzekającego nie ma znaczenia, czy Zamawiający użył sformułowania „w oparciu” o dokumentację projektową (jak w SIWZ), czy „na

podstawie” (jak postulował Odwołujący) – nie ma to wpływu na ocenę treści spornego postanowienia SIWZ. Odwołujący nie wykazał, że osoba wskazana na stanowisko koordynatora w branży projektowej posiada doświadczenie, podlegające punktacji zgodnie z SIWZ. W części niejawniej rozprawy jako dowody przedkładał pozwolenia na budowę, które nie obejmowały zakresu wskazanego w SIWZ (skuteczność zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko koordynatora nie była kwestionowana ani w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ani w toku postępowania odwoławczego).

Tym samym nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucał także Zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie doświadczenia zdobytego przez osobę wskazaną w ofercie Odwołującego na stanowisko: Koordynator w branży kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych, co doprowadziło do nieprzyznania Odwołującemu 9 dodatkowych punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości, które mógłby wyjaśniać – zakres doświadczenia osoby wskazanej przez Odwołującego na stanowisko koordynatora wynikał wprost z dokumentacji projektowej, posiadanej przez Zamawiającego (Odwołujący w trzech pozycjach opisujących doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko koordynatora podał prace projektowe wykonywane dla Zamawiającego). Niezależnie od powyższego, art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych należy stosować z dużą ostrożnością w odniesieniu do pozacenowych kryteriów oceny ofert. Reasumując, Izba nie dopatrzyła się podstawy do zastosowania przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, wskazywanych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.972).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....