

WYROK
z dnia 26 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Dagmara Gałczewska-Romek
Emilia Garbala

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ECM Group Polska S.A. w Warszawie, JPL Project Sp. z o. o. w Warszawie (sygn. akt KIO 2050/18) oraz dniu 10 października 2018 r. przez wykonawcę TPF Sp. z o. o. w Warszawie (sygn. akt KIO 2069/18) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie reprezentowanego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w Oddział w Krakowie przy udziale:

- wykonawcy MGGP S.A. w Tarnowie zgłaszającego swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 2050/18 i 2069/18;
- wykonawcy TPF Sp. z o. o. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2050/18;
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ECM Group Polska S.A. w Warszawie, JPL Project Sp. z o. o. w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2069/18

orzeka:

- 1.1. uwzględni odwołania i nakazuje Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie reprezentowanego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ECM Group Polska S.A. w Warszawie, JPL Project Sp. z o. o. w Warszawie otrzymają punkty w Podkryterium 2.1. za doświadczenie Pana P.R. uzyskane w związku pełnieniem funkcji Inżyniera Rezydenta przy wykonaniu umowy „Inżyniera dla „Inżynier dla Zadania 1: Modernizacja i rozbudowa oczyszczalni ścieków Czajka (część ściekowa i przygotowanie osadów do utylizacji)” zrealizowanego w ramach projektu Funduszu Spójności nr 2005/PL/ 16ICIP/003 pn. „Zaopatrzenie w wodę i oczyszczanie ścieków w Warszawie-Faza III”, a od oceny oferty MGGP S.A. w Tarnowie w Podkryterium 2.4. zostaną odjęte punkty za doświadczenie Pani M.M.-M. uzyskane w związku pełnieniem funkcji specjalisty ds. roszczeń przy wykonaniu umowy „Kontynuacja projektowania i budowa odcinka drogi ekspresowej S8 do rejonu węzła „Opacz” na terenie gminy Michałowice (z wyłączeniem tego węzła) od węzła „Paszków” i powiązania z drogą krajową Nr 7 do skrzyżowania z drogą wojewódzką Nr 721 w miejscowości Magdalena (wraz z węzłem „Paszków” i ww. skrzyżowań)” oraz nakazuje sporządzenie informacji o wyniku postępowania i ocenie ofert ze wskazaniem umów, za które wykonawcy nie otrzymali punktów oraz przyczyn, dla których punkty nie zostały przyznane;
- 1.2. oddala zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp (sygn. akt KIO 2069/18);
- 1.3. umarza postępowanie co do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp (sygn. akt KIO 2050/18) oraz co do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ECM Group Polska S.A. w Warszawie, JPL Project sp. z o. o. w Warszawie (sygn. akt KIO 2069/18);
2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie reprezentowanego przez Oddział Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Krakowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30.000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ECM Group Polska S.A. w Warszawie, JPL Project sp. z o. o. w Warszawie oraz wykonawcę TPF Sp. z o. o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania po 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) od każdego z wykonawców;
 - 2.2. zasądza od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ECM Group Polska S.A. w Warszawie, JPL Project sp. z o. o. w Warszawie kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.
 - 2.3. zasądza od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie na rzecz wykonawcy TPF Sp. z o. o. w Warszawie kwoty 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

.....
.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie reprezentowany przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w Oddział w Krakowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.),

dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Zarządzanie Kontraktem i pełnienie nadzoru nad zadaniem: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S52 ode. Północna Obwodnica Krakowa: węzeł Modlnica - węzeł Kraków Mistrzejowice (bez węzła)”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w 12 maja 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2018/S 090-203328. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę MGGP S.A. w Tarnowie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ECM Group Polska S.A. w Warszawie, JPL Project Sp. z o. o. w Warszawie, dalej jako „Konsorcjum ECM” oraz wykonawca TPF Sp. z o. c w Warszawie wnieśli odwołanie 8 października 2018 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołanie wniesione przez Konsorcjum ECM (sygn. akt KIO 2050/18):

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez błędne zastosowanie i wadliwą ocenę oferty Odwołującego w zakresie w jakim Zamawiający nie przyznał punktów w ramach kryterium oceny ofert Podkryterium 2.1 Inżynier Kontraktu za doświadczenie zdobyte przez Pana P.R. wskazanego w ofercie odwołującego na stanowisko Inżyniera Kontraktu; ewentualnie art. 87 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dot. doświadczenia Pana P.R.;

2. art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez błędne zastosowanie i wadliwą ocenę oferty złożonej przez MGGP S.A. w Tarnowie w zakresie, w jakim zamawiający przyznał punkty w ramach kryterium oceny ofert Podkryterium 2.4 Specjalista ds. roszczeń za doświadczenie zdobyte przez Panią M.M.-M., pomimo iż doświadczenie zdobyte przez wskazaną osobę nie odpowiada określonym przez zamawiającego kryteriom oceny ofert, co doprowadziło do nieprawidłowej czynności polegającej na wyborze oferty MGGP jako najkorzystniejszej;

3. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia MGGP S.A. z postępowania, pomimo iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego i mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, w zakresie w jakim informacje te dotyczą doświadczenia wskazanego dla osób skierowanych na stanowisko Inżyniera Kontraktu: K.P. oraz Specjalisty ds. roszczeń: M.M.-M.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
3. przyznania 3 punktów ofercie odwołującego w ramach kryterium Podkryterium 2.1 Inżynier Kontraktu za doświadczenie zdobyte przez Pana P.R.;
4. nieprzyznawania punktów ofercie MGGP S.A. w ramach kryterium Podkryterium 2.4 Specjalista ds. roszczeń za doświadczenie zdobyte przez Panią M.M.-M.;
5. wykluczenia MGGP S.A. z postępowania, gdyż MGGP S.A. w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, w zakresie w jakim informacje te dotyczą doświadczenia wskazanego dla osób skierowanych na stanowisko Inżyniera Kontraktu: K.P. oraz Specjalisty ds. roszczeń: M.M.-M.;
6. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, że odwołujący podał rolę jaką pełnił Pan P.R., wartość robót oraz że obiektem, którego dotyczyły prace była oczyszczalnia ścieków, uwzględniona przez zamawiającego w definicji zawartej w pkt 7.2.3) lit b) ppkt 1) SIWZ, zatem wykazał wszystkie elementy wymagane przez zamawiającego.

Wykonawca TPF Sp. z o. o. w Warszawie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, wykonawca MGGP S.A. w Tarnowie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Obaj wykonawcy zgłaszający przystąpienie zachowali termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wnieśli odpowiednio o uwzględnienie oraz o oddalenie odwołania.

Pismem z 23 października 2018 r. odwołujący cofnął zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Zamawiający 24 października 2018 r. w pisemnej odpowiedzi na odwołanie, wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołanie wniesione przez wykonawcę TPF Sp. z o. o. w Warszawie (sygn. akt KIO 2069/18):

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. niezgodną z przepisami Pzp czynność wyboru oferty MGGP S.A. jako najkorzystniejszej;
2. art. 92 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy przez zaniechanie podania uzasadnienia punktacji przyznanej poszczególnym ofertom;
3. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców: MGGP S.A. oraz Konsorcjum ECM, pomimo iż wykonawcy ci wprowadzili zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, nie składając jednocześnie wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 ustawy, tj. nie dokonując samooczyszczenia;
4. art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ECM z postępowania, pomimo iż wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
5. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem w/w przepisów ustawy).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu,
4. ponowną ocenę ofert,
5. wykluczenie z postępowania MGGP S.A. i Konsorcjum ECM;
6. wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wykonawca MGGP S.A. w Tarnowie oraz wykonawcy Konsorcjum ECM przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia

zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

Pismem z 17 października 2018 r. odwołujący wniósł o odrzucenie odwołania.

Zamawiający 24 października 2018 r. w pisemnej odpowiedzi na odwołanie, wniósł o oddalenie odwołania.

W czasie posiedzenia z udziałem stron odwołujący cofnął zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum ECM.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie wniesione przez Konsorcjum ECM (sygn. akt KIO 2050/18):

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że oferta odwołującego nie została uznana za najkorzystniejszą, zatem odwołujący może ponieść szkodę. W pkt 19 SIWZ zamawiający przewidział bowiem trzy kryteria oceny ofert: cena – 60%, jakość – 22 %, doświadczenie personelu Konsultanta – 18%. Oferta odwołującego jest tańsza od uznanej za najkorzystniejszą oferty MGGP S.A., zatem zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy przy ocenie ofert w kryterium doświadczenie personelu Konsultanta uniemożliwiają odwołującemu uzyskanie zamówienia.

Ad. 1. Zarzuty naruszenia art. art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp przez wadliwą ocenę oferty złożonej przez odwołującego w zakresie, w jakim zamawiający przyznał punkty w związku z doświadczeniem Pana P.R., znalazły potwierdzenie.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 19.1.3.2 Podkryterium 2.1 zamawiający określił w SIWZ, że będzie ocenił doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Inżyniera Kontraktu uzyskane „przy realizacji zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont lub nadzór nad budową, przebudową lub remontem Obiektu Budowlanego (zgodnie z definicją wskazana w pkt 7.2.3) lit b) ppkt 1) IDW - Tom I SIWZ) o wartości robót co najmniej 100 mln PLN od rozpoczęcia robót do wykonania zamówienia (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 19.1.3.3 IDW- Tom I SIWZ) na stanowisku/stanowiskach: Inżyniera Kontraktu lub Dyrektora Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Zastępcy Inżyniera Dyrektora Kontraktu lub Zastępcy Inżyniera Kontraktu. Inżyniera Rezydenta, który był zgłoszony do Zamawiającego oraz posiadał odpowiednie pełnomocnictwa do reprezentowania Inżyniera. Zamawiający nie żądał podania początkowych i końcowych dat pełnienia funkcji.

Odwołujący na stanowisko Inżyniera Kontraktu wskazał w swojej ofercie Pana P.R.. W formularzu dotyczącym kryterium oceny ofert podał, że Pan P.R. posiada doświadczenie zgodnie z opisem podkryterium zawartym w pkt 19 IDW zdobyte jako Inżynier Rezydent podczas realizacji zadania „Inżynier dla Zadania 1: Modernizacja i rozbudowa oczyszczalni ścieków Czajka (część ściekowa i przygotowanie osadów do utylizacji)” w ramach projektu Funduszu Spójności nr 2005/PL/ 16ICIPE/003 pn. „Zaopatrzenie w wodę i oczyszczanie ścieków w Warszawie-Faza III”.

Z tabeli przekazanej przez zamawiającego w związku z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty dotyczącej punktacji w ramach poszczególnych podkryteriów oceny ofert wynika, że zamawiający nie uznał tego doświadczenia i nie przyznał za nie punktów. Zamawiający nie przekazał wykonawcom uzasadnienia tej oceny, a przed jej dokonaniem nie wzywał odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Izba uznała, że zarzut odwołania potwierdził się.

Osią sporu jest kwestia, czy Pan P.R. pełnił funkcję od rozpoczęcia robót dla zadania „Inżynier dla Zadania 1: Modernizacja i rozbudowa oczyszczalni ścieków Czajka (część ściekowa i przygotowanie osadów do utylizacji)” w ramach projektu Funduszu Spójności nr 2005/PL/ 16ICIPE/003 pn. „Zaopatrzenie w wodę i oczyszczanie ścieków w Warszawie-Faza III”.. Zamawiający powołał się na informację uzyskaną od inwestora w tym zadaniu – Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawa S.A. pismem z 25 czerwca 2018 r. Wskazano w nim, że zadanie realizowane było od lutego 2008 r., podpisanie umowy z inżynierem nastąpiło w marcu 2008 r., a Pan P.R. pełnił funkcję od kwietnia 2008 r. Polemizując z tym twierdzeniem odwołujący przedstawił na rozprawie Polecenie rozpoczęcia robót/Powiadomienie o dacie rozpoczęcia z 28 listopada 2018 r. (Polecenie nr 13) podpisane przez Pana P.R. oraz odpowiedź inwestora z 15 października 2018 r. potwierdzającą, że Pan P.R. zaczął realizować swoją funkcję przed dniem uzyskania pozwolenia na budowę oraz rozpoczęcia robót. Odwołujący złożył również wyciąg z SIWZ i OPZ postępowania poprzedzającego zawarcie umowy, z której wynika, że umowa zawarta po przeprowadzeniu tego postępowania obejmowała swym zakresem zaprojektowanie i wykonanie robót.

Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem, że informacje posiadane przez zamawiającego jednoznacznie wskazywały na początek pełnienia funkcji przez Pana P.R. po dacie rozpoczęcia robót. W dacie dokonywania oceny ofert zamawiający dysponował dwoma oświadczeniami: wykonawcy o spełnianiu wymagań zamawiającego i inwestora, na podstawie którego zamawiający uznał, że wymagania te nie zostały spełnione gdyż Pan P.R. podjął obowiązki po rozpoczęciu robót.

Obowiązkiem zamawiającego, który otrzymał dwie sprzeczne informacje, było wystąpienie do odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp w celu uzyskania wyjaśnień. Ocena ofert w kryteriach pozacenowych ma bardzo istotne znaczenie z punktu ustalenia wyniku postępowania i możliwości uzyskania zamówienia, zatem zamawiający powinien był uzyskać wyjaśnienia okoliczności mających znaczenie dla liczby punktów w kryterium „Doświadczenie Personelu”, a tego zaniechał. W badanym postępowaniu uzyskanie wiedzy co do czasu rzeczywistego podjęcia obowiązków przez Pana R. miało doniosły charakter również ze względu na fakt, że zamawiający w związku z informacjami dotyczącymi sprawowania funkcji „od początku robót” dokonywał czynności wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Z literalnego brzmienia art. 87 ust. 1 Pz wynika, że uzyskanie wyjaśnień jest uprawnieniem, nie obowiązkiem wykonawcy. Zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp sprzeciwiają się jednak temu, aby zamawiający odstępował od czynności wystąpienia o wyjaśnienia, gdy istnieją wątpliwości, co do okoliczności mających znaczenie dla oceny podmiotowej wykonawcy lub oceny złożonej przez niego oferty.

Zamawiający nie przyznając punktów ofercie odwołującego za doświadczenie Pana P.R. pominął również, że referencyjne zamówienie było realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj”, gdzie etap projektowania poprzedza etap robót budowlanych. Treścią wymagania zamawiającego w badanym postępowaniu o udzielenie zamówienia objęty był wyłącznie etap wykonania robót.

Izba uwzględniła tę okoliczność i na podstawie dowodów złożonych przez odwołującego uznała, że Pan P.R. posiada doświadczenie wymagane przez zamawiającego i powinien otrzymać za nie punkty. Wskazują na to jednoznacznie podpisane przez Pana P.R. Polecenie rozpoczęcia robót z 28 listopada 2008 r. oraz potwierdzenie przez

inwestora z 15 października 2018 r., że Pan P.R. zaczął realizować swoją funkcję przed dniem uzyskania pozwolenia na budowę. W świetle ustalenia, że zamówienie referencyjne obejmowało również etap projektowania, stwierdzenie zawarte w piśmie z 25 czerwca 2018 r. powołanym przez zamawiającego, zgodnie z którym zadanie realizowane było od lutego 2008 r. a podpisanie umowy z inżynierem nastąpiło w marcu 2008 r., nie ma znaczenia dla spełnienia wymagania zamawiającego dotyczącego początku robót. Informacje podane przez inwestora dotyczą bowiem całego okresu obowiązywania umowy referencyjnej realizowanej w formule „zaprojektuj i wybuduj”.

Ad. 2. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez wadliwą ocenę oferty złożonej przez MGGP S.A. w Tarnowie w zakresie, w jakim zamawiający przyznał punkty za doświadczenie zdobyte przez Panią M.M.-M. znalazł potwierdzenie.

W pkt 19.1.3.2 SIWZ w Podkryterium 2.4 zamawiający ustalił, że będzie oceniał wykazane doświadczenie dla osoby oddelegowanej na stanowisko Specjalisty ds. rozszczeń w zakresie realizacji zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub remont lub nadzór nad budową lub przebudową lub remontem Obiektu Budowlanego (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 7.2.3) lit b) ppkt 1) IDW- Tom I SIWZ) o wartości robót co najmniej 100 mln PLN od rozpoczęcia robót do wykonania zamówienia (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 19.1.3.3 IDW- Tom I SIWZ) na stanowisku/stanowiskach: stanowisku ds. rozszczeń lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Zastępcy Inżyniera Kontraktu/Inżyniera Rezydenta lub Zastępcy Inżyniera Kontraktu. Inżyniera Rezydenta, który był zgłoszony do Zamawiającego oraz posiadał odpowiednie pełnomocnictwa do reprezentowania Inżyniera. Wskazał, że za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania wykonawca otrzyma 1 pkt, za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania wykonawca otrzyma 3 pkt.

W odpowiedzi MGGP S.A. na stronie 45 oferty wskazał doświadczenie Pani M.M.-M. dotyczące realizacji 2 zadań. Zamawiający oba zadania uznał za prawidłowe i przyznał w ramach tego podkryterium ofercie MGGP S.A. 3 pkt. Wykaz Osób na stronie 49 oferty podaje daty realizacji funkcji Specjalisty ds. rozszczeń dla przedmiotowego zadania przez Panią M.M.-M. - od 9.2013 do 12.2015.

Przedmiotem sporu jest doświadczenie Pani M.-M. uzyskane w związku z wykonaniem zadania „Kontynuacja projektowania i budowa odcinka drogi ekspresowej S8 do rejonu węzła „Opacz” na terenie gminy Michałowice (z wyłączeniem tego węzła) od węzła „Paszków” i powiązania z drogą krajową Nr 7 do skrzyżowania z drogą wojewódzką Nr 721 w miejscowości Magdalenka (wraz z węzłem „Paszków” i ww. skrzyżowań)” w związku z oświadczeniem, że posiada ona doświadczenie w realizacji przedmiotowego zadania od początku robót do wykonania zadania.

Nie jest sporne, że Pani M.-M. rozpoczęła pełnienie swojej funkcji od 2 sierpnia 2013 r. Odwołujący w odwołaniu wskazywał, że roboty budowlane dla referencyjnego zadania rozpoczęły się w kwietniu 2013 r. Natomiast na rozprawie złożył pismo Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, zgodnie z którym rozpoczęcie robót nastąpiło 1 maja 2013 r. zgodnie ze załączonym do pisma zgłoszeniem do Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego, dalej jako: „WINB”.

Z kopii fragmentów dziennika budowy złożonych przez zamawiającego wynika, że pozwolenie na budowę wydano 22 lutego 2013 r., pierwszy kierownik budowy przyjął obowiązki 16 kwietnia 2013 r. Wyznaczenie linii regulacyjnych i znaków geodezyjnych oraz wyznaczenie położenia obiektu budowlanego na gruncie nastąpiło 1 sierpnia 2018 r.

Zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego o początku robót budowlanych powinna decydować data czynności faktycznych podjętych na placu budowy, zatem rozpoczęcie robót nastąpiło 1 sierpnia 2013 r., a rozpoczęcie pełnienia funkcji przez Panią M. – M. 2 sierpnia 2013 r. jest prawidłowe w świetle art. 111 § 2 k.c.

Przystępujący wyraził pogląd, że wobec braku zdefiniowania zarówno w postanowieniach SIWZ, jak i przepisach prawa pojęcia początek robót może być ono różnie interpretowane w zależności od konkretnego przypadku. Nie należy obciążać wykonawcy w sytuacji nie zdefiniowania pojęcia rozpoczęcia robót, konsekwencją wybrania jednej z interpretacji.

Izba zważyła, że w istocie zamawiający nie zdefiniował pojęcia „początek robót”, a dokonana przez niego interpretacja tego pojęcia ujawniła się dopiero w czasie rozprawy w związku z oceną doświadczenia Pani M.-M. Z dokumentów zgromadzonych w aktach obu połączonych spraw wynika, że zdarzeniami wyznaczającymi początek robót w kontekście oceny początku nabywania doświadczenia przez osoby wykonujące różne obowiązki związane z pełnieniem nadzoru i zarządzanie kontraktem mogłyby być: podpisanie umowy z inżynierem albo uzyskanie pozwolenia na budowę albo data wskazana w zgłoszeniu do WINB jako data rozpoczęcia robót. Również pod rozważę mogłyby być wzięta data wydania polecenia rozpoczęcia robót albo data podjęcia czynności na placu budowy (przy czym sporne jest, które z czynności podlegających wpisowi do dziennika budowy powinny być tu brane pod uwagę).

Niezależnie jednak od przyjętego punktu odniesienia należy dojść do przekonania, że Pani M.-M. nie pełniła swojej funkcji od początku robót. Data początku robót wskazywana przez inwestora to 1 maja 2013 r. Wskazywana przez przystępującego październikowa data rozpoczęcia wycinki drzew i krzewów nie została wzięta pod rozważę, gdyż czynności te następują już na terenie wyznaczonego obiektu budowlanego, a zatem po rozpoczęciu robót. W tej sytuacji interpretacja najbardziej względna dla wykonawcy polega na przyjęciu dla wskazanego zadania jako daty rozpoczęcia robót 1 sierpnia 2013 r. – dnia wyznaczenia położenia obiektu budowlanego na gruncie. Jednak nawet przyjęcie tej daty prowadzi do oceny, że Pani M.-M., która bezspornie zaczęła pełnić funkcję od 2 sierpnia 2013 r. nie pełniła jej od początku robót.

Wbrew twierdzeniom zamawiającego do obliczenia początku pełnienia funkcji przez Panią M.-M. nie znajduje zastosowanie art. 111 § 2 k.c. Przepis ten nie służy ustaleniu daty danego zdarzenia, czyli w okolicznościach sporu początku pełnienia funkcji. Skoro Pani M.-M. rozpoczęła pełnienie funkcji 2 sierpnia, nie pełniła jej 1 sierpnia 2013 r. Została jedynie w tej dacie powołana.

W konsekwencji Izba uznała, że przyznanie przez zamawiającego ofercie MGGP S.A. punktów za doświadczenie Pani Marii M.-M. uzyskane w związku z pełnieniem funkcji przy wykonaniu zadania „Kontynuacja projektowania i budowa odcinka drogi ekspresowej S8 do rejonu węzła „Opacz” na terenie gminy Michałowice (z wyłączeniem tego węzła) od węzła „Paszków” i powiązania z drogą krajową Nr 7 do skrzyżowania z drogą wojewódzką Nr 721 w miejscowości Magdalenka (wraz z węzłem „Paszków” i ww. skrzyżowań)”, było niezasadne.

Zwraca uwagę, że przy ocenie doświadczenia Pana P.R. zamawiający nie dokonał ustaleń co dat podjęcia czynności faktycznych na placu budowy. Nie badał dziennika budowy, lecz oparł się jedynie na datach podanych przez inwestora. Natomiast przy ocenie doświadczenia Pani M. M.-M. zamawiający zignorował informacje uzyskane od inwestora i poszukiwał informacji w dzienniku budowy. W sposób jednoznaczny potwierdza to zarzut nierównego traktowania wykonawców przy dokonywaniu czynności oceny ofert w kryterium doświadczenie personelu. Zamawiający powinien przyjąć jeden i taki sam punkt odniesienia oraz tak samo interpretować pojęcie „początek robót” przy ocenie

wszystkich złożonych ofert, a tego nie uczynił.

Przyjęcie przez zamawiającego odmiennych znaczeń pojęcia „początek robót” przy ocenie ofert odwołującego i MGGP S.A. narusza zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp. Badanie tej kwestii mieści się w kognicji Izby, gdyż zarzut naruszenia tego przepisu w związku z czynnością oceny ofert został podniesiony w odwołaniu.

Odwołanie wniesione przez wykonawcę TPF Sp. z o. o. w Warszawie (sygn. akt KIO 2069/18):

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zamawiający prowadzi postępowanie z zastosowaniem tzw. procedury odrwróconej, o której mowa w art. 24aa Pzp, zatem zbadał pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz podstaw wykluczenia jedynie sytuację MGGP S.A., który złożył ofertę uznaną za najkorzystniejszą. W tej sytuacji każdy z wykonawców, którzy biorą udział w postępowaniu, podnoszący zarzuty wobec tej oferty, spełnia przesłanki materialnoprawne dopuszczalności odwołania.

Prowadzenie postępowania z wykorzystaniem art. 24aa Pzp spowodowało nieuwzględnienie wniosku Konsorcjum ECM o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający nie dokonał badania wszystkich złożonych ofert pod kątem przesłanek wykluczenia, zatem konkurencyjni wykonawcy nie mieli podstaw do podnoszenia zarzutów, wobec wykonawców innych niż MGGP S.A.

Ad. 2 i 5. Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy przez zaniechanie podania uzasadnienia punktacji przyznanej poszczególnym ofertom znalazł potwierdzenie.

Zamawiający 27 września 2018 r. przesłał informacje o wyborze oferty MGGP S.A. jako najkorzystniejszej oraz o ocenie ofert pozostałych wykonawców. Zamawiający podał wyłącznie liczbę punktów otrzymanych przez poszczególnych wykonawców. Nie wskazał, na jakiej podstawie przyznał lub odmówił przyznania punktów poszczególnym ofertom w kryteriach pozacenenowych.

Odwołujący wystąpił do zamawiającego o udostępnienie mu dokumentacji. W odpowiedzi otrzymał: protokół postępowania, dokumenty dotyczące zwiększenia budżetu inwestycji, wyrok wydany w sprawie KIO 1747/18, oferty Konsorcjum ECM i MGGP, wezwania zamawiającego do złożenia wyjaśnień w sprawie personelu oraz udzielone odpowiedzi. 4 października 2018 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego o przesłanie brakującej części dokumentacji: dokumentów dotyczących ilości punktów przyznanych MGGP S.A. i Konsorcjum ECM, korespondencji, jaką zamawiający prowadził z innymi oddziałami GDDKiA oraz podmiotami trzecimi w zakresie oceny ofert tych wykonawców. Odwołujący wskazał też na brak podania przez zamawiającego sposobu przyznawania punktów w kryteriach pozacenenowych. Zamawiający odmówił przekazania dokumentów. Wskazał, że w zakresie ilości punktów przekazał już tabelę oraz, że oferty w zakresie potencjału kadrowego weryfikuje w oparciu o „wewnętrzną bazę danych Zamawiającego”.

Izba zważyła, że zakres informacji przekazany odwołującemu jest niewystarczający. Zamawiający naruszył art. 92 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 7 Pzp. Obowiązkiem zamawiającego wynikającym z powołanych przepisów jest takie sformułowanie przekazywanej wykonawcom informacji o ocenie ofert, aby wynikało z niej jasno, w jaki sposób zamawiający dokonał tej czynności. Jeśli zamawiający przy ocenie ofert stosuje kryteria pozacenenowe, jest zobowiązany do jasnego uzasadnienia przyznanej punktacji. Uzasadnienie to powinno obejmować wskazanie, za jakie zadania dany wykonawca nie otrzymał punktów oraz podanie przyczyn, dla których punkty nie zostały przyznane. Tymczasem z tabeli dołączonej do informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 27 września 2018 r. wynika jedynie, że zamawiający nie przyznał punktów MGGP S.A. i Konsorcjum ECM za wszystkie zadania wskazane jako doświadczenie konsultanta oraz że MGGP S.A. nie przyznano punktów za zadanie wskazane w podkryterium 2.1, a Konsorcjum ECM nie przyznało punktów za zadanie wskazane w podkryterium 2.4.

Izba uznała, że naruszenie przez zamawiającego art. 92 ust. 1 Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Brak dostatecznej informacji na temat oceny ofert uniemożliwia wykonawcom ocenę tej czynności zamawiającego. Ogranicza możliwość wniesienia odwołania, a w konsekwencji uniemożliwia wykonawcom ochronę swoich praw w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nie można bowiem wykluczyć, że jeśli zamawiający prawidłowo poinformowałby wykonawców o czynności oceny ofert, w czasie przewidzianym na wniesienie odwołania zostałyby postawione również inne zarzuty.

Przekazanie przez zamawiającego niepełnej informacji jest sprzeczne z zasadami wymienionymi w art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż brak możliwości kontroli oceny oferty najkorzystniejszej przez konkurujących wykonawców, stawia w uprzywilejowanej sytuacji wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Tym samym uszczerbku doznaje zasada uczciwej konkurencji. Działanie zamawiającego jest nietransparentne, podczas gdy zasada przejrzystości wymaga, aby czynności zamawiającego dokumentowane były w sposób jasny i zrozumiały, umożliwiający poddanie ich ocenie.

Potwierdzenie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 Pzp przyniosło skutek w postaci uwzględnienia odwołania.

Ad. 3. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania MGGP S.A., pomimo iż wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, nie składając jednocześnie wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 ustawy, tj. nie dokonując samooczystczenia, został sformułowany w sposób uniemożliwiający jego rozpoznanie.

Formułując powołany zarzut odwołujący wskazał jedynie, że MGGP S.A. podał w ofercie informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, mogące mieć wpływ na wynik postępowania oraz, że wykonawca nie złożył do dnia oceny ofert wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 ustawy. Podkreślił, że w innych postępowaniach zamawiający w identycznym stanie prawnym i faktycznym dokonał wykluczenia tych samych wykonawców - przy identycznym brzmieniu SIWZ i ofert. Wywodził, że zachodzi sprzeczność pomiędzy stanem faktycznym a informacjami przedstawionymi przez MGGP dotyczącymi K.P. - Inżynier Kontraktu, W.F. - Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, M.M.-M.-Specjalista ds. roszczeń.

Dostrzec należy, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp zamawiający wyklucza z udziału w postępowaniu wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wykonawca podnoszący zarzut naruszenia tego przepisu powinien więc wskazać, jakie informacje przedstawione przez wykonawcę mogły wprowadzić w błąd zamawiającego, wymagany przepisem stopień winy wykonawcy oraz wpływ informacji na decyzje podejmowane przez zamawiającego i to w stopniu istotnym.

Zgodnie z art. 180 ust. 3 Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której

zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. W okolicznościach sporu, zarzut, że wymienione osoby nie pełniły swoich funkcji „od rozpoczęcia robót” nie został podniesiony w odwołaniu i ujawnił się dopiero na etapie rozprawy.

Nie jest zadaniem składu orzekającego Izby domniemywanie okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania z treści dowodów załączonych do odwołania, ani z odpowiedzi zamawiającego na odwołanie. Zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp dowody mają potwierdzać trafność podniesionego zarzutu (*verba legis* stwierdzenie faktów), stanowią zatem inną kategorię prawną niż zarzut.

Złożenie odpowiedzi na odwołanie nie jest obowiązkowe i brak jest podstaw do twierdzenia, że skoro zamawiający zidentyfikował przyczyny, dla których odwołujący domaga się wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, to w tych granicach Izba powinna rozpoznać odwołanie.

Zarzuty powinny być bezwzględnie podniesione w odwołaniu kierowanym do Prezesa Izby. Art. 192 ust. 7 Pzp nie pozwala na rozpoznanie zarzutów nie podniesionych w odwołaniu. Jakkolwiek pojęcie zarzutu odwołania nie posiada definicji legalnej, to orzecznictwo wypracowało pogląd, że zarzut stanowi zespół okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy w związku z czynnością lub zaniechaniem czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy. Takie okoliczności związane z podniesionym zarzutem naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp nie zostały wskazane przez odwołującego.

Nietrafnie odwołujący wskazuje, że w tej sytuacji obowiązkiem Prezesa Izby, a w dalszej kolejności składu orzekającego było dokonanie wezwania do uzupełnienia odwołania w trybie art. 187 ust. 3 Pzp.

Odwołujący pomija, że wezwanie po myśli tego przepisu następuje jedynie w sytuacji, gdy braki odwołania uniemożliwiają nadanie odwołaniu prawidłowego biegu. Z całą pewnością ogólne sformułowanie zarzutu odwołania nie jest przeszkodą do nadania odwołaniu dalszego biegu, czyli skierowaniu odwołania na posiedzenie z udziałem stron, a w dalszej kolejności na rozprawę.

Powołany przez odwołującego wyrok wydany w sprawie KIO 1319/18 został wydany w innych okolicznościach faktycznych, gdyż - inaczej niż w tym postępowaniu - rozpoznawane odwołanie zawierało okoliczności faktyczne uzasadniające jego wniesienie.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. Na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp Izba wydała orzeczenie łączne. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....

.....

.....