

Sygn. akt: KIO 958/19

WYROK
z dnia 13 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2019 r. przez wykonawcę Estudio Lamela Sociedad Limitada Profesional z siedzibą w Madrycie reprezentowanego przez Estudio Lamela SLP Spółka Partnerska Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Przedsiębiorstwo Państwowe "Porty Lotnicze" z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: JSK Architekci Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, T4B Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: GMT Sp. z o. o. z siedzibą w Mysłowicach, PIG Architekci Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Vidal y Asociados Estudio de Arquitectura SLP z siedzibą w Madrycie, GRAPH'IT Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutów o numerach od 2 do 7.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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 Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Uzasadnienie

Przedsiębiorstwo Państwowe "Porty Lotnicze" z siedzibą w Warszawie (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Wykonanie dokumentacji projektowej rozbudowy Terminala i pirsu południowego na podstawie Programu Funkcjonalno Użytkowego (PFU)”, nr sprawy 11/PN/ZP/TLLZP/19, zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 lutego 2019 r. pod numerem 2019/S 030-068383. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 27 maja 2019 r. wykonawca Estudio Lamela Sociedad Limitada Profesional z siedzibą w Madrycie reprezentowany przez Estudio Lamela SLP Spółka Partnerska Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie (dalej Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego zarzucając mu naruszenie:

1. art. 91 b) w zw. z art. 91 Pzp oraz postanowień rozdziału XIV punkt 1.4. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) w związku z art. 7 Pzp, przez dokonanie powtórnej weryfikacji oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: GMT Sp. z o. o. z siedzibą w Mysłowicach, PIG Architekci Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Przystępujący GMT) w ramach kryterium „doświadczenie głównego projektanta”, mimo, że czynność oceny oferty ww. wykonawcy, dokonana w dniu 18 kwietnia 2019 r. nie została zaskarżona - w związku z czym była wiążąca dla Zamawiającego;
2. art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego GMT z postępowania, w sytuacji gdy wykonawca ten brał udział w przygotowaniu postępowania, tj. przygotowywał Program Funkcjonalno - Użytkowy (dalej PFU), stanowiący załącznik nr 4 do SIWZ, co spowodowało zakłócenie konkurencji w postępowaniu, albowiem wiedza Przystępującego GMT zdobyta podczas przygotowywania ww. PFU dała temu wykonawcy przewagę w postępowaniu i doprowadziła do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców;
3. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego GMT z postępowania, w sytuacji gdy wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd,

ponieważ w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (dalej JEDZ) wskazał, że nie doradzał Zamawiającemu, ani też nie był w inny sposób zaangażowany w przygotowanie postępowania, w sytuacji gdy brał udział w przygotowaniu postępowania w sposób opisany szczegółowo w punkcie 3 (tj. zarzut nr 3);

4. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego GMT z Postępowania, w sytuacji gdy wykonawca ten - wskazując w JEDZ, że nie doradzał Zamawiającemu, ani też nie był w inny sposób zaangażowany w przygotowanie postępowania - przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, a mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu;
5. art. 7 ust. 1 Pzp przez nieuzasadnione faworyzowanie Przystępującego GMT;
6. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej Uznk) przez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Vidal y Asociados Estudio de Arquitectura SLP z siedzibą w Madrycie, GRAPH'IT Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (dalej Przystępujący Vidal) i odrzucenia ich oferty, w sytuacji gdy Przystępujący Vidal przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, przez złożenie oświadczenia w JEDZ, że wykonawca ten nie wie o jakimkolwiek konflikcie interesów spowodowanym jego udziałem w postępowaniu w sytuacji, gdy wykonawca Vidal Y Asociados Estudio de Arquitectura SLP z siedzibą w Madrycie zobowiązał się względem Odwołującego do niebrania udziału w jakimkolwiek projekcie związanym z Rozbudową Lotniska Okęcie;
7. art 7 ust. 1 Pzp przez nieuzasadnione faworyzowanie Przystępującego Vidal.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. wykluczenia z postępowania Przystępującego GMT, unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji Przystępującego GMT oraz odrzucenia jego oferty;
2. wykluczenia z postępowania Przystępującego Vidal, unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji Przystępującego Vidal oraz odrzucenia jego oferty;
3. weryfikacji oceny oferty złożonej przez Przystępującego GMT w zakresie kryterium „Doświadczenie głównego projektanta”, polegające na przywróceniu pierwotnej punktacji przyznanej wykonawcy.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zarzut 1

W okresie pomiędzy 18 kwietnia 2019 r. a 23 maja 2019 r., Zamawiający dokonał zmiany punktacji przyznanej ofercie Przystępującego GMT w kryterium doświadczenia głównego projektanta. W zawiadomieniu z dnia 18 kwietnia 2019 r., poprzedzającym pierwotnie wyznaczony termin aukcji, ocena ww. wykonawcy uzyskała w przedmiotowym kryterium 6 punktów. Wynik pierwotnej oceny ofert został zaskarżony do Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 771/19) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: JSK Architekci Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, T4B Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej Przystępujący JSK). W odwołaniu wskazano na uchybienia, jakich dopuścił się Zamawiający oceniając ofertę Odwołującego JSK (tj. Przystępującego JSK w sprawie o sygn. akt KIO 958/19) w ramach kryterium doświadczenia głównego projektanta. Odwołanie KIO 771/19 zostało uwzględnione przez Zamawiającego, ale dotyczyło ono wyłącznie oferty Odwołującego JSK. W dniu 23 maja 2019 r. - a więc zaledwie pięć dni przed zaplanowanym terminem aukcji - Zamawiający przekazał wykonawcom zawiadomienie o punktacji przyznanej poszczególnym ofertom. Oferta Przystępującego JSK w kryterium „doświadczenie głównego projektanta” została oceniona wyżej niż pierwotnie. Jednocześnie, w ramach ww. kryterium została również zweryfikowana ocena oferty Przystępującego GMT, który w miejsce uprzednio przyznanych 6 punktów, otrzymał punktów 10. Tym samym Zamawiający samowolnie dokonał zmiany oceny oferty Przystępującego GMT, mimo, że ocena z dnia 18 kwietnia 2019 r. nie była kwestionowana przez żadnego z wykonawców, w tym również samego zainteresowanego. W sytuacji, w której ocena oferty z dnia 18 kwietnia 2019 r. nie została zakwestionowana, stała się ona ostateczna i wiążąca dla Zamawiającego, zaś czynność Zamawiającego w tym zakresie objęta była swoistym domniemaniem prawidłowości. Zmiana oceny oferty Przystępującego GMT oznacza, że Zamawiający musiał uwzględnić pięć „dodatkowych realizacji”, o których mowa w rozdziale XV punkt 1.4. SIWZ, w miejsce pierwotnych trzech. Nie są przy tym znane jakiegokolwiek okoliczności, które uzasadniałyby uwzględnienie dla oceny oferty Przystępującego GMT dwóch dodatkowych realizacji, które pierwotnie nie znalazły uznania w ocenie Zamawiającego. Tego rodzaju działanie Zamawiającego, musiało budzić podejrzenia co do równego traktowania wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie. Zamawiający z własnej inicjatywy zweryfikował ocenę oferty Przystępującego GMT przyznając jego ofercie dodatkowo cztery punkty, niejako w odpowiedzi na odwołanie złożone przez Przystępującego JSK. W ten sposób poprawa sytuacji Przystępującego JSK, którą wykonawca ten uzyskał na drodze postępowania odwoławczego, została przez Zamawiającego zniwelowana.

Zarzuty od 2 do 5

Przystępujący GMT w JEDZ oświadczył, że nie doradzał instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu, jak również nie był w inny sposób zaangażowany w przygotowanie postępowania. Tymczasem wykonawca ten w referencjach (doświadczenie głównego projektanta) złożonych w postępowaniu wskazał, iż brał udział w opracowywaniu PFU Lotniska Chopina w Warszawie. Przystępujący GMT wprowadził zatem Zamawiającego w błąd w przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu - jedną z podstaw wykluczenia była bowiem okoliczność wzięcia przez wykonawcę udziału w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ulegało również wątpliwości, że przedstawione informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu - na skutek zatajenia przez Przystępującego GMT ww. informacji - wykonawca ten nie został wykluczony z postępowania i w konsekwencji został zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej.

Zamawiający uzyskał zatem od Przystępującego GMT nieprawdziwe informacje dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu. Taka sytuacja, przy spełnieniu dodatkowego warunku w postaci celowego działania, rażącego niedbalstwa lub choćby lekkomyślności, stanowiła podstawę do obligatoryjnego wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp.

Ponadto, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Zgodnie zaś z motywem 41 dyrektywy 2014/24/UE: jeżeli kandydat, oferent lub przedsiębiorstwo powiązane z kandydatem lub oferentem doradzają instytucji zamawiającej - niezależnie od tego, czy odbywa się to w kontekście art. 40, czy nie - lub w inny sposób są zaangażowane w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, instytucja zamawiająca podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział danego kandydata lub oferenta nie zakłóca konkurencji. Wspomniane środki obejmują przekazywanie pozostałym kandydatom lub oferentom istotnych informacji wymienianych w ramach lub w wyniku zaangażowania kandydata lub oferenta w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia oraz wyznaczanie odpowiednich terminów składania ofert. Danego kandydata lub oferenta wyklucza się z udziału w postępowaniu wyłącznie w przypadku, gdy nie ma innego sposobu zapewnienia zgodności z obowiązkiem przestrzegania zasady równego traktowania.

Powyższe oznacza konieczność wykluczenia wykonawcy, w sytuacji, w której określony wykonawca, na skutek posiadania większej wiedzy o przygotowanym zamówieniu niż inny wykonawca, uzyskuje nienależną przewagę konkurencyjną i dzięki temu może łatwiej, taniej lub w krótszym czasie złożyć ofertę. Może też posiadaną wiedzę wykorzystać w treści oferty i w ten sposób uzyskać przewagę nad innymi wykonawcami. Z brzmienia przepisów wynika, że zakłócenie konkurencji w takich sytuacjach przyjmuje postać domniemania, które może być obalone w wyniku uwzględnienia przez zamawiającego przeciwnych dowodów przedłożonych przez wykonawcę.

Nie ma wątpliwości, że Przystępujący GMT brał udział w przygotowaniu postępowania. W konsekwencji oczywista była przewaga konkurencyjna tego wykonawcy w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Przystępujący GMT przygotowując PFU dotyczący Lotniska im. F. Chopina zdobył wiedzę, która dała mu jednoznaczną przewagę konkurencyjną nad pozostałymi uczestnikami postępowania. Wykonawca w momencie przygotowywania oferty dysponował informacjami, którymi nie dysponowali inni wykonawcy, m.in. miał wiedzę w zakresie budżetu przeznaczonego na realizację zamówienia, przez co zaniechanie wykluczenia Przystępującego GMT z postępowania prowadziło do zakłócenia konkurencji.

Zarzuty 6 i 7

Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 Uznk przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego Vidal. Wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego - w JEDZ oświadczył, iż nie wie o jakimkolwiek konflikcie interesów spowodowanym jego udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia, podczas gdy Przystępujący Vidal zobowiązał się względem Odwołującego (umowa o zakazie konkurencji) do niebrania udziału w jakimkolwiek projekcie związanym z Rozbudową Lotniska Okęcie. W rezultacie złożenie oferty przez Przystępującego Vidal stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 1 i 2 Uznk, co obligowało Zamawiającego do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty. Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie: „Dobre obyczaje, w znaczeniu określonym w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, rozumieć jednak należy podobnie do zasad współzycia społecznego. Są to zatem normy moralne i zwyczajowe stosowane w działalności gospodarczej. Normy te mogą się więc odnosić do innych stosunków społecznych niż typowe zasady współzycia społecznego na tle Kodeksu cywilnego. O tym, czy dane działanie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, decyduje całokształt okoliczności, a zwłaszcza cel, użyte środki i konsekwencje przedsięwziętych działań. Czyn sprzeczny z prawem nie musi być zarazem sprzeczny z dobrymi obyczajami, gdyż zależy to od charakteru naruszonych

norm. Dla ustalenia dobrych obyczajów poważne znaczenie mogą mieć ustalone przez organizacje samorządu zawodowego Kodeksy etyczne”.

Bez wątplenia normą moralną, zwyczajową, ale również i prawną, jest zasada pacta sunt servanda. Naruszanie dobrowolnie zaciągniętych zobowiązań musi być oceniane negatywnie zarówno na gruncie zasad moralnych, dobrych obyczajów kupieckich, jak i na gruncie prawa powszechnie obowiązującego - które wszak w art. 471 Kc i nast. obarczone jest odpowiedzialnością odszkodowawczą, dochodzoną na drodze postępowania sądowego. W ocenie Odwołującego niewątpliwym było, że złożenie przez Przystępującego Vidal oferty w postępowaniu, mimo istniejącego zobowiązania do zaniechania udziału w jakimkolwiek projekcie dotyczącym rozbudowy Portu Lotniczego Warszawa Okęcie, stanowiło świadome złamanie zobowiązań ciążących na Przystępującym Vidal. Było to więc działanie ewidentnie sprzeczne z dobrymi obyczajami i świadome łamanie wzajemnych ustaleń stron regulujących zasady zakończenia wcześniejszej współpracy.

Odwołujący poinformował Zamawiającego o zaistniałej sytuacji, ale Zamawiający nie podjął on żadnych kroków zmierzających do uzyskania wyjaśnień i rzetelnej, merytorycznej oceny zagadnienia.

Przystępujący JSK w toku rozprawy w pełni poparł stanowisko Odwołującego oraz wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. wydruku ze strony internetowej Foster and Partners w języku angielskim wraz z tłumaczeniem – dowód nr 1;
2. orzeczenie Okręgowego Sądu Dyscyplinarnego Śląskiej Okręgowej Izby Architektów RP z 5 grudnia 2018 roku, sygn. akt D/66/18 – dowód nr 2;

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie, ale na posiedzeniu wniósł o uznanie zarzutów wskazanych w punktach 2 do 7 za wniesione po terminie i w konsekwencji o pozostawienie ich bez rozpoznania. W zakresie zarzutu nr 1 Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący Vidal wniósł odpowiedź na odwołanie, w której zawarł wniosek o uznanie za spóźnione wszystkich zarzutów dotyczących jego udziału w postępowaniu.

Przystępujący GMT wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Zarzut nr 1, tj. zarzut naruszenia art. 91 b) w zw. z art. 91 Pzp oraz rozdziałem XV punkt 1.4. SIWZ w związku z art. 7 Pzp, przez dokonanie powtórnej weryfikacji oceny oferty Przystępującego GMT nie potwierdził się.

18 kwietnia 2019 roku Zamawiający opublikował wyniki oceny punktowej wszystkich ofert złożonych w postępowaniu (Informacja o wynikach oceny ofert na etapie przed przystąpieniem do aukcji elektronicznej). W kryterium „doświadczenie głównego projektanta” oferta Przystępującego GMT otrzymała 6 punktów, Przystępującego JSK 4 punkty. 26 kwietnia 2019 r. Przystępujący JSK wniósł odwołanie (KIO 771/19) zarzucając Zamawiającemu, iż ocena jego oferty została dokonana z naruszeniem następujących przepisów Pzp:

1. art. 91 b w zw. z art. 91 Pzp oraz pkt. XV.1.4 SIWZ przez niezgodne z zasadami oceny ofert ustalonymi w SIWZ dla postępowania przyznanie ofercie JSK jedynie 4 punktów w zakresie kryterium „doświadczenie głównego projektanta”, w efekcie czego oferta JSK uzyskała zaniżoną ocenę, a w konsekwencji czego wykonawca został sklasyfikowany na niższej pozycji, niż powinien, co istotnie utrudniło lub nawet uniemożliwiło mu uzyskanie zamówienia w ramach prowadzonej aukcji elektronicznej;
2. art. 87 ust. 1 Pzp. przez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania JSK do złożenia wyjaśnień w zakresie kryterium „doświadczenie głównego projektanta” w sytuacji ewentualnego powstania wątpliwości co do treści załącznika do oferty JSK zatytułowanego „Wykaz osób”, co w konsekwencji prowadziło do niewyjaśnienia

powstałych wątpliwości oraz niezasadnego przyznania JSK jedynie 4 punktów, zamiast 10 punktów;

3. art. 7 Pzp przez nierówne traktowanie poszczególnych wykonawców i niejednolity sposób interpretacji dokonanego przez wykonawców opisu w zakresie kryterium „doświadczenie głównego projektanta”, a w konsekwencji odmienną ocenę załącznika „Wykaz osób” zaprezentowanego przez JSK od oceny załącznika „Wykaz osób” przedstawionego przez innych wykonawców, mimo takiego samego sposobu opisu doświadczenia głównego projektanta w zakresie wykonanych realizacji.

Zamawiający w piśmie z dnia 7 maja 2019 r. oświadczył, że odpowiadając na odwołanie wniesione w dniu 26 kwietnia 2019 r., działając na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp uznaje w całości żądania Odwołującego JSK przedstawione w odwołaniu. W konsekwencji Zamawiający unieważnił czynność oceny ofert, a następnie dokonał ponownej oceny ofert.

23 maja 2019 roku Zamawiający opublikował informację o wynikach ponownej oceny ofert. W stosunku do wyniku z 18 kwietnia 2019 roku nastąpiły trzy zmiany w kryterium „doświadczenia głównego projektanta”: oferta Przystępującego JSK otrzymała 10 punktów, oferta Przystępującego GMT 10 punktów, a oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ap-Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu i Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne Telecomp z siedzibą w Warszawie otrzymała 4 punkty (zamiast poprzednio przyznanych 6 punktów).

W ocenie Izby powyższe działanie Zamawiającego było prawidłowe i w żaden sposób nie naruszało zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie można bowiem zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego twierdzącego, że obowiązkiem Zamawiającego była wyłącznie zmiana punktów oferty wykonawcy (Przystępujący JSK), który zaskarżył wynik oceny ofert z 18 kwietnia 2019 roku. Skoro Zamawiający uznał, że poprzednia ocena ofert została dokonana w sposób wadliwy, to jego obowiązkiem było przeprowadzić ją ponownie. Niedopuszczalnym byłoby selektywne unieważnienie oceny ofert z ograniczeniem do oferty wykonawcy, który wniósł odwołanie. Działanie takie musiałoby zostać uznane za rażące naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bo prowadziłoby do przyznania punktów ofertom w oparciu o różny sposób interpretacji kryterium „doświadczenia głównego projektanta”. Z powyższych względów Izba uznała, że działanie Zamawiającego, wobec uwzględnienia przez niego odwołania o sygn. akt KIO 771/19, było w pełni prawidłowe i zgodne z przepisami Pzp.

SIWZ w części XV, punkt 1.4 wprowadził następujące zasady ofert w kryterium „doświadczenia głównego projektanta”: „Zamawiający przyzna Wykonawcy dodatkowe pkt w niniejszym kryterium w następujący sposób. Zamawiający przyzna punkty każdemu Wykonawcy, który wykaże się dodatkowo doświadczeniem posiadanym przez Głównego

projektanta wskazanego przez Wykonawcę w dokumencie „wykaz osób”. Za każdy dodatkową realizację (ponad warunek opisany w V 1.2) b) 1) SIWZ) w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert polegającą na sporządzaniu dokumentacji projektowej dla budowy rozbudowy lub przebudowy, międzynarodowego lotniskowego terminalu pasażerskiego o przepustowości rocznej na poziomie, co najmniej 3 mln pasażerów Wykonawca otrzyma 2 %. Wykonawca może uzyskać maksymalnie 10 % w tym kryterium”. Izba nie stwierdziła, by Zamawiający dokonując ponownej oceny ofert złamał powyższe zasady. Izba nie stwierdziła również naruszenia art. 91b ust. 1 Pzp stanowiącego, że zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.

Odwołujący nie wykazał też w jaki sposób, w jego ocenie, Zamawiający miał naruszyć art. 91 Pzp. Zarzut w tym zakresie nie był sformułowany w odpowiednio precyzyjny sposób, nie został również udowodniony przez Odwołującego zgodnie z dyspozycją art. 190 ust. 1 Pzp.

Wobec powyższego odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 zostało oddalone.

Izba uznała również, że argumentacja podnoszona w toku rozprawy przez Przystępującego JSK wykraczała poza zakres odwołania. Zarzut nr 1 odwołania zmierzał do wykazania bezpodstawności czynności ponownej oceny ofert. Odwołujący w żaden sposób nie odnosił się do punktacji poszczególnych zadań, na które powołał się Przystępujący GMT w ramach kryterium „doświadczenia głównego projektanta” i które zostały ocenione przez Zamawiającego. W toku rozprawy Odwołujący wskazał, że ze względu na ogólny charakter zarzutu nr 1, Izba powinna uznać, że zawierają się w nim zarzuty szczegółowe dotyczące oceny oferty Przystępującego GMT, mimo, że nie zostały one wprost wyartykułowane w treści odwołania.

Stanowisko Odwołującego zostało uznane za nieprawidłowe. Izba uznała, że niedopuszczalnym jest, by o zakresie odwołania i kształcie podnoszonych zarzutów decydowała wykładnia autorska dokonana przez Odwołującego na etapie rozprawy. Obowiązkiem Odwołującego było jednoznaczne określenie zarzutów odwołania, w tym wskazanie konkretnych podstaw faktycznych stanowiących o ewentualnym naruszeniu przez Zamawiającego przepisów Pzp. Z tego względu Izba nie rozpoznała podniesionych przez Przystępującego JSK zarzutów dotyczących kwalifikacji pana M. L., oraz oddaliła wnioski dowodowe złożone przez Przystępującego JSK.

Zarzuty o numerach od 2 do 7 zostały złożone po terminie określonym w art. 182 ust. 1 Pzp i podlegały odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

29 kwietnia 2019 roku Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (KIO 785/19) w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie tych samych przepisów Pzp, co w zarzutach od 2 do 7 przedmiotowego postępowania, a treść uzasadnienia odwołania była identyczna jak odwołania w sprawie KIO 985/19. Odwołanie KIO 785/19 nie zostało rozpoznane przez Izbę, ze względu na fakt, iż wskutek nieuzupełnienia przez Odwołującego braków formalnych odwołanie zostało mu zwrócone na podstawie Postanowienia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z 9 maja 2019 roku.

Wobec powyższego Izba uznała, że Odwołujący ponownie podniósł te same zarzuty, co w odwołaniu KIO 785/19, wykorzystując fakt przeprowadzenia przez Zamawiającego czynności ponownej oceny ofert jako próbę przywrócenia terminu wynikającego z art. 182 ust. 1 Pzp. Zarzuty o numerach od 2 do 7 odwołania KIO 985/19 nie mają jednak związku z ponowną oceną ofert, a zmierzają do wykluczenia z postępowania Przystępujących GMT i Vidal, zatem powtórna ocena punktowa ofert nie jest w tym przypadku podstawą do wniesienia odwołania wobec czynności dokonanych przez Zamawiającego 18 kwietnia 2019 r. To w tym dniu Zamawiający opublikował informację wykonawcach, którzy zostaną zaproszeni do udziału w aukcji elektronicznej, a zatem listę wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania. Wniesienie przez Odwołującego odwołania o sygn. akt KIO 785/19 świadczy o tym, że już 29 kwietnia 2019 roku był on świadomy istnienia okoliczności faktycznych będących podstawą do skierowania zarzutów przeciwko Zamawiającemu.

Biorąc pod uwagę powyższe zasadnym jest stwierdzenie, że w zakresie zarzutów o numerach od 2 do 7 wypełnione zostały przesłanki wskazane w art. 189 ust. 2 pkt Pzp stanowiącym, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Izba uznała ponadto, że informacja o częściowym odrzuceniu odwołania musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji wyroku, a nie tylko w jego uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie określono możliwości zawarcia jakiegokolwiek rozstrzygnięcia w uzasadnieniu wyroku. Na powyższe zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w uchwale z 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd Najwyższy uznał, że wadliwą jest praktyka Izby orzekania o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu w uzasadnieniu wyroku, a nie w jego sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

.....