Sygn. akt KIO 485/17

WYROK
z dnia 29 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 marca 2017 r. przez wykonawcę: **P. C. Sp. z o.o., ul. (…)**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Ś. **Zarząd Dróg Wojewódzkich, ul. (…)**
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. E. Sp. z o.o., ul. (…), 2. S. I. Sp. z o.o., (…)**
– zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: P. C. Sp. z o.o.,
ul. (…), i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr**
(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: P. C. Sp. z o.o., ul. (…) tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Kielcach.**

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt KIO 485/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Ś. Zarząd Dróg Wojewódzkich w K. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Zarządzanie i nadzór nad realizacją inwestycji pn. Budowa obwodnicy m. Zbludowice”,* numer referencyjny: postępowanie nr 76, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym od dnia 28 lipca 2016 r., zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25.11.2016 r. pod numerem: 2016/S 228-415388.

Odwołujący – P. C. Sp. z o.o. z siedzibą w S. – wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami czynności zamawiającego polegających na:
1) unieważnieniu czynności wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej przy braku podstaw faktycznych i prawnych do takiego działania;
2) uznaniu, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a przez to podlega wezwaniu do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp i wezwaniu go w tym trybie do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów;
ewentualnie z ostrożności
3) zaniechaniu wezwania odwołującego do wyjaśnienia złożonych oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 Pzp,

przez co zostały naruszone przepisy ustawy Pzp:
1) art. 181 ust. 2 przywołany w informacji o powtórzeniu czynności badania, oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 03.03.2017 r. jako nie mający zastosowania w sprawie i zaistniałej sytuacji;
2) art. 26 ust. 3 przez jego błędne zastosowanie w sytuacji, w której odwołujący złożył wykaz i referencje potwierdzające wykonanie usługi zarządzania i nadzoru nad realizacją

zadania polegającego na przebudowie drogi klasy minimum GP o wartości nie mniejszej niż 20 mln zł;
3) art. 7 ust. 1 przez uchybienie tym wezwaniem i zaniechaniem uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą zgodnie z art. 91 ust. 1, prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców;
7) oraz inne przepisy wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o:
1) merytoryczne rozpoznanie odwołania;
2) uwzględnienie odwołania;
3) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów z dnia 03.03.2017 r.;
4) nakazanie zamawiającemu dokonania oceny oraz badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
5) nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej;
dowodów powołanych w oraz 6) dopuszczenie treści odwołania dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania na okoliczności wskazane w odwołaniu;
7) zasądzenie kosztów postępowania wywołanego wniesieniem odwołania od zamawiającego na rzecz odwołującego, w tym kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał.

Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty odwołującego i wezwał go do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, będącego przedmiotem zaskarżenia, w dniu 03.03.2017 r. W związku z tym termin do wniesienia odwołania upływał w dniu 13.03.2017 r. Odwołujący dochował obowiązku wniesienia odwołania w terminie.

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Złożył ofertę uznaną za najkorzystniejszą, spełniając przy tym zakwestionowany warunek udziału w postępowaniu. Zatem, nie ma potrzeby uzupełniania złożonych już oświadczeń, czy dokumentów. Kwestionowane czynności zmierzają zaś do eliminacji odwołującego z postępowania, a przez to uniemożliwiają mu realizację zamówienia. Tym samym kwestionowane naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp, prowadzi do poniesienia przez odwołującego realnej szkody. Powyższe dowodzi naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia i stanowi przesłankę do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp.

Uzasadnienie odwołania.

W wyniku oceny ofert dokonanej przez zamawiającego w dniu 23.02.2017 r. za najkorzystniejszą została uznana oferta odwołującego. Dla spełnienia warunku opisanego w pkt 2 rozdziału VII SIWZ pkt 2.1 a) odwołujący wskazał realizację usługi polegającej na *Pełnieniu funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego dla zadania pn. „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 631 N. D. M. - W., Rozbudowa odcinka Z. - granica W. do przekroju dwujezdniowego”* realizowanej na rzecz G. S. L., (…) Usługa ta została zrealizowana w terminie od 10.01.2014 r. do 04.2014 r., a wartość robót budowlanych na tym zadaniu

wynosiła ponad 45 mln zł. Zamawiający uznał to doświadczenie za wystarczające dla spełnienia warunku.

W dniu 02.03.2017 r. zamawiający otrzymał od wykonawcy E. Sp. z o.o. pismo, w którym powołując się na wybiórcze informacje od M. Zarządu Dróg Wojewódzkich w W., w którym informowała zamawiającego, że wykonawca zadania pn. *„Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 631 N. D. M. - W., Rozbudowa odcinka Z. - granica W. do przekroju dwujezdniowego”* w okresie od 10.01.2014 br. do 10.04.2014 r. wykonał roboty budowlane o wartości poniżej 3 mln zł.

Przyjmując wskazane informacje za wiarygodne, bez ich weryfikacji, choćby w trybie art. 26 ust. 4 Pzp wprost u odwołującego, zamawiający w sposób nieprawidłowy uznał, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących odpowiedniego doświadczenia zawodowego (w tym przypadku - co wynika z treści wezwania

z dnia 03.03.2017 r. do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów - w zakresie wartości robót), unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów.

Powyższe działania zamawiającego naruszają przepisy Pzp, a przez to powodują konieczność złożenia odwołania.

Odwołujący wskazał, że zamówienie ma wartość większą niż kwota określona na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp i nie znajdują do niego zastosowania regulacje art. 181 Pzp. Tym samym brak było podstaw do jego zastosowania w tej sytuacji.
Przyjęta w unieważnieniu wyboru oferty odwołującego i wezwaniu do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów (obie czynności z dnia 03.03.2017 r.) interpretacja warunku w pkt 2 rozdziału VII SIWZ pkt 2.1 a) odbiega od jego treści.

Zgodnie z brzmieniem tego warunku i postawionymi przez zamawiającego w SIWZ wymaganiami, wykonawca winien spełniać w zakresie posiadania doświadczenia zawodowego: *Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował (zakończył), co najmniej 1 usługę zarządzania i nadzoru nad realizacją zadania polegającego na budowie lub rozbudowie drogi klasy minimum GP o wartości nie mniejszej niż 20.000.000,00 PLN (brutto).*

Usługa referencyjna miała dotyczyć zarządzania i nadzoru nad realizacją zadania, o wartości nie mniejszej niż 20.000.000,00 PLN. Tym samym to zadanie miało mieć taką wartość, a nie zafakturowane w czasie wykonywania usługi roboty budowlane.
Zaskarżonymi czynnościami zamawiający nie kwestionował pozostałych elementów doświadczenia, które tym samym należy uznać za bezsporne tj., że:

---

1. Usługa wykonywana przez P. C. sp. z o.o. została zakończona. 2. Usługa polegała na zarządzaniu i nadzorze. 3. Zadanie polegało na rozbudowie drogi klasy GP.
4. Wartość zadania wynosiła powyżej 20 mln zł brutto.
Z okoliczności wymienionych w pkt od 1 do 4 wynika, że wskazana przez odwołującego usługa w całości potwierdza i odpowiada wymaganiom stawianym przez zamawiającego.

Uzasadniając treść wezwania z dnia 03.03.2017 r. zamawiający w zasadniczy sposób zmienił stawiane przez siebie wymagania w treści SIWZ, co na obecnym etapie postępowania jest czynnością niedopuszczalną i stanowi złamanie przepisów ustawy Pzp. Zamawiający uznając, że wskazana przez Prokom usługa nie odpowiada stawianym wymaganiom, powołał się na wartość wykonanych robót budowlanych w okresie pełnienia usługi. Jak wynika z ww. przywołanego fragmentu treści SIWZ, przyjęte przez zamawiającego kryterium podczas dokonywanej oceny w ogóle nie występuje, co stanowi sprzeczność z jej opisami.

Treść SIWZ posługuje się pojęciem wartości zadania, natomiast podczas oceny zamawiający posłużył się pojęciem wartości nadzorowanych robót. Pojęcia te w istotny sposób różnią się od siebie, a zrównywanie ich znaczenia jest bezpodstawne. Wartość zadania jest wartością stałą, która w trakcie jego trwania nie zmienia się i obejmuje swoim pojęciem całość robót budowlanych wchodzących w jego zakres. Natomiast wartość nadzorowanych robót zmienia się wraz z postępem prac i jest zależna od czasu trwania usługi, a także od ilości i rodzaju wykonanych robót w danym okresie.

W przypadku gdyby zamawiający wymagał posiadania doświadczenia, jak w sformułowanym przez siebie uzasadnieniu przekazanego wezwania, użyte w SIWZ sformułowania powinny precyzyjnie odwoływać się do wartości robót budowlanych np.: (...) *usługę zarządzania i nadzoru nad realizacją zadania polegającego na budowie lub rozbudowie drogi klasy minimum GP o wartości nadzorowanych robót nie mniejszej niż 20.000.000,00 PLN (brutto)* (...), lub innych tego rodzaju opisów jednoznacznie wiążących wartość wykonanych robót budowlanych z usługą nadzoru w okresie świadczenia usługi. Na obecnym etapie postępowania zamawiający nie może zmieniać postawionego przez siebie warunku w SIWZ, gdyż działa w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp oraz dokonuje działań i czynności niezgodnych z ich treścią.

Odwołanie, w ocenie odwołującego, jest w pełni zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wniósł w dniu 28 marca 2017 r. odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej z wnioskiem o oddalenie odwołania oraz obciążenie odwołującego kosztami

postępowania odwoławczego. W uzasadnieniu przedstawił następującą argumentację.

5

1. Zamawiający w całej rozciągłości podzielił pogląd zawarty w piśmie firmy E. Sp. z o.o. w W. z dnia 15.03.2017 r. dotyczący uprawnienia zamawiającego do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i przywołane tam argumenty.
W świetle obowiązującego orzecznictwa (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 2776/14): cyt. *„zamawiający w każdej chwili aż do momentu podpisania umowy, w razie stwierdzenia, że któraś z jego czynności - w szczególności istotnych dla wyniku postępowania - została wykonana wadliwie, a czynność ta może na danym etapie zamówienia zostać unieważniona, dokonana lub powtórzona, ma prawo skorygować swoje wadliwe działanie lub zaniechanie".* Z uwagi na brak precyzyjnych regulacji w ustawie Pzp w zakresie unieważnienia czynności zamawiającego, zamawiający (w związku z uzyskaniem w dniu 02.03.2017 r. informacji mającej wpływ na decyzję zamawiającego o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwagi na fakt, że odwołujący, którego oferta została uznana jako najkorzystniejsza, nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ w zakresie doświadczenia zawodowego), podjął decyzję o skorzystaniu z uprawnień wynikających z art. 181 ust. 2 ustawy.

Nadto zamawiający wskazał, że był uprawniony do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o przepis art. 7 ust. 3 ustawy Pzp uznając, że wybór najkorzystniejszej oferty nie był zgodny z przepisami ustawy Pzp wobec niespełnienia przez wybranego wykonawcę wszystkich wymogów określonych w SIWZ.
2. Odwołujący w złożonej ofercie oświadczył, że zamówienie zrealizuje bez udziału podwykonawców. Równocześnie załączył złożone przez firmę G., S.L. w M. *„zobowiązanie do oddania do dyspozycji zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia"* - wiedzy i doświadczenia zdobytych w ciągu ostatnich 3 lat przed terminem złożenia oferty w *„Pełnieniu funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego dla zadania pn.: Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 631 N. D. M. - W.; Rozbudowa odcinka Z. - granica W. do przekroju dwujezdniowego".* Inwestycja ta dotyczyła drogi klasy GP, a wartość robót budowlanych wynosiła na tym zadaniu 45.799.250,88 zł. brutto. Mając na uwadze oświadczenie wykonawcy zawarte w ofercie oraz *„Zobowiązanie do oddania do dyspozycji zasobów niezbędnych do wykonania zamówienie"* złożone przez firmę G., S.L. w M., zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, czy zamówienie zrealizuje sam, czy przy udziale podwykonawców. Wykonawca poinformował, że firma G. S.L. nie będzie podwykonawcą, będzie uczestniczyła w realizacji kontraktu poprzez doradztwo i szkolenie pracowników. Równocześnie odwołujący złożył *„Wykaz usług",* w którym jako zamawiającego wymienił firmę G., S.L., wartość zamówienia wykonanego przez odwołującego - 45 mln zł, przedmiot usługi - zarządzanie i nadzór nad

6

realizacją zadania polegającego na budowie drogi klasy GP o wartości powyżej 25 mln zł, czas realizacji 01.2014 r. - 04.2014 r.

W tej sytuacji, biorąc pod uwagę wszystkie dokumenty złożone przez odwołującego potwierdzające brak podstaw do wykluczenia oraz spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w szczególności mając na uwadze treść przedłożonego przez wykonawcę *„Wykazu usług",* z którego wynikało, że wykonawca ten na zlecenie firmy G. S.L. nadzorował zamówienie o wartości robót budowlanych 45 mln zł dotyczące budowy drogi klasy GP w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, zamawiający zgodnie z kryteriami oceny ofert wybrał ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą.

Zamawiający otrzymał w dniu 02.03.2017 r. pismo od firmy E. Sp. z o.o. kwestionujące wybór najkorzystniejszej oferty, z którego wynikało, że odwołujący na podanym przez siebie zadaniu nadzorował roboty budowlane o wartości poniżej 3 mln zł brutto. Do pisma załączono informację M. Zarządu Dróg Wojewódzkich w W. potwierdzającą wyżej podaną wartość robót w okresie od 01.2014 r. do 04.2014 r.

Biorąc pod uwagę powyższe informacje zamawiający uznał, że odwołujący nie spełnił wymogu określonego w pkt. VII ust. 2.1a SIWZ i unieważnił czynność wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający wskazał, że nie można uznać za uzasadniony prezentowany

w odwołaniu pogląd, że dla zamawiającego nie ma znaczenia wartość robót rzeczywiście nadzorowanych przez wykonawcę, a kwota min. 20 mln zł brutto dotyczy wyłącznie wartości całego zadania, nad którym dany wykonawca pełnił nadzór. Sporne postanowienie SIWZ zawiera bowiem warunek, aby wykonawca wykazał, że w okresie 3 lat przed upływem terminu składnia ofert zrealizował (zakończył) co najmniej 1 usługę zarządzania i nadzoru nad realizacją zadania polegającego na budowie lub rozbudowie drogi klasy minimum GP o wartości nie mniejszej niż 20 mln zł brutto.

Przyjęcie, że dla zamawiającego istotna była jedynie wartość całego zadania, a bez znaczenia była wartość nadzorowanych robót mijałoby się całkowicie z założonym przez zamawiającego celem, którym było wyłonienie wykonawcy dysponującego stosownym doświadczeniem zawodowym.

3. Zamawiający nie zgodził się również z zarzutem naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp była konsekwencją unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powrotu do powtórzenia czynności badania i oceny ofert. W związku z uznaniem przez zamawiającego, że złożone przez odwołującego dokumenty nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia zawodowego, zamawiający wezwał go do uzupełnienia dokumentów, co jest zgodne z przepisami ustawy Pzp.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, odwołujący w dniu 06.03.2017 r. złożył pismo kwestionujące czynność zamawiającego do wezwania go do uzupełnienia dokumentów oraz w dniu 14.03.2017 r. złożył na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu pismo zawierające w swojej treści ten sam *„Wykaz usług”,* który został złożony na wezwanie zamawiającego do złożenia dokumentów (zgodnie z art. 26 ust. 1) Pzp w dniu 07.02.2017 r.

4. Odnośnie zarzutu zaniechania wezwania odwołującego do wyjaśnienia złożonych oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, zamawiający wyjaśnił, że nie widział podstaw do zastosowania tego przepisu ustawy Pzp z uwagi na fakt, że złożone przez M. Zarząd Dróg Wojewódzkich w W. oświadczenie w swej treści zawierało wszelkie informacje mające wpływ na ocenę sytuacji przez zamawiającego.

Z podanych przyczyn zamawiający uznał wnioski odpowiedzi za uzasadnione i wniósł jak na wstępie.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: E. Sp. z o.o. i S. I. Sp. z o.o. z siedzibami w W. – zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania (pismo z dnia 17 marca 2017 r.). W dniu 27 marca 2017 r. wykonawcy wnieśli „Pismo przystępującego” przedstawiające dodatkową argumentację za oddaleniem odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: E. Sp. z o.o. i S. I. Sp. z o.o. z siedzibami w W. – Izba uznała, że w wyniku skutecznego przystąpienia, wykonawcy ci stali się uczestnikami postępowania odwoławczego zgodnie z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Wobec nie wystąpienia przesłanek negatywnych skutkujących odrzuceniem odwołania (art. 189 ust. 2 ustawy Pzp), Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Odwołujący spełnia przesłanki materialno-prawne uprawniające go do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Złożył ofertę wyrażając tym zainteresowanie uzyskaniem zamówienia i wskazał, że w razie stwierdzonego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy może ponieść szkodę.

Na podstawie akt sprawy odwoławczej, w tym dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego, dowodów i wyjaśnień złożonych w toku postępowania dowodowego na rozprawie, Izba uznała, że odwołanie podlega

oddaleniu.

Odwołanie dotyczy czynności zamawiającego i zaniechania czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Do dnia zamknięcia rozprawy zamawiający nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, zatem rozstrzygnięcie Izby dotyczy stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania (art. 191 ust. 2 ustawy Pzp), w granicach zaskarżenia wynikających z zarzutów zawartych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp), znajdujących uzasadnienie w czynnościach zamawiającego z dnia 3 marca 2017 r.

Pismem z dnia 3 marca 2017 r., zamawiający powołując się na otrzymane pismo firmy E. Sp. z o.o. z siedzibą w W., w którym firma przedstawiła zastrzeżenia co do procedury związanej z wyborem najkorzystniejszej oferty – na podstawie art. 181 ust. 2 ustawy Pzp – zawiadomił uczestników postępowania o udzielenie zamówienia o tym, że: -uznaje jako zasadne zastrzeżenia co do procedury związanej z wyborem najkorzystniejszej oferty; -unieważnia czynność oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 23 lutego 2017 r.; -powtarza czynność oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Wybraną w dniu 23 lutego 2017 r. ofertą najkorzystniejszą, była oferta odwołującego.

Drugim pismem z dnia 3 marca 2017 r. zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów *„w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (…)”.*

Odwołujący zarzucając błędne zastosowanie przepisu art. 181 ust. 2 ustawy Pzp ze względu na wartość zamówienia:
-polegające na wykorzystaniu informacji wskazującej błąd w toku badania i oceny ofert zakończonego wyborem oferty odwołującego w dniu 23 lutego 2017 r.,
-i w konsekwencji uznanie niespełnienia warunku udziału w postępowaniu skutkujące unieważnieniem wyboru oferty oraz podjęciem decyzji o powtórzeniu badania i oceny ofert

– wskazał również naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez wezwanie odwołującego do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu oraz jednocześnie naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie usługi i jej poświadczenia; wskazał też naruszenie art. 7 ust. 1 w powiązaniu z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp na skutek zaniechania uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą.

Powyższe zarzuty w zestawieniu z żądaniami odwołującego m.in. – nakazania zamawiającemu unieważnienia wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów z dnia 3 marca 2017 r. oraz nakazania dokonania *„oceny oraz badania”* ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego – wskazują, że w ocenie odwołującego, zamawiający powinien uznać spełnianie warunku udziału w postępowaniu na podstawie usługi zamieszczonej w wykazie usług oraz poświadczenia jej wykonania, które zostały złożone zamawiającemu w dniu 7 lutego 2017 r.

Izba podzieliła, co do zasady stanowisko, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym przysługuje prawo wniesienia odwołania bez ograniczeń związanych z wartością zamówienia, procedura określona w przepisach art. 181 ustawy Pzp nie ma zastosowania. Jednakże nie można przyjąć, że w przypadku uzyskania przez zamawiającego informacji nawet tą drogą, jest on zwolniony z obowiązku weryfikacji dokonanych czynności.

Wykonawca E. Sp. z o.o. – pełnomocnik wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – przekazał zamawiającemu pismo z dnia 1 marca 2017 r. M. Zarządu Dróg Wojewódzkich w W. (w skrócie: M.Z.D.W.) – inwestora robót budowlanych, które zostały wskazane przez odwołującego w wykazie usług jako zadanie dla którego odwołujący pełnił funkcję Inspektora Nadzoru Inwestorskiego, dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w obecnym postępowaniu o udzielenie zamówienia i stanowiły one podstawę pozytywnej oceny dokonanej przez zamawiającego ze skutkiem wyboru oferty odwołującego w dniu 23 lutego 2017 r.

Podstawę oceny czynności zamawiającego stanowiły dane przedstawione przez inwestora – M. Zarząd Dróg Wojewódzkich, informacje firmy E. Sp. z o.o. nie stanowiły przedmiotu oceny.

Zamawiający był uprawniony do reasumpcji – ponownych czynności badania

i oceny ofert połączonych z równoczesnym uchyleniem skutków poprzedniego rozstrzygnięcia. Zatem był uprawniony do unieważnienia wyboru oferty z dnia 23 lutego 2017 r. oraz wezwania wykonawcy w dniu 3 marca 2017 r. do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunku.

Uprawnienia zamawiającego znajdują potwierdzenie w przywołanym w toku postępowania odwoławczego orzecznictwie wskazującym, że celem postępowania o udzielenie zamówienia jest wybór oferty wykonawcy, który spełnia wymagania zamawiającego (wymagania podmiotowe) oraz oferuje przedmiot zamówienia zgodny z opisem zamieszczonym w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia

(wymagania przedmiotowe). Zamawiający jest uprawniony do czasu zawarcia umowy powtórzyć czynność jeśli występują okoliczności wskazujące na popełnienie błędu w toku badania czy oceny ofert.

W wyroku z dnia 15 listopada 2012 r. sygn. akt KIO 2424/12 Izba uznała, że *„Zamawiający zobowiązany do prowadzenia postępowania według ustawowych zasad z obowiązkiem wybrania oferty obiektywnie uznanej w świetle wymagań i kryteriów ceny ofert opisanych w SIWZ za najkorzystniejszą, jest uprawniony i zobowiązany do powtórzenia czynności podlegających weryfikacji, również z własnej inicjatywy, aż do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (przykładowe wyroki Izby: KIO 692/12 z 24 kwietnia 2012 r., KIO 2535/11 z 8 grudnia 2011 r., KIO 2685/10 i 2686/10 z 28 grudnia 2010 r.).”*

Akceptacja unieważnienia wyboru oferty wynika pośrednio z podniesionej przez odwołującego w odwołaniu – str. 2 pierwszy akapit od góry tiret trzecie – niezgodności czynności z przepisami: *„ewentualnie z ostrożności, zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnienia złożonych oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.”*

Odwołujący zarzucił zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień, które jest dopuszczalne na podstawie wskazanego przepisu wyłącznie w toku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jako czynność przed wyborem najkorzystniejszej oferty (art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp), tym samym wyraził akceptację unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Oceniając zaskarżoną czynność – wezwanie odwołującego do złożenia oświadczeń i dokumentów na skutek uznania nie potwierdzenia spełniania warunku zdolności technicznej lub zawodowej (z dnia 3 marca 2017 r.), Izba uznała, że czynność zamawiającego znajduje uzasadnienie w zebranym materiale dowodowym.

Sporne postanowienie SIWZ zawiera warunek, aby wykonawca wykazał, że w okresie 3 lat przed upływem terminu składnia ofert zrealizował (zakończył) co najmniej 1 usługę zarządzania i nadzoru nad realizacją zadania polegającego na budowie lub rozbudowie drogi klasy minimum GP o wartości nie mniejszej niż 20 mln zł brutto.

Odwołujący składając oświadczenie o doświadczeniu zawodowym przedstawił w wykazie usług złożonym zamawiającemu w dniu 7 lutego 2017 r. jedyną usługę podając, że na rzecz zamawiającego G. S.L. wykonał zamówienie o wartości 45 mln zł; przedmiot zamówienia: *Pełnił funkcję Inspektora Nadzoru Inwestorskiego dla zadania pn.: Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 631 N. D. M. – W.; Rozbudowa odcinka Z. – granica W. do przekroju dwujezdniowego. Usługa polegała na zarządzaniu i nadzorze nad realizacją zadania*

polegającego na budowie drogi klasy GP
o wartości powyżej 25 mln zł; czas realizacji 01.2014 r. – 04.2014 r.

W poświadczeniu wystawionym przez G., S.L. z 30.06.2015 r. podano – numer umowy: 4/W/I/2014, zamawiający: G. S.L.; wykonawca: P. C. Sp. z o.o.; okres realizacji umowy: 3 miesiące (okres wstępny); data rozpoczęcia: 10.01.2014 r., data zakończenia: 10.04.2014 r.; wartość robót budowlanych 45 799 250,88 PLN (z VAT 23%).

W piśmie inwestora – M. Zarządu Dróg Wojewódzkich w W. – z dnia 01.03.2017 r., którego autentyczność i treści nie została zakwestionowana, złożonym zamawiającemu w dniu 2 marca 2017 r. przez wykonawcę E. Sp. z o.o., wskazano numer umowy: 4/W/I/2014 (ten sam co w poświadczeniu G. S.L.) z dnia 10.01.2014 r., okres obowiązywania umowy od dnia 10.01.2014 r. do dnia 30.06.2015 r., pełnienie funkcji

nadzoru inwestorskiego zostało powierzone firmie G. I. S.L. Inwestor wskazał, że w okresie 10.01.2014 r. – 10.04.2014 r. główny wykonawca robót budowlanych, tj. firma S. S.A. wykonał roboty budowlane o wartości poniżej 3 000 000,00 zł brutto.

Nie można odmówić racji zamawiającemu, że w wyniku przedstawienia okoliczności związanych z pełnieniem funkcji nadzoru inwestorskiego przez wykonawcę G. I. S.L., z którym inwestor zawarł umowę o pełnienie tej funkcji, była ona pełniona od 10.01.2014 r. do 30.06.2015 r.

– zamawiający uznał, że pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego przez odwołującego (potwierdzonego w poświadczeniu G., L.S.) w okresie 3. miesięcy: 10.01.-10.04.2014 r. (okres wstępny), przy wykonaniu robót budowlanych na kwotę poniżej 3 mln zł, nie mogło być przyjęte jako potwierdzające spełnianie warunku, którego treścią był wymóg: *Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował (zakończył), co najmniej 1 usługę zarządzania i nadzoru nad realizacją zadania polegającego na budowie lub rozbudowie drogi klasy minimum GP o wartości nie mniejszej niż 20.000.000,00 PLN (brutto).*

W wezwaniu z dnia 3 marca 2017 r. do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, zamawiający wskazał (na podstawie informacji M. Zarządu Dróg Wojewódzkich przekazanych przez firmę E. Sp. z o.o.), że pełnienie nadzoru inwestorskiego przez odwołującego nad realizacją robót budowlanych, których wartość w tym okresie wynosiła poniżej 3 mln zł, nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania odpowiedniego doświadczenia zawodowego.

Okoliczność tę odwołujący skrupulatnie wskazywał jako wyłączną podstawę zaskarżonej czynności zamawiającego, a więc ograniczonej oceny przez zamawiającego

spełniania warunku wyłącznie do wartości wykonanych robót budowlanych, z pominięciem innych elementów warunku.

Skoro odwołujący oczekiwał w wyniku rozstrzygnięcia odwołania potwierdzenia, że z wykazanej usługi i poświadczenia G. złożonych zamawiającemu w dniu 7 lutego 2017 r. wynika potwierdzenie spełniania warunku, w ocenie Izby, brak jest ku temu podstaw.

Wykonawca miał wykazać zrealizowanie (zakończenie) co najmniej 1 usługi zarządzania i nadzoru nad realizacją zadania polegającego na budowie lub rozbudowie drogi klasy minimum GP o wartości nie mniejszej niż 20 mln zł (brutto).

Izba podzieliła stanowisko, że wartość realizowanych robót budowlanych miała wynosić minimum 20 mln zł (brutto), a zrealizowanie (zakończenie) co najmniej 1 usługi zarządzania i nadzoru nad realizacją tych robót oznaczało pełnienie nadzoru inwestorskiego od początku realizacji robót budowlanych do ich zakończenia – w takim zakresie jaki jest wymagany do nadzoru nad wykonawstwem robót budowlanych. Pełnienie nadzoru przez okres 3. miesięcy (wstępny) nie odpowiada zrealizowaniu (zakończeniu) co najmniej 1 usługi zarządzania i nadzoru nad wykazaną robotą budowlaną.

Dane z wykazu usług nie są spójne z poświadczeniem i danymi przedstawionymi w piśmie M.Z.D.W. Odwołujący podał, że wykonał nadzór na rzecz G. S.L. w okresie 01.-04.2014 r. na kwotę 45 mln zł, tymczasem nadzór inwestorski na podstawie G. I. S.L. przez okres od r. do 30.06. r. umowy pełniła 10.01.2014 2015 W poświadczeniu wskazano, że zamawiającym usługę u odwołującego była G. I. S.L., wystawcą poświadczenia jest G. S.L. Wartość nadzorowanych robót budowlanych w okresie 10.01.-10.04.2014 r. – potwierdzona przez inwestora – wyniosła poniżej 3 mln zł.

Odwołujący kwestionując czynności zamawiającego, zobowiązany był zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp wskazać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne.

Dowody złożone przez odwołującego na rozprawie:

- 3 wyciągi z 3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazujące różne sposoby formułowania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej;
- korespondencja z M. Zarządem Dróg Wojewódzkich w W.: pismo odwołującego z dnia 09.03.2017 r. i pismo M.Z.D.W. z 13.03.2017 r., tj. zapytanie odwołującego dotyczące wartości robót budowlanych poniżej 3 mln zł wykonanych w okresie do 10.04.2014 r., czy były to wielkości zafakturowanych robót, czy też wartość robót wykonanych a nie

zafakturowanych (tzw. robót w toku, tj. wykonanych a nie odebranych ze względów technologicznych, formalnych itd.) oraz wniosek o podanie ostatecznej wartości zadania

wynikającej z treści podpisanej umowy z wykonawcą robót (wartość pierwotna); odpowiedź inwestora (M.Z.D.W.) wskazująca, że wartość (robót) w danym okresie wynika z faktur, a wartość wynikająca z podpisania umowy pierwotnej wynosiła 45 799 250,88 zł (brutto)

– nie mogły stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania.

Wywodzenie, że potwierdzenie przez M. Zarząd Dróg Wojewódzkich (z dnia 13.03.2017 r.) wartości robót budowlanych poniżej 3 mln zł dotyczy jedynie tych robót, które zostały wykonane w okresie pełnienia nadzoru przez odwołującego i zafakturowane, a przy uwzględnieniu robót niezafakturowanych stanowiłoby to wartość znacznie wyższą, nie zasługuje na uwzględnienie.

M. Zarząd Dróg Wojewódzkich wskazał, że umowa pełnienia nadzoru inwestorskiego została zakończona 30 czerwca 2015 r., zatem twierdzenie na obecnym etapie, że mogą być roboty wykonane i niezafakturowane z okresu 10.01.-10.04.2014 r., nie jest przekonujące.

Reasumując, Izba wskazuje, że odwołujący nie wykazał niezasadności czynności zamawiającego (pisma z dnia 3 marca 2017 r.), podjętych na podstawie informacji M. Zarządu Dróg Wojewódzkich z dnia 01.03.2017 r.

Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238, z późn. zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis w kwocie 15 000 zł uiszczony przez odwołującego.

Przewodniczący: ……..