Sygn. akt: KIO 47/23

WYROK z dnia 19 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 stycznia 2023 r. przez Odwołującego – Mosty Katowice Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Rolna 12, 40-555 Katowice, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, GDDKiA Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice

przy udziale

Wykonawcy – Trakt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, ul. Jesionowa 9a, 40-159 Katowice, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz koszty pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy);

   2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 47/23

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – GDDKiA Oddział w Katowicach, w trybie podstawowym bez negocjacji na wykonanie ekspertyzy technicznej infrastruktury drogowej i obiektów inżynierskich oraz opracowanie Programu Naprawczego i dokumentacji projektowej dla naprawy autostrady A1 na odcinku Pyrzowice – Piekary Śląskie (sygn. postępowania: O/KA.D-3.2421.39.2022), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24.08.2022 r., 2022/S 162-461560, wobec czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej dla cz. 1 zamówienia (TRAKT Sp. z o. o. sp.k.), Wykonawca Mosty Katowice Sp. z o.o., wniósł w dniu 05.01.2023 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 47/23).

Odwołujący zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 247 ust. 1 i 2 Pzp i art. 134 ust. 1 pkt 18 Pzp oraz ust. 21.1.2.1 pkt 1c swz – tom I IDW dla cz. 1, przez nieprawidłową ocenę oferty i przyznanie w kryterium pozacenowym – doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, podkryterium 1 c) – doświadczenie kierownika projektu badawczego, maksymalnej ilości punktów, podczas gdy oferta nie spełnia warunków dla przyznania maksymalnej liczby punktów w tym podkryterium;

2. art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 Pzp i art. 16 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 i 2 Pzp przez brak prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, wskutek dokonania wyboru oferty, która nie przedstawia największej liczby punktów, a w konsekwencji nie była ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący odniósł się do doświadczenia kierownika projektu badawczego wskazanego w formularzu 2.3 „Kryteria pozacenowe”, które w jego ocenie nie kwalifikowało do przyznania maksymalnej liczby punktów –

10, tj. 2 publikacji naukowych:

- „Komunikacyjne obiekty liniowe na terenach górniczych”, Magazyn Autostrady, 3/2015;

- „Przydatność łupków przywęglowych do konstrukcji autostrad”, V Międzynarodowa Konferencja „Trwałe i bezpieczne nawierzchnie drogowe”, materiały konferencyjne, Kielce, 1999 r.

Publikacja nr 2 nie spełnia warunków, dla przyznania punktów. Ma bowiem charakter programowy dla przyszłych prac badawczych oraz dotychczasowych rezultatów

zastosowania tego surowca. Tymczasem przedmiotem opracowań winny być badania naukowe własne lub zespołu naukowego, obejmujące projekty badawcze związane z uszkodzeniami infrastruktury spowodowanymi wbudowaniem w nasyp materiałów pokopalnianych i/lub szkodami górniczymi, wraz z oceną stanu technicznego tych obiektów budowlanych. W publikacji nie ma żadnej wzmianki opisującej uszkodzenia infrastruktury spowodowane wbudowaniem w nasyp tych materiałów. W kryterium oceniane miały być publikacje opisujące przeprowadzone badania, a nie przyszłe badania. Prezentowane wnioski nie mają charakteru usystematyzowanych rezultatów z badań naukowych, a stanowią jedynie luźne wnioski z prac będących w toku.

Wykonawca mógł zatem otrzymać 5, a nie 10 pkt. Nie zmienia tej oceny wskazanie w odpowiedzi na wezwanie na inne publikacje, które być może spełniałyby kryterium oceny, gdyż oferta powinna być niezmienna od dnia upływu terminu na składanie ofert.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca – Trakt Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Katowicach. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym odniósł się do podstawy zarzutów, szczegółowo omawiając zakres i charakter publikacji dr inż. Krzysztofa Chlipalskiego „Trwałe i bezpieczne nawierzchnie drogowe: V Międzynarodowa konferencja”.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości (pismo z 18.01.2023 r.).

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu i takich wniosków nie formułowano w pismach procesowych, jak i na posiedzeniu przed otwarciem rozprawy.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym wyjaśnienia treść swz oraz złożone w sprawie stanowiska stron i Przystępującego.

Izba ustaliła i zważyła.

Zgodnie z Tomem I IDW Zamawiający przewidział w postępowaniu trzy kryteria oceny ofert:

1) cena (C) - 60 pkt,

2) doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia (D) – 30 pkt,

3) termin zakończenia realizacji etapu III Umowy (T) – 10pkt.

W kryterium D, podkryterium „Doświadczenie Kierownika projektu badawczego (DKPB)”, oceniane miało być zgodnie z treścią pkt 21.1.2.1 ppkt 1 lit. c) Tom I IDW:

c) Doświadczenie Kierownika projektu badawczego (DKPB):

Wykonawca wykaże w Formularzu 2.3. „Kryteria pozacenowe” osobę wyznaczoną na funkcję Kierownika projektu badawczego, która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Doświadczenie Kierownika projektu badawczego, które podlega ocenie w ramach ww. kryterium:

Autor lub główny współautor publikacji naukowych opisujących badania naukowe własne lub zespołu naukowego, obejmujące projekty badawcze związane z uszkodzeniami infrastruktury spowodowanymi wbudowaniem w nasypy materiałów pokopalnianych i/lub szkodami górniczymi, wraz z oceną stanu technicznego tych obiektów budowlanych.

Jako publikacja naukowa należy rozumieć artykuł w czasopiśmie naukowym lub w formie książki, opisujący oryginalne badania naukowe związane z uszkodzeniami infrastruktury spowodowanymi wbudowaniem w nasypy materiałów pokopalnianych i/lub szkodami górniczymi wraz z wynikającymi z nich wnioskami, lub zbierający w formie przeglądu wnioski z wcześniej opublikowanych prac w ww. zakresie.

Punkty w tym kryterium będą przyznawane wg poniższych zasad:

Za wykazanie doświadczenia przy opracowaniu 1 (jednej) Publikacji naukowej w zakresie potwierdzającym powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 5 punktów.

Za wykazanie doświadczenia przy opracowaniu 2 (dwóch) Publikacji naukowych każda w zakresie potwierdzającym powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 10 punktów.

Maksymalna liczba punktów, która może zostać przyznana w ww. podkryterium wynosi: 10 punktów.

Na końcu pkt 21.1.2.1 TOM I IDW SWZ wskazano:

1. W przypadku gdy Wykonawca wraz z ofertą nie złoży Formularza „Kryteria pozacenowe", nie poda imienia i nazwiska osób wskazanych odpowiednio na ww. funkcje - Wykonawca otrzyma 0 punktów w danym podkryterium.

2. Ocenie będą podlegać doświadczenie/zadania dla których wykonawca podał wszystkie informacje umożliwiające rzetelną i jednoznaczną weryfikację.

3. Wykonawca w ramach ww. kryterium może wskazać tylko jedną osobę na dane stanowisko. W przypadku, gdy Wykonawca wskaże więcej niż 1 osobę do pełnienia danej funkcji, Zamawiający oceniał będzie jedynie tę osobę, która została wskazana jako pierwsza w kolejności.

4. Osoby wskazane w Formularzu „Kryteria pozacenowe" do pełnienia funkcji Projektanta Drogowego, Projektanta Mostowego, Kierownika projektu badawczego należy wykazać odpowiednio do pełnienia tej funkcji w wykazie osób, o którym mowa w pkt 10.8 b) IDW.

Oferta zawarta w Formularzu „Kryteria pozacenowe" stanowić będzie integralną część umowy zawieranej z wyłonionym w drodze niniejszego postępowania Wykonawcą, wobec tego Wykonawca będzie związany proponowanymi rozwiązaniami i odpowiedzialny wobec Zamawiającego za realizację zamówienia zgodnie z zaoferowanym zakresem.

Ocenie w kryteriach poddane zostały wszystkie oferty (Trakt Sp. z o.o. sp. k. i Mosty Katowice Sp. z o.o.), w związku z zastosowaniem procedury odwróconej, o której mowa w art. 139 ust. 1 Ustawy.

Pismem z dnia 7 listopada 2022 r. Zamawiający działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w związku ze wskazaniem w formularzu 2.3. „Kryteria Pozacenowe" na stanowisko Kierownika projektu badawczego p. Krzysztofa Chlipalskiego legitymującego się doświadczeniem zdobytym przy opracowaniu publikacji pt. „Przydatność łupków przywęglowych do konstrukcji autostrad". Zamawiający oczekiwał wyjaśnień w zakresie:

1) czy i na jakiej podstawie Wykonawca przyjął, że „Materiały konferencyjne" w których ww. publikacja została zamieszczona zostały opublikowane w czasopiśmie naukowym lub w formie książki?

2) jaką problematykę i jakie wnioski przedstawiała ww. publikacja z punktu widzenia autora/głównego autora?

3) czy i gdzie można znaleźć bezpłatny dostęp do ww. publikacji?

Wykonawca w odpowiedzi z dnia 14 listopada 2022 r. wyjaśnił, że publikacja materiałów konferencyjnych jest wydawnictwem książkowym – „Trwałe i bezpieczne nawierzchnie drogowe", Kielce 1999, Materiały konferencyjne. Wykonawca wskazał, że „Publikacja przedstawia problematykęstosowania łupków nieprzepalonych i przepalonych jako odpadów górniczych do stosowania w budownictwie komunikacyjnym wraz z analizą zagęszczenia i

nośności dla ww. materiałów z uwzględnieniem ulepszenia tych materiałów spoiwami" oraz zreferował wnioski publikacji odwołując się do badań autora.

<u>Uwzględniając powyższe Izba oddaliła odwołanie w całości.</u>

Zasadniczo zarzuty w odwołaniu związane są oceną publikacji pt. „Przydatność łupków przywęglowych do konstrukcji autostrad", autorstwa dr inż. Krzysztofa Chlipalskiego, wydanej, jako materiał do konferencji pt. „V Międzynarodowa Konferencja, Trwałe i bezpieczne nawierzchnie drogowe Kielce, 11-12 maja 1999", Referaty, Warszawa: Instytut Badawczy Dróg i Mostów, 1999, ISBN 83-907304-7-2.

W ocenie Izby przedłożony dowód przez Przystępującego – mail od wydawnictwa IBDiM, potwierdza fakt, iż publikacja materiału badawczego miała formę książki, co wprost zaprzecza twierdzeniom Odwołującego o braku zapewnienia formy wymaganej w IDW dla „publikacji naukowej".

Twierdzenia Odwołującego prezentowane w uzasadnieniu, w ocenie składu orzekającego należało uznać za niewiarygodne i odbiegające od rzeczywistej zawartości publikacji, która została szczegółowo omówiona w piśmie procesowym przystępującego, do czego Odwołujący w zasadzie się nie odniósł na rozprawie. Stanowisko procesowe Odwołującego prezentowane do protokołu rozprawy sprowadzało się wyłącznie do powtórzenia nieudowodnionych twierdzeń zawartych w odwołaniu o braku spełnienia wymagań opisanych w podkryterium oceny ofert. Odwołujący nie przedstawił żadnych przekonujących argumentów, które pozwoliłyby inaczej ocenić zawartość opracowania, co w zestawieniu z szczegółowo analizą treści publikacji, zawartą w piśmie procesowym Przystępującego, prowadziło do oddalenia odwołania.

Ponieważ Odwołujący nie odniósł się do szerszego opisu badań, skupiając się na wybranych fragmentach, od początku przywoływanych w odwołaniu, skład orzekający uznał, iż fragmenty cytowane w piśmie procesowym Przystępującego są zgodne z oryginalnym brzmieniem publikacji. W oparciu o analizę tych treści skład orzekający doszedł do tych samych wniosków co Zamawiający i Przystępujący, iż publikacja opisuje badania (dwie fazy – laboratoryjną i w warunkach poligonowych) związane z uszkodzeniami infrastruktury (konstrukcji nawierzchni), spowodowanymi wbudowaniem w nasypy materiałów pokopalnianych (łupków przepalonych). Badania obejmują analizę wykorzystania różnych rodzajów łupków oraz metody ich stabilizacji, jako zagrożenia dla uszkodzeń konstrukcji obiektów komunikacyjnych, które zostały opisane jako zagrożenia samozapłonem (nasypów niedostatecznie zagęszczonych), deformacje związane z nośnością.

Nie jest zgodne z rzeczywistością twierdzenie Odwołującego, iż materiał miał nie zawierać oceny stanu technicznego infrastruktury. Wnioski i wyniki badań wskazują wprost na spadek nośności, spowodowany zmianą stanu w trakcie zagęszczania przy zwiększającej się wilgotności materiału, co zostało poparte wynikami zawartymi w tabeli opisującej wyniki stabilizacji. Powyższe odnosi się wprost do parametrów drogi przebiegającej zarówno w nasypie jak i wykopie.

Ponieważ Odwołujący nie wykazał, aby ocena doświadczenia Kierownika projektu badawczego i dotyczącego przedmiotowego opracowania naukowego nie spełniała warunków opisanych w kryterium, nie było podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisów wskazanych w petitum odwołania. Twierdzenia Odwołującego nie miały oparcia w szerszej analizie materiału przedstawionej w piśmie procesowym Przystępującego, co musiało prowadzić do uznania, ich za gołosłowne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 8 ust 2 pkt. 1 oz. 2437).

Na poczet kosztów postępowania odwoławczego zaliczony został wpis w wysokości 15.000,00 zł. oraz koszty pełnomocnika Zamawiającego i obciążyła nimi w całości Odwołującego.

Przewodniczący: ……..