

Sygn. akt: KIO 1716/18

WYROK

z dnia 11 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący

Członkowie:

Protokolant:

Paweł Trojan

Monika Szymanowska

Ryszard Tetzlaff

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 września 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę DROGOWA TRASA ŚREDNICOWA S.A., ul. Mieszka 110, 40-877 Katowice w

postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53 00-874 Warszawa (prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa) w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Kontynuacja projektowania i budowa obwodnicy Iłży w ciągu drogi krajowej nr 9” (postępowanie znak GDDKiA.O.WA.D-3.241.20.2018)

przy udziale wykonawcy Multiconsult Polska Spółka z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - DROGOWA TRASA ŚREDNICOWA S.A., ul. Mieszka 110, 40-877 Katowice i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę DROGOWA TRASA ŚREDNICOWA S.A., ul. Mieszka 110, 40-877 Katowice tytułem wpisu od

odwołania,

2) zasądza od wykonawcy DROGOWA TRASA ŚREDNICOWA S.A., ul. Mieszka 110, 40-877 Katowice na rzecz zamawiającego - Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53 00-874 Warszawa kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przed lzbą.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 20 lipca 2017 r., poz. 1579 z późn. 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:

Członkowie:

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

do wyroku z dnia 11 września 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1716/18

Zamawiający - Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53 00-874 Warszawa (prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Kontynuacja projektowania i budowa obwodnicy Iłży w ciągu drogi krajowej nr 9” (znak GDDKiA.O.WA.D-3.241.20.2018).

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 13.04.2018 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2018/S 072-159759.

W dniu 14.08.2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24.08.2018 r. w formie elektronicznej za pomocą ePUAP przez wykonawcę DROGOWA TRASA ŚREDNICOWA S.A. od decyzji Zamawiającego - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad - w imieniu której postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie - o wyborze jako najkorzystniejszej oferty „Multiconsult Polska Sp. z o.o.”, 00-203 Warszawa, ul. Bonifraterska 17 (dalej zwany „Wykonawcą”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Kontynuacja projektowania i budowa obwodnicy Iłży w ciągu drogi krajowej nr 9”2 dokonany z naruszeniem przepisów, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt. 5 w związku z art. 24 ust.1 pkt.17 PZP.

Informację o decyzji Zamawiającego Odwołujący uzyskał w dniu 14 sierpnia 2018 r. - pismo Zamawiającego z tego samego dnia, oznakowane jako O.WA.D-3.241.2018.sch564.2018.

Decyzja Zamawiającego o udzieleniu zamówienia wykonawcy „Multiconsult Polska Sp. z o.o.”, podjęta z naruszeniem prawa pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania

zamówienia, a tym samym - w sposób bezsporny - narusza nasz interes, do którego odwołuje się przepis art. 179 ust.1 PZP.

Wniesienie odwołania w dniu 24 sierpnia 2018 r. oraz przesyłanie kopii treści odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania, w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu, czyni zadość obowiązującym przepisom ustawy określającym termin na wniesienie odwołania (art.182 ust.1 pkt 1) oraz potwierdza wypełnienie obowiązku Odwołującego wskazanego przepisem art.180 ust.5 PZP.

Wnosząc odwołanie Odwołujący stawia Zamawiającemu zarzut naruszenia zwłaszcza poniższych przepisów prawa:

1) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy PZP, poprzez zaniechanie wykluczenia wybranego Wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

2) art.89 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego przepisów prawa ujętych treścią art. 91 ustawy PZP poprzez wadliwą punktację oferty wybranego Wykonawcy w zakresie kryterium „Doświadczenie personelu Wykonawcy”, za które można było uzyskać maksymalnie 18 punktów, podkryterium 2.3. Specjalista ds. rozliczeń - max. ilość punktów - 4.

W ramach powyższego podkryterium, jaki wynika z Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, ofercie wybranego Wykonawcy Zamawiający przyznał błędnie 4 pkt. zamiast 1 pkt.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o:

- uwzględnienie odwołania,
- unieważnienie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty,
- wykluczenia Wykonawcy „Multiconsult Polska Sp. z o.o.” na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy PZP;
- odrzucenia oferty Wykonawcy „Multiconsult Polska Sp. z o.o.” na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP;
- dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i uznania, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Alternatywnie:

- uwzględnienie odwołania,
- unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której ofercie Wykonawcy „Multiconsult Polska Sp. z o.o.”, w ramach podkryterium 2.3. Specjalista ds. rozliczeń zostanie przyznany 1 pkt;
- dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i uznania, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Jak wskazał Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z postanowieniami rozdz. 19 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia „KRYTERIA WYBORU I SPOSÓB OCENY OFERT ORAZ UDZIELENIE ZAMÓWIENIA” Zamawiający zastosował trzy kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej, wśród nich „Doświadczenie personelu Wykonawcy” o

wadze 18%, w ramach którego każda z ocenianych ofert mogła uzyskać 18 pkt.

Punktacja ofert w zakresie kryterium „Doświadczenie personelu Wykonawcy” została podzielona na 5 podkryteriów, wśród których w pkt. 3 punktu 19.1.3.2. SIWZ ujęto podkryterium odnoszące się do doświadczenia „Specjalisty ds. rozliczeń”, o treści:

„Podkryterium 2.3. Specjalista ds. rozliczeń - max. ilość punktów - 4.

Doświadczenie przy rozliczaniu zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont Obiektu Budowlanego (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 7.2.3 b) ppkt 5) IDW - Tom I SIWZ) o wartości robót co najmniej 60 mln PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 19.1.3.3. IDW - Tom I SIWZ) na stanowisku/stanowiskach ds. rozliczeń.

- Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 1 punkt
- Za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 4 punkty.
- Za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów.
- Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów.”

Wybrany Wykonawca, w zakresie powyższego podkryterium, wskazał w treści oferty p. P.P. (Formularz 2.1. „Kryteria pozacenowe” str.44 oferty), w odniesieniu do doświadczenia którego wykazano dwa zadania:

1) „Zarządzanie projektem Funduszu Spójności w zakresie budowy autostrady A1 na odcinku Pyrzowice - Sośnica, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót”,

2) „Zarządzanie kontraktem w zakresie „Budowy obwodnicy Żyrardowa w ciągu drogi krajowej nr 50 odcinek: od km 00+000,00 do km 15+100,00”

Przedstawienie w wykazie dotyczącym p. P. P. dwóch zadań spowodowało, iż Zamawiający, zgodnie z przyjętymi zasadami oceny ofert przyznał Wykonawcy „Multiconsult Polska Sp. z o.o.” maksymalną ilość punktów - 4 pkt.

W dniu 23 sierpnia Odwołujący - jako podmiot biorący udział w postępowaniu - uzyskał pismo Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, z dnia 21 sierpnia 2018 r. (znak O.KR.D- 3.2410.1.2018.23BK/10231), stanowiące „Informację o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni oraz których oferty zostały odrzucone” w postępowaniu na udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zarządzanie Kontraktem i pełnienie nadzoru nad zadaniem „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S52 odc. Północna Obwodnica Krakowa: węzeł Modlnica - węzeł Kraków Mistrzejowice (bez węzła)”. Z treści pisma, skierowanego do wszystkich uczestników przedmiotowego postępowania, wynika iż z postępowania zostało wykluczone - między innym - konsorcjum firm: „Multiconsult Polska Sp. z o. o.” z siedzibą w Warszawie oraz „Ekocentrum - Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych sp. z o.o.” z siedzibą we Wrocławiu, na podstawie art.24 ust.1 pkt 17 ustawy PZP. Jako podstawę faktyczną dla decyzji o wykluczeniu wykonawcy - konsorcjum firm: „Multiconsult Polska Sp. z o. o.” z siedzibą w Warszawie oraz „Ekocentrum - Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych sp. z o.o.” z siedzibą we Wrocławiu zamawiający - GDDKiA Oddział Kraków wskazał, iż zgodnie z ustaleniami poczynionymi przez zamawiającego p. P. P., wskazany jako „Specjalista ds. rozliczeń” nie pełnił wykazanej funkcji w zadaniu „Zarządzanie kontraktem w zakresie „Budowy obwodnicy Żyrardowa w ciągu drogi krajowej nr 50 odcinek: od km 00+000,00 do km 15+100,00” „od rozpoczęcia robót do wykonania zadania”.

Powyższa konstatacja jest o tyle istotna dla przedmiotowego postępowania, w którym zostało wniesione odwołanie, że:

1. wybrany Wykonawca „Multiconsult Polska Sp. z o. o.” w zakresie kryterium poza cenowego wskazując, jako „Specjalistę ds. rozliczeń” wskazał p. P. P., a jego doświadczenie podlegające punktacji stanowi również wykazane to samo zadanie, jakie zakwestionował zamawiający - GDDKiA Oddział Kraków uzasadniając, iż wskazana osoba nie pełniła tej funkcji od „rozpoczęcia robót do zakończenia”;

2. w postępowaniu prowadzonym przez GDDKiA Oddział Kraków zastosowane zostały

identyczne kryteria wyboru ofert, jak w przedmiotowym postępowaniu, w tym „Doświadczenie personelu Wykonawcy” wraz z podkryterium odnoszącym się do doświadczenia „Specjalisty ds. rozliczeń”³

Jak wskazał Odwołujący swoją decyzję o wykluczeniu wykonawcy „Multiconsult Polska Sp. z o. o.” zamawiający oparł między innymi na wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 15

czerwca 2018 r. Sygn. akt 1000/184; z dnia 20 lipca 2018 r. Sygn. akt 1319/18 oraz na wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 lipca 2018 r. Sygn. akt XXIII Ga 849/18, w których stroną była Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 1000/18, uznała, iż:

„Norma zawarta w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp stanowi o wykluczeniu wykonawcy, gdy informacje wprowadzające zamawiającego w błąd przedstawione zostaną w sposób zawiniony, przy czym wystarczające jest wykazanie winy nieumyślnej w postaci lekkomyślności - rozumianej jako brak zamiaru co do bezprawnego działania, jednak przy świadomości, że działanie może naruszać prawo, lub niedbalstwa - kiedy wykonawca wprost nie przewiduje skutku, jakim jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, podczas gdy skutek ten mógł i powinien był przewidzieć. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnił się czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

W odniesieniu natomiast do lekkomyślności lub niedbalstwa Odwołujący podniósł, że kwestia ta pozostaje w sferze ocen zamawiającego, który nie dysponuje środkami pozwalającymi przedstawić dowody na stopień winy wykonawcy. Jeżeli jednak z zestawienia informacji przedstawionych przez wykonawcę z oczekiwaniami zamawiającego wynika, że działający z należytą starannością wykonawca powinien mieć świadomość, że przedstawione informacje tym oczekiwaniom nie odpowiadają a mimo to potwierdził okoliczność przeciwną to bez wątpienia stanowi to podstawę przypisania wykonawcy lekkomyślności lub niedbalstwa. Ocena zamawiającego w tym zakresie była więc uzasadniona.

Nie zasługuje na uwzględnienie również argumentacja odwołującego, że przedstawione przez niego informacje nie mogły wprowadzić zamawiającego w błąd, gdyż zamawiający posiadał informacje w tym zakresie. Należy zauważyć, że wypełniając formularz dotyczący kryteriów pozacenowych, odwołujący złożył oświadczenie, że wskazana przez niego osoba posiada doświadczenie zgodne z opisem podkryterium.”

W wyroku KIO 1319/18 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania ofert, w tym wykluczenia 6 wykonawców na podstawie art. 24 ust.1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, w stosunku do których wielokrotnie, w uzasadnieniu wyroku, stwierdzała:

„Wykonawca działający z należytą starannością musiał mieć świadomość, że doświadczenie (...) wymagane w ramach podkryterium musi zostać zdobyte od momentu rozpoczęcia robót. Jeśli zatem doświadczenie w ramach zadania nie zostało potwierdzone od rozpoczęcia robót, to nie zostało spełniony wymóg w tym zakresie opisany w SIWZ. Tym samym oświadczając w formularzu Kryteria pozacenowe, że pan (...) posiada doświadczenie zgodne z opisem podkryterium, zdobyte w ramach zadania (...) wykonawca (...) przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd.”

Zamawiający - GDDKiA Oddział Kraków - przywołując w uzasadnieniu swojej decyzji wskazany wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie stwierdza:

„Zgodnie bowiem ze wspomnianym wyrokiem Sądu [wyrok z dnia 20.07.2018 sygn. akt XXIII Ga 849/18 - dopisek własny] zapis SIWZ, iż „za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełnienia powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów nie stanowi podstawy do zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeżeli wykazane zostanie w postępowaniu, że wykonawca wprowadził lub próbował wprowadzić zamawiającego w błąd co do tego, że powinien uzyskać dodatkowe punkty w kryterium oceny ofert.”

W uzasadnieniu odwołania w ramach konkluzji zostało wskazane, że wybrany Wykonawca „Multiconsult Polska Sp. z o. o.” w zakresie kryterium poza cenowego wskazując, jako „Specjalistę ds. rozliczeń” p. P.P., a jego doświadczenie podlegające punktacji - pełnienie funkcji w zarządzaniu kontraktem w zakresie „Budowy obwodnicy Żyrardowa w ciągu drogi krajowej nr 50 odcinek: od km 00+000,00 do km 15+100,00” wprowadził Zamawiającego w błąd, ponieważ we wskazanym kontrakcie p. P. nie pełnił tej funkcji „od rozpoczęcia robót” - rozpoczął pełnienie funkcji 3 (trzy) miesiące po zawarciu umowy i 2 (dwa) miesiące po

przekazaniu wykonawcy placu budowy.

Przy czym, w ocenie Odwołującego, informacja wprowadzająca Zamawiającego w błąd dotyczy istotnych dla postępowania okoliczności - poza cenowego kryterium wyboru oferty

najkorzystniejszej.

Dyspozycja art. 24 ust.1 pkt 17 jednoznacznie zobowiązuje Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy, 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.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy oraz w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i Sądu Okręgowego, zdaniem Odwołującego, Zamawiający zobowiązany był wykluczyć Wykonawcę „Multiconsult Polska Sp. z o. o.” z postępowania na podstawie art.24 ust.1 pkt 17 ustawy PZP. a jego ofertę odrzucić, zgodnie z dyspozycją art.89 ust.1 pkt.5 ustawy.

W kwestii ewentualnych wyjaśnień wybranego Wykonawcy Odwołujący przywołał wyrok Trybunału Europejskiego - Sąd (druga izba), który w wyroku z dnia 26 września 2014 r. w połączonych sprawach T-91/12 i T-280/12, odnosząc się do pojęcia „nieprawdziwego oświadczenia” stwierdził:

„75 (...) Jak bowiem słusznie podkreśliła Komisja podczas rozprawy, pojęcie „nieprawdziwe oświadczenia” odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa i po ustaleniu nieprawdziwego charakteru oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia tej nieprawdziwości.

76 W takich okolicznościach, gdyby nawet skarżącym przekazano pismo (...) i gdyby wyjaśniły, że ich oświadczenie dotyczące nieistnienia wymaganych sprawozdań wynikało z nieporozumienia, tak jak wskazały później (...), Komisja mogłaby jedynie stwierdzić, że oświadczenie to pozostaje nieprawdziwe, co zresztą podkreśliła podczas rozprawy.”

W odniesieniu do zarzutów podniesionych z ostrożności procesowej, gdyby Izba uznała, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zdaniem Odwołującego, wiążącym i dominującym, pozostaje zapis sformułowany w SIWZ, iż: „Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów.”

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu, po unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórnej oceny ofert.

Wówczas Wykonawca Multiconsult Polska Sp. z o. o. w zakresie podkryterium „Specjalista ds. rozliczeń” uzyska 1 punkt, co spowoduje, iż sumaryczna ocena jego oferty wyniesie 97,00 pkt. A ponieważ oferta Odwołującego, zgodnie z Informacją Zamawiającego, z dnia 14 sierpnia 2018 r., uzyskała w procedurze oceny - 99,79 pkt. - jako najkorzystniejsza zostanie wybrana oferta Odwołującego

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Przystępującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w

odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym drugą ofertę w rankingu ofert. Podniesione w odwołaniu zarzuty zmierzają do wykluczenia wykonawcy, który złożył w postępowaniu najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę lub alternatywnie do obniżenia punktów w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba uwzględniła oraz poddała ocenie wnioski dowodowe obejmujące powołanie dowodów z dokumentów zawnioskowanych i złożonych przez Odwołującego w odwołaniu:

1. Wydruk ze strony internetowej z dokumentacji postępowania prowadzonego przez GDDKiA oddział Kraków - źródło strona internetowa GDDKiA o. Kraków;
2. Kopia pisma Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, z dnia 21 sierpnia 2018 r. (znak O.KR.D-3.2410.1.2018.23BK/10231);
3. Kopia pisma Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie z dnia 14 sierpnia 2018r. (znak O.WA.D-3.241.20.2018) Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba uwzględniła oraz poddała ocenie wnioski dowodowe obejmujące powołanie dowodów z dokumentów zawnioskowanych i złożonych przez Przystępującego:

1. Kopii umowy zlecenia z dnia 19.08.2008 r. zawartej pomiędzy p. W.S. i Inżynierem kontraktu a p. P.P. w ramach nadzoru tymczasowego w ramach budowy obwodnicy Żyrardowa w ciągu drogi krajowej nr 50 obejmującej pełnienie funkcji asystenta inżyniera oraz koordynatora rozliczeń, do którego obowiązków należała m.in. weryfikacja obmiarów i poprawności dokumentów wykonawcy robót związanych z wystawianiem przejściowych świadectw płatności;
2. Oświadczenia p. P.P. o zaangażowaniu przy sprawowaniu kontroli nad sporządzaniem rozliczeń przy realizacji budowy obwodnicy Żyrardowa w ciągu drogi krajowej nr 50 w okresie przejściowym oraz po wyłonieniu Inżyniera kontraktu - Safege;

Izba uwzględniła oraz poddała ocenie również wnioski dowodowe obejmujące powołanie następujących dowodów z dokumentów zawnioskowanych i złożonych przez Zamawiającego:

1. Oświadczenia p. W.S. Z.U. "ERES" z dnia 01.09.2018 r. z którego wynika, że w ramach zlecenia Mazowieckiego Oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad na pełnienie nadzoru tymczasowego nad budową obwodnicy Żyrardowa w ciągu drogi krajowej nr 50 w okresie od 19.08.2009 r. do 19.10.2009 r. pełnił On funkcję Inżyniera Kontraktu. W Tym czasie pan P.P. sprawował funkcję na tym zadaniu jako asystent p. W.S., zajmując się weryfikacją poprawności rozliczeń z wykonawcą robót oraz współuczestnicząc w wystawieniu pierwszych dwóch przejściowych świadectw płatności.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach

wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła w drugiej kolejności, że przedmiotem postępowania jest „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Kontynuacja projektowania i budowa obwodnicy Iłży w ciągu drogi krajowej nr 9”” (Rozdział 5 pkt 5.1. SIWZ).

Następnie Izba ustaliła, że w pkt 19.1.3. SIWZ Zamawiający określił Kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta” wskazując, że:

19.1.3.1. W ramach kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta” punkty zostaną przyznane w skali punktowej od 0 do 18 punktów, na podstawie Oferty Wykonawcy Formularz „Kryteria pozacenowe” (Formularz 2.1).

Formularz „Kryteria pozacenowe” stanowi przykładowy sposób opracowania. W przypadku korzystania przez Wykonawcę z tego formularza wymagane jest złożenie podpisu na końcu dokumentu. Niezłożenie Formularza „Kryteria pozacenowe” skutkować będzie przyznaniem 0 punktów w kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta”.

19.1.3.2. Opis podkryteriów i sposobu przyznawania punktów:

1) Podkryterium 2.1. Inżynier Kontraktu - max. ilość punktów - 4.

Doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont lub nadzór nad budową, przebudową lub remontem Obiektu Budowlanego (zgodnie z definicją

wskazaną w pkt 7.2.3 b) ppkt 1) IDW - Tom I SIWZ) o wartości robót co najmniej 60 mln PLN

11

netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (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 Dyrektora Kontraktu lub Zastępcy Inżyniera Kontraktu/Inżyniera Rezydenta, który był zgłoszony do Zamawiającego oraz posiadał odpowiednie pełnomocnictwa do reprezentowania Inżyniera.

Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 1 punkt

Za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 4 punkty.

Za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów.

Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów.

2) Podkryterium 2.2. Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej — max. ilość punktów - 4.

Doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowa o wartości robót co najmniej 60 mln PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 19,1.3.3. IDW Tom I SIWZ) na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych lub Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej lub Inżynier Kontraktu lub Inżynier Rezydent,

Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 1 punkt.

Za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 4 punkty.

Za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów.

Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca

otrzyma 0 punktów.

3) Podkryterium 2.3. Specjalista ds. rozliczeń - max. ilość punktów - 4,

Doświadczenie przy rozliczaniu zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont Obiektu Budowlanego (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 7.2.3 b) ppkt 5) IDW — Tom I SIWZ) o wartości robót co najmniej 60 mln PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 19.1.3.3. IDW — Tom I SIWZ) na stanowisku/stanowiskach ds. rozliczeń.

Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 1 punkt.

Za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 4 punkty,

Za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów.

Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów,

4) Podkryterium 2.4. Specjalista ds. roszczeń - max. ilość punktów - 3,

Doświadczenie przy 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 b) ppkt 6) IDW Tom I SIWZ) o wartości robót co najmniej 60 mln PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (zgodnie z definicją wskazaną w pkt IDW — Tom I SIWZ) na stanowisku/stanowiskach: stanowisku ds. roszczeń lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Zastępcy Inżyniera Kontraktu/Inżyniera Rezydenta, który był zgłoszony do Zamawiającego oraz posiadał odpowiednie pełnomocnictwa do reprezentowania Inżyniera.

Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 1 punkt.

Za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 3 punkty.

Za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów.

Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów.

Na str. 44 oferty w odniesieniu do osób przewidzianych do realizacji zamówienia i jednocześnie punktowanych w ramach kryteriów oceny ofert w ofercie Przystępującego została wskazana na stanowisko specjalisty ds. rozliczeń osoba p. P.P. W poz. 1 wykazy zostało wskazane zadanie pn.: „Zarządzanie kontraktem w zakresie „Budowy obwodnicy Żyrardowa w ciągu drogi krajowej nr 50 odcinek: od km 0,00+000,0 do km 15+100” w okresach:

1.1. w okresie od 19.08.2009 r. do 18.10.2009 r. zatrudniony na stanowisku „Asystenta Inżyniera kontraktu”,

1.2. w okresie od 19.10.2009 r. do zakończenia wykonania zadania zatrudniony był na stanowisku „Asystenta Inspektora ds. rozliczeń”.

Zamawiający pismem z dnia 17.08.2018 r. Poinformował wykonawcę Multiconsult Polska Sp. z o.o., iż działając na podstawie art. 24 aa dokonał oceny złożonych ofert, w wyniku czego oferta złożona przez Państwa została najwyżej oceniona.

W związku z powyższym, w celu zbadania czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu działając w trybie art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t. j., Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), wzywa wykonawcę do złożenia aktualnych na dzień złożenia niżej wymienionych oświadczeń i dokumentów:

1) W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu:

a) Część sprawozdania finansowego: rachunek zysków i strat a jeżeli sprawozdanie finansowe podlega badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również opinię o badanym(ch) sprawozdaniu(ach) w części dotyczącej rachunku zysków i strat, a w przypadku Wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności za ostatnie 3 lata obrotową a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — za ten okres;

b) informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych Środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.

c) wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi/ zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów oświadczenie wykonawcy;

Dnia 27.07.2018 r. Przystępujący - Multiconsult Polska Spółka z o.o. złożył dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do

wykluczenia.

Jednocześnie złożył tabelę zatytułowaną „Zdolność zawodowa osób (wykaz osób)”, gdzie w poz. 5 tabeli został wskazany p. P.P. na stanowisko specjalista ds. rozliczeń wraz z następującymi informacjami: „Pan P.P. posiada wykształcenie wyższe techniczne. P. P. posiada ponad 24 miesiące doświadczenia zdobytego w okresie ostatnich 10 lat przy realizacji 1 zadania obejmującego nadzór nad budową obiektu budowlanego o wartości robót co najmniej 60 mln PLN netto, Doświadczenie to zdobył podczas realizacji następującego obiektu:

1. Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu nad realizacją robót budowlanych związanych z budową ul. Nowolazurowej na odcinku od Al. Jerozolimskich do Trasy AK, w tym: zadanie A.

odcinek od Al. Jerozolimskich do ul. ks. Juliana Chrościckiego w Warszawie. Wartość robót netto: 156,5 mln PLN Stanowisko: Inspektor ds. rozliczeń i roszczeń (brak na tym kontrakcie samodzielnego stanowiska ds. rozliczeń i ds. roszczeń) Termin wykonania: 07.2011 — 11.2016. W ostatniej kolumnie wykazu osób wskazała dla tej osoby: "dysponowanie bezpośrednie".

Zamawiający pismem z dnia 14.08.2018 r., działając na podstawie art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zawiadomił wykonawców, że w przedmiotowym postępowaniu wybrano, jako najkorzystniejszą ofertę nr 5 złożoną przez wykonawcę Multiconsult Polska Sp. z o.o. z ceną 7 967 940,00 zł brutto. W ramach uzasadnienia ww. czynności zostało wskazane, że ofertę najkorzystniejszą wybrano zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w pkt 19 (IDW). Oferta wybrana otrzymała najwyższą liczbę punktów (100,00) obliczonych zgodnie z wzorem opisanym w pkt 19 SIWZ (IDW).

Streszczenie oceny i porównanie złożonych ofert:

Zamawiający przedstawił nazwy (firmy), siedziby i adresy wykonawców, którzy złożyli

oferty a także punktację przyznaną oferentom:

1. ZBM Inwestor Zastępczy S.A., cena: 8 857 080,00 zł, punkty łącznie: 93,98

2. „Drogowa Trasa Średnicowa” S.A., cena: 7 995 461,25 zł , punkty łącznie: 99,79

3. ECMG GmbH, cena: 8 423 286,00 zł - oferta Wykonawcy została odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7a) 7b) ustawy Pzp.

Zamawiający w ww. piśmie przedstawił także uzasadnienie przyznania Wykonawcom punktów w kryterium „Doświadczenie personelu Wykonawcy”

Multiconsult Polska Sp. z o.o., 00-203 Warszawa, ul. Bonifraterska 17

1) Podkryterium 2.1. Inżynier Kontraktu

Wykonawca jako doświadczenie osoby proponowanej do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu wykazał 2 zadania spełniające wymagania określone w pkt 19.1.3.2.1) IDW. W związku z powyższym Wykonawca w tym podkryterium otrzymał 4 punkty.

2) Podkryterium 2.2. Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej

Wykonawca jako doświadczenie osoby proponowanej do pełnienia funkcji Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej wykazał 2 zadania spełniające wymagania określone w IDW.

W związku z powyższym Wykonawca w tym podkryterium otrzymał 4 punkty.

3) Podkryterium 2.3. Specjalista ds. rozliczeń

Wykonawca jako doświadczenie osoby proponowanej do pełnienia funkcji Specjalisty ds. rozliczeń wykazał 2 zadania spełniające wymagania określone w pkt 19.1.3.2.3) IDW.

W związku z powyższym Wykonawca w tym podkryterium otrzymał 4 punkty.

4) Podkryterium 2.4. Specjalista ds. roszczeń

Wykonawca jako doświadczenie osoby proponowanej do pełnienia funkcji Specjalisty ds. roszczeń wykazał 2 zadania spełniające wymagania określone w pkt 19.1.3.2.4) IDW. W związku z powyższym Wykonawca w tym podkryterium otrzymał 3 punkty.

5) Podkryterium 2.5. Technolog

Wykonawca jako doświadczenie osoby proponowanej do pełnienia funkcji Technologa wykazał 2 zadania spełniające wymagania określone w pkt 19.1.3.2.5) IDW.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do sformułowanych przez Odwołującego zarzutów w pierwszej kolejności należy wskazać, że zasadniczym zarzutem podniesionym w odwołaniu jest zarzut z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nakazujący wykluczenie wykonawcy z postępowania w przypadku wprowadzenia w błąd Zamawiającego, która to czynność miała istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. W drugiej kolejności Odwołujący sformułował jako alternatywny zarzut w postaci art. 91 ustawy Pzp żądając obniżenia przyznanej Przystępującemu liczby punktów. Izba wskazuje, że niezależnie od postawionych przez Odwołującego alternatywnych zarzutów oraz żądań mają one wspólny mianownik, gdyż u ich podstawy leżą te same okoliczności faktyczne, które zdaniem Izby, zostały błędnie wywiedzione przez Odwołującego z treści SIWZ.

Odwołujący bowiem kwestionuje dla osoby wskazanej przez Przystępującego na stanowisko specjalisty ds. rozliczeń wskazane doświadczenie w pierwszych fazach realizacji kontraktu wskazanego w ofercie, tj. doświadczenie zdobyte na zadaniu nr 1 (str. 44 oferty Przystępującego) w ramach pełnionej funkcji asystenta Inżyniera kontraktu. Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 06.09.2018 r. wskazał, że: „Zapisami pkt 19.1.3.2.3) SIWZ Zamawiający przy ocenie doświadczenia wykazywanej osoby odniósł się do „stanowiska” a nie do rodzaju wykonywanej „czynności”.

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego jest błędne, i jak wskazał Zamawiający, którą to tezę Izba podzieliła w całości, takie podejście stanowi nadinterpretację podkryterium 2.3. zatytułowanego „Specjalista ds. rozliczeń”. Odnosząc się do ww. interpretacji dokonanej przez Odwołującego nie znajduje on potwierdzenia w ustalonym przez Izbę stanie

faktycznym. Analogicznie ma się sytuacja z przywołanym przez Odwołującego orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 1319/18, gdzie wymóg zawarty w treści SIWZ był zgoła odmienny od ustalonego w niniejszej sprawie i referował do

funkcji pełnionej w ramach zadania - a nie jak w rozpoznawanej sprawie do realizowanych na kontrakcie czynności

Wszelkie wymagania zawarte w treści SIWZ (sformułowane warunki udziału w postępowaniu, opis przedmiotu zamówienia, jak również kryteria oceny ofert) stanowią klasyczne oświadczenia woli podmiotu zamawiającego mogące stanowić przedmiot wykładni w oparciu o ogólne reguły interpretacyjne. Każda faktyczna treść oświadczenia woli może zostać ujawniona w oparciu o ogólne reguły interpretacyjne przewidziane w art. 65 § 1 ustawy Kodeks cywilny, który stanowi, że: „Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.”

Okolicznością taką jest, jak wskazywał w toku rozprawy Zamawiający, fakt, że kierując się 10 - letnim doświadczeniem zdobytym w toku prowadzonych postępowań, zmieniał postanowienia SIWZ odnoszące się do tego podkryterium i udoskonalał ich treść. Izba uwzględniła ten argument mając również na uwadze okoliczność, że aby zapobiec wątpliwościom wynikającym z różnego nazewnictwa stanowisk, w ramach których personel wykonawców dokonuje rozliczeń inwestycji, użył w ramach tego podkryterium odniesienia funkcjonalnego umożliwiającego wykazanie się doświadczeniem, bez względu na to, w ramach jakiej funkcji zostało ono zdobyte.

W ocenie Izby już wykładnia językowa sformułowanych przez Zamawiającego kryteriów pozacenowych pozwala uzyskać zadowalające wyniki korespondujące ze złożonymi przez Zamawiającego i p. P.P. na etapie rozprawy oświadczeniami. Izba oceniła te oświadczenia w kontekście przywołanych dowodów, tj. umowy zlecenia z dnia 19.08.2009 r., która została dopuszczona jako dowód i poddana ocenie przez Izbę. Choć Odwołujący miał zastrzeżenia do tego dowodu (jako dokumentu prywatnego) nie wykazał żadnych okoliczności przeciwnych do faktów wynikających z tego dokumentu. Przywołany przez Odwołującego w piśmie procesowym z dnia 06.09.2018 r. art. 190 ust. 5 ustawy Pzp nie ma zastosowania w niniejszej sprawie, gdyż Zamawiający nie potwierdził wszystkich okoliczności faktycznych zawartych we wniesionym odwołaniu a ponadto dokonał zgoła odmiennej interpretacji faktów wskazanych przez Odwołującego. Co niezwykle istotne powyższy przepis nie stanowi podstawy oceny dowodów złożonych w postępowaniu, jak również nie zwalnia Odwołującego od konieczności wykazania stosownymi dowodami faktów, z których wnoszący odwołanie wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne. Przepis ten odnosi się do faktów (a także ich dopuszczalnej interpretacji) umożliwiający Stronom postępowania odwoławczego odstępianie w określonych okolicznościach obowiązku ich dowodzenia. W tym jednak wypadku brak było podstaw do zastosowania dobrodziejstw wynikających z treści art. 190 ust. 5 ustawy Pzp - a zatem na Odwołującym ciążył ogólny obowiązek wynikający z treści art. 190 ust. 1 ustawy

Pzp.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne i zmierza do uzyskania z tego tytułu korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontrydyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

Przechodząc do oceny dowodów złożonych w postępowaniu oraz interpretacji faktów z nich wynikających Izba wskazuje, że w niniejszym wypadku za wystarczającą do oceny podniesionych przez Odwołującego zarzutów jest wykładnia językowa - jedynie pomocniczo wsparta analizą porównawczą sformułowanych przez Zamawiającego podkryteriów oceny ofert. Zamawiający na str. 32 SIWZ w pkt 19.1.3.2. zatytułowanym „Opis podkryteriów i sposobu przyznawania punktów” w ppkt 3 określił podkryterium 2.3. zatytułowane „Specjalista ds. rozliczeń”. W ramach tego podkryterium wymagał wskazania osoby, która dysponuje „Doświadczeniem przy rozliczaniu zadania (...) od rozpoczęcia robót do

wykonania zadania (...) na stanowisku/stanowiskach ds. rozliczeń." Tak sformułowane kryterium, w ocenie Izby, jest jasne i klarowne i pozwala na przyjęcie, że doświadczenie to mogło być zdobyte niezależnie od pełnionej przez wskazaną osobę funkcji, gdyż referuje ono w swojej treści do czynności (dosł.: „Doświadczenia przy rozliczaniu zadania”), zaś rodzaj pełnionej funkcji, w ramach której zostało ono zdobyte, pozostaje w tym wypadku bez znaczenia i jak wynika z językowej treści tego podkryterium może być uzyskane na różnego rodzaju stanowiskach, które nie zostały wymienione w podkryterium 2.3. - jak ma to miejsce w ramach pozostałych podkryteriów. W podkryteriach 2.1., 2.2. oraz 2.4. po słowach „stanowisku/stanowiskach” znajduje się „dwukropek” po którym następuje enumeratywne wskazanie pełnionych funkcji. W ramach podkryterium 2.3. po słowach „stanowisku/stanowiskach” pojawia się dookreślenie „ds. rozliczeń” bez tego rodzaju enumeratywnego określenia funkcji.

Treść tego podkryterium została przez Zamawiającego poddana wykładni w toku rozprawy i zgadza się ona z wykładnią poczynioną przez Izbę. Zamawiający wskazał w toku rozprawy,

w odpowiedzi na pytania członków składu orzekającego Izby, „(...) że nigdzie nie wskazał, że ma to być osoba zatrudniona na stanowisko specjalisty ds. rozliczeń, lecz osoba, która posiada doświadczenie związane z realizacją rozliczenia kontraktu” oraz wskazał, że „(...) użycie liczby mnogiej (stanowiskach) było spowodowane tym, że dopuszczał możliwość zdobycia doświadczenia na różnych stanowiskach.”

Zatem bez znaczenia dla oceny spełnienia tego podkryterium, umożliwiającego przyznanie wykonawcy punktów, pozostaje nazwa stanowiska w ramach którego doświadczenie zostało zdobyte, jak również fakt zgłoszenia takiej osoby Zamawiającemu - jak argumentował w toku rozprawy Odwołujący. Powyższe zatem powoduje, że rozliczanie kontraktów w ramach jakiegokolwiek funkcji (w tym również „Asystenta Inżyniera kontraktu” lub „Asystenta Inspektora ds. rozliczeń”) wpisywało się w treść tego podkryterium.

Aby wskazać błędne założenia argumentacji Odwołującego wystarczy sięgnięcie do treści następnego w kolejności podkryterium zatytułowanego „Specjalista ds. roszczeń” (Podkryterium 2.4.), w ramach którego mamy bezpośrednie odniesienie do „Doświadczenia przy realizacji zadania (...) na stanowisku/stanowiskach: stanowisku ds. roszczeń lub Inżyniera kontraktu lub Inżyniera rezydenta lub Zastępcy Inżyniera kontraktu/Inżyniera rezydenta, który był zgłoszony Zamawiającemu oraz posiadał odpowiednie pełnomocnictwo do reprezentowania Inżyniera.” W tym wypadku Zamawiający posłużył się odniesieniem do funkcji a nie wykonywanych czynności (przez użycie sformułowania „Doświadczenie przy realizacji zadania (...)”) oraz dodatkowo sprecyzował ten wymóg wymagając zgłoszenia takiej funkcji Zamawiającemu i dysponowanie przez inne, niż Inżynier kontraktu, osoby stosownym pełnomocnictwem do jego reprezentowania. Różnica sposobu sformułowania tych dwóch podkryteriów jest zatem zasadnicza. Jak wyżej wskazano w zdaniu końcowym po „dwukropku” mamy tutaj wyliczenie stanowisk - a znaczenie tego znaku interpunkcyjnego nie wymaga wyjaśnień. Analogiczne sformułowania zostały użyte przy podkryterium 2.1. zatytułowanym „Inżynier kontraktu”. W ramach podkryterium 2.2. zatytułowanego „Główny Inspektor nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej” brak jest odesłania do zgłoszenia takiej osoby Zamawiającemu i konieczności dysponowania pełnomocnictwem - jednakże i w przypadku tego podkryterium zachodzi różnica w odniesieniu do badanego podkryterium 2.3. Otóż wszystkie pozostałe podkryteria (2.1., 2.2. oraz 2.4.) wymagały zdobycia

„Doświadczenia przy realizacji zadania (.)” zaś Zamawiający jedynie w przypadku podkryterium 2.3. posłużył się zwrotem „Doświadczenie przy rozliczaniu zadania (.)” - co jednoznacznie pokazuje, że podkryterium to ma charakter funkcjonalny (tj. opisany przez odniesienie do wykonywanych czynności) a nie charakter formalny (tj. referujący do realizacji zadania w ramach określonej funkcji, dla której dodatkowo w przypadku podkryteriów 2.1. i 2.4. wymagano zgłoszenia tej osoby do Zamawiającego).

Powyższa analiza jednoznacznie pokazuje, że działania Zamawiającego odnoszące się do oświadczeń wiedzy złożonych przez Przystępującego w przypadku osoby p. P.P. były prawidłowe. Zamawiający, czego Odwołujący nie kwestionował, był stroną obu kontraktów wskazanych przez Przystępującego i posiadał wystarczającą wiedzę pozwalającą na przyjęcie i weryfikację złożonych oświadczeń.

Jak wyżej wskazano, w kontekście przywołanego art. 65 § 1 ustawy Kodeks cywilny (stosowanego na mocy art. 14 ustawy Pzp), i przywołanych tam podstaw wykładni referujących do okoliczności złożenia oświadczenia woli, Zamawiający miał uzasadnione podstawy do opisanie doświadczenia w rozliczaniu kontraktów nie w sposób formalny, lecz funkcjonalny - gdyż akurat w przypadku tego doświadczenia może ono zostać zdobyte w ramach różnorodnych funkcji, tj. Inżyniera kontraktu, Inżyniera rezydenta, kosztorysanta, wszelkiego rodzaju specjalistów, inspektorów, czy też asystentów.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że wskazane przez Odwołującego zarzuty nie

znalazły potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym. W ocenie Izby zostały one oparte na błędnych założeniach wynikających z niewłaściwej interpretacji podkryterium 2.3. zawartego na str. 32 SIWZ.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od

odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania

(Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

Członkowie: