

POSTANOWENIE
z dnia 25 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu w Warszawie na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 25 listopada 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 listopada 2020 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum - **Probudowa.com Sp. z o.o.** oraz **IMD P. W. z Wrocławia** (ul. Sokolnicza 5/79, 53-676 Wrocław) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie** (ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa) prowadzący postępowanie **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Zielonej Górze** (ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra),

- zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: **Berger Bau Polska Sp. z o.o. z Wrocławia** (ul. Szczecińska 11, 54517 Wrocław),

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum - **Probudowa.com Sp. z o.o.** oraz **IMD P. W. z Wrocławia** (ul. Sokolnicza 5/79, 53-676 Wrocław) kwoty **9.000 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącej 90 % kwoty uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (Konsorcjum): **Probudowa.com Sp. z o.o.** z Wrocławia oraz **P. W.** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **IMD P. W.** z Jawora (Odwołujący) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: **Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** prowadzący postępowanie **Oddział w Zielonej Górze**. Przedmiotem zamówienia jest: „Rozbudowa drogi krajowej nr 12 na odcinku od km 45+019 do km 45+277, wraz z rozbiórką mostu i budową przepustu na rzece Złota Struga”. Numer ref. O.ZG.D-3.2411.8.2020. Podnoszone w odwołaniu zarzuty dotyczą czynności wyboru przez Zamawiającego oferty wykonawcy **Berger Bau Polska Sp. z o.o.** (**Berger Bau**) jako najkorzystniejszej z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, skutkiem błędnej oceny oferty tego wykonawcy - niezgodnie z przyjętymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) Instrukcją dla Wykonawców (dalej „IDW”) kryteriami oceny ofert, skutkującymi przyznaniem **Berger Bau Polska** w kryterium doświadczenie kierownika budowy (pkt 19.1.3 IDW) 20 punktów podczas gdy osoba wskazana na kierownika budowy w ofercie **Berger Bau Polska** nie dysponuje doświadczeniem uprawniającym do przyznania temu Wykonawcy maksymalnej ilości punktów w kryterium doświadczenie kierownika budowy. Odwołujący ponadto stwierdził, że wykonawca **Berger Bau** przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, a mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego skutkiem powyższego Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy Pzp:

art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - dokonanie oceny oferty Odwołującego niezgodnie z przyjętymi w IDW kryteriami oceny ofert, skutkującej zawyżeniem o 10 liczby punktów przyznanych Odwołującemu w kryterium pkt. 19.1.3 IDW - Doświadczenie kierownika budowy pomimo tego, że **Berger Bau Polska** winien otrzymać 10 punktów w tym kryterium, a nie 20 punktów;

art. 24 ust. 1 pkt. 16 oraz 17 ustawy Pzp - zaniechanie uznania, że w niniejszej sprawie zmaterializowały się przesłanki, o których mowa w tych przepisach, podczas gdy **Berger Bau** 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 osobie wskazanej na stanowisko kierownika budowy doświadczenia zdobytego przy realizacji zadania pn. **Przebudowy wiaduktu w ul. Chociebułskiej we Wrocławiu**”, co doprowadziło do nieuprawnionego wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej;

art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp - wybranie oferty złożonej przez **Berger Bau**, jako oferty najkorzystniejszej, pomimo tego, że ofercie **Berger Bau** wino być przyznane w kryterium doświadczenie kierownika 10 punktów co spowodowałoby, iż w takiej sytuacji jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp:

unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez **Berger Bau**, jako oferty najkorzystniejszej;

przeprowadzenia ponownego badania i oceny oferty **Berger Bau** i w konsekwencji wykluczenia tego wykonawcy z postępowania;

dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert i wyboru Oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

Odwołujący także stwierdził, że (...) Naruszenie przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp, ma istotny wpływ na wynik Postępowania, bowiem gdyby Zamawiający nie naruszył wskazanych przepisów ustawy Pzp, oferta **Berger Bau** nie zostałaby wybrana jako oferta najkorzystniejsza, a co za tym idzie, Odwołujący uzyskałby zamówienie objęte j Postępowaniem. Nieuprawnione przyznanie ofercie **Berger Bau** maksymalnej ilości punktów spowodowało że oferta Odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza i w bilansie kryteriów oceny oferty zgodnie z IDW. Tym samym oferta Odwołującego jest najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu,

która została złożona przez wykonawcę, który nie podlega wykluczeniu z Postępowania. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp oraz może ponieść Szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp poprzez brak możliwości zrealizowania przedmiotowego zamówienia oraz uzyskania zakładanych zysków. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że jego interes prawny wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 24.11.2020 r.) wniósł o oddalenie odwołania, a odnosząc się do podnoszonych w odwołaniu naruszeń w szczególności wskazał: (...) Zgodnie z pkt. 19.1.3 IDW Zamawiający dla kryterium Doświadczenie Kierownika Budowy wskazał: „Ocena w ramach kryterium będzie odbywać się w oparciu o dokument sporządzony według wzoru Formularza nr 2.3.: „informacje dot. doświadczenia Kierownika Budowy”. Dokument ten winien zawierać wykaz zadań, polegających na wykonaniu zadania polegającego na budowie lub przebudowie lub remoncie obiektu mostowego o wartości minimum 1 900 000,00 zł brutto (każde zadanie musi być zakończone wydaniem Świadectwa Przejścia lub Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu w przypadku zamówień, w których nie wystawiano ww. dokumentów), przy realizacji których wskazana osoba na stanowisko Kierownika Budowy zdobyła doświadczenie na następujących stanowiskach: Kierownik Budowy lub Kierownik Robót Mostowych lub Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej. Zamawiający wobec przedłożenia przez Wykonawcę dokumentu sporządzonego według wzoru Formularza nr 2.3, w którym Wykonawca zawarł informacje dot. doświadczenia Kierownika Budowy oraz złożył wykaz 3 zadań, polegających na wykonaniu zadania polegającego na budowie lub przebudowie lub remoncie obiektu mostowego o wartości minimum 1 900 000,00 zł brutto, zasadnie w ramach kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” przyznał 20 pkt. (doświadczenie w realizacji 3 zadań i więcej). Zamawiający w SIWZ nie wymagał dodatkowych dokumentów potwierdzających złożone w formularzu 2.3.oświadczenie. Skoro Zamawiający określił (pkt 19.1.3.SIWZ), iż doświadczenie osoby stanowi element oceniany na podstawie kryteriów oceny ofert i wskazywane w treści formularza ofertowego, to nie ulega wątpliwości, że nie stanowi ono dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p., oraz nie jest dokumentem uzupełnianym czy podlegającym modyfikacji w trybie określonym w art. 26 ust. 3 p.z.p. Możliwość dokonywania różnej wykładni stopnia wypełnienia kryterium ocennego, czego wyrazem jest indywidualna ocena dokonywana przez członków komisji, jest wpisana w naturę oceny kryterium jakościowego. Część oferty podlegająca punktacji jest szczególnie wrażliwa, ponieważ prowadzi bezpośrednio do wartościowania ofert wykonawców, skutkującego następnie wyborem jednej z nich. Zatem w tym zakresie konieczne jest szczególne zachowanie zasad równego traktowania wykonawców i przejrzystości, co skutkuje m.in. tym, że ofert nie można uzupełniać po ich złożeniu, aby żadnemu z wykonawców nie dawać przewagi w postaci możliwości późniejszego złożenia danego oświadczenia i dostosowania swojej oferty. Zamawiający nie dopuścił się zatem naruszenia przyjętych w IDW kryteriów ofert. Wskazał ponadto, że: (...) dowody przedstawione przez Odwołującego w niniejszej sprawie, jedynie mogą potwierdzać, że Pan Ł. K. nie był wpisany przy realizacji zadania pn. „Przebudowy wiaduktu w ul. Chociebułskiej we Wrocławiu”, do dziennika budowy, nie potwierdzają natomiast, że wskazana osoba nie posiada faktycznego doświadczenia w sprawowaniu funkcji kierownika robót mostowych. Nie można zatem uznać że oświadczenie Wykonawcy wprowadziło Zamawiającego w błąd, a zatem nie został spełniony warunek z art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17, jak i pkt. 12 p.z.p”. W konkluzji stwierdził, co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, że wobec bezzasadności wcześniejszych zarzutów, również bezzasadny jest ten zarzut, albowiem zamawiający przeprowadził postępowanie z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, oraz prawidłowo zbadal i ocenił złożone oferty.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił (pismo z dnia 5 listopada 2020 r.) na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca Berger Bau Polska Sp. z o.o. z Wrocławia (Przystępujący wykonawca) wnosząc o oddalenie odwołania. Dodatkowo w piśmie procesowym z dnia 24 listopada 2020 r. przedstawił wraz z argumentacją dowody na okoliczność niezasadności podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

Odwołujący na posiedzeniu w dniu 25 listopada 2020 r. oświadczył, że wobec argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego oraz przez Przystępującego wykonawcy w piśmie procesowym z dnia 24 listopada 2020 r. a także załączonych dowodów wycofuje odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2020 r. Także wnosi o zwrot wpisu zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Izba postanowiła,

Działając na podstawie na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy - Prawo zamówień publicznych Izba umorzyła postępowanie odwoławcze. W myśl wskazanego art. 187 ust. 8 ustawy Pzp: „Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze”. Z kolei orzekając o kosztach postępowania Izba miała na uwadze zdanie drugie tego przepisu zgodnie z którym: „Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu”. Tym samym Izba uwzględniając ponadto przepisy § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a 972), nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu od odwołania uiszczonego w przedmiotowej sprawie w wysokości 10.000 zł.

Przewodniczący:.....