

prof. nadzw. dr hab. Przemysław Drapała
Radca prawny

Andrzej Sokolowski
Radca prawny

dr Marcin Chomiuk
Radca prawny

Maciej Chrzan, LL.M.
Radca prawny

Wojciech Bazan
Adwokat

Jakub Majewski
Adwokat

Wojciech Merkwa
Radca prawny

Jakub Abramowicz
Adwokat

Adrian Andrychowski
Adwokat

Magdalena Bartnik
Adwokat

Małgorzata Daniluk
Radca prawny

Dorota Dąbrowska
Doradca podatkowy

Michał Drozdowicz
Radca prawny

Piotr Duma
Radca prawny

Iwo Franaszczyk
Adwokat

dr Łukasz Goniak
Adwokat

Konrad Gortad
Adwokat

Arkadiusz Górski
Adwokat

Daria Gromotka
Radca prawny

Maciej Grzybowski
Radca prawny

Jakub Oliver Hottewitzsch
Adwokat

Michał Jagielski
Ekspert podatkowy

Katarzyna Jakubowska-Kaleta
Radca prawny

Zbigniew Jara
Radca prawny / Rechtsanwalt

Barbara Kaczała
Radca prawny

Ewelina Kęciak
Adwokat

Ludwina Klein, LL.M.
Adwokat

Artur Krepa
Radca prawny

dr Jacek Kudła, LL.M.
Radca prawny

dr hab. Bogusław Lackoroński
Radca Prawny

Marcin Lewiński
Adwokat

Maria Łabno
Adwokat

Jaśmina Łyczewska
Adwokat

Karol Macias
Radca prawny

Anna Matusiak-Wekiera
Radca prawny

Ewa Mońdział
Radca prawny

Mariusz Nowakowski, MLE
Adwokat

Anna Nowodworska
Adwokat

dr Joanna Ostojńska-Kołodziej
Adwokat

Emilia Putra
Radca prawny

Wiktor Rainka
Adwokat

Justyna Solarska
Adwokat

Honorata Twaróg
Radca prawny

Michał Urbański
Adwokat

Anna Wójcik
Adwokat

Kinga Zagrajek
Adwokat

Magdalena Zasiewska
Doradca podatkowy

Warszawa, 26 czerwca 2023 r.

Do:

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący:

wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. - Lider
ul. al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa
KRS: 0000595576

Polimex Mostostal S.A. - Partner
ul. al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa
KRS: 0000022460

reprezentowany przez:

r.pr. Wojciecha Merkwę
adw. Łukasza Goniaka

adres do doręczeń:

JDP DRAPAŁA & PARTNERS Sp. j.
ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa
tel.: +48 22 246 00 30

adres poczty elektronicznej:

e-mail: wojciech.merkwa@jdp-law.pl
lukasz.goniak@jdp-law.pl

Zamawiający:

Powiat Ostrołęcki
Plac Gen. J. Bema 5, 07-410 Ostrołęka
jednostka prowadząca postępowanie:
Zarząd Dróg Powiatowych w Ostrołęce
ul. Lokalna 2, 07-410 Ostrołęka
tel.: (29) 769-26-21, (29) 769-49-20
zdpo-ka@wp.pl

adres poczty elektronicznej:

ODWOŁANIE

Działając w imieniu konsorcjum wykonawców w składzie – Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w

Warszawie (łącznie „**Odwolujący**”), w oparciu o udzielone pełnomocnictwo (odpis pełnomocnictw wraz z informacją z Krajowego Rejestru Sądowego oraz dowodem uiszczenia opłaty skarbowej w załączeniu), ubiegającego się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, którego przedmiotem jest „*Budowa mostu na rzece Narew wraz z dojazdami. Budowa przeprawy mostowej przez rzekę Narew wraz z drogą dojazdową łączącą drogę krajową nr DK 61 w miejscowości Teodorowo, Gmina Rzekuń, Powiat Ostrołęcki, z drogą powiatową nr 2539W w miejscowości Łęg Przedmiejski, Gmina Lelis, Powiat Ostrołęcki, Województwo Mazowieckie*” (nr postępowania: DT.252.I.39.2022, „**Postępowanie**”) prowadzonym przez zamawiającego: Powiat Ostrołęcki, w imieniu i na rzecz którego Postępowanie prowadzi Zarząd Dróg Powiatowych w Ostrołęce („**Zamawiający**”), niniejszym na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych („**Pzp**”), wnoszę odwołanie wobec następujących czynności podjętych przez Zamawiającego:

- (1) przyznania ofercie złożonej przez konsorcjum wykonawców w składzie: Domost Sp. z o.o. z siedzibą w Małkini Górnej (Lider), Mostostal Kielce S.A. z siedzibą w Kielcach, Raitil Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (łącznie „**Konsorcjum Domost**”) maksymalnej (10) liczby punktów w ramach kryterium pozacenowego „Doświadczenie Kierownika budowy – Kierownika Robót Mostowych”;
a w konsekwencji,
- (2) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, za którą uznana została oferta złożona przez Konsorcjum Domost.

I. Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów tj.:

- (1) **art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5 Pzp** poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Domost na skutek nieuzasadnionego przyznania ofercie złożonej przez Konsorcjum Domost maksymalnej (10) liczby punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika Budowy – Kierownika Robót Mostowych”, podczas gdy osoba wskazana na to stanowisko – p. Dawid Wasilow – nie posiada wymaganego doświadczenia pozwalającego przyznać Konsorcjum Domost punkty w tym kryterium, albowiem p. Dawid Wasilow nie uczestniczył w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia przy inwestycji pn.: „*Budowa Trasy Mostu Północnego w Warszawie etap I – odcinek od węzła ul. Marymoncka do węzła ul. Modlińska w ciągu drogi krajowej nr 61*”, która wskazana została przez Konsorcjum Domost w tabeli dot. kryteriów oceny ofert, co w świetle postawionych w kryterium oceny ofert jednoznacznych wymogów wyklucza możliwość akceptacji przedstawionego doświadczenia i w konsekwencji wyklucza możliwość przyznania Konsorcjum Domost maksymalnej liczby punktów w tym kryterium;

a w konsekwencji powyższego

- (3) **art. 16 ust. 1 Pzp** poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.
- II. Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) oraz b) Pzp **wnoszę o** rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:
 - (1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta Konsorcjum Domost;
 - (2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności niewykazania przez Konsorcjum Domost spełnienia kryteriów oceny ofert w zakresie doświadczenia Kierownika budowy – Kierownika Robót Mostowych i, w konsekwencji, przyznanie Konsorcjum Domost 0 (zero) punktów w ramach analizowanego kryterium;
 - (3) uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Odwołującego;
 - III. Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 Pzp **wnoszę o** dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;
 - IV. Na podstawie art. 573 Pzp **wnoszę o** zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa, bowiem gdyby Zamawiający przeprowadził czynności w Postępowaniu zgodnie z przepisami Pzp, prawidłowo ocenił dokumenty przedłożone przez Konsorcjum Domost, wówczas nie przyznałby Konsorcjum Domost maksymalnej (10) liczby punktów w kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika Budowy – Kierownika Robót Mostowych” i to oferta Odwołującego uplasowałaby się na pierwszym miejscu w rankingu ofert.

Tym samym Odwołujący legitymuje się interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 nowego Pzp.

Termin na wniesienie odwołania

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu (oraz punktacji przyznanej poszczególnym ofertom) została przekazana przez Zamawiającego w dniu 16 czerwca 2023 r., co oznacza, że termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 26 czerwca 2023 r., tym samym odwołanie zostało złożone w terminie.

Pozostałe wymogi formalne

Do odwołania załączono dowód wniesienia wpisu w wymaganej wysokości oraz potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 grudnia 2022 r. pod numerem 2022/S 250-731698.

UZASADNIENIE

I. ISTOTNE DLA SPRAWY ELEMENTY STANU FAKTYCZNEGO

- Zamawiający prowadzi Postępowanie, przedmiotem którego jest budowa przeprawy mostowej przez rzekę Narew wraz z drogą dojazdową łączącą drogę krajową nr DK 61 w miejscowości Teodorowo, Gmina Rzekuń, Powiat Ostrołęcki, z drogą powiatową nr 2539W w miejscowości Łęg Przedmiejski, Gmina Lelis, Powiat Ostrołęcki, Województwo Mazowieckie.
- W ramach kryteriów oceny ofert Zamawiający zdecydował się premiować dodatkowe (wykraczające poza wymóg z warunku udziału) doświadczenie osoby predestynowanej do pełnienia funkcji Kierownika budowy – Kierownika Robót Mostowych („**Kryterium**”). Wskazane kryterium oceny ofert przedstawione zostało w Rozdziale XIX ust. 3 lit. a) Specyfikacji Warunków Zamówienia („**SWZ**”) (poniżej ostateczna treść kryterium oceny ofert - Zamawiający wprowadził w tym zakresie zmianę w dniu 22 marca 2023 r., zmiana ta jednak nie ma znaczenia z kontekście zarzutów odwołania):

a. Punkty w niniejszym kryterium zostaną przyznane w następujący sposób:

LP.	OPIS KRYTERIUM:	PRYZNANA PUNKTACJA:
1.	wskazanie <i>Kierownika budowy – Kierownika Robót Mostowych</i> posiadającego minimalne doświadczenie wymagane w Rozdziale VIII	0 punktów
2.	wskazanie <i>Kierownika budowy – Kierownika Robót Mostowych</i> posiadającego większe doświadczenie tj. doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Mostowych podczas realizacji 2 zadań obejmujących budowę lub rozbudowę lub przebudowę obiektu mostowego stałego (nie tymczasowego), tj. mostu lub wiaduktu lub estakady (nie kładki) o minimalnej ilości przęseł – 4, w tym min. 1 przęsło o rozpiętości teoretycznej min. 60m wraz z udziałem w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia.	10 punktów

- Dodatkowe punkty w ramach Kryterium można było zatem uzyskać w przypadku wykazania, że osoba predestynowana do pełnienia funkcji Kierownika budowy – Kierownika Robót Mostowych posiada doświadczenie zdobyte podczas realizacji dwóch zadań o parametrach wskazanych w treści warunku udziału (rozdział VIII ust. 2 pkt 4 lit. b). Treść warunku udziału oraz Kryterium pozostawała identyczna, co szczególnie istotne w kontekście zarzutów odwołania, w **jednym i drugim wymogu Zamawiający oczekiwał, aby doświadczenie obejmowało „udział w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu zamówienia”**.
- W celu uzyskania maksymalnej liczby punktów w powyższym Kryterium Konsorcjum Domost wraz z ofertą, w załączniku 1a do SWZ, przedstawiło osobę

Pana Dawida Wasilowa, któremu przypisano doświadczenie zawodowe na stanowisku Kierownika Robót Mostowych w następujących inwestycjach:

- 1) „Budowa drogi ekspresowej S-2 Południowa Obwodnica Warszawy na odcinku od węzła „Puławska” do węzła „Lubelska” Zadania „B” – od węzła Przyczółkowa (z węzłem, km około 5+050,00) do węzła „Wał Miedzeszyński” (z węzłem, km około 11+500,00) o długości ok. 6,5 km”;
 - 2) „Budowa Trasy Mostu Północnego w Warszawie etap I – odcinek od węzła ul. Marymoncka do węzła ul. Modlińska w ciągu drogi krajowej nr 61” („**Budowa Mostu Północnego**”).
5. Pismem z dnia 16 czerwca 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta złożona przez Konsorcjum Domost. W informacji o wynikach Postępowania, w tabeli opisującej i przedstawiającej liczbę przyznanych punktów, Zamawiający wskazał, iż przyznał Konsorcjum Domost maksymalną (10) liczbę punktów w Kryterium. Oznacza to, że Zamawiający uznał, że obie wskazane powyżej inwestycje spełniają nakreślone w SWZ wymagania.
6. Jak zostanie wykazane w dalszej części odwołania, Zamawiający niesłusznie przyznał Konsorcjum Domost maksymalną liczbę punktów w Kryterium, albowiem doświadczenie p. Dawida Wasilowa zdobyte w ramach Budowy Mostu Północnego nie spełnia wszystkich parametrów opisanych w Kryterium – **Pan Wasilow nie uczestniczył bowiem w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu zamówienia.**

II. UZASADNIENIE PRAWNE

II.1. ANALIZA KRYTERIUM OCENY OFERT W ZAKRESIE DOŚWIADCZENIA KIEROWNIKA BUDOWY – KIEROWNIKA ROBÓT MOSTOWYCH

7. W ramach Kryterium postawionego w niniejszym Postępowaniu, Zamawiający wskazał, iż aby wykonawca mógł uzyskać maksymalną (10) liczbę punktów koniecznym jest przedstawienie osoby (tej samej, która wskazywana jest na stanowisko Kierownika budowy – Kierownika robót mostowych do spełnienia warunku udziału w Postępowaniu), która legitymowałaby się doświadczeniem zawodowym zdobytym na łącznie dwóch zadaniach (przy czym jedno obejmowało spełnienie warunku udziału), w ramach których:
- 1) wykonano budowę/rozbudowę/przebudowę obiektu mostowego stałego (nie tymczasowego), tj. mostu/wiaduktu/estakady (nie kładki),
 - 2) minimalna ilość wykonanych przęseł na wykonanym obiekcie mostowym wynosić miała 4, przy czym 1 przęsło winno być o rozpiętości teoretycznej min. 60 m,
 - 3) **osoba skierowana do pełnienia funkcji uczestniczyła w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia.**
8. Z literalnej treści Kryterium wynika zatem, że Zamawiającego interesowało przedstawienie doświadczenia przy realizacji dwóch zadań o określonych

parametrach, przy czym osoba legitymująca się odpowiednim doświadczeniem zawodowym winna była uczestniczyć czynnościach odbiorowych całego zadania, tj. w czynności kończącej realizację danej inwestycji.

9. Kluczowe znaczenie w kontekście wykładni analizowanego Kryterium oraz zarzutów odwołania ma okoliczność postawienia przez Zamawiającego wymogu posiadania przez osobę skierowaną do realizacji przedmiotu zamówienia doświadczenia nie tylko przy samej realizacji określonej inwestycji, która charakteryzowałaby się odpowiednimi parametrami, ale również doświadczenia związanego z udziałem w czynności kończącej realizację danej inwestycji. Nie sposób powyższych wymogów bowiem wyklądać w sposób odmienny, aniżeli w taki, iż aby Kryterium mogło zostać uznane za spełnione, a więc aby **Zamawiający mógł przyznać wykonawcy 10 punktów w ramach tego Kryterium, wykonawca winien był przedstawić osobę, która brała udział w odbiorze końcowym (czynności odbiorowe) danej inwestycji.** Jako „czynności świadczące o zakończeniu realizacji zamówienia” niewątpliwie rozumieć należy przekazanie zamawiającemu całości przedmiotu zamówienia, nie zaś tylko jego poszczególnych elementów w ramach odbiorów częściowych.
10. Za powyższą interpretacją przemawia niezbieżnie jednoznaczna (niebudząca wątpliwości) treść Kryterium, ale i nomenklatura, jaką posługuje się Zamawiający w analizowanym Kryterium. Dostrzec bowiem należy, iż w treści Kryterium Zamawiający wymaga przedstawienia doświadczenia w realizacji „zadania”, zaś dalsza część Kryterium wskazuje na zakończenie realizacji „zamówienia”. Przyjmując powszechnie rozumianą definicję „zadania” podkreślenia wymaga, iż rozumieć przez to należy „określenie celu, który należy osiągnąć lub wskazanie czynności, które należy wykonać”¹. Z kolei definicja „zamówienia” znajduje się w art. 7 pkt 32) Pzp zgodnie z którym przez zamówienie należy rozumieć „umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług”. Powyższe prowadzi więc do wniosku, iż użytą przez Zamawiającego nomenklaturę odczytywać należy jedynie w ten sposób, iż Zamawiającemu zależało na przedstawieniu doświadczenia, które nie było doświadczeniem „wpadkowym”, a takim, które znalazło swoje uwieńczenie w ukończeniu realizacji całej inwestycji (umowy/ zadania/ zamówienia).
11. Na marginesie na uwagę zasługuje, że nic nie stało na przeszkodzie, aby Zamawiający posłużył się w treści warunku oraz kryterium innymi pojęciem, jak np. „roboty budowlane”, „obiekt” etc. W takim zatem przypadku wykonawca posługujący się doświadczeniem danej osoby nie musiałby wykazywać jej uczestnictwa w końcowych czynnościach odbiorowych zadania/ zamówienia/ umowy, lecz jedynie obiektu czy roboty budowlanej. Zamawiający zdecydował się jednak premiować tylko takie doświadczenie, które związane było z uczestnictwem w czynnościach odbiorowych właściwych dla całego zadania. Wymóg ten nie był przez wykonawców kwestionowany, uznać go należy zatem za definitywny i bezwzględnie wiążący. Nawiasem mówiąc – takie wymaganie postawione przez Zamawiającego nie budzi wątpliwości (pomijając fakt, iż obecny etap nie jest

¹ <https://pl.wikipedia.org/wiki/Zadanie>

właściwym dla zadawania pytań o sens sformułowanego wymagania). Bezsporne jest, że, z perspektywy faktycznego doświadczenia, udział członka personelu w czynnościach odbiorowych całego zadania ma doniosłe znaczenie i w istotny sposób wpływa na to doświadczenie wpływa.

12. W Kryterium brak jest zatem odniesień do pojęć, które sugerowałyby, iż spełnienie wymogów Kryterium nastąpiłoby już po wykonaniu części inwestycji bądź jej fragmentu. Nie sposób też przyjąć, by taka interpretacja tego Kryterium mogła płynąć z literalnej treści Kryterium, która w sposób jasny ukierunkowuje odbiorcę tej treści, iż aby uzyskać dodatkowe punkty w ramach Kryterium konieczne jest uczestnictwo w końcowej procedurze odbiorowej danego zamówienia.
13. Niezależnie od powyższego, podkreślenia niewątpliwie również wymaga fakt, że ukształtowane przez Zamawiającego **Kryterium musi być odczytywane tak, jak brzmi - zgodnie z treścią, jaka została zawarta w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego**. W konsekwencji, ocena spełnienia przez wykonawcę Kryterium powinna być przeprowadzona w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie badania i oceny oferty w Postępowaniu oraz gwarantuje poszanowanie podstawowych zadań postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak równe traktowanie wykonawców, uczciwa konkurencja oraz przejrzystość.
14. Podkreślić należy, iż na etapie badania i oceny ofert nie można interpretować wymagań specyfikacji w sposób szerszy niż to wynika z literalnego brzmienia warunku, albowiem prowadziłoby to do nieuprawnionej zmiany albo co najmniej istotnej modyfikacji kryterium oceny ofert, co powodowałoby w konsekwencji naruszenie powyższych zasad. Mówiąc wprost – Zamawiający mógłby w sposób dowolny i arbitralny wybierać wykonawców, którzy ostatecznie zrealizują zamówienie, co właściwie przekreśla istotę zamówień publicznych (konkurencyjność; uczciwą rywalizację wykonawców etc.).
15. **Należy podkreślić, że kryteria oceny ofert, również z uwagi na ich „gratyfikujący” charakter, tj. możliwość „ulepszenia” oferty wykonawcy w postępowaniu, muszą być interpretowane w sposób ścisły**. Tym dalej zatem należy wskazać w tym miejscu obowiązek literalnej wykładni postanowień SWZ, która zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiających na etapie badania i oceny ofert. Powyższe potwierdza jednolita linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej, np.: w wyroku z dnia 3 października 2014 r. Izba potwierdziła, iż *„Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskazują, iż **przy interpretowaniu postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy co do zasady stosować literalną wykładnię ich treści, co zapobiega uznaniowości na etapie oceny ofert wykonawców, którzy wyrazili wolę udziału w postępowaniu. Wobec tego przy wykładni znaczenia postanowień siwz należy kierować się zwykłym znaczeniem słów, wyrażen i zwrotów, ustalonym z uwzględnieniem reguł***

znaczeniowych i składniowych języka polskiego.². O konieczności ścisłego interpretowania kryteriów oceny ofert wypowiedziała się zaś Izba w wyroku z dnia 29 grudnia 2016 r.: „**Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie, jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Szczególnie wybór oferty winien być dokonywany stricte według zasad przewidzianych w s.i.w.z. - na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji.**”³.

16. Uwzględniając więc powyższe stanowisko przyjąć należy, iż literalna wykładnia analizowanego Kryterium jednoznacznie pozwalała przyjąć, iż osoba skierowana na stanowisko Kierownika budowy – Kierownika robót mostowych, poza doświadczeniem przy inwestycji o odpowiednich parametrach winna była również uczestniczyć w czynnościach związanych z odbiorem zakończającym realizację całej inwestycji. Zamawiający w toku badania i oceny oferty Konsorcjum Domost przyjął, iż doświadczenie p. Dawida Wasilowa potwierdza Kryterium. Jak zostanie wykazane ocena ta obarczona jest zasadniczym błędem.

II.2. OSOBA WSKAZANA NA STANOWISKO KIEROWNIKA PRZEZ KONSORCJUM DOMOST NIE NABYŁA W RAMACH BUDOWY MOSTU PÓŁNOCNEGO DOŚWIADCZENIA ZAWODOWEGO UZASADNIAJĄCEGO PRZYZNANIE MAKSYMALNEJ LICZBY PUNKTÓW

17. W celu uzyskania maksymalnej liczby punktów w Kryterium Konsorcjum Domost dla osoby, którą wskazała na spełnienie warunku udziału, tj. p. Dawida Wasilowa, przedstawiło 2 inwestycje, w tym (jako drugą, wykraczającą poza inwestycję na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału) zadanie – Budowa Mostu Północnego. Co istotne – informacje identyczne do tych, które przedstawione zostały w załączniku nr 1a do SWZ (składanym wraz z ofertą) Konsorcjum Domost przedstawiło na wezwanie Zamawiającego w oparciu o art. 126 ust. 1 Pzp (tj. w wykazie osób – załącznik nr 8).
18. Z powziętych przez Odwołującego informacji wynika jednoznacznie, że zadanie Budowa Mostu Północnego nie spełnia łącznie wszystkich trzech parametrów, jakich wymagał Zamawiający w postawionym Kryterium – a mianowicie – **p. Dawid Wasilow nie uczestniczył w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia.**
19. Dokumenty obrazujące realizację zadania Budowa Mostu Północnego wskazują, że w toku realizacji tej inwestycji obowiązki kierownika robót mostowych sprawowało kilka osób: **Artur Mańkowski, Paweł Książek, Michał Trzeciak oraz p. Dawid Wasilow.** Pan Dawid Wasilow był jednym z nich (okoliczność niekwestionowana przez Odwołującego) jednakże **nie uczestniczył on w czynnościach odbiorowych zadania.**
20. Powyższe znajduje potwierdzenie w dokumencie stanowiącym **Protokół Odbioru Ostatecznego Zadania, który spisany został w dniu 21 grudnia 2012 roku.**

² Sygn. KIO 1953/14.

³ Sygn. KIO 2342/16.

W jego treści nie sposób doszukać się nazwiska p. Dawida Wasilewa. Wśród osób uczestniczących w czynnościach odbiorowych z ramienia wykonawców realizujących zadanie brali udział (w charakterze Kierownika Budowy) – p. Jarosław Moroz (który pełnił funkcję kierownika budowy w okresie od 28 kwietnia 2009 r. do 14 czerwca 2009 r.) oraz p. Arkadiusz Arciszewski (który pełnił funkcję Kierownika Budowy do 15 czerwca 2009 r. do 28 września 2012 r.) oraz **p. Artur Mańkowski (pełniący funkcję kierownika robót mostowych). Pana Dawida Wasilowa nie sposób również doszukać się na liście Komisji Odbiorowej:**

8. Komisja Odbioru

(w/g Zarządzenia Nr 149/2012 Dyrektora Zarządu Miejskich Inwestycji Drogowych z dnia 03.10.2012r.)

1. Przewodniczący Komisji:

- 1. Pan Andrzej Makowelski – ZMID

2. Członkowie Komisji:

- 1. Pani Jolanta Żuchowicz – ZMID
- 2. Pan Maciej Osiecki – ZMID
- 3. Pan Maciej Jastrzębski – ZMID
- 4. Pan Artur Czubaszek – ZMID
- 5. Pan Sławomir Dąbrowski – ZMID
- 6. Pan Paweł Dudek – ZMID
- 7. Pani Beata Filipowicz – ZMID
- 8. Pan Henryk Kuć – ZBM IZ
- 9. Pan Dżyzław Szeląg – ZBM IZ
- 10. Pan Arkadiusz Arciszewski – P.R.I. Pol-Aqua S.A
- 11. Pan Artur Mańkowski – Sando Budownictwo Polska Sp. z o.o.
- 12. Pan Szymon Matusiak – Kromiss-Bis Sp. z o.o.

3. Komisja dokonywać będzie czynności odbioru przy udziale:

- 1. Pani Urszula Włodarczyk Zarząd Dróg Miejskich
- 2. Pan Andrzej Walewski Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o.
- 3. Pan Dariusz Czop Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o.

Strona 6/13

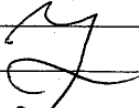
Dowód: Protokół odbioru ostatecznego z dnia 21 grudnia 2012 r.

21. Identycznych wniosków dostarcza lektura wspomnianych dzienników budowy z inwestycji Budowa Mostu Północnego (wobec jednoznacznej informacji wynikającej z Protokołu odbioru ostatecznego wpisy do dzienników budowy należy traktować uzupełniająco, niemniej jednak,, w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości, zostaną one również przedstawione na rozprawie). Ich analiza prowadzi do wniosku, że p. Wasilow brał udział jedynie w czynności zgłoszenia do odbioru zabezpieczenia antykorozyjnego konstrukcji stalowej nitek M1, M2, M3 (ostatni wpis p. Dawida Wasilowa w Dzienniku Budowy), zaś w toku pełnionej przez siebie funkcji Kierownika Robót Mostowych (którą to funkcję pełnił na

Zadaniu przez niecałe 9 miesięcy) czynności p. Wasilowa skupiały się w znacznej mierze na pracach antykorozyjnych, zgłoszeniach do odbioru zbrojeń, deskowań, wpustów czy weryfikacji badań betonu.

22. Co istotne w kontekście powyższego zakresu obowiązków p. Wasilowa - odbiór wskazanej części (zabezpieczenia antykorozyjnego konstrukcji stalowej) nastąpił w dniu 23 listopada 2011 r., zaś **czynność odbiorowa świadcząca o zakończeniu realizacji zamówienia miała miejsce ponad rok później, tj. 21 grudnia 2012 roku (przy tej czynności p. Wasilow nie uczestniczył)**. To właśnie w dniu 23 listopada 2011 r. p. Dawid Wasilow po raz ostatni wpisał się do Dziennika Budowy. Ostatnim dokumentem na jakim widnieje nazwisko p. Wasilowa jest z kolei protokół z 15 czerwca 2012 r. dot. odbioru technicznego elementu robót. Z tego też względu nie można przyjąć, by brał od udział w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia. Poniżej przedstawione zostały fragmenty dzienników budowy zawierające wpisy p. Wasilowa:

02.03. 2011	Dawid Wasilow Kierownik Robót	W dniu obecnym przejmuję do zakresu swoich obowiązków prace związane z wykonaniem zabezpieczenia antykorozyjnego konstrukcji stalowej.
10.10 2011	Dawid Wasilow Kierownik Robót	Zgłoszenie do odbioru wykonanej robót płyty pomostu nr 13. Wymagane w SST badania mieszki "pull-off" wykonano obrotowymi metodami. <i>Dawid Wasilow</i>
11.05 2011	Dawid Wasilow Kierownik Robót	W dniu obecnym zabetonowano drzwi - 6 sztuk - M4. <i>Dawid Wasilow</i>
3.08 2011 3.08. 2011	Dawid Wasilow Kierownik Robót Dawid Wasilow Kierownik Robót	Zabetonowano sekcje 11a i 11b płyty pomostu M1. <i>Dawid Wasilow</i> W związku z odparciem przez beton wymaganej wytrzymałości (min 75% proj.) przeprowadzono badania sekcji 11a/11b. Wyniki badań betonu: <i>Dawid Wasilow</i> fal/moat/272/VI/M/3dm/30

Lp 11 2011	David Wasilow Kierownik Robót	<p>reinvidek - stropach</p> <p>Zgłoszam do odbioru zabezpieczone antykorozyjne konstrukcje stalowe (pow. wewnętrzne) wykonane na doświadczone wymagane grubości 520 µm na nitce H3 od podpory P10 do P110 ; na nitce H2 od podpory P10 do P110. Dokonano 8655 pomiarów grubości. Uzyskano minimalną grubość 289 µm, maksymalną 860 µm. Średnia grubość 492 µm</p> 
---------------	----------------------------------	---

23. Charakter, jak i sam zakres wykonywanych przez p. Dawida Wasilowa czynności, przesądza, iż p. Wasilow nie ma doświadczenia wymaganego postawionym przez Zamawiającego w treści Kryterium. Czynności, którymi p. Wasilow kierował i nadzorował skupiały się na wąskim wycinku realizacji całego zadania i nie świadczą o tym (co dobitnie wynika z dokumentów zadania), by p. Wasilow brał udział w odbiorze kończącym realizację zamówienia.
24. Powyższe okoliczności jednoznacznie przesądzają o tym, iż w ramach przedstawionego przez Konsorcjum Domost zadania Budowa Mostu Północnego nie został spełniony wymóg pozwalający uznać doświadczenie zawodowe p. Dawida Wasilowa za prawidłowe w świetle wymagań Zamawiającego – a mianowicie uczestnictwo w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia. Pan Dawid Wasilow nie brał bowiem udziału w czynności kończącej realizację całego zamówienia. Oznacza to, że przyznanie Konsorcjum Domost 10 punktów w ramach Kryterium jest czynnością wadliwą.

II.3. BRAK MOŻLIWOŚCI WEZWANIA KONSORCJUM DOMOST DO UZUPEŁNIENIA DOŚWIADCZENIA PRZEDSTAWIONEGO W CELU UZYSKANIA PUNKTÓW W RAMACH KRYTERIUM

25. W tym miejscu Odwołujący pragnie zaznaczyć, iż w niniejszych okolicznościach nie jest możliwe wezwania Konsorcjum Domost do uzupełnienia doświadczenia celem spełnienia Kryterium. Wykaz stanowiący załącznik nr 1a do oferty, w którym wykonawcy wskazać mieli doświadczenie Kierownika budowy - Kierownika Robót mostowych stanowi element oferty, która nie może ulec zmianom po jej złożeniu w Postępowaniu. W tym bowiem przypadku orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej restrykcyjnie wskazuje na zasadę niezmienności oferty i brak możliwości korekty dokumentów odnoszących się do kryteriów oceny oferty. Na brak możliwości uzupełnienia oferty w zakresie kryterium oceny ofert zwróciła uwagę Izba chociażby w wyroku z dnia 27 stycznia 2020 r.: „Dopuszczenie możliwości uzupełniania dokumentów podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert jest zdaniem Izby niedopuszczalne. **Zakres oferty służący do jej**

oceny w ramach kryteriów oceny ofert nie podlega uzupełnieniu po upływie terminu składania ofert⁴. Podobne stanowisko wyrażone zostało przez Izbę w wyroku z dnia 3 czerwca 2015 r.: „**Ustawodawca nie przewidział możliwości zastosowania ww. trybów w zakresie kryteriów oceny ofert. Stosowanie uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów na użytek kryteriów oceny oferty mogłoby w prosty sposób prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.**”⁵. Także w wyroku z dnia 10 sierpnia 2020 r.: „Można to zobrazować na przykładzie przejścia podziemnego PG-20. Wykonawca nie musiał w wykazie wskazywać obiektu w ramach inwestycji, na którą się powoływał, ale wskazał ten obiekt i stanowi to część jego oświadczenia. Jeśli realizacja ta odnosiłaby się do warunku udziału w postępowaniu, mógłby to oświadczenie skorygować w ramach uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazując inny obiekt. Natomiast w przypadku zakwalifikowania tej realizacji w ramach kryterium oceny ofert, oświadczenie to nie może zostać zmienione i nie może zostać wskazany nowy obiekt, nawet w ramach tej samej realizacji - nie ma bowiem przepisu zezwalającego na takie działanie, a sama czynność byłaby niezgodna ze stanowiskiem zabraniającym zmiany treści oferty po jej złożeniu wyrażanym wielokrotnie w orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, np. w sprawie C-599/10 czy C-131/16.”⁶.

26. Ponadto, brak możliwości uzupełnienia doświadczenia umożliwiającego zdobycie dodatkowych punktów w ramach Kryterium – a co za tym idzie – samego *stricte* dokumentu stanowiącego załącznik nr 1a do oferty potwierdził sam Zamawiający w treści tego załącznika wskazując, że: „Zamawiający informuje, że niniejszy załącznik do oferty nie stanowi dokumentu składanego w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wobec czego art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp nie ma zastosowania.”.
27. Powyższe tym dalej potwierdza, iż na tle niniejszego Postępowania Zamawiający nie będzie pozostawał uprawniony do umożliwienia Konsorcjum Domost jakiegokolwiek ingerencji w złożony wykaz doświadczenia p. Wasilowa.

Z wyżej opisanych względów odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Wojciech Merkwa
radca prawny

⁴ Sygn. KIO 81/20.

⁵ Sygn. KIO 1030/15.

⁶ Sygn. KIO 1282/20.

ZAŁĄCZNIKI

- Załącznik 1** Pełnomocnictwa
- Załącznik 2** Opłata skarbową za pełnomocnictwa
- Załącznik 3** Odpis z Krajowego Rejestru Sądowego
- Załącznik 4** Dowód uiszczenia wpisu
- Załącznik 5** Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu
- Załącznik 6** Protokół odbioru ostatecznego z 21 grudnia 2012 r.