

Sygn. akt: KIO 1995/18

WYROK

z dnia 25 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Luiza Łamejko**

Danuta Dziubińska

Ewa Kisiel

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 października 2018 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Roverpol Sp. z o.o. i Rover Alcisa S.A., ul. Przemysława Gintrowskiego 30 lok. 221, 02-697 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Szczecin, Pl. Armii Krajowej 1, 70-456 Szczecin** przy udziale **wykonawcy Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Roverpol Sp. z o.o. i Rover Alcisa S.A., ul. Przemysława Gintrowskiego 30 lok. 221, 02-697 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Roverpol Sp. z o.o. i Rover Alcisa S.A., ul. Przemysława Gintrowskiego 30 lok. 221, 02-697 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

Roverpol Sp. z o.o. i Rover Alcisa S.A., ul. Przemysława Gintrowskiego 30 lok. 221, 02-697 Warszawa na rzecz Gminy Miasta Szczecin, Pl. Armii Krajowej 1,

70-456 Szczecin kwotę 2 038 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści osiem złotych zero groszy) poniesioną tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 poz. 1579 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 Szczecinie.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1995/18

Uzasadnienie

Gmina Miasto Szczecin (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę ciągów komunikacyjnych DK 31 – rozbudowa skrzyżowania ul. Floriana Krygiera z ul. Granitową z odcinkiem drogi w kierunku A6. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 poz. 1986), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 31 stycznia 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2018/S 021-043321.

W dniu 1 października 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Roverpol Sp. z o.o. i Rover Alcisa S.A. (dalej: „Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego:

- (i) nieuzasadnionego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Budimex S.A.; (ii) zaniechania wykluczenia wykonawcy Budimex S.A. z postępowania, pomimo iż wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;
- (iii) przyznania ofercie złożonej przez Budimex S.A. maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium pozacenowego odnoszącego się do personelu wykonawcy;
- (iv) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

(i) art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania, że w niniejszej sprawie zmaterializowały się przesłanki, o których mowa w tych przepisach, gdy tymczasem Budimex S.A. przedstawiła nieprawdziwe, wprowadzające w błąd informacje odnośnie doświadczenia kadry kierowniczej, które pozwoliły temu wykonawcy uzyskać dodatkowe punkty w ramach kryteriów oceny ofert polegające na:

- przypisaniu panu M.W. doświadczenia na stanowisku kierownika budowy w inwestycji pn. „Przebudowa odcinka drogi krajowej nr 3 w Gorzowie Wlkp. - ulica Grobla - Most Staromiejski”, gdy tymczasem pan W. nie pełnił w ramach tej inwestycji funkcji kierownika budowy;

a w konsekwencji powyższego,

(ii) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący podniósł, że w sprawie zmaterializowały się wszystkie przesłanki łącznie występujące w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Budimex S.A. przypisał bowiem członkowi wskazywanego personelu doświadczenie, którego osoba ta w istocie nie nabyła, co skutkować powinno wykluczeniem Budimex S.A. z postępowania. Odwołujący stwierdził, że doświadczenie przyszłego kierownika budowy miało dla Zamawiającego istotne znaczenie, co znalazło odzwierciedlenie w możliwości uzyskania pięciu lub dziesięciu dodatkowych punktów. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że przyzna dodatkowe punkty jedynie w sytuacji, gdy osoba ta piastowała w ramach referencyjnych inwestycji funkcję kierownika budowy lub kierownika robót drogowych. Takiego przywileju nie dawało natomiast pełnienie funkcji kierownika robót mostowych.

Odwołujący podał, że jak wynika z informacji, w posiadanie których wszedł Odwołujący, pan M.W. nie pełnił funkcji kierownika budowy ani kierownika robót drogowych w ramach inwestycji „Przebudowa odcinka drogi krajowej nr 3 w Gorzowie Wlkp. - ulica Grobla - Most Staromiejski”. Sprawował on nadzór jedynie nad pracami mostowymi. Co więcej, inwestycja ta realizowana była w oparciu o trzy odrębne procedury zgłoszeniowe, czego odzwierciedleniem jest, że zawiadomienia do organu nadzoru (Wojewódzki Inspektorat Nadzoru Budowlanego w Gorzowie Wielkopolskim) zgłaszane były dla następujących przedsięwzięć:

a) „Przebudowa ulicy Grobla w ciągu drogi krajowej nr 3 w km 182+183 - 182+932,36 na terenie m. Gorzów Wlkp.”,

b) „Przebudowa ulicy Grobla w ciągu drogi krajowej nr 3 na odcinku w km 182+183 - 182+932,36 w Gorzowie Wlkp. w zakresie zagospodarowania wnętrza ronda u zbiegu ulic Grobla, Wał Okrężny i Przemysłowa wraz z niezbędną infrastrukturą”,

c) „Nadbudowa mostu Staromiejskiego nad rzeką Wartą wraz z przebudową drogi dojazdowej - ul. Grobla na terenie miasta Gorzowa Wlkp.”.

Odwołujący stwierdził, że pan W. pełnił funkcje w zakresie kierowania pracami mostowymi jedynie w zakresie ostatniego z wymienionych przedsięwzięć (lit. c). To z kolei uniemożliwia zakwalifikowanie doświadczenia pana W. jako spełniającego wymogi SIWZ nie tylko z uwagi na charakter nadzorowanych prac (prace mostowe), ale i pozostałe

wymogi z Rozdziału V pkt 2.2) lit. b) b2) SIWZ, takie jak wartość (40 000 000 zł brutto) oraz klasa drogi (min. G). Uczestnictwo pana W. jedynie przy zadaniu „Nadbudowa mostu Staromiejskiego nad rzeką Wartą wraz z przebudową drogi dojazdowej - ul. Grobla na terenie miasta Gorzowa Wlkp.” nie pozwala bowiem na uznanie, że wymogi te zostały spełnione (zakres prac w ramach tego zadania nie spełnia wymogów Zamawiającego), a tym samym, że nabył on stosowne doświadczenie.

Jak wskazał Odwołujący, nie ulega wątpliwości, że na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie ciąży szczególny obowiązek weryfikacji prawdziwości przekazywanych informacji. Powyższe nabiera szczególnego znaczenia w sytuacji, gdy Zamawiający opiera swoją ocenę (a co za tym idzie, decyzję o przyznaniu dodatkowych punktów) na oświadczeniach wykonawcy (w odróżnieniu od np. doświadczenia wykonawcy, które potwierdzone jest referencjami). Dodatkowo Odwołujący podniósł, że sporna inwestycja miała miejsce ponad 10 lat temu, co z oczywistych względów jest okolicznością stanowiącą dodatkowe utrudnienie dla podmiotu zabiegającego o jej weryfikację.

Odwołujący podniósł, że zarówno w przypadku art. 24 ust. 1 pkt 16, jak i pkt 17 ustawy Pzp ustawodawca wskazał na „błąd” jako skutek działania wykonawcy. Jak podał Odwołujący, z orzecznictwa wynika, że przez błąd należy rozumieć rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości gospodarza postępowania. W przypadku dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp niezbędne jest zaistnienie stanu dokonanego, tj. wywołanie sytuacji, w której wykonawca poprzez przedstawienie informacji wywołał w świadomości zamawiającego fałszywe wyobrażenie o rzeczywistości.

Odwołujący zwrócił uwagę, że z odmienną sytuacją mamy do czynienia w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, gdzie ustawodawca nie oczekuje wywołania stanu „wprowadzenia w błąd”, lecz nakazuje sankcjonować już „przedstawienie informacji wprowadzających w błąd”. Potwierdza to orzecznictwo Izby: „Przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. posługuje się zwrotem w formie dokonanej – „wprowadził w błąd”, zatem podstawą wykluczenia w błąd nie może być sama próba bądź zamiar wprowadzenia zamawiającego w błąd, a jedynie faktyczne wywołanie u zamawiającego mylnego wyobrażenia o faktach dotyczących kwestii podlegania wykluczeniu wykonawcy, spełnienia warunków udziału lub kryteriów selekcji. Ustawodawca odmiennie ukształtował przesłankę wykluczenia wykonawcy wyrażoną w art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. - dla jej zaistnienia wystarczające jest samo przedstawienie (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) informacji „wprowadzających w błąd” zamawiającego, które to informacje mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Z powyższego wynika, że po stronie zamawiającego nie musi powstać mylne wyobrażenie o faktach, na skutek przedstawionych przez wykonawcę informacji, wystarczającym jest, iż takie wyobrażenie mogło powstać. Istotna jest sama treść informacji i to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości zamawiającego, niezależnie od okoliczności czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło” (wyrok KIO z dnia 2 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2007/17, KIO 2014/17). Istotą „błędu”, o którym mowa w analizowanym przepisie, jest więc próba wykreowania u zamawiającego przekonania, iż dana okoliczność/zdarzenie miały miejsce, podczas gdy w rzeczywistości tak nie było. Oczywiste jest przy tym, jak zauważył Odwołujący, że do takiego stanu doprowadzić musi swoim działaniem wykonawca poprzez przedstawienie nieprawdziwej informacji, która stała się (lub mogła się stać) źródłem błędnego przekonania zamawiającego o danej okoliczności/zdarzeniu. Warunkiem zaistnienia stanu błędu po stronie zamawiającego jest podanie przez wykonawcę informacji nieprawdziwych, nieodpowiadających rzeczywistości. Odwołujący wskazał, że powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby zapadłym na gruncie aktualnie brzmiących przepisów. W wyroku z dnia 18 kwietnia 2017 r. Izba stwierdziła: „Przez przedstawienie nieprawdziwych informacji (informacji wprowadzających w błąd) należy rozumieć m.in. złożenie przez wykonawcę własnego oświadczenia wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego), którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy” (sygn. akt KIO 576/17). A contrario - z wprowadzeniem zamawiającego w błąd nie będziemy mieli do czynienia wtedy, gdy informacja podawana przez wykonawcę jest prawdziwa (przy czym bez znaczenia jest, czy pozwala ona na uznanie, że wykonawca spełnia warunek czy też nie).

Odwołujący podkreślił, że z taką właśnie klasyczną konstrukcją błędu mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Budimex S.A. oświadczyła, że członek kadry zarządzającej spełnia wymóg pozwalający na uznanie warunków za spełnione oraz przyznanie dodatkowych punktów. Informacja ta okazała się jednoznacznie nieprawdziwa, co musiało skłonić Zamawiającego do obligatoryjnego wykluczenia Budimex S.A. z postępowania.

Na uwagę zasługuje, zdaniem Odwołującego, że Izba w swoich orzeczeniach rozstrzygała kwestię podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji właśnie na gruncie doświadczenia kadry. Tytułem przykładu Odwołujący wskazał

na wyrok z dnia 19 maja 2017 r.: „Bez wątpienia uznać należy, iż informacje związane z doświadczeniem osoby wskazanej na kierownika budowy mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, uznane zostały za wprowadzające Zamawiającego w błąd w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy” (sygn. akt KIO 859/17, KIO 894/17). Podobnie rozstrzygnęła Izba np. w wyroku z dnia 4 maja 2017 r., który również za podstawę miał wprowadzenie zamawiającego w błąd w kontekście doświadczenia przyszłego kierownika budowy (sygn. akt KIO 734/17).

Odwolujący wskazał ponadto, że określając stronę podmiotową w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp ustawodawca wskazał na lekkomyślność lub niedbalstwo (będące formami wprowadzenia w błąd wskazującymi na niższy stopień nieprawidłowości działań wykonawcy niż ten określony w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp). Jak wynika z orzecznictwa zarówno Izby, jak i sądów powszechnych, obowiązek starannego działania dotyczy zarówno zamawiających, jak i wykonawców. Odwołujący stwierdził, że jednym z przejawów staranności jest obowiązek przedstawiania zamawiającemu informacji opartych na prawdzie, rzetelnych i znajdujących odzwierciedlenie w faktach. Tylko w takim przypadku możliwe jest bowiem zadośćuczynienie podstawowemu celowi, jaki przyświeca regulacjom ustawy Pzp, jakim jest wybór oferty złożonej przez wykonawcę gwarantującego prawidłowe wykonanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych. Jak wskazuje Izba: „Nie może jednak umknąć, że przepis art. 24 ustawy Pzp ma stanowić przede wszystkim zabezpieczenie dla zamawiającego, że ma do czynienia z wykonawcą rzetelnym, który prawidłowo zrealizuje jego zamówienie. Niewątpliwie wykonawca rzetelny to wykonawca przedstawiający zamawiającemu prawdziwe, zgodne ze stanem faktycznym informacje. Naganność podania zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd jest oczywista i nie może podlegać dyskusji” (wyrok z dnia 13 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 185/18).

Odwolujący zwrócił też uwagę na wyrok KIO z dnia 12 maja 2017 r., w którym Izba stwierdziła: „Ponieważ do czynności zamawiającego i wykonawców podjętych w postępowaniu stosuje się z mocy art. 14 p.z.p. przepisy kodeksu cywilnego, zachowanie wykonawcy polegające na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd zamawiającego i mogących mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego należy oceniać cywilistycznie, czyli pod kątem dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia” (sygn. akt 782/17).

Odwolujący przywołał wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 października 2003 r., w którym Sąd orzekł: „Wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny. Jego zastosowanie w praktyce polega najpierw na dokonaniu wyboru modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania się dłużnika z takim wzorcem postępowania. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można osobie zobowiązanej postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje nie tylko niezgodność jego postępowania z modelem, lecz także uwarunkowana doświadczeniem życiowym możliwość i powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania. Miernik postępowania dłużnika, którego istota tkwi w zaniechaniu dołożenia staranności, nie może być formułowany na poziomie obowiązków nie dających się wyegzekwować, oderwanych od doświadczeń i konkretnych okoliczności” (sygn. akt V CK 311/02).

Jak stwierdził Odwołujący, wymóg dochowania przez wykonawcę należytej staranności znajduje odzwierciedlenie w obowiązku weryfikacji informacji, którymi wykonawca ten zamierza posłużyć się na etapie składania ofert: „Okres przeznaczony na opracowanie oferty, czyli okres od opublikowania lub zamieszczenia ogłoszenia o postępowaniu do upływu terminu składania ofert powinien być wykorzystany przez wykonawcę nie tylko do sporządzenia i złożenia oferty, ale także na sprawdzeniu czy podane w ofercie informacje odpowiadają prawdzie i nie będą mogły wprowadzić zamawiającego w błąd w zakresie mogącym mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia” (wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1085/17). W ocenie Odwołującego, poza sferą jakichkolwiek wątpiwości pozostaje również to, że informacje dotyczące spełnienia warunków czy kryteriów pozacenowych mieszczą się w katalogu tych, które ustawodawca określił jako „mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”. Niejednokrotnie bowiem zdarza się, że oferta zawierająca wyższą cenę jest wybierana w postępowaniu, właśnie z uwagi na punkty uzyskane w ramach oceny kryteriów pozacenowych. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 19 maja 2017 r., w którym Izba stwierdziła: „Bez wątpienia uznać należy, że informacje związane z doświadczeniem osoby wskazanej na kierownika budowy mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego” (sygn. akt KIO 859/17, KIO 867/17, KIO 894/17).

Odwołujący stwierdził, że na uwagę zasługuje, że przedstawiona powyżej wykładnia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp pozostaje w zgodzie z interpretacją wynikającą z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: „TSUE”). W wyroku z dnia 4 maja 2017 r. TSUE stwierdził: „Aby uznać, że oferent ”jest winny poważnego [wprowadzenia w błąd]” w rozumieniu tego przepisu, i wykluczyć go tym samym z zamówienia publicznego, wystarczy, by dopuścił się on pewnego stopnia niedbalstwa, a mianowicie niedbalstwa mogącego mieć decydujący wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, wyboru lub udzielenia zamówienia publicznego” (w sprawie C-387/14 Esaprojekt, podobnie TSUE w wyroku z dnia 11 grudnia 2014 r. w sprawie C-440/13 Croce Amica One Italia Srl przeciwko Azienda Regionale Emergenza Urgenza oraz wyrok TSUE z dnia 20 grudnia 2017 w sprawie C-178/16 Impresa di Costruzioni). Odwołujący zwrócił uwagę, że w opinii poprzedzającej wydanie powyższego wyroku Rzecznik Generalny TSUE stwierdził, iż w zakresie oceny istotności przekłamań, których dopuszcza się wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, kluczowe znaczenie przypisać należy tzw. przesłance skutku. Oznacza to, że tak długo jak przedłożone informacje nie wpływają (lub nie mogą wpłynąć) na wynik postępowania, wykonawca nie powinien zostać wykluczony. Jeśli jednak nieprawdziwe informacje mogą wpłynąć na wynik postępowania (tj. rodzi się, chociażby potencjalny, skutek w postaci uzyskania korzyści z przedłożenia tych informacji) zachodzi konieczność pozbawienia takiego wykonawcy możliwości uzyskania zamówienia publicznego. Odwołujący przywołał również wyrok KIO z dnia 15 marca 2018 r., sygn. akt KIO 380/18.

W ocenie Odwołującego, przypisanie panu W. doświadczenia, którego faktycznie nie posiada, jednoznacznie wskazuje na ziszczenie się przesłanek nie tylko z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, ale i tych z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, a więc nakładających znacznie dalej idące obostrzenia w zakresie strony podmiotowej wykonawcy (szczegółowa analiza prawna tych przepisów poniżej). Odwołujący stwierdził jednocześnie, że jeśliby nawet jednak Izba uznała, że niezasadne jest zastosowanie względem Budimex S.A. przesłanek wykluczenia z postępowania, minimalną konsekwencją powinno być przyznanie temu wykonawcy liczby punktów odpowiadającej nie trzem, a dwóm dodatkowym inwestycjom osoby predestynowanej do pełnienia funkcji kierownika budowy.

Odwołujący zaznaczył, że w żadnej z tych sytuacji nie znajdzie zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co pozostaje okolicznością bezsporną, potwierdzoną wielokrotnie w orzecznictwie Izby, np. w wyroku z dnia 20 marca 2018 r., sygn. akt KIO 418/18, oraz w wyroku z dnia 29 marca 2018 r., sygn. akt KIO 506/18.

Odwołujący wniósł o:

(i) rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

(a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

(b) przeprowadzenia ponownego badania i oceny oferty Budimex S.A. i, w konsekwencji, wykluczenie tego wykonawcy z postępowania;

ewentualnie, w przypadku uznania, że nie zmaterializowały się przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, nakazanie Zamawiającemu przyznania ofercie Budimex S.A. w ramach ponownej oceny ofert 5 punktów z tytułu kryterium oceny ofert, o którym mowa w Rozdziale XII pkt 1.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (doświadczenie kierownika budowy), zamiast 10 punktów przyznanych pierwotnie;

(c) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu;

(ii) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;

(iii) 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.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Budimex S.A.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W Rozdziale V pkt 2.2) lit. b) ppkt b2) SIWZ Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z którym

wykonawcy zobowiązani byli wykazać się dysponowaniem osobą proponowaną do pełnienia funkcji kierownika budowy, która miała posiadać m.in. minimum 3-letnie doświadczenie zawodowe przy realizacji inwestycji drogowych na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót drogowych, w tym na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót drogowych przy realizacji nie mniej niż jednej roboty polegającej na budowie lub przebudowie drogi klasy co najmniej „G” o wartości 40 000 000 zł brutto.

Doświadczenie kierownika budowy stanowiło również kryterium oceny ofert z wagą 10%. Zgodnie z Rozdziałem XII pkt 1 ppkt 4) SIWZ „Zamawiający przyzna punkty Wykonawcy jeśli osoba wskazana na stanowisku Kierownika Budowy sprawowała funkcję kierownika budowy lub kierownika robót drogowych (dodatkowo poza doświadczeniem wymagany w warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale V pkt 2 ppkt 2 lit b2) siwz) przy realizacji:

- a) dwóch robót polegających na budowie lub przebudowie drogi o parametrach klasy minimum G wraz z mostem drogowym w ramach co najmniej jednej z tych robót - 5 pkt.
- b) trzech robót polegających na budowie lub przebudowie drogi o parametrach klasy minimum G wraz z mostem drogowym w ramach co najmniej dwóch z tych robót - 10 pkt.”.

Budimex S.A. przedłożyła wraz z ofertą wypełniony załącznik nr 4 do SIWZ „Kryteria oceny ofert”, gdzie w pkt. 3 oświadczyła, że osoba przewidziana do pełnienia funkcji kierownika budowy posiada dodatkowe doświadczenie przy realizacji trzech robót, o których mowa w Rozdziale XII pkt 1 ppkt 4) SIWZ (strona 5 oferty).

Pismem z dnia 23 lipca 2018 r. Zamawiający wezwał Budimex S.A. w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dokumentów i oświadczeń. W odpowiedzi na ww. wezwanie

Budimex S.A. przedłożyła wraz z pismem z dnia 3 sierpnia 2018 r. m. in. wykaz osób (załącznik nr 2 do wezwania). W wykazie tym na stanowisko kierownika budowy wskazany został pan M.W. Na potwierdzenie spełnienia pozacenowego kryterium oceny ofert wskazano trzy inwestycje, w tym m.in. „Przebudowa odcinka drogi krajowej nr 3 w Gorzowie Wlkp. - ulica Grobla - Most Staromiejski”, budowa drogi klasy G w tym most drogowy przez rzekę Warta, pełniona funkcja w ramach zadania: Kierownik Budowy, okres pełnienia funkcji: 01.11.2005 r. – 31.10.2007 r., Wartość zadania: 43 337 607,07 zł brutto”.

Pismem z dnia 19 września 2018 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez Budimex S.A. (100 punktów), przyznając jej w ramach kryterium odnoszącego się do doświadczenia kierownika budowy 10 punktów. Na drugim miejscu uplasowała się oferta Odwołującego (98,33 punktów).

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Przedmiot sporu stanowiło oświadczenie Budimex S.A. złożone w wykazie osób w zakresie doświadczenia pana M.W. opisanego w celu pozyskania punktów w kryterium oceny ofert, wskazanym w Rozdziale XII pkt 1 ppkt 4 SIWZ. Odwołujący zakwestionował doświadczenie ww. osoby nabyte przy realizacji inwestycji „Przebudowa odcinka drogi krajowej nr 3 w Gorzowie Wlkp. - ulica Grobla - Most Staromiejski”.

Na wstępie Izba zważyła, że zgodnie z pkt 1.13 lit. d Warunków Kontraktu, dokumenty potwierdzające oświadczenia złożone na okoliczność pozyskania punktów w kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” miały być złożone przed Datą Rozpoczęcia. Zamawiający oświadczył, że podstawą naliczania punktów w ww. kryterium było jedynie oświadczenie wykonawcy złożone w załączniku nr 4 do oferty. Mając powyższe na względzie Izba uznała, że pomimo ww. postanowienia Warunków Kontraktu, jak też bez względu na okoliczność, że Zamawiający nie wymagał od wykonawców wykazania doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy w celu pozyskania punktów w kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy”, wobec złożenia przez Budimex S.A. w wykazie osób oświadczenia o posiadanym przez pana M.W. doświadczeniu na okoliczność pozyskania punktów w ww. kryterium (co jednoznacznie

wynika z treści wykazu osób złożonego przez Budimex S.A.), oświadczenie to może podlegać badaniu przez Zamawiającego i kwestionowaniu przez innego wykonawcę ubiegającego się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Izba stwierdziła, że jakkolwiek złożone przez Budimex S.A. oświadczenie w zakresie kwestionowanym przez Odwołującego może budzić wątpliwości z uwagi na objęcie wykazywaną inwestycją robót, na których pan W. nie pełnił funkcji kierownika budowy, na wskazanie wartości 43 337 607,07 zł brutto, która obejmowała roboty, na których pan W. nie pełnił wymaganej funkcji, ale przede wszystkim z uwagi na wskazanie okresu 01.11.2005 r. – 31.10.2007 r., jako okresu pełnienia funkcji kierownika budowy przez pana W. na kwestionowanej inwestycji, to jednak okoliczności te nie mogą odnieść skutku w postaci wykluczenia Budimex S.A. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Izba miała na uwadze okoliczność, że ustanowione przez Zamawiającego kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika Budowy” nie obejmowało wymogu pełnienia funkcji przez wskazaną osobę przez cały okres wykonywania robót, jak też nie dotyczyło wartości robót. W kryterium punktowanym przez Zamawiającego znaczenie miała pełniona funkcja, ilość robót, oraz ich przedmiot.

Izba po analizie treści kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” stwierdziła, że dotyczyło ono nie zawartych przez wykonawcę umów, a zrealizowanych robót, które posiadają legalną definicję określoną w art. 3 pkt 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2018 r., poz. 1202 ze zm.). Ocenie przez Zamawiającego powinny zatem podlegać nie zrealizowane przez wykonawcę umowy, a wykonane roboty.

Izba wzięła pod uwagę oświadczenie Budimex S.A., że w wykazie osób posługiwał się nazwą umowy, inwestycji, która była realizowana w ramach trzech pozwoleń na budowę. Za wykazaną przez Odwołującego i niesporną Izba uznała okoliczność, że w ramach objętej wykazem umowy realizowane były trzy roboty wskazane w złożonym przez Odwołującego piśmie Lubuskiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego z dnia 1 października 2018 r.:

-,Przebudowa ulicy Grobla w ciągu drogi krajowej nr 3 w km 182 182+183 - 182+932,36 na terenie m. Gorzów Wlkp.”, realizowana na podstawie decyzji Wojewody Lubuskiego nr 114/05 z dnia 2 września 2005 r.,

-,Przebudowa ulicy Grobla w ciągu drogi krajowej nr 3 na odcinku w km 182+183 - 182+932,36 w Gorzowie Wlkp. w zakresie zagospodarowania wnętrza ronda u zbiegu ulic Grobla, Wał Okrężny i Przemysłowa wraz z niezbędną infrastrukturą”, realizowana na podstawie decyzji Wojewody Lubuskiego nr 150/06 z dnia 20 września 2006 r., zmieniającej ww. decyzję nr 114/05 z dnia 2 września 2005 r.,

-,Nadbudowa mostu Staromiejskiego nad rzeką Wartą wraz z przebudową drogi dojazdowej - ul. Grobla na terenie miasta Gorzowa Wlkp.”, realizowana na podstawie decyzji Wojewody Lubuskiego nr 307/05 z dnia 21 lutego 2006 r.

Z pisma Lubuskiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego z dnia 1 października 2018 r. wynika ponadto, że tylko w ramach trzeciej z ww. robót wpłynęło w dniu 15 września 2006 r. zawiadomienie o podjęciu obowiązków kierownika budowy robót mostowych przez pana M.W. Na tej podstawie Izba stwierdziła, że ocenie pod kątem ustanowionego kryterium może podlegać tylko zrealizowana przez Budimex S.A. robota „Nadbudowa mostu Staromiejskiego nad rzeką Wartą wraz z przebudową drogi dojazdowej - ul. Grobla na terenie miasta Gorzowa Wlkp.”. Pan W. nie pełnił bowiem wymaganej funkcji przy realizacji pozostałych dwóch robót. Dodatkowo, zakres pozostałych dwóch robót nie odpowiada wymaganiom kryterium oceny ofert.

W zakresie pełnionej przez pana W. funkcji przy realizacji roboty „Nadbudowa mostu Staromiejskiego nad rzeką Wartą wraz z przebudową drogi dojazdowej - ul. Grobla na terenie miasta Gorzowa Wlkp.” Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że funkcja kierownika budowy robót mostowych nie występuje w prawie budowlanym, co stanowiło okoliczność bezsporną. Odwołujący stwierdził ponadto, że funkcja ta może być utożsamiana z kierownikiem budowy. Na rozprawie Odwołujący wręcz oznajmił, że kwestia ta nie ma znaczenia i skupił swoją argumentację na posiadaniu przez pana W. doświadczenia przy budowie drogi klasy G. Izba stwierdziła, że wykazane zostało przez Budimex S.A., że pan M.W. pełnił obowiązki kierownika budowy przy realizacji roboty „Nadbudowa mostu Staromiejskiego nad rzeką Wartą wraz z przebudową drogi dojazdowej - ul. Grobla na terenie miasta Gorzowa Wlkp.”. Powyższe wynika ze złożonych przez Budimex S.A.:

Dziennika Budowy nr 8/2006 wydanego w dniu 21 lutego 2006 r., w którym wskazano, że w dniu 1 września 2006 r. przekazano obowiązki kierownika budowy panu M.W., z Dziennika Budowy nr 45/2007 wydanego w dniu 18 czerwca 2007 r., gdzie pan M.W. został wskazany jako kierownik budowy, a także z zawiadomienia z dnia 1 września 2006 r. skierowanego do Lubuskiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego o zmianie osoby wykonującej

samodzielną funkcję techniczną. Zgodnie z prezentatą widniejącą na ww. zawiadomieniu, wpłynęło ono do Wojewódzkiego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego w dniu 15 września 2006 r., co jest spójne z podaną przez Lubuskiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego w piśmie z dnia 1 października 2018 r. datą podjęcia funkcji przez pana W. Wobec powyższego, brak jest podstaw do twierdzenia, że pan W nie spełnia postawionego w treści kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” wymogu pełnienia funkcji kierownika budowy lub kierownika robót drogowych. Nie ma przy tym znaczenia okres pełnienia tej funkcji – jak wskazano powyżej, treść kryterium nie określała wymagania w tym zakresie.

Za nie wykazane przez Odwołującego Izba uznała twierdzenie, że realizacja roboty „Nadbudowa mostu Staromiejskiego nad rzeką Wartą wraz z przebudową drogi dojazdowej - ul. Grobla na terenie miasta Gorzowa Wlkp.” nie obejmowała dróg o parametrach klasy minimum G. Budimex S.A. złożyła na rozprawie Decyzję Wojewody Lubuskiego nr 307/05 z dnia 21 lutego 2006 r. o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzieleniu pozwolenia na budowę dla inwestycji „Nadbudowa mostu Staromiejskiego nad rzeką Wartą wraz z przebudową drogi dojazdowej - ul. Grobla”. Budimex S.A. twierdziła, że pozwoleniem tym został objęty teren miasta Gorzowa Wielkopolskiego i działki o wskazanych w pozwoleniu numerach ewidencyjnych, które obejmują ul. Grobla oraz ul. Chrobrego posiadające parametry klasy G. Na tę okoliczność Budimex S.A. złożyła również pismo Kierownika Referatu Zarządzania Pasem Drogowym w Urzędzie Miasta Gorzowa Wielkopolskiego z dnia 10 października 2018 r. wraz z wykazem dróg krajowych, oraz wykaz dróg publicznych w granicach administracyjnych miasta w zarządzie Prezydenta Miasta Gorzowa Wielkopolskiego. Dodatkowo, Budimex S.A. złożyła oświadczenie pana M.W. z dnia 4 października 2018 r., zgodnie z którym w ramach spornej inwestycji „wykonywana była przebudowa mostu drogowego oraz przebudowy dróg dojazdowych prowadzących do mostu – w tym ul. Chrobrego dz. nr 2222, 2223, 2540, most Staromiejski dz. nr 1 i Grobla (rondo śr. Jerzego) dz. nr 10, 11, 12. Przebudowa dotyczyła dróg o parametrach klasy G.”. Odwołujący twierdził, że sporną inwestycją nie były objęte elementy drogowe posiadające parametry klasy G. Zdaniem Odwołującego, inwestycja ta obejmowała przebudowę ul. Fabrycznej i ul. Nadbrzeżnej, które nie posiadają wymaganych przez Zamawiającego parametrów. Odwołujący złożył rysunki mające na celu pokazanie zakresów poszczególnych robót oraz zdjęcia z Geoportalu. Wobec spornych oświadczeń co do zakresu prac objętych robotą „Nadbudowa mostu Staromiejskiego nad rzeką Wartą wraz z przebudową drogi dojazdowej - ul. Grobla”, mając na uwadze zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, a także okoliczność, że zgodnie z art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp, ciężar dowodu spoczywa na Odwołującym, Izba stwierdziła, że nie zostało wykazane przez Odwołującego w sposób nie budzący wątpliwości, że robota „Nadbudowa mostu Staromiejskiego nad rzeką Wartą wraz z przebudową drogi dojazdowej - ul. Grobla” nie obejmowała budowy lub przebudowy drogi o parametrach klasy minimum G. W tym stanie rzeczy, brak było podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Co za tym idzie, nie potwierdził się także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba nie stwierdziła uchybień w czynnościach Zamawiającego i nie znalazła podstaw do uwzględnienia podniesionych przez Odwołującego zarzutów.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący :

.....

.....