

Sygn. akt: KIO 2236/19

WYROK
z dnia 21 listopada 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawach w dniu 19 listopada 2019 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2019 roku przez wykonawcę Skanska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2236/19 po stronie Zamawiającego

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Budowa mostu przez rzekę Wartę wraz z dojazdami w ciągu drogi wojewódzkiej nr 431 w m. Rogalinek* tj. oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu.

Nakazuje Zamawiającemu dokonanie badania i ocenę oferty Skanska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, w zakresie kryteriów oceny ofert, zgodnie z postanowieniami dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Budowa*

mostu przez rzekę Wartę wraz z dojazdami w ciągu drogi wojewódzkiej nr 431 w m. Rogalinek, w kryterium „doświadczenie kierownika robót mostowych” z uwzględnieniem, że doświadczenie kierownika robót mostowych nie musi pokrywać się z terminem realizacji zadania.

W pozostałym zakresie zarzutów nie uwzględnia.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Skanska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu na rzecz wykonawcy Skanska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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 Poznaniu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Budowa mostu przez rzekę Wartę wraz z dojazdami w ciągu drogi wojewódzkiej nr 431 w m. Rogalinek*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 lipca 2019 roku pod numerem 2019/S 140-343602.

4 listopada 2019 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 i 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie od czynności i zaniechać Zamawiającego - Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, podjętych i zaniechanych w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego w przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa mostu przez rzekę Wartę wraz z dojazdami w ciągu drogi wojewódzkiej nr431 w m. Rogalinek” polegających na

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Usług Technicznych Intercors spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu pomimo tego, że to oferta Odwołującego winna być wybrana jako najkorzystniejszą,
- zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, pomimo tego, iż Odwołujący uzyskał największą liczbę punktów,
- braku uzasadnienia faktycznego dotyczącego nieprzyznania punktów ofercie Odwołującego,
- przyznaniu punktów dotyczących doświadczenia kierownika robót mostowych Wykonawcom Budimex i Intercor, pomimo tego, że nie powinni oni uzyskać maksymalnej liczby punktów

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust.1 ustawy Pzp - przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu pomimo, iż oferta Odwołującego powinna zostać sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert, a tym samym oferta Odwołującego winna zostać wybrana jako

- najkorzystniejsza w postępowaniu;
- 2) naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 w z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez brak wyboru oferty Odwołującego z uwagi na dokonanie niewłaściwej oceny oferty Odwołującego, polegającej na nieprzyznaniu maksymalnej liczby punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika robót mostowych”, gdzie z podanych przez Odwołującego 3 zadań Zamawiający uznał tylko 2 zadania, co spowodowało, że oferta Odwołującego nie została sklasyfikowana na pierwszym miejscu i nie została wybrana jako oferta najkorzystniejsza;
 - 3) naruszenie art. 92 ust.1 pkt 1) ustawy Pzp przez brak uzasadnienia faktycznego w przedmiocie pełnej i wyczerpującej informacji dotyczącej nieprzyznania maksymalnej liczby punktów ofercie Odwołującego,
 - 4) naruszenie art. 7 ust.1 ustawy Pzp przez nierówne traktowanie Wykonawców, w szczególności przyznanie maksymalnych punktów ofercie Wykonawcy Intercor i Budimex i pobieżną analizę ofert tych Wykonawców, podczas, gdy obaj Wykonawcy nie powinni dostać maksymalnej liczby punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika robót mostowych”, a nieprzyznanie punktów ofercie Odwołującego, ocenę jego oferty w sposób rygorystyczny i nieprzyznanie punktów, które powinny być przyznane, co spowodowało ewidentnie różne traktowanie Wykonawców w tych samych okolicznościach opartych na takim samym brzmieniu specyfikacji istotnych warunków udzielania zamówienia;
 - 5) naruszenie art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Pzp i art. 87 ust.1 ustawy Pzp przez nieuwzględnienie przez Zamawiającego prawidłowo wypełnionego, zgodnie z postanowieniami SIWZ formularza ofertowego w zakresie wszystkich wymaganych przez Zamawiającego danych dotyczących pozacenowego kryterium oceny ofert, pomimo tego, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć jak tego wymagają okoliczności w których zostało złożone, a także zasady współżycia społecznego, a także niewyjaśnienie wątpliwości dotyczących złożonego w ofercie oświadczenia Wykonawcy, pomimo, tego, że wyjaśnienie tych okoliczności nie spowodowałoby niedopuszczalnych negocjacji w treści oferty.
 - 6) z ostrożności procesowej zarzucił Odwołujący także naruszenie art. 91 ust. 2 d w związku z art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp przez określenie kryteriów oceny ofert w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały, co uniemożliwiło sprawdzenie informacji przedstawianych przez Wykonawców, a ujawnione zostało dopiero na etapie oceny ofert i doprowadziło do wady postępowania.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Usług Technicznych Intercor Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu, (2) nakazanie Zamawiającemu przyznania ofercie Odwołującego w kryterium „doświadczenie kierownika robót mostowych” 10 pkt. za pełnienie przez Pana W. M. funkcji kierownika robót mostowych, a w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, (3) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na przyznaniu maksymalnej ilości punktów Wykonawcom Intercor i Budimex, (4) z ostrożności procesowej wnoszę także, gdyby Izba nie uznała zarzutów wskazanych w pkt II od 1) do 5) o unieważnienie przedmiotowego postępowania z uwagi na jego wadę oraz zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, bowiem ponieważ doznał szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego poniżej wskazanych przepisów ustawy Pzp, które miały wpływ na wynik niniejszego postępowania. Odwołujący złożył ofertę, która winna być sklasyfikowana na pierwszym miejscu, natomiast Zamawiający zaniżył punktację oferty Odwołującego, która obecnie jest na czwartym miejscu. Odwołujący utracił możliwość pozyskania przedmiotowego zamówienia pomimo spełnienia wszystkich, postawionych w SIWZ warunków i zaoferowania najniższej Ceny, oferta Odwołującego uzyskała 90 pkt, a Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę oferenta - Intercor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu, który uzyskał 97,40 pkt. Nieuzasadnione oraz bezpodstawne nieuwzględnienie przez Zamawiającego, w wyniku oceny kryterium „Doświadczenia kierownika robót mostowych” jednego z trzech zadań wskazanych w ofercie Odwołującego, a tym samym nieprzyznanie Odwołującemu, w związku z nieuznaniem doświadczenia kierownika robót mostowych - 10 pkt. zgodnie z opisaniem w SIWZ (pkt. 17) kryterium oceny ofert, zaskutkowało brakiem wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej. Gdyby działanie Zamawiającego było prawidłowe Odwołujący winien uzyskać maksymalną liczbę w kryteriach oceny ofert, a jego oferta winna być wybrana, jako najkorzystniejsza. Rozstrzygnięcie odwołania na korzyść Odwołującego z uwzględnieniem argumentacji odwołania, spowoduje, że oferta Odwołującego będzie najkorzystniejszą ofertą złożoną na realizację przedmiotowego zamówienia - uzyskując największą liczbę punktów tj. 100, a Odwołujący pozyska zamówienie. Wobec powyższego bezsprzeczne jest, Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący ubiegał się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu w trybie

przetargu nieograniczonego na zadaniu pn: „Budowa mostu przez rzekę Wartę wraz z dojazdami w ciągu drogi wojewódzkiej nr 431 w m. Rogalinek”.

W SIWZ w pkt 17 - „Opis kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej, Zamawiający wskazał kryteria oceny ofert, jakimi będzie się posługiwał przy wyborze najkorzystniejszej oferty, tj.:

- cena (C) - 60 pkt
- okres udzielonej rękojmi (R) - 20 pkt
- doświadczenie kierownika robót mostowych (D) - 20 pkt

i dalej:

Kryterium „Doświadczenie kierownika robót mostowych” będzie rozpatrywane na podstawie oświadczenia złożonego przez Wykonawcę w druku oferty dotyczącego ilości inwestycji drogowo - mostowych lub mostowych, na których dana osoba w ciągu ostatnich 10 lat pełniła funkcje kierownika robót branży mostowej od początku realizacji robót do jej zakończenia. Zamawiający wymagał, aby Wykonawca wykazał Kierownika Robót Mostowych, który nadzorował minimum jedną robotę określoną powyżej za co otrzyma 0 pkt; za wykazanie Kierownika Robót Mostowych, który nadzorował 2 roboty o których mowa powyżej - 10 pkt. a za wykazanie Kierownika Robót Mostowych, który nadzorował 3 roboty o których mowa powyżej - 20 pkt.

Zamawiający załączył do SIWZ formularz oferty, którą Wykonawca był zobligowany wypełnić. W pkt 5 i 6 formularza ofertowego zawarto oświadczenia Wykonawcy w zakresie dysponowania osobą kierownika robót branży mostowej posiadającym wymagane przez Zamawiającego doświadczenie oraz załączono tabelę z pozycjami: „Nazwa i adres zamawiającego”; „Nazwa zadania, początek i koniec realizacji robót (dzień, m-c, rok)”; „Pełniona funkcja początek i koniec pełnienia funkcji (dzień, m-c, rok)”.

Dowód: z dokumentu, tj. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z dnia 17 lipca 2019 dotyczącej przedmiotowego zadania (w aktach sprawy).

W toku postępowania przetargowego, w wyniku udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi na zadane pytania dotyczące rozumienia warunków udziału w postępowaniu, doprecyzowano m.in. rozumienie zwrotu użytego w SIWZ pkt. 6.2.3 b) - „od początku realizacji robót do jej zakończenia”, gdzie w odpowiedzi na pytanie nr 1 w dniu 06.08.2019 r., Zamawiający wyjaśnił, „że przy określeniu doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót mostowych poprzez niniejsze wyrażenie należy rozumieć rozpoczęcie na danym zadaniu robót branży mostowej i ich zakończenie wraz z rozliczeniem i odbiorem ostatecznym”.

Ponadto w odpowiedzi na pytanie nr 216 udzielonej w dniu 26.08.2019 r., Zamawiający wyjaśnił również, iż jeżeli dana osoba pełniła jednocześnie dwie funkcje: kierownika budowy

i kierownika robót mostowych, kierując robotami branży mostowej to Zamawiający uzna takie doświadczenie jako zgodne z wymaganiami.

Dowód: z dokumentu, tj, odpowiedzi udzielone przez Zamawiającego w toku postępowania przetargowego na zadane wyjaśniające pytanie nr 216 z dnia 26. 08.2019 r. oraz pytanie nr 1 z dnia 06.08.2019r. (w aktach sprawy).

Zamawiający w dniu 24.10.2019 r., poinformował, iż w wyniku przeprowadzonego postępowania na przedmiotowe zadanie, jako najkorzystniejszą ofertę wybrał ofertę firmy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu, za kwotę brutto 66 095 975,86 zł, bowiem spełnia wymagania Zamawiającego i uzyskała największą liczbę punktów tj. 97,40. Oferta Odwołującego uplasowała się na 4 miejscu z sumą punktów 90,00.

W kategorii kryterium „Doświadczenie kierownika robót mostowych”, z podanych przez Odwołującego 3 zadań Zamawiający uznał tylko 2 zadania, a w zakresie trzeciego zadania: „Rozbudowa DK 62 na fragmencie przejścia przez m. Wyszków od granicy miasta do DK 8 (km 244+190+246+290) Odcinek II budowa wiaduktu wraz z dojazdami od km 245+120 do 245+650 uznał, że Pan W. M. nie pełnił funkcji kierownika robót mostowych od początku realizacji zadania, a w konsekwencji Zamawiający nie przyznał Odwołującemu 10 punktów z tego tytułu.

Dowód: z dokumentu: pismo Zamawiającego z dnia 24.10.2019 r. o wyborze znak: WZDW.WZP.271-56/19 (w aktach sprawy).

Zamawiający nie przyznał ofercie Odwołującego 10 punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika robót mostowych”, w zakresie drugiego, z trzech wskazanych przez Odwołującego zadań tj. „Rozbudowa DK 62 na fragmencie przejścia przez m. Wyszków od granicy miasta do DK 8 (km 244+190+246+290) Odcinek II budowa wiaduktu wraz z dojazdami od km 245+120 do 245+650”, uznając, że Pan W. M. nie pełnił funkcji kierownika robót mostowych od początku realizacji zadania.

Po pierwsze Odwołujący wskazał, że nie wie, dlaczego nie zostały mu przyznane punkty za doświadczenie dotyczące zadania dotyczącego rozbudowy DK 62, bowiem w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający nie wyjawiał motywów swojego postępowania (nieprzyznania punktów). A zatem Odwołujący w zasadzie nie wie, dlaczego mu tych punktów nie przyznano, może się tylko niestety domyślać i na tej podstawie (domysłów) składa niniejsze odwołanie.

W drugiej kolejności wskazał Odwołujący, że Zamawiający dokonał nieprzyznania punktów Odwołującemu wbrew postanowieniom jego własnej specyfikacji. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a następnie konsekwentnie w odpowiedzi na udzielane pytanie

wskazywał, iż wymaga doświadczenia kierownika robót mostowych, ale od rozpoczęcia robót branży mostowej, a nie od rozpoczęcia zadania. Tymczasem w uzasadnieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, będącym także uzasadnieniem dotyczącym nieprzyznania punktów Zamawiający wskazuje, iż nie przyznał punktów Panu W. M., gdyż nie pełnił funkcji kierownika robót mostowych od początku realizacji zadania. Tymczasem, nigdzie - ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani w odpowiedziach na pytanie Zamawiający nie postawił takiego żądania. Kierownik robót mostowych miał mieć doświadczenie od początku realizacji stricte robót branży mostowej, a nie całego zadania. Zamawiający taki wymóg przecież potwierdził w odpowiedzi na pytania. Zamawiający nie przyznał Odwołującemu punktów - wbrew temu, co sam wskazał w swojej SIWZ, a zastosował do Odwołującego zupełnie inne kryteria oceny ofert niż do pozostałych Wykonawców.

Odwołujący potwierdził, że Pan W. M. nie pełnił funkcji kierownika robót mostowych od początku realizacji zadania, ale wskazał również, że nie to było celem badania doświadczenia. Zamawiający postawił wymóg, by kierownik robót mostowych miał doświadczenie w realizacji robót branży mostowej od początku tychże robót, a nie zadania. Zamawiający wielokrotnie to podkreślał, a następnie zdecydował o nie przyznaniu punktów Odwołującemu wbrew swoim własnym wymogom.

W ocenie Odwołującego świadczy to o naruszeniu uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, bowiem Zamawiający potraktował Odwołującego nie tylko w sposób nieuczciwy, nie tylko wbrew własnym postanowieniom SIWZ, ale także w sposób naruszając równo traktowanie Wykonawców, żadnego bowiem z Wykonawców Zamawiający nie potraktował w taki rygorystyczny i niesprawiedliwy sposób.

Odwołujący nie zgodził się z tym, że nie zaliczono Panu W. M. punktów za doświadczenie pełnienia funkcji kierownika robót mostowych, jednakże oprócz tego, co wskazał powyżej – wskazał również w jego ocenie na nieprawidłowość w interpretacji oświadczenia Odwołującego.

W załączonym do SIWZ Formularzu ofertowym dot. pkt. 5 Oferty, w kolumnie drugiej Zamawiający wskazał, iż należy podać: „Nazwę zadania, początek i koniec realizacji robót (dzień, miesiąc, rok)”. Powyższe wskazywało zatem, że należy podać nazwę danego zadania, a także początek i koniec realizacji robót budowlanych na tym zadaniu. Sformułowanie „realizacji robót”, a nie realizacji robót branży mostowej w zestawieniu z początkiem (nazwa zadania) wskazywało ewidentnie na fakt, że należało podać nazwę danego zadania i rozpoczęcie wszystkich robót budowlanych na tym zadaniu. Interpretacja taka jest spójna i konsekwentna z wymogami niniejszego postępowania, w szczególności potwierdzonymi w odpowiedzi na pytanie. Ponadto kolejna kolumna - pełniona funkcja - początek i koniec pełnienia funkcji w całości wpisuje się w taką interpretację tabeli

dotyczącej doświadczenia. Zamawiający bowiem w jednej z kolumn żądał informacji o całym zadaniu (początek i koniec realizacji robót na zadaniu), a w kolejnej tabeli żądał informacji dotyczącej doświadczenia kierownika robót mostowych, a zatem jego doświadczenia w pełnieniu funkcji na danym zadaniu, ale nie od początku tego zadania, a od początku realizacji robót branży mostowej. Inna interpretacja tabeli dotyczącej doświadczenia doprowadziła by do tego, że w istocie Zamawiający miałby dwie kolumny z pokrywającymi się datami.

Odwołujący wskazał, że interpretacja wypełnienia tabeli doświadczenia kierownika robót mostowych w połączeniu z wymaganiami SIWZ i odpowiedziami na pytania była następująca: W kolumnie nazwa zadania (początek i koniec realizacji robót) Wykonawcy mieli wskazać nazwę całego zadania i początek robót budowlanych na tym zadaniu - budowy. Natomiast w kolumnie dotyczącej pełnienia funkcji kierownika robót mostowych należało podać od kiedy kierownik robót mostowych pełnił samodzielną funkcję techniczną w roli Kierownika robót mostowych, a zatem od kiedy rozpoczęły się roboty dla branży mostowej na tym konkretnym zadaniu i które to roboty nadzoruje wyłącznie osoba posiadająca stosowne uprawnienia budowlane. I właśnie w taki sposób Odwołujący wypełnił formularz oferty. W pkt. 2 tabeli wskazał w kolumnie drugiej wiersz 2 tabeli: nazwę zadania „Rozbudowa DK 62 na fragmencie przejścia przez m. Wyszków od granicy miasta do DK 8 (km 244+190+246+290) Odcinek II budowa wiaduktu wraz z dojazdami od km 245+120 do 245+650" oraz początek i koniec realizacji robót budowlanych na zadaniu tj. 27.11.2015 r., - 19.12.2016 r. natomiast początek pełnienia funkcji Kierownika budowy i Kierownika robót mostowych wskazał jako datę 15.03.2016 roku zgodnie z wpisem do dziennika budowy.

W ocenie Odwołującego „Nieporozumienie” dotyczące nieprzyznania punktów Panu W. M. wynika po pierwsze z tego, iż Zamawiający błędnie zinterpretował swoje wymagania SIWZ, jak wskazywano powyżej. Po drugie owo „nieporozumienie” w ocenie Odwołującego wynikało także z tego, że Zamawiający źle zinterpretował swoją własną tabelkę dotyczącą doświadczenia kierownika robót mostowych, a złożoną przez Odwołującego. Powyższe wynikało z faktu, iż w odniesieniu do dwóch pozostałych wykazanych zadań - daty realizacji zadania i daty objęcia funkcji kierownika robót mostowych pokrywały się. Wynikało to tylko z tego, iż w odniesieniu do dwóch pozostałych robót (zadań) po prostu pełnienie funkcji kierownika robót mostowych przez daną osobę było początkiem realizacji danego zadania. Nie oznacza to, że roboty branży mostowej rozpoczęły się z dniem rozpoczęcia samego zadania, a tylko to, że akurat w tym przypadku kierownik robót mostowych był na projekcie po prostu od początku realizacji zadania. Stąd zatem, te daty pokrywały się w tabelce. Natomiast w odniesieniu do Pana W. M. daty te nie pokrywały się, bo Pan M. nie był od samego początku realizacji zadania, ale był od początku realizacji robót branży mostowej, co potwierdza objęcie przez niego funkcji Kierownika

budowy i Kierownika robót mostowych na przedmiotowym zadaniu.

Odwołujący wskazał, że w sposób prawidłowy nie tylko wypełnił tabelkę, ale także wykazał doświadczenie kierownika robót mostowych - Pana W. M. Odwołujący wskazuje, iż jego zdaniem tabela doświadczenia kierownika robót mostowych została wypełniona prawidłowo. Jeśli zaś Zamawiający miał inną interpretację dotyczącą wypełnienia tej tabeli to oznacza to tylko tyle, że mamy do czynienia z różnymi interpretacjami, a zatem takie postanowienia nie powinny być interpretowane na niekorzyść Wykonawców. Zgodnie z regułami wykładni pierwszeństwo ma zawsze wykładnia literalna, a zatem dokonując wykładni literalnej Odwołujący zinterpretował, że należy podać rozpoczęcie robót budowlanych na zadaniu, bowiem w tabeli użyto sformułowania „robót”, a nie „robót mostowych”, a poza tym Zamawiający konsekwentnie podkreślał różnicę pomiędzy rozpoczęciem robót branży mostowej (a nie robót, co do zasady), a zadaniem. Naturalne w procesie budowlanym jest bowiem to, że roboty budowlane na całym zadaniu mogą rozpocząć i co do zasady rozpoczynają się wcześniej niż roboty dotyczące konkretnej branży budowlanej, w tym przypadku mostowej. Wykładnia literalna zastosowana przez Odwołującego nie doprowadziła przecież do absurdu, bowiem w wyniku takiego rozumienia SIWZ (tabeli) Zamawiający dostawał różne informacje w kolumnach: informację o zadaniu i rozpoczęciu na nich robót budowlanych, co do zasady oraz informację objęcia funkcji Kierownika robót mostowych. Inna wykładnia jak podkreślano powyżej doprowadziła by do absurdu - uzyskania dwóch kolumn z takimi samymi datami. Odwołujący wskazał orzeczenie Izby z dnia 21 sierpnia 2018 roku oraz z dnia 3 lipca 2017 roku.

Odwołujący wskazał także na art. 91 ust. 2 d ustawy Pzp - Zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały umożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez Wykonawców. Uprzedzając polemikę, iż jest to zarzut spóźniony podał, że powyższa okoliczność została dostrzeżona dopiero na etapie oceny ofert. Odwołujący wypełniając swoją tabelę w ofercie nawet nie przypuszczał, iż jego interpretacja w zakresie kryteriów oceny ofert będzie tak różna od interpretacji Zamawiającego. Zamawiający oprócz Odwołującego nie zaliczył także innym Wykonawcom punktów w zakresie złożonych przez nich oświadczeń. Jeśli zatem również i inni Wykonawcy dokonali takiej interpretacji, lub jeszcze innej odmiennej Zamawiający powinien pochylić się nad zbadaniem przesłanek z przepisu art. 93 ust.1 pkt 4) ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że biorąc pod uwagę fakt, iż jak wynika w jego ocenie z okoliczności postępowania interpretacja wymagań SIWZ i wypełnienia tabeli była odmienna u Odwołującego i Zamawiającego - Zamawiający powinien dokonać interpretacji tego oświadczenia - złożenia tabeli zgodnie z przepisem art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z tym przepisem oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu

na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Przecież celem każdego Wykonawcy jest złożenie ważnej oferty, która to oferta będzie uznana za ofertę najkorzystniejszą i dzięki niej Wykonawca wygra dane postępowanie o udzielenie zamówienia. Oświadczenie woli - złożenie oferty należy tak tłumaczyć jak wymagają tego okoliczności, czyli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego celem jest złożenie ważnej oferty. Wykonawca nie zrobiłby celowo błędu przez podanie innych dat, szczególnie gdy w 2 innych wierszach podał daty tożsame z rozpoczęciem zadania. Już nawet z porównania wierszy dotyczących tych samych dat w obu kolumnach i wiersza, gdzie daty są różne w obu kolumnach widać ewidentnie, że nie jest to omyłka, nie jest to nienależyta staranność, ale celowe wypełnienie tabeli - w sposób, jaki zrozumiał Wykonawca - Odwołujący. Z samego przywołanego faktu (rozbieżności pomiędzy dwoma tożsamymi wierszami, a jednym inaczej wypełnionym) wynika, iż Zamawiający powinien powziąć wątpliwości i wyjaśnić ofertę w tym zakresie. Wyjaśnienia takie byłyby zgodne z przepisem art. 87 ust.1 ustawy Pzp i byłyby dokonane w świetle przepisów prawa. Przepis art. 87 ust.1 ustawy Pzp stanowi bowiem, iż 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, z zastrzeżeniem ust. 1 a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Odwołujący wskazał, że gdyby Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie, dlaczego tak wypełnił daną tabelę Odwołujący wytłumaczyłby swoje stanowisko w tym zakresie, swoją interpretację tabeli - nie doprowadziłoby to, ani do niedopuszczalnych negocjacji w treści oferty, ani do jakichkolwiek zmian w jej treści. Odwołujący nie przedłożyłby nowego wykazu, nie korygowałby go w żaden sposób, a jedynie wyjaśniłby, jak rozumiał w jaki sposób ma ową tabelę wypełnić. Takie zwrócenie się Zamawiającego do Wykonawcy (Odwołującego) po pierwsze rozwiązałoby wszystkie wątpliwości i z pewnością pozwoliłoby uniknąć przedmiotowego odwołania. Odwołujący wskazał orzeczenie o sygn. akt KIO 2569/18 i dodał, że mając na uwadze ten wyrok Zamawiający winien wezwać Odwołującego do wyjaśnienia treści jego oferty.

Odwołujący podał, że Zamawiający w piśmie z dnia 24.10.2019 informującym Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o nieprzyznaniu Odwołującemu punktów w pozacenowym kryterium oceny, lakonicznie wskazał, iż *„w toku badania stwierdzono, iż Pan W. M. nie pełnił funkcji kierownika robót mostowych na „Rozbudowa DK 62 na fragmencie przejścia przez m. Wyszaków od granicy miasta do DK 8 (km 244+190+246+290) Odcinek ii budowa wiaduktu wraz z dojazdami od km 245+120 do 245+650, od początku realizacji zadania”*. W ocenie Odwołującego przytoczony przez Zamawiającego argument (nie pełnił funkcji kierownika robót mostowych od początku zadania), nie stanowi podstawy

do nieprzyznania Odwołującemu z tego tytułu punktów (nieuznania zadania 2-go i nieprzyznania 10pkt).

Jak sam Zamawiający wyjaśnił, w przywołanej już odpowiedzi na pytanie udzielone w toku trwania postępowania przetargowego, przez użyty w SIWZ zwrot „od początku realizacji robót do ich zakończenia” należy rozumieć „rozpoczęcie na danym zadaniu robót branży mostowej i ich zakończenie wraz z rozliczeniem i odbiorem ostatecznym”. Inaczej mówiąc, doświadczenie Kierownika robót mostowych winno liczyć się od rozpoczęcia, na danym zadaniu, robót branży mostowej, a nie od początku realizacji zadania.

Odwołujący wskazał także, iż samo uzasadnienie w ogóle nie jest dla Odwołującego jasne. Zdaniem Odwołującego brak pełnego uzasadnienia faktycznego. Wskazał wyrok Izby z dnia 13 września 2017 roku oraz wyrok Izb z dnia 11 sierpnia 2017 roku. Jeśli natomiast jedynym uzasadnieniem faktycznym nieprzyznania punktów Odwołującemu było tylko uznanie, że Pan W. M. nie pełnił funkcji kierownika robót mostowych od początku realizacji zadania - budowy to wskazuję, iż tym samym doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 91, bowiem Zamawiający oceniając ofertę Odwołującego posłużył się kryteriami, które nie dość, że nie znalazły odzwierciedlenia w postanowieniach SIWZ, to jeszcze pozostają z tymi postanowieniami w oczywistej sprzeczności.

Odwołujący podał, że Pan W. M. pełnił samodzielną funkcję Kierownika budowy i Kierownika robót mostowych na zadaniu: „Rozbudowa DK 62 na fragmencie przejścia przez m. Wyszków od granicy miasta do DK 8 (km 244+190+246+290) Odcinek II budowa wiaduktu wraz z dojazdami od km 245+120 do 245+650” od rozpoczęcia na przedmiotowym zadaniu, robót branży mostowej.

Zamawiający w SIWZ nie zdefiniował, co w jego ocenie, stanowi rozpoczęcie robót branży mostowej, nie wskazał jakie kryteria, parametry, charakterystyczne zdarzenia, moment decydują o tym, by można jednoznacznie bezsprzecznie przyjąć, że doszło na danym zadaniu, do rozpoczęcia robót branży mostowej. W budownictwie infrastrukturalnym nie występuje oficjalna definicja rozpoczęcia/początku robót branży mostowej. W ocenie Odwołującego, wobec tak postawionego przez Zamawiającego kryterium, celem wykazania się doświadczeniem, jak również przez pryzmat oceny doświadczenia kierownika robót mostowych, należało uznać, że rozpoczęcie robót branży mostowej winno dotyczyć stricte branżowych robót budowlanych. Odwołujący, przy braku określenia definicji skategoryzowania kryterium przyjął ponadto, że rozpoczęcie robót branży mostowej dotyczy stricte rozpoczęcia robót typowych, charakterystycznych, właściwych dla każdego obiektu mostowego, który spełnia sprecyzowane w SIWZ kryteria oceny.

Zamawiający w SIWZ pkt. 6.2.3 podpunkt b2 jasno określił wymagania, jakie winien spełniać kierownik robót mostowych, by móc wykazać się oczekiwanym przez Zamawiającego,

doświadczeniem. Tymi kryteriami, poza czasookresem i wartością zadań, istotnymi i zdefiniowanymi, dla Zamawiającego było: kategoria drogi o klasie min. G, kierowanie robotami przy budowie nowego obiektu mostowego nad śródlądową drogą wodną, obiekt mostowy o rozpiętości najdłuższego przęsła min. 30m lub długości obiektu min. 100m.

Dla Zamawiającego te wskazane kryteria mają znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia, a w konsekwencji na doświadczenie w robotach branży mostowej.

Rozpoczęcie realizacji zadania: Rozbudowa DK 62 na fragmencie przejścia przez m. Wyszaków od granicy miasta do DK 8 (km 244+190+246+290) Odcinek II budowa wiaduktu wraz z dojazdami od km 245+120 do 245+650" nastąpiło w listopadzie 2015 roku. Natomiast rozpoczęcia robót budowlanych od listopada 2015 na tym zadaniu nie należy utożsamiać z rozpoczęciem robót branży mostowej, roboty mostowe na tym zadaniu zaczęły się bowiem znacznie później, a od 15.03.2016 r. Pan W. M. pełnił funkcję Kierownika budowy i Kierownika robót mostowych na przedmiotowym zadaniu.

Jednocześnie Pan W. M. będąc mianowanym uczestnikiem procesu budowlanego przedmiotowego zadania, posiadając stosowne uprawnienia budowlane pełnił na budowie obowiązki w zakresie bezpośredniego nadzorowania robót ogólnobudowlanych i specjalistycznych, przygotowywał wszelkie formalne dokumenty związane z realizacją budowy, brał czynny udział w odbiorach prac przygotowawczych i wszelkich robót towarzyszących, w celu sprawnego rozpoczęcia robót branży mostowej i przejęcia funkcji Kierownika budowy i Kierownika robót mostowych, a od 15.03.2019 r. pełnił już samodzielną funkcję techniczną w roli Kierownika budowy i Kierownika robót mostowych zgodnie z wpisem do dziennika budowy. Niniejszym, Pan W. M. spełnił wszystkie zdefiniowane i określone SIWZ wymagania w zakresie wiedzy i doświadczenia, których spełnienia oczekiwał Zamawiający i pełnił samodzielną funkcję kierownika robót mostowych od początku realizacji robót branży mostowej na przedmiotowym zadaniu.

Nieprzyznanie z tego tytułu Odwołującemu 10 pkt zgodnie z kryteriami oceny oferty najkorzystniejszej stanowi niewątpliwie istotne naruszenie wskazanych wyżej przepisów ustawy. Odwołujący wskazał orzeczenie Izb sygn. akt KIO/UZP 483/08. Odwołujący podał, że wszystkie informacje oczekiwane przez Zamawiającego muszą wynikać wprost z oferty z postanowień jasno i precyzyjnie sformułowanych w SIWZ, a nie być przedmiotem dowolnej interpretacji Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert. Tym samym bezsprzecznie należy uznać w ocenie Odwołującego, że wszystkie trzy zadania wskazane w Formularzu ofertowym przez Odwołującego potwierdzają spełnienie wszystkich kryteriów, wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ, wymaganego doświadczenia kierownika robót mostowych Pana W. M. pełniącego samodzielną funkcję techniczną w roli Kierownika budowy i Kierownika robót mostowych.

Odwołujący wskazał, że w nawiązaniu do powyższych twierdzeń, nie bez znaczenia

pozostawał fakt, że Pan W. M. swoją pracę na zadaniu: Rozbudowa DK 62 na fragmencie przejścia przez m. Wyszków od granicy miasta do DK 8 (km 244+190+246+290) Odcinek II budowa wiaduktu wraz z dojazdami od km 245+120 do 245+650, rozpoczął od 01.02.2016 r. przygotowując się do przejęcia funkcji w roli Kierownika robót mostowych, ale też i Kierownika budowy. Zgodnie z dokumentacją budowy Pan W. M. złożył odpowiedni wniosek o przejęcie samodzielnej funkcji Kierownika robót mostowych jak również Kierownika budowy w dniu 25.02.2016 r. załączając zgodnie z warunkami kontraktu formularz ofertowy „potencjał kadrowy” z dnia 24.02.2016 r. w zakresie kwalifikacji i doświadczenia zawodowego potwierdzający spełnienie wymagań siwz. Zamawiający zaakceptował Pana W. M., jako spełniającego wymagania do objęcia niniejszych funkcji w dniu 08.03.2016 r. Pan W. M. formalnie potwierdził objęcie samodzielnej funkcji Kierownika robót mostowych jak również Kierownika budowy wpisem w Dzienniku budowy w dniu 15.03.2016r. Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że Zamawiający, w przywołanej powyżej odpowiedzi na pytanie 216 potwierdził, że jeżeli dana osoba pełniła jednocześnie dwie funkcje: Kierownika budowy i Kierownika robót mostowych, kierując robotami branży mostowej to Zamawiający uzna takie doświadczenie jako zgodne z wymaganiami SIWZ. Z powyższych informacji oraz dokumentów wynika, iż Pan W. M. był na przedmiotowym zadaniu znacznie wcześniej niż samo rozpoczęcie robót branży mostowej. Jednakże dokonując wypełnienia tabeli w postępowaniu Odwołujący nie wskazywał daty od której Pan W. M. brał udział w realizacji robót budowlanych na zadaniu, a wskazał datę rozpoczęcia przez niego pełnienia funkcji kierownika robót mostowych. Powyższe okoliczności i dowody jednoznacznie przesądzają, że Pan W. M. spełnia nie tylko wszystkie opisane w SIWZ warunki w zakresie wiedzy i doświadczenia jakie winien posiadać kierownik robót mostowych, ale także wszystkie wskazane w ofercie zadania potwierdzają spełnienie przez wskazanego kierownika robót mostowych wszystkich kryteriów oceny ofert, a Odwołujący, w zakresie wykazanych zadań w kryterium pozacenowym winien uzyskać maksymalną ilość punktów.

Dowód: Pismo Wykonawcy robót - wniosek dot. zmiany objęcia samodzielnej funkcji technicznej w roli Kierownika Budowy i Kierownika robót mostowych na zadaniu z dnia 25.02.2016 r. Formularz ofertowy „potencjał kadrowy” potwierdzający kwalifikacje i doświadczenie zawodowe zgodnie z wymogami siwz z dnia 24.02.2016 r. Pismo GDDKiA dot. zatwierdzenia wniosku Wykonawcy - zgoda na zmianę osoby Pana W. M., celem objęcia samodzielnej funkcji Kierownika Budowy i Kierownika robót mostowych z dnia 03.03.2016 r. Kserokopia Dziennika budowy potwierdzająca przejęcie przez Pana W. M. samodzielnej funkcji w roli Kierownika Budowy i Kierownika robót mostowych w dniu 15.03.2016 r.

Odwołujący wskazał, że uwzględniając fakt, jak Zamawiający rygorystycznie ocenił ofertę Odwołującego należy odwołać się do oceny innych ofert- Wykonawcy Budimex i Intercor dokonanej przez Zamawiającego.

W zakresie oferty złożonej przez Budimex - Zamawiający w ramach spełnienia wymagań SIWZ dot. kryterium „doświadczenia kierownika robót mostowych” określił okres w pełnieniu funkcji kierownika robót mostowych przez rozpoczęcie na danym zadaniu robót branży mostowej, ich zakończenie wraz z rozliczeniem i odbiorem ostatecznym, definiując również zadanie jako kontrakt drogowo-mostowy lub mostowy obejmujący przebudowę drogi klasy min. G i obiekty mostowe. Natomiast w przypadku oferty Budimex powyższe wymogi SIWZ nie zostały spełnione. Na zadaniu „Budowa WD35, WK37 i WK38 w ramach „Zaprojektowania i budowy Pomorskiej Kolei Metropolitalnej Etap I - rewitalizacja „kolei Kokoszkowskiej” Pan P. M. pełnił funkcję kierownika robót mostowych do 02.2015, natomiast odbiór robót budowlanych i rozliczenie zadania nastąpiło w 04.2015 roku zgodnie z wyjaśnieniem i potwierdzeniem przez danego Zamawiającego. Tym samym wymóg w zakresie doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót mostowych od rozpoczęcia na danym zadaniu robót branży mostowej i ich zakończenie wraz z rozliczeniem i odbiorem końcowym nie został spełniony. W zakresie kryterium dot. przebudowy drogi klasy min. G, Budimex wykazał zadanie pn. „Zaprojektowanie i budowa Pomorskiej Kolei Metropolitalnej Etap I - rewitalizacja „kolei Kokoszkowskiej” na którym zaprojektowano i wykonano drogę klasy L, D, Z i wewnętrzne, a tym samym powyższe kryterium zgodnie z definicją inwestycja drogowo-mostowa nie spełnia wymogów SIWZ.

W zakresie oferty Intercor – zgodnie z brzmieniem kryterium oceny ofert dot. doświadczenia Kierownika robót mostowych - rozpatrywane są inwestycje drogowo - mostowe lub mostowe, na których dana osoba w ciągu ostatnich 10 lat pełniła funkcję Kierownika robót branży mostowej od początku realizacji robót do jej zakończenia. Wg definicji zawartej w SIWZ: przez inwestycję drogową, drogowo - mostową lub mostową należy rozumieć kontrakt, którego realizacja obejmowała budowę, rozbudowę lub przebudowę drogi kategorii minimum G zawierającej obiekty mostowe (estakady, wiadukty, mosty, kładki dla pieszych). Wskazana przez Intercor inwestycja pn: „Remont i wzmocnienie mostu przez Wielki Kanał Brdy w ciągu drogi wojewódzkiej nr 237 Czersk-Mąkowarsko w km 9+502 w m, Legbąd” znajduje się w ciągu drogi wojewódzkiej klasy Z, tym samym nie spełnia postanowień SIWZ. Ponadto wskazana przez Intercor inwestycja pn: „Remont i wzmocnienie mostu przez Wielki Kanał Brdy w ciągu drogi wojewódzkiej nr 237 Czersk-Mąkowarsko w km 9+502 w m. Legbąd” była realizowana jako remont, tym samym dodatkowo nie spełnia postanowień SIWZ. Wobec powyższego, Zamawiający nie powinien przyznać obu Wykonawcom maksymalnej liczby punktów. Ponadto ocena ofert obu Wykonawców bardzo pobieżna w porównaniu

do rygorystycznej oceny oferty Odwołującego świadczy tylko o nierównym traktowaniu Wykonawców.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 4 listopada 2019 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – 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 - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)*

IV.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu jak również w piśmie procesowym z dnia 18 listopada 2019 roku złożonym przez Zamawiającego – odpowiedź na odwołanie.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez Zamawiającego przy piśmie z dnia 18 listopada 2019 roku.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez Odwołującego w trakcie rozprawy (dowód nr 1 -9), jak również dowód złożony i zawnioskowany w trakcie rozprawy przez uczestnika postępowania odwoławczego (dowód nr 10).

V.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie uwzględniła wniosku uczestnika postępowania odwoławczego przedstawionego w czasie rozprawy, a odnoszącego się do oceny punktowej w kryterium „doświadczenie kierownika robót mostowych” wskazanego w pozycji 1 tabeli w punkcie 5 Formularz oferty Odwołującego. Izba wskazuje, że czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której on przystąpił (art. 185 ust. 5 ustawy). w tym postępowaniu odwoławczym popiera stanowisko prezentowane w postępowaniu przez Zamawiającego, a Zamawiający dokonał innej oceny w kryterium „doświadczenie kierownika robót mostowych” wskazanego w pozycji 1 tabeli w punkcie 5 Formularz oferty Odwołującego i przyznał punkty. Tym samym stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego jest sprzeczne ze stanowiskiem Zamawiającego, jednocześnie należy wskazać, że nie wniesiono do Izby odwołania, w którym kwestionowana byłaby ocena „doświadczenie kierownika robót mostowych” wskazanego w pozycji 1 tabeli w punkcie 5 Formularz oferty Odwołującego. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że dowód przedstawiony przez uczestnika postępowania odwoławczego (dowód nr 10) jest bezzasadny.

VI.

Izba w zakresie poszczególnych zarzutów odwołania ustaliła i zważyła:

W SIWZ, w rozdziale 17 – *opis kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej* Zamawiający zawarł postanowienia odnoszące się do Kryteriów oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający ustalił kryterium ceny o wadze 60 pkt oraz kryteria pozacenowe: okres udzielonej gwarancji – 20 pkt i doświadczenie kierownika robót mostowych – 20 pkt.

Zamawiający wskazał, że:

Kryterium „Doświadczenie kierownika robót mostowych” będzie rozpatrywane na podstawie oświadczenia złożonego przez Wykonawcę w druku oferty dotyczącego ilości inwestycji drogowo - mostowych lub mostowych, na których dana osoba w ciągu ostatnich 10 lat pełniła funkcje kierownika robót branży mostowej od początku realizacji robót do jej zakończenia. Zamawiający wymagał, aby Wykonawca wykazał Kierownika Robót Mostowych, który nadzorował minimum jedną robotę określoną powyżej za co otrzyma 0 pkt; za wykazanie Kierownika Robót Mostowych, który nadzorował 2 roboty o których mowa powyżej - 10 pkt. a za wykazanie Kierownika Robót Mostowych, który nadzorował 3 roboty o których mowa powyżej - 20 pkt.

W odpowiedzi na pytanie nr 1 (pismo z dnia 6 sierpnia 2019 roku) Zamawiający wyjaśnił, że: *Zamawiający informuje, że przy określeniu doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót mostowych poprzez wyrażenie „od początku realizacji robót do jej zakończenia” należy rozumieć rozpoczęcie na danym zadaniu robót branży mostowej i ich zakończenie wraz z rozliczeniem i odbiorem ostatecznym.*

W odpowiedzi na pytanie 221 (pismo z dnia 28 sierpnia 2019 roku) Zamawiający wyjaśnił, że:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę. Przy określeniu doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót mostowych poprzez wyrażenie „od początku realizacji robót do jej zakończenia” należy rozumieć rozpoczęcie na danym zadaniu robót branży mostowej i ich zakończenie wraz z rozliczeniem i odbiorem ostatecznym. Nawet na inwestycji drogowo – mostowej rzeczywiste zakończenie robót z usunięciem ewentualnych usterek, przekazanie dokumentacji powykonawczej dotyczącej obiektu oraz końcowe rozliczenie odbywa się wraz z rozliczeniem i odbiorem ostatecznym całej inwestycji.

W Formularzu ofert, w punkcie 5 wykonawca wskazał, zgodnie ze wzorem z dokumentacji postępowania, że:

Oświadczamy, że do pełnienia funkcji kierownika robót mostowych skieruję Pana/Panią W. M. który/ która pełnił/pełniła w ciągu ostatnich 10 lat funkcję kierownika robót branży mostowej od początku realizacji do ich zakończenia na 3 inwestycjach drogowo – mostowych lub mostowych przedstawionych w poniższej tabeli.

Tabela w punkcie 5 składa się z następujących kolumn:

- nazwa i adres Zamawiającego,
- nazwa zadania, początek i koniec realizacji robót (dzień, m-c, rok),
- pełniona funkcja pocztę i koniec pełnienia funkcji (dzień, m-c, rok).

Izba zważyła:

W zakresie zarzutu nr 1, 2 i 6:

W odniesieniu do zarzutu naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust.1 ustawy przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu pomimo, że oferta Odwołującego powinna zostać sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert, a tym samym oferta Odwołującego winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu oraz naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 w z art. 7 ust. 1 ustawy przez brak wyboru oferty Odwołującego z uwagi na dokonanie niewłaściwej oceny oferty Odwołującego, polegającej na nieprzyznaniu maksymalnej liczby punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika robót mostowych”, gdzie z podanych przez Odwołującego 3 zadań Zamawiający uznał tylko 2 zadania, co spowodowało, że oferta Odwołującego nie została sklasyfikowana na pierwszym miejscu i nie została wybrana jako oferta najkorzystniejsza – Izba uznała zarzuty za zasadne.

Na wstępie rozważań Izba wskazuje, że zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów jakie zostały określone przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W ustępie 2 ww. artykułu ustawodawca wskazał otwarty katalog kryteriów oceny ofert jakimi może posłużyć się Odwołujący w celu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Zgodnie z brzmieniem ustawy to Zamawiający odpowiada za dobór kryteriów w postępowaniu o udzielenie zamówienia, który to dobór ma pozwolić Zamawiającemu na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, optymalnej i pozwalającej na uzyskanie świadczenia odpowiadającego potrzebom Zamawiającego za najkorzystniejszą cenę. Zasadą jest, że kryteria jakie stosuje Zamawiający muszą być obiektywne i niedyskryminacyjne jak również nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy. Podkreślenia wymaga, że dokonanie wyboru oferty czy też ocena ofert w ramach kryteriów oceny ofert musi być dokonywana zgodnie z tym co ustalił w Specyfikacji Istotnych warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) Zamawiający. Niedopuszczalne są żadne odstępstwa i domniemania, jak również niedopuszczalne są na etapie oceny ofert żadnego rodzaju interpretacje i wykładnie. Podkreślenia wymaga, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest

sformalizowanym postępowaniem, a formalizm postępowania o udzielenie zamówienia jest gwarantem należytego dokonywania czynności przez Zamawiającego jak równie prawidłowej oceny w kryteriach oceny ofert i co za tym idzie klasyfikacji ofert w postępowaniu stanowiących podstawę do wyłonienia oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba wskazuje, co jest niezbędnym do ustalenia przy rozpoznaniu zarzutów nr 1 i 2 (jak i następnych), że zgodnie z informacją przedstawioną przez Zamawiającego, podstawą nieprzyznania punktów Odwołującemu w kryterium doświadczenie kierownika robót mostowych (pozycja 2 tabeli punkt 5 Formularza oferty) było to, że Pan M. *nie pełnił funkcji kierownika robót mostowych na (...) od początku realizacji zadania.*

W ocenie Izby podanie przez Zamawiającego tej informacji wskazuje, że nie przyznał Zamawiający punktów z uwagi na to, że pełnienie funkcji kierownika robót mostowych nie nastąpiło od początku realizacji zadania. Podkreślić należy, że w sformułowaniu „*od początku realizacji zadania*” nie chodzi o roboty branży mostowej, czemu wyraz dał jednoznacznie Zamawiający w udzielonych wyjaśnieniach (odpowiedź na pytanie nr 1 i nr 221) wskazując, że *poprzez wyrażenie „od początku realizacji robót do jej zakończenia” należy rozumieć rozpoczęcie na danym zadaniu robót branży mostowej i ich zakończenie wraz z rozliczeniem i odbiorem ostatecznym.* Z udzielonych wyjaśnień jednoznacznie wynika, że „zadanie”, to wskazane w Formularzu oferty inwestycje drogowo – mostowe lub mostowe, gdzie w Formularzu oferty posłużył się Zamawiający również określeniem „Nazwa zadania (...)”. Wymaganie podania w kolumnie „nazwa zadania, początek i koniec realizacji robót” informacji na temat danej inwestycji nie było kwestionowane przez strony postępowania odwoławczego oraz było dla stron jednoznaczne, że chodziło o podanie danych dotyczących danej inwestycji, co zostało wskazane również w trakcie rozprawy. Natomiast doświadczenie kierownika robót mostowych, które miało być punktowane w ramach kryteriów oceny ofert, zgodnie z wyjaśnieniami jakie przedstawił Zamawiający (odpowiedź na pytanie 1 i 221), dotyczyło doświadczenia w realizacji robót branży mostowej, jakie realizowane były na danym zdaniu, co oznacza w ocenie Izby, że doświadczenie kierownika robót mostowych nie musiało pokrywać się co do czasu z terminem realizacji zadania.

W argumentacji Odwołujący podniósł, że nie otrzymał punktów w kryterium doświadczenie kierownika robót mostowych *w zakresie drugiego, z trzech wskazanych przez Odwołującego zadań tj. „Rozbudowa DK 62 na fragmencie przejścia przez m. Wyszaków od granicy miasta do DK 8 (km 244+190+246+290) Odcinek II budowa wiaduktu wraz z dojazdami od km 245+120 do 245+650”, uznając, że Pan W. M. nie pełnił funkcji kierownika robót mostowych od początku realizacji zadania.* W ocenie Izby prawidłowo podniósł w tym zakresie zarzuty odwołania Odwołujący i w tym zakresie one zostały uwzględnione.

W ocenie Izby z uzasadnienia przedstawionego przez Zamawiającego za pismem z dnia 24 października 2019 rok wynika jednoznacznie, że Odwołującemu nie przyznano punktów za zadanie w pozycji 2 tabeli w punkcie 5 Formularza oferty, bowiem kierownik robót budowlanych nie wykazał doświadczenia na realizacji zadania, czyli inwestycji, od początku realizacji tej inwestycji do jej zakończenia – daty realizacji zadania oraz pełnienia funkcji kierownika robót mostowych nie pokrywały się.

Izba wskazuje, że daty te nie musiały się pokrywać zgodnie z brzmieniem wymagań w kryterium oceny ofert w kryterium doświadczenie kierownika robót mostowych, ponieważ doświadczenie kierownika robót mostowych było punktowane w ramach tego kryterium w odniesieniu do doświadczenia nabytego od *rozpoczęcie na danym zadaniu robót branży mostowej i ich zakończenie wraz z rozliczeniem i odbiorem ostatecznym* – czyli faktycznego rozpoczęcia robót mostowych, a nie od rozpoczęcia realizacji inwestycji – zadania. W ocenie Izby jednoznacznie zostało określone w dokumentacji postępowania „zadanie”, tym samym uzasadnienie Zamawiającego z dnia 24 października 2019 roku nie może być inaczej rozumiane jak nieprzyznanie Odwołującemu punktów w kryterium doświadczenie kierownika robót mostowych, bowiem nie pełnił on tej funkcji od początku do końca inwestycji (zadania). W ocenie Izby stanowisko prezentowane na rozprawie i w piśmie procesowym Zamawiającego, a odnoszące się do sposobu rozumienia sformułowania „zadanie” w piśmie z dnia 24 października 2019 roku jest jedynie stanowiskiem prezentowanym na potrzeby tego postępowania odwoławczego, bowiem nie znajduje żadnego umocowania w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W piśmie – odpowiedź na odwołanie Zamawiający twierdzi, że takie twierdzenia Odwołującego są daleko idącą nadinterpretacją. Izba nie podziela tego stanowiska Zamawiającego. W ocenie Izby zarzut Odwołującego nie jest nadinterpretacją i choć nie ma w dokumentacji postępowania definicji „zadania”, to w oparciu o same tą samą dokumentację postępowania w sposób jednoznaczny – o czym mowa była powyżej – wynikało, że zadanie to inwestycja. Co więcej sam Zamawiający w trakcie rozprawy, wskazał *„również, że w SIWZ, uwzględniając udzielone odpowiedzi, zdefiniował, że w tym postępowaniu mamy do czynienia z zadaniem i, w określonym zakresie doświadczenia, z robotami mostowymi. Podkreśla, że rozumienie postanowień i wymagań określonych w formularzu oferty w tabeli co do podania robót jako inwestycji i pełnienia funkcji kierownika robót mostowych rozumie tak samo jak Odwołujący”*. Zamawiający wskazał w piśmie procesowym – odpowiedź na odwołanie, że *„niewątpliwie okoliczności sprawy wymagają takiego domyślnego rozumienia tego zwrotu, skoro w SIWZ i w dalszych wyjaśnieniach Zamawiającego uzupełniających SIWZ wyrażenie wskazano, że przedmiotowe kryterium odnosi się do robót mostowych”*. Izba podkreśla, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ma miejsca na domyślanie się czegokolwiek, procedura wymaga w działaniu każdej ze stron

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jednoznaczności. Każde z działań czy zaniechań może zostać poddane ocenie i jego jednoznaczność jest niezbędnym elementem zachowania przejrzystości, jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wręcz niemożliwym jest budowanie jakiegokolwiek argumentacji w oparciu o domysły, interpelacje czy niewyartykułowane stanowiska. Ocena czynności Zamawiającego dokonywana jest w odniesieniu do tego co zostało wyartykułowane przez Zamawiającego. W piśmie z dnia 24 października 2019 roku wskazał Zamawiający, że „z podanych 3 zadań Zamawiający uznał 2 roboty budowlane.” co w ocenie Izby ponownie potwierdza, że Zamawiający ocenił doświadczenia kierownika robót mostowych w ramach całej inwestycji, czyli na zadaniu, które przecież obejmuje roboty budowlane, bowiem w piśmie procesowym sam potwierdził, że kryterium odnosi się do robót mostowych. Również fakt, że Zamawiający udostępnił Odwołującemu dokumentację postępowania nie zmienia znaczenia treści z pisma z dnia 24 października 2019 roku, to nie z dokumentacją zgromadzoną przez Zamawiającego polemizuje Odwołujący lecz z czynnością czy zaniechaniem Zamawiającego wyartykułowanym w piśmie z dnia 24 października 2019 roku.

W zasadzie w czasie rozprawy zostało wskazane przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, że ocenie w kryterium podlegało doświadczenie kierownika robót mostowych związane z realizacją robót w branży mostowej dla danego zadania, które to doświadczenie może pokrywać się z terminami realizacji zadania, a może być inne, krótsze.

W ocenie Izby uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego w piśmie z dnia 24 października 2019 roku jednoznacznie wskazało, że Zamawiający dokonał oceny oferty Odwołującego w kryterium doświadczenie kierownika robót mostowych z naruszeniem art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy – ponieważ zastawał kryterium, które nie było objęte postanowieniami wynikającymi z SIWZ i wyjaśnień i badał doświadczenie kierownika robót mostowych od początku realizacji zadania. Dlatego Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie badania i oceny oferty Skanska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, w zakresie kryteriów oceny ofert, zgodnie z postanowieniami dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Budowa mostu przez rzekę Wartę wraz z dojazdami w ciągu drogi wojewódzkiej nr 431 w m. Rogalinek*, w kryterium „doświadczenie kierownika robót mostowych” z uwzględnieniem, że doświadczenie kierownika robót mostowych nie musi pokrywać się z terminem realizacji zadania.

W zakresie dowód przedstawionych przez Odwołującego przy odwołaniu i na rozprawie (dowód nr 1-9) oraz dowodów załączonych do pisma procesowego Zamawiającego – odpowiedź na odwołanie, Izba wskazuje, że są one ambiwalentne dla rozpoznania zarzutów nr 1 i 2, bowiem Zamawiający ocenił doświadczenie kierownika robót mostowych w pryzmacie całego zadania (inwestycji) – co jak zostało wykazane wyżej było

nieprawidłowe, a to oznacza, że czynność Zamawiającego z dnia 24 października 2019 roku nie odnosi się do oceny faktycznego czasookresu pełnienia funkcji *kierownika robót branży r mostowej od początku realizacji robót do jej zakończenia*. Tym samym dowody te są bezprzedmiotowe dla rozpoznania podniesionych zarzutów (o czym mowa powyżej) co do oceny liczenia doświadczenie kierownika robót branży mostowych niekoniecznie pokrywającego się z terminami realizacji zadana – inwestycji.

W ocenie Izby, w odniesieniu do zarzutu nr 6, kryterium oceny oferty – doświadczenie kierownika robót mostowych w zakresie podniesionych zarzutów (o czym mowa powyżej) co do oceny liczenia doświadczenie kierownika robót branży mostowych niekoniecznie pokrywającego się z terminami realizacji zadana – inwestycji, jest jednoznaczne. Zrozumiałe jest również to kryterium oceny ofert, co potwierdzały stanowiska prezentowane na rozprawie przez Zamawiającego i wykonawców. Wskazane kryterium umożliwia weryfikację w odniesieniu do oceny liczenia doświadczenie kierownika robót branży mostowych niekoniecznie pokrywającego się z terminami realizacji zadana – inwestycji. W ocenie Izby nie doszło do naruszenia art. 91 ust. 2d ustawy tym samym nie ma podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy.

W zakresie zarzutu nr 3:

W odniesieniu do zarzutu naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 1) ustawy przez brak uzasadnienia faktycznego w przedmiocie pełnej i wyczerpującej informacji dotyczącej nieprzyznania maksymalnej liczby punktów ofercie Odwołującego – Izba uznała zarzut za niezasadny.

W piśmie z dnia 24 października 2019 roku Zamawiający podał Odwołującemu między innymi, że: *W zakresie kryterium oceny ofert Zamawiający zweryfikował podane w Państwa ofercie informacje w kryterium „Doświadczenie kierownika robót mostowych”. Z podanych 3 zadań Zamawiający uznał 2 roboty budowlane. W toku badania stwierdzono, iż Pan W. M. nie pełnił funkcji kierownika robót mostowych na „Rozbudowa DK 62 na fragmencie przejścia przez m. Wyszaków od granicy miasta do DK 8 (km 244+190+246+290) Odcinek II budowa wiaduktu wraz z dojazdami od km 245+120 do 245+650” od początku realizacji zadania.*

W ocenie Izby tak podana informacja jest jednoznaczna i wyczerpująca, a także pełna. Fakt, że ocena oferty Odwołującego w kryterium doświadczenie kierownika robót mostowych została przeprowadzona w sposób niezgodny z postanowieniami dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może automatycznie powodować, że przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie jego decyzji nie odpowiada

wymaganiom obowiązujących przepisów. Izba podkreśla, że uzasadnienie jakie przedstawił Zamawiający było podstawą wniesienia odwołania przez Odwołującego oraz rozbudowanej argumentacji faktycznej. Nie sposób uznać byłoby za zasadne, że naruszył Zamawiający ww. przepis, bowiem czynność Zamawiającego, którą uzasadnia w piśmie, była nieprawidłowa.

Izba uznała, że uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego w piśmie z dnia 24 października 2019 roku było jednoznaczne i wyczerpujące co powoduje, że nie doszło do naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy.

W zakresie zarzutu nr 4:

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust.1 ustawy przez nierówne traktowanie Wykonawców, w szczególności przyznanie maksymalnych punktów ofercie Wykonawcy Intercor i Budimex i pobieżną analizę ofert tych Wykonawców, podczas, gdy obaj Wykonawcy nie powinni dostać maksymalnej liczby punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika robót mostowych”, a nieprzyznanie punktów ofercie Odwołującego, ocenę jego oferty w sposób rygorystyczny i nieprzyznanie punktów, które powinny być przyznane, co spowodowało ewidentnie różne traktowanie Wykonawców w tych samych okolicznościach opartych na takim samym brzmieniu specyfikacji istotnych warunków udzielania zamówienia – Izba uznała za niezasadny.

Zamawiający dokonał oceny oferty Budimex w ramach kryteriów oceny ofert w odniesieniu do doświadczenia kierownika robót mostowych na zadaniu „Budowa WD35, WK37 i WK38 w ramach „Zaprojektowania i budowy Pomorskiej Kolei Metropolitalnej Etap I - rewitalizacja „Kolei Kokoszkowskiej” w sposób prawidłowy i zgodny z wymaganiami określonymi w ww. kryterium. Izba podzieliła w tym zakresie argumentację przedstawioną przez Zamawiającego. Wskazać należy, że ostatnie wpisy kierownika robót mostowych z lutego 2015 roku do dziennika budowy oraz fakt, że na zadaniu wymieniony jest tylko jeden kierownik robót mostowych – na co wskazują dokumenty (dowody) załączone pisma procesowego Zamawiającego – odpowiedź na odwołanie, potwierdzają w ocenie Izby, że przy uwzględnieniu, że na tak dużych inwestycjach procedura odbiorowa może trwać kilka/kilkanaście tygodni oraz, że po zakończeniu robót nie dokonuje się już wpisów w dzienniku budowy wskazany kierownik robót mostowych musiał uczestniczyć w sporządzaniu dokumentacji doborowej i odbiorze obiektu przez inwestora i nadzór budowlany. Izba podkreśla, że Odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej do tej wskazanej przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w ramach kryteriów oceny ofert definiował zadanie jako kontrakt *drogowo-mostowy lub mostowy obejmujący przebudowę drogi klasy min. G i obiekty mostowe*. Izba stwierdziła, że w ramach kryterium doświadczenie kierownika robót mostowych Zamawiający nie zdefiniował kategorii drogi, tym samym w ramach oceny, w tym kryterium, nie mógł dokonywać oceny przez pryzmat kategorii drogi. Zaznaczyć również należy, że odwoływanie się przez Odwołującego do treści rozdziału 6 SIWZ odnoszącego się do warunków udziału w postępowaniu oraz przenoszenia definicji tam określonych, na potrzeby oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, do tej części SIWZ – rozdziału 17 odnoszącego się do kryteriów oceny ofert stanowi w ocenie co najmniej nadinterpretację postanowień dokumentacji. Taka argumentacja Odwołującego, która nie znajduje żadnego potwierdzenia w dokumentacji, jest działaniem które miałyby doprowadzić do niezgodnej z postanowieniami SIWZ oceny w ww. kryterium – to natomiast prowadziłoby do niezgodności z przepisami i wtedy mogłoby stanowić naruszenie zasad – natomiast obecnie, Zamawiający prawidłowo ocenił doświadczenie w kryterium doświadczenie kierownika robót mostowych nie odnosząc tego doświadczenia do kategorii drogi. Fakt, że Zamawiający pytał inwestorów o kategorię drogi nie oznacza, że w ramach ww. kryterium miałyby ją badać.

Zamawiający dokonał oceny oferty Intercor – uczestnika postępowania odwoławczego w ramach kryteriów oceny ofert w odniesieniu do doświadczenia kierownika robót mostowych na zadaniu „Remont i wzmocnienie mostu przez Wielki Kanał Brdy w ciągu drogi wojewódzkiej nr 237 Czersk-Mąkowarsko w km 9+502 w m. Legbąd”. Izba uznała za niezasadną, podobnie jak w przypadku Budimexu, argumentację odnoszącą się do kategorii drogi, która to kategoria drogi, co Izba podkreśla, nie była elementem oceny w kryteriów doświadczenie kierownika robót mostowych. Tym samym argumentacja wskazana powyżej (przy Budimex) pozostaje aktualna w tym miejscu.

W odniesieniu do podniesionych okoliczności dotyczących zadania „Remont i wzmocnienie mostu przez Wielki Kanał Brdy w ciągu drogi wojewódzkiej nr 237 Czersk-Mąkowarsko w km 9+502 w m. Legbąd”, a mianowicie, że inwestycja ta była realizowana jako remont, tym samym dodatkowo nie spełnia postanowień SIWZ – Izba wskazuje, że Odwołujący nie podał w zasadzie jakich to postanowień SIWZ owa inwestycja nie spełnia. Izba zaznacza, że Odwołujący sam posługuje się określeniem „inwestycja”, które również wskazywane jest w opisie kryterium doświadczenie kierownika robót mostowych. Brak jest jakiegokolwiek argumentacji, że inwestycja obejmująca remont nie mogła być uwzględniona w ramach ww. kryterium. Dodatkowo należy zaznaczyć, co sprawdził i ustalił Zamawiający (dowody załączone do pisma procesowego – odpowiedź na odwołanie), a czego Odwołujący nie kwestionował, że ww. inwestycja obejmowała przebudowę i wzmocnienie konstrukcji

mostu (z 15 t) do klasy B(40)t oraz budowę i rozbiórkę mostu objazdowego wraz z drogami dojazdowymi. Wymaga również wskazania, za stanowiskiem Zamawiającego, że dla mostu uzyskano pozwolenie na użytkowanie. W ocenie Izby przedstawione doświadczenie kierownika robót mostowych w ramach ww. inwestycji zostało w sposób właściwy ocenione przez Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy tj. zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a czynności oceny ofert w ramach kryteriów oceny ofert wskazanych w SIWZ w zakresie doświadczenia kierownika robót, przez przyznanie maksymalnej liczby punktów ofercie Wykonawcy Intercor i Budimex.

W zakresie zarzutu nr 5:

W odniesieniu do zarzutu naruszenie art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Pzp i art. 87 ust.1 ustawy Pzp przez nieuwzględnienie przez Zamawiającego prawidłowo wypełnionego, zgodnie z postanowieniami SIWZ formularza ofertowego w zakresie wszystkich wymaganych przez Zamawiającego danych dotyczących pozacenowego kryterium oceny ofert, pomimo tego, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć jak tego wymagają okoliczności w których zostało złożone, a także zasady współżycia społecznego, a także niewyjaśnienie wątpliwości dotyczących złożonego w ofercie oświadczenia Wykonawcy, pomimo, tego, że wyjaśnienie tych okoliczności nie spowodowałyby niedopuszczalnych negocjacji w treści oferty – Izba zarzut uznała za niezasadny.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że w ramach oceny ofert nie ma miejsca na jakiegokolwiek interpretacje, bowiem gdyby uznać, że możliwe jest dokonywanie jakichkolwiek interpretacji to istota skodyfikowanego postępowania, gdzie dopuszczalne są jedynie niewielkie odstępstwa, enumeratywnie wyliczone (art. 87 ustawy) zostałyby naruszona. W rozpoznawanej sprawie w ocenie Izby Zamawiający nie dokonał niewłaściwego odczytania treści Formularza oferty, nie było tu konieczne dokonywanie żadnej wykładni, do której w tym zarzucie referuje Odwołujący. Zamawiający również nie naruszył żadnych

przepisów odnośnie wyjaśniania treści oferty. Fakt błędnej oceny informacji zawartych w treści Formularza oferty (co zostało wykazane w rozpoznaniu zarzut nr 1 i 2) w odniesieniu do wymagań SIWZ nie sposób utożsamiać z niewłaściwym odczytaniem treści oferty. Podobnie jak w przypadku zarzutu nr 3 fakt, że ocena oferty Odwołującego w kryterium doświadczenie kierownika robót mostowych została przeprowadzona w sposób niezgodny z postanowieniami dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może automatycznie powodować, że doszło do naruszenia wskazanych przepisów. Zamawiający dokonał oceny informacji przedstawionych w Formularzu oferty w zakresie kryterium doświadczenia kierownika robót mostowych i ocenił je podając uzasadnienie swojej decyzji, które jak wynika z rozpoznania zarzutu nr 1 i 2, wskazywało na niewłaściwą ocenę w przyzmacie postanowień SIWZ.

W ramach procedury nie było w ocenie Izby podstawy do żądania od wykonawcy wyjaśnień treści Formularza ofertowego, Odwołujący nie wskazał, jakie elementy oferty winny być wyjaśnione i dlaczego. Podkreślenia wymaga, że procedura wyjaśnienia treści oferty jest uprawnieniem a nie obowiązkiem Zamawiającego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zmianami). Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: