

Wyrok

z dnia 17 maja 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Artur Szmigiel

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 maja 2018 roku w Warszawie
odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2018
roku przez wykonawcę: FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040
Warszawa,

w postępowaniu prowadzonym przez: Gminę Kielce - Miejski Zarząd Dróg w Kielcach,
ul. Prendowskiej 7, 25-395 Kielce,

przy udziale wykonawcy: S. G., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą:
Elpex S. G., ul. Dolna 2, Przyjmo, 26-085 Miedziana Góra, zgłaszającego swoje
przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Gminie Kielce - Miejskiemu
Zarządowi Dróg w Kielcach: unieważnienie czynności wyboru oferty
najkorzystniejszej oraz dokonanie czynności powtórnego badania i oceny ofert, w tym
podjęcie działań zmierzających do ustalenia wartości robót (usług) branży
elektroenergetycznej, polegających na budowie lub przebudowie sieci oświetlenia
ulicznego lub sieci elektroenergetycznych SN (lub NN) lub na utrzymaniu
lub konserwacji sieci oświetlenia ulicznego osoby zadeklarowanej przez wykonawcę
S. G., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Elpex S. G. do realizacji
zadań na stanowisku Kierownika robót w ramach wykazywanej przez niego
inwestycji: Budowa Domu Kultury w Warszawie przy ul. Kajakowej.

W pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Gminę Kielce - Miejski Zarząd
Dróg w Kielcach, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr
(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną

przez wykonawcę FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu
od odwołania.

2.2. zasądza od zasądza od Zamawiającego Gminy Kielce - Miejskiego

Zarządu Dróg w Kielcach na rzecz wykonawcy FBSerwis S.A. z siedzibą
w Warszawie, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy
sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów postępowania

odwoławczego poniesionych w związku z wpisem od odwołania

oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 851/18

Uzasadnienie

Gmina Kielce - Miejski Zarząd Dróg w Kielcach [zwana dalej: „Zamawiającym”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pod nazwą: Konserwacja i eksploatacja urządzeń infrastruktury oświetlenia ulicznego, iluminacji oraz punktów poboru energii do celów okazjonalnych na terenie miasta Kielce na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych [tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.], [zwanej dalej: „ustawą Pzp”].

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 lutego 2018 roku pod numerem 2018/S 028-061003. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 20 kwietnia 2018 roku Zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 30 kwietnia 2018 roku wykonawca FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie [zwany dalej: „Odwołującym”] wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez S. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Elpex” S. G. z siedzibą w Przyjmie [dalej: „Elpex”], czynności oceny oferty Elpex i przyznania punktacji tej ofercie w ramach kryterium „Doświadczenie Kierownika robót” oraz zaniechania wykluczenia Elpex z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp -

poprzez zastosowanie trybu wyjaśnienia oferty do przedłożonego przez Elpex dokumentu opisującego doświadczenie kierownika robót w celu uzyskania dodatkowej informacji (a więc w celu uzupełnienia oferty, nie jej wyjaśnienia w zakresie oczywistych niedokładności), której to informacji Elpex nie podał w treści złożonej oferty, a która była niezbędna do przyznania temu wykonawcy dodatkowej punktacji w ramach kryterium „Doświadczenie Kierownika robót”, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Elpex jako najkorzystniejszej w postępowaniu w oparciu o informację, których ww. wykonawca w treści pierwotnie złożonej oferty nie podał, a którą dopiero uzupełnił w toku postępowania podczas, gdy zgodnie z zasadą przejrzystości żądanie wyjaśnień nie może rekompensować braku dokumentu lub informacji, których przekazanie było wymagane w dokumentacji przetargowej, gdyż instytucja zamawiająca musi ściśle przestrzegać ustanowionych przez samą siebie kryteriów, a jednocześnie niedopuszczalne jest uzupełnianie takich informacji, które

są oceniane w ramach kryteriów oceny ofert;

2. art. 91 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty Elpex w ramach kryterium „Doświadczenie Kierownika robót” i przyznanie tej ofercie 20 pkt w sytuacji, gdy oferta ta zgodnie z zapisami SIWZ powinna w ramach przedmiotowego kryterium uzyskać jedynie 0 pkt, względnie 10 pkt, gdyż spośród czterech wskazanych przez Elpex zadań, w których pełnił on funkcję Kierownika robót:

a) zadanie wskazane w poz. 1 Załącznika nr 5 do SIWZ - Formularz „Doświadczenie Kierownika robót” (dalej: „Wykaz dot. Kierownika”) zostało zakończone wcześniej, aniżeli w ciągu trzech lat przed terminem składania ofert i tym samym nie mogło być brane pod uwagę przy ocenie w ramach przedmiotowego kryterium,

b) zadanie wskazane w poz. 2 Wykazu dot. Kierownika obejmowało prace polegające na budowie lub przebudowie sieci oświetlenia ulicznego oraz sieci elektroenergetycznych SN (lub NN) o wartości niższej niż wymagana przez Zamawiającego wartość 400 000,00 zł brutto,

c) zadania wskazane w poz. 3 i 4 Wykazu dot. Kierownika obejmowało prace polegające na budowie lub przebudowie sieci oświetlenia ulicznego lub sieci elektroenergetycznych SN (lub NN) również o wartości niższej, aniżeli wymagana przez Zamawiającego wartość 400 000,00 zł brutto;

3. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Elpex z postępowania, pomimo, że wykonawca ten 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 zakresie tego, że jako osoba dedykowana do pełnienia funkcji Kierownika robót posiada on doświadczenie wynikające z wykonania prac w branży elektroenergetycznej w ramach „Budowy Domu Kultury w Warszawie przy ul. Kajakowej, a obejmujące m.in.:

a) zasilanie i przebudowę oświetlenia ulicznego o wartości 172 200,00 zł brutto oraz
b) przebudowę kabli energetycznych SN i NN o wartości 239 850,00 zł brutto, podczas gdy w rzeczywistości w ramach ww. inwestycji prace dotyczące zasilania i przebudowy oświetlenia ulicznego oraz przebudowy kabli energetycznych SN i NN miały znacznie niższą wartość, aniżeli wartość podana przez Elpex oraz niż wymagana przez Zamawiającego wartość 400 000,00 zł brutto dla takich

robót, co skutkowało nieuprawnionym przyznaniem przez Zamawiającego punktacji (20 pkt) w ramach kryterium „Doświadczenie Kierownika robót” oraz w konsekwencji nieuzasadnionym uznaniem oferty Elpex za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu, przy czym Elpex będąc profesjonalistą ubiegającym się o zamówienie publiczne powinien dochować należytej staranności i zweryfikować prawdziwość informacji o wartości wykonanych przez siebie robót budowlanych, stąd też podanie przez niego w tym zakresie informacji niezgodnej z rzeczywistością musi być ocenione jako przejaw co najmniej niedbalstwa (i to zdaniem Odwołującego niedbalstwa rażącego);

4. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zastosowanie przewidzianej w tym przepisie procedury sanacyjnej i umożliwienie Elpex przedstawienia nowych dokumentów, tj. wykazu wykonanych robót lub usług oraz dokumentu poświadczającego należyte ich wykonanie, które to dokumenty były wymagane na etapie składania dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a nie zostały przez Elpex wówczas przedstawione, bowiem początkowo powołał się on na realizację robót budowlanych w zakresie „przebudowy oświetlenia ul. Radiowej i al. Tysiąclecia P.P. w Kielcach” na rzecz spółki Trakt S.A., która to usługa nie spełniała wymagań określonych przez Zamawiającego, przy czym uzupełnienie ww. dokumentów poprzez powołanie się na zupełnie nowe doświadczenie (nie wskazane w pierwotnym wykazie) nie było dopuszczalne, gdyż zgodnie z zasadą przejrzystości żądanie wyjaśnień nie może rekompensować braku dokumentu lub informacji, których przekazanie było wymagane w dokumentacji przetargowej, gdyż instytucja zamawiająca musi ściśle przestrzegać ustanowionych przez samą siebie kryteriów;

5. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Elpex z postępowania pomimo, iż Wykonawca ten nie spełnił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej w zakresie posiadanego doświadczenia, gdyż roboty budowlane dotyczące „przebudowy oświetlenia ul. Radiowej i al. Tysiąclecia P.P. w Kielcach”, na których wykonanie się pierwotnie powoływał, a niedopuszczalne było powołanie się przez Elpex na wykonanie innych

robót budowlanych, w sytuacji, gdy informacji o wykonaniu tych robót nie przedstawił w pierwotnej wersji dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie decyzji o wyborze oferty Elpex jako oferty najkorzystniejszej,
3. nakazanie Zamawiającemu wykluczenie Elpex z postępowania, ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia żądania określonego w pkt 3 powyżej,
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny oferty Elpex w zakresie kryterium „Doświadczenie Kierownika robót” wyłącznie w oparciu o te informacje, które zostały przez tego wykonawcę przedstawione na etapie składania ofert, ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia żądań określonych w pkt 3 i 4 powyżej:
5. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny oferty Elpex w zakresie kryterium „Doświadczenie Kierownika robót” z uwzględnieniem faktu, że w odniesieniu do inwestycji wskazanych w poz. 2, 3 i 4 Wykazu dot. Kierownika rzeczywista wartość prac polegających na budowie lub przebudowie sieci oświetlenia ulicznego lub sieci elektroenergetycznych SN (lub NN) była niższa, aniżeli wymagana przez Zamawiającego wartość 400 000,00 zł brutto.

Ponadto, Odwołujący wnosił o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie.

W dniu 15 maja 2018 roku w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego Odwołujący złożył do protokołu oświadczenie, iż cofa zarzut opisany w pkt 1 i 2 lit. c) odwołania, tj.:

- 1) zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zastosowanie trybu wyjaśnienia oferty do przedłożonego przez Elpex dokumentu opisującego doświadczenie kierownika robót w celu uzyskania dodatkowej informacji oraz
- 2) zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty Elpex w ramach kryterium „Doświadczenie Kierownika robót” odnośnie zadania wskazanego w poz. 3 i 4 Załącznika nr 5 do SIWZ - Formularz „Doświadczenie Kierownika robót”.

W uzasadnieniu odwołania (odnośnie zarzutów, które nie zostały wycofane) Odwołujący podnosił, co następuje.

Uzasadnienie zarzutów dotyczących nieuzasadnionego przyznania Elpex punktów za doświadczenie Kierownika robót dotyczące „Budowy Domu Kultury w Warszawie przy ul. Kajakowej” oraz przedstawienia informacji wprowadzających w błąd

Odwołujący wskazał, iż punktacja oferty wykonawcy Elpex w ramach kryterium „Doświadczenie Kierownika robót” została zawyżona. W ocenie Odwołującego wykonawca

6

ten nie powinien otrzymać punktacji za doświadczenie wynikające z pełnienia funkcji kierownika robót w ramach Budowy Domu Kultury w Warszawie przy ul. Kajakowej, ponieważ wykonane w ramach tej budowy prace dotyczące zasilania i przebudowy oświetlenia ulicznego oraz przebudowy kabli energetycznych SN i NN miały niższą wartość, aniżeli wymagana przez Zamawiającego suma 400 000,00 zł brutto. Odwołujący zauważył, iż wprawdzie w dokumentach uzupełnionych przez Elpex w toku postępowania wskazane zostało, że prace te miały wartość odpowiednio:

- a. zasilanie i przebudowa oświetlenia ulicznego o wartości 172 200,00 zł brutto oraz
- b. przebudowa kabli energetycznych SN i NN o wartości 239 850,00 zł brutto.

tj. łącznie 412 000,00 zł brutto, ale jednocześnie podniósł, że z informacji przez niego posiadanych prace dotyczące zasilania i przebudowy oświetlenia zewnętrznego (ulicznego) oraz przebudowy kabli SN i NN wykonane przy budowie Domu Kultury w Warszawie przy ul. Kajakowej w rzeczywistości miały niższą wartość - sięgającą około 150 000,00 zł brutto.

Odwołujący stwierdził, że powyższe winno skutkować uznaniem, iż wskazana w poz. 2 Wykazu dot. Kierownika praca dot. Budowy Domu Kultury w Warszawie przy ul. Kajakowej nie spełnia wymagań Zamawiającego. W konsekwencji oferta wykonawcy Elpex w ramach kryterium oceny ofert dotyczącego Doświadczenia Kierownika robót winna uzyskać nie 20 pkt, lecz jedynie 10 pkt - i tym samym winna zostać sklasyfikowana dopiero na drugim miejscu.

W dalszej kolejności Odwołujący podniósł, iż okoliczność dotycząca podania przez Elpex nieprawdziwej wartości prac dotyczących zasilania i przebudowy oświetlenia zewnętrznego (ulicznego) oraz przebudowy kabli SN i NN powinna być zakwalifikowana jako okoliczność skutkująca obowiązkiem wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że przedmiotowe uregulowanie nakazuje wykluczyć takich wykonawców, którzy przekazują informacje, które mogą wprowadzić w błąd zamawiającego (tj. mogą wywołać skutek w postaci błędnego przeświadczenia zamawiającego o rzeczywistości), przy czym błąd może powstać w zakresie mającym wpływ na decyzje zamawiającego, zaś podanie nieprawdziwych informacji ma charakter zawiniony. Wina może mieć charakter co najmniej lekkomyślności lub zwykłego (nie rażącego) niedbalstwa.

Zdaniem Odwołującego w stanie faktycznym sprawy wszystkie ww. okoliczności zostały spełnione.

Odwołujący podniósł, że co do zasady wprowadzenie Zamawiającego w błąd następuje (bądź może nastąpić) poprzez przekazanie informacji nieprawdziwych.

Informacja nieprawdziwa to taka informacja, która jest niezgodna z istniejącym stanem rzeczy. Jest to zatem informacja wprowadzająca jej adresata w błąd z uwagi na fakt, że wywołuje u niego mylne postrzeganie rzeczywistości.

W ocenie Odwołującego niewątpliwie wskazana w Wykazie dot. Kierownika informacja o wartości prac w zakresie zasilania i przebudowy oświetlenia zewnętrznego (ulicznego) oraz przebudowy kabli SN i NN jest informacją nieprawdziwą. Jej podanie przez Elpex wywołało u Zamawiającego błędne przekonanie, że osoba dedykowana na stanowisko Kierownika robót spełnia premiowane wymagania dotyczące posiadania określonego doświadczenia.

Odwołujący stwierdził również, że informacje dotyczące prac w zakresie zasilania i przebudowy oświetlenia zewnętrznego (ulicznego) oraz przebudowy kabli SN i NN dotyczyły kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika robót”, a zatem miały bezpośredni wpływ na decyzję Zamawiającego o wyborze oferty ELPEX jako oferty najkorzystniejszej. Według Odwołującego podanie ww. informacji nastąpiło co najmniej w wyniku niedbalstwa, i to niedbalstwa rażącego.

Odnosnie możliwości przypisania danej osobie niedbalstwa Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2004 r., wydany w sprawie o sygn. akt: IV CK 151/03, w którym wskazano na konieczność oceny danego zachowania w kontekście właściwego dla konkretnej osoby miernika staranności. Co do kwestii miernika staranności w stosunku do profesjonalistów powołał się na wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 22 stycznia 2015 r., wydany w sprawie o sygn. akt: I ACa 347/15, wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 7 maja 2015 r., wydany w sprawie o sygn. akt: I ACa 1666/14, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 marca 2012 r., wydany w sprawie o sygn. akt: I CSK 330/11. Ponadto, za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2010 r., wydanym w sprawie o sygn. akt: IV CK 151/03 zwrócił uwagę na konieczność obiektywizacji pojęcia „rażącego niedbalstwa”.

Odwołujący stwierdził, że pewnym minimum staranności, której należy wymagać od wykonawcy ubiegającego się o zamówienia publiczne, jest oczekiwanie, aby

przekazywane przez niego informacje były informacjami prawdziwymi. Wykonawca, jeśli tylko posiada możliwość ich sprawdzenia, winien takiego sprawdzenia dokonać, albowiem winien sobie zdawać sprawę, że przekazywane informacje stanowią podstawę wydatkowania istotnych środków publicznych, zaś odpowiedzialność wykonawcy za podanie informacji fałszywych jest w prawie polskim szczególnie rygorystyczna.

Zdaniem Odwołującego, w stanie faktycznym sprawy takiej staranności po stronie Elpex mogło zabraknąć, ponieważ wykonawca ten powinien posiadać wiedzę o wartości prac, które w ramach Budowy Domu Kultury w Warszawie przy ul. Kajakowej wykonał. Jeśli

zaś takiej wiedzy nie posiadał, winien zweryfikować wartość wykonanych prac poprzez odniesienie się do wiarygodnych dokumentów dotyczących procesu inwestycyjnego w tym zakresie. Odwołujący stwierdził, że skoro Elpex podał Zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością, to tym samym takiej weryfikacji nie dokonał. W ocenie Odwołującego w tym zakresie przypisanie winy temu wykonawcy w postaci co najmniej niedbalstwa najmniejszych wątpliwości budzić nie może, co w konsekwencji winno skutkować wykluczeniem Elpex z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Uzasadnienie zarzutu dotyczącego nieuprawnionego uzupełnienia przez Elpex wykazu usług

(robót) oraz dokumentów poświadczających należyte ich wykonanie o inwestycję.

która w pierwotnym wykazie w ogóle nie została wymieniona

Odwołujący podnosił, że za nieuprawnione należy uznać dopuszczenie przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie przez Elpex doświadczenia w zakresie nowej inwestycji, która w pierwotnej wersji przekazanych przez tego wykonawcę dokumentów nie została uwzględniona, tj. budowy Hal IDEAL IDEA Warszawa przy ul. Działkowej.

W ocenie Odwołującego uwzględnienie ww. usługi przy badaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu stoi w oczywistej sprzeczności z zasadą przejrzystości i równego traktowania wykonawców, bowiem prowadzi do zrehabilitowania braku informacji i dokumentów, które Elpex powinien przedstawić w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego skierowane do niego zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. W tym zakresie Odwołujący odwołał się do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawach C-131/16 Archus et Gama, C-336/12 Manova, C-599/10 SAG ELV Slovensko oraz C-387/14 Esaprojekt (przytoczonego w ramach pkt 1 odwołania - tj. w zakresie uzasadnienia zarzutu, który następnie został przez niego wycofany). Odwołujący stwierdził, że stanowisko wyrażone w tych orzeczeniach uznaje za własne i tym samym wskazuje, że Elpex nie był uprawniony do powołania się na inwestycję dotyczącą budowy Hal IDEAL IDEA dopiero w procedurze sanacyjnej, stosowanej przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Według Odwołującego działanie takie stanowiło przejaw zakazanych negocjacji pomiędzy Zamawiającym i wykonawcą i jako takie za skuteczne na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych uznane być nie może.

Reasumując swoje wywody w zakresie powyższego zarzutu Odwołujący podnosił, że skoro wskazana przez Elpex w pierwotnie przekazanym wykazie usług (robót) inwestycja dotycząca przebudowy oświetlenia ul. Radiowej i al. Tysiąclecia P.P. w Kielcach wymagań określonych przez Zamawiającego nie spełniła (tj. nie obejmowała prac elektrycznych - robót budowlanych, remontów, konserwacji i eksploatacji dotyczących elektroenergetycznych instalacji sieci - o wymaganej wartości 1 000 000,00 zł), to należało uznać, iż wykonawca ELPEX nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania doświadczenia. Powyższe, zdaniem Odwołującego, winno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

W dniu 2 maja 2018 roku Zamawiający przekazał pozostałym uczestnikom postępowania informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią za pośrednictwem poczty elektronicznej oraz poczty tradycyjnej.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp: Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci

papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

W dniu 7 maja 2018 roku - w formie pisemnej - do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego od wykonawcy S.G., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Elpex S. G. [zwanego dalej: „Przystępującym” bądź „Elpex”], przy czym zgłaszający przystąpienie wskazał stronę, do której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony, zaś Strony potwierdziły otrzymanie kopii zgłoszenia przystąpienia.

Izba ustaliła, że wykonawca S. G., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Elpex S. G. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, tym samym stając się uczestnikiem tego postępowania.

Przystępujący w dniu 14 maja 2018 roku przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej pisemne stanowisko w sprawie [wraz z odpisami dla Stron], wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający w dniu 11 maja 2018 roku przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej - za pośrednictwem faxu i drogą elektroniczną - odpowiedź na odwołanie, a w dniu 14 maja 2018 roku - złożył ją w formie pisemnej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wnosił o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jako odwołania złożonego przez podmiot nieuprawniony - nie posiadający interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, a w przypadku nie uwzględnienia tego wniosku - o oddalenie odwołania.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, przekazanej przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia [zwanej dalej: „SIWZ”], oferty wykonawcy Elpex, korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z wykonawcą Elpex, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 20.04.2018 r., a także dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego w toku posiedzenia i rozprawy w dniu 15 maja 2018 roku, tj.:

- 1) kopii Projektu Budowlanego - Zamiennego - Projektu Oświetlenia Zewnętrznego i Linii 0,4kV dotyczącego Budowy budynku Domu Kultury przy ul. Kajakowej/Puławskiej na terenie dzielnicy Ursynów w Warszawie;
- 2) wydruku korespondencji e-mailowej prowadzonej pomiędzy Odwołującym a Urzędem Miasta Stołecznego Warszawy Urzędem Dzielnicy Ursynów, w tym odpowiedzi na wniosek o udostępnienie informacji publicznej w kwestii realizacji inwestycji: Budowa Domu Kultury przy ul. Kajakowej w Warszawie.

Izba wzięła również pod uwagę stanowiska Stron wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie i w piśmie Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 15 maja 2018 roku.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Ponadto, nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W szczególności Izba nie znalazła

podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, o co wnioskował Zamawiający.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp: Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Natomiast przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż: Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba przyjmuje w tym zakresie za własny pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 września 2016 roku, wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 1556/16, iż: „Brak interesu w uzyskaniu zamówienia jest przesłanką materialnoprawną badaną, jako podstawa do przystąpienia przez Izbę do merytorycznego rozpoznania odwołania. Brak interesu nie stanowi, zatem tożsamego pojęcia z pojęciem osoby nieuprawnionej w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy. Osoba nieuprawniona w rozumieniu tego przepisu jest bowiem podmiotem nie będącym wykonawcą, uczestnikiem postępowania, czy inną osobą posiadającą interes w uzyskaniu zamówienia i mogącą ponieść szkodę np. podmiot, który nie złożył oferty lub członek konsorcjum działający w imieniu własnym, osoba nie upoważniona do reprezentacji wykonawcy czy na gruncie przepisów obowiązujących w obecnym postępowaniu podwykonawca, a zatem wszystkie te podmioty, które nie mieszczą się w pojęciu katalogu osób uprawnionych do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ustawy.”.

Jak z powyższego wynika kwestia braku interesu w uzyskaniu zamówienia stanowi przesłankę materialnoprawną, podlegającą merytorycznemu rozpoznaniu i w przypadku potwierdzenia się skutkuje koniecznością oddalenia odwołania a nie jego odrzucenia. Natomiast Zamawiający nie wykazał, że Odwołujący jest podmiotem nieuprawnionym do wniesienia odwołania, tym samym nie było podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła także, że Odwołującemu w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania jako, że spełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania, tj. istnienie interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła w tym zakresie stanowiska Zamawiającego, iż Odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, z uwagi na to, że cena jego oferty przekracza kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, przez co, w sytuacji wykluczenia wykonawcy Elpex z postępowania zachodziłaby przesłanka do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Przed wszystkim należy zwrócić na obecną prounijną wykładnię przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, na co wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza w powołanym powyżej wyroku: „w świetle aktualnej wykładni prounijnej art. 179 ust. 1 ustawy w odniesieniu do art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. L 395, s. 33), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U. L 335, s. 31) (zwanej dalej "dyrektywą 89/665") należy uznać, że pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia musi być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale odpowiada definicji zamówienia publicznego z art. 2 pkt 13 ustawy, tj. należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym, a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Tym samym interes w uzyskaniu danego zamówienia trwa co najmniej do czasu zawarcia umowy (co najmniej, gdyż art. 182 ust. 4 ustawy dopuszcza wnoszenie środków ochrony prawnej także po zawarciu umowy), która dotyczy nabywanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia. (...)"

Tym samym wykonawca ma interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę skutkiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, nawet jeśli następstwem uwzględnienia odwołania byłoby unieważnienie postępowania.

Ponadto, w takiej sytuacji nie może nastąpić oddalenie odwołania z uwagi na brak interesu w jego wniesieniu, gdyż czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, której Zamawiający miałby dokonać w sytuacji uwzględnienia odwołania i wyboru oferty Odwołującego, jest hipotetyczna i nastąpi ewentualnie w przyszłości. Nadmienić należy, że w tym postępowaniu Zamawiający już raz dokonał zwiększenia kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do kwoty równoważnej cenie oferty wybranej jako najkorzystniejsza, tj. oferty złożonej przez wykonawcę Elpex.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów podniesionych przez Odwołującego w odwołaniu i podtrzymanych na rozprawie - stosownie do przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp (zarzuty z pkt 1 i 2 c) odwołania zostały wycofane przez Odwołującego).

Przedmiotem zamówienia jest: Konserwacja i eksploatacja urządzeń infrastruktury oświetlenia ulicznego, iluminacji oraz punktów poboru energii do celów okazjonalnych na terenie miasta Kielce.

W Rozdziale XV Instrukcji dla Wykonawców SIWZ - Opis kryteriów, którymi

zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert w ust. 3 Zamawiający opisał poszczególne kryteria oceny ofert, w tym kryterium: Doświadczenie Kierownika robót (D), któremu przypisał wagę 30 % (30 punktów). Kryterium Doświadczenie Kierownika robót (D) Zamawiający opisał w następujący sposób:

„Punkty w kryterium „Doświadczenie Kierownika robót” zostaną przyznane na podstawie

informacji podanych przez Wykonawcę w Formularzu „Doświadczenie Kierownika robót” - Załącznik Nr 5. Zamawiający przyzna następującą liczbę punktów za doświadczenie w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert polegające na pełnieniu funkcji kierownika robót (lub kierownika budowy) przy realizacji robót (usług) branży elektroenergetycznej o wartości powyżej 400 000,00 PLN brutto każda, polegających na budowie lub przebudowie sieci oświetlenia ulicznego lub sieci elektroenergetycznych SN (lub NN) lub na utrzymaniu lub konserwacji sieci oświetlenia ulicznego osoby zadeklarowanej do realizacji zadań na stanowisku Kierownika robót za co najmniej:

- 1 zadanie - 0 pkt
- 2 zadania - 10 pkt
- 3 zadania - 20 pkt
- 4 i więcej zadań - 30 pkt

Maksymalna liczba punktów w ramach niniejszego kryterium to 30 pkt.

Uwaga: Osoba wskazana w Załączniku nr 5 „Doświadczenie Kierownika robót” zobowiązana jest brać udział w realizacji przedmiotu zamówienia”.

Wykonawca Elpex wraz z ofertą przedłożył Formularz - „Doświadczenie Kierownika robót” (Załącznik nr 5) w celu umożliwienia oceny oferty w ramach kryterium Doświadczenie Kierownika robót”. W Formularzu, o którym mowa powyżej, wskazał osobę skierowaną do pełnienia funkcji Kierownika robót przy realizacji przedmiotowego zamówienia, a nadto wskazał 4 zadania w ramach których osoba ta miała uzyskać wymagane doświadczenie.

Poz. 1 - Przebudowa oświetlenia ulicy Radiowej i Tysiąclecia P.P. w Kielcach, budowa oświetlenia ul. Radiowej, przebudowa linii kablowych SN, przebudowa kanalizacji teletechnicznej TP S.A. i Netia S.A. o wartości 1 032 324,00 PLN brutto w okresie od

10.2012r. do 08.2013r. (prace zrealizowane na rzecz Trakt S.A.);

Poz. 2 - Budowa Domu Kultury w Warszawie przy ul. Kajakowej - instalacje elektr., teletech.

SSP i CCTV, zasilanie i ośw. terenu, przebudowa kabli energ. SN i NN o wartości 750

300,00 PLN brutto w okresie od 25.02.2016 r. do 19.12.2016 r. (prace zrealizowane na rzecz Dorbud S.A.).

Poz. 3 - Przebudowa bud. i obiektów towarzyszących na ter. kompleksu wojskowego

w Sochaczewie - instal. elektr. teletechn. i kanaliz. teletechn. w okresie od 15.06.2016 r. do 30.04.2017 r. o wartości 1 418 701,68 PLN brutto (prace zrealizowane na rzecz Dorbud S.A.);

Poz. 4 - Bud. bud. mieszk. w Kielcach przy ul. Sikorskiego

- oświetlenie zewnętrzne, instal. elektr. i teletechn.

w okresie od 30.03.2015 r. do 31.10.2015 r. o wartości 659 012,57 PLN brutto (prace zrealizowane na rzecz Dorbud S.A.).

Pismem z dnia 28 marca 2018 roku Zamawiający wezwał wykonawcę Elpex - na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - do wyjaśnienia „czy wykazane w załączonym do oferty Formularzu - „Doświadczenie Kierownika Robót - Załącznik nr 5 w poz. 2, 3 i 4 zadania obejmowały wykonanie robót branży elektroenergetycznej polegających na budowie lub przebudowie sieci oświetlenia ulicznego lub sieci elektroenergetycznych SN (lub NN) oraz o podanie wartości wymaganych robót branży elektroenergetycznej (...) Należy uszczegółowić opisy robót i podać wartość robót branży elektroenergetycznej polegających na budowie lub przebudowie sieci oświetlenia ulicznego lub sieci elektroenergetycznych SN (lub NN).”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący - pismem z dnia 29.03.2018 r. - wskazał, m.in.: „w poz. 2: „Budowa Domu Kultury w Warszawie przy ul. Kajakowej” - instalacje elektr., teletech. SSP i CCTV, zasilanie i oświetlenie terenu, przebudowa kabli energ. eSN i eNN - wartość 750.300,00 PLN brutto obejmowały między innymi:

- zasilanie i przebudowa oświetlenia ulicznego - 140 000,00 PLN netto (172 200,00 PLN brutto),

- przebudowa kabli energetycznych eSN i eNN - 195 000,00 PLN netto (239 850,00 PLN brutto).”.

Do wyjaśnień wykonawca Elpex załączył uzupełniony Formularz - „Doświadczenie Kierownika robót” (Załącznik nr 5 do SIWZ) oraz potwierdzenia wykonania robót, w tym potwierdzenie wykonania Budowy Domu Kultury pełniącego funkcję Domu Tradycji

Ursynowa przy ul. Kajakowej w Warszawie z należytą starannością (dot. poz. 2 Formularza),

ze wskazaniem kwot netto poszczególnych prac wchodzących w zakres tego zadania, tj.:

„- Instalacje elektryczne - 190 000,00 zł netto

- Instalacje teletechniczne SSP i CCTV - 85 000,00 zł netto

- Zasilanie i przebudowa oświetlenia ulicznego - 140 000,00 zł netto

- Przebudowa kabli energetycznych eSN i eNN - 195 000,00 zł netto.”.

Przedmiotowe potwierdzenie zostało wystawione przez Dorbud S.A.

W uzupełnionym Formularzu - Doświadczenie Kierownika robót odnośnie prac z poz. 2 wykonawca Elpex wskazał:

„Budowa Domu Kultury w Warszawie przy ul. Kajakowej - instalacje elektr., teletech. SSP i CCTV, zasilanie i ośw. terenu, przebudowa kabli energ. SN i NN

- instal. elektr. - 233.700,00 PLN brutto,

- instal. teletech SSP i CCTV - 104.550,00 PLN brutto,

- zasilanie i przebud. oświetl. ulicznego - 172.200,00 PLN brutto,

- przebudowa kabli energetycznych SN i NN - 239.850,00 PLN brutto.

Izba uznała, że zarzuty odwołania częściowo się potwierdziły. Odnośnie poszczególnych zarzutów Izba stwierdziła co następuje.

1) Zarzut określony w pkt 2 lit. a) i b) odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty Elpex w ramach kryterium „Doświadczenie Kierownika robót” i przyznanie tej ofercie 20 pkt, w sytuacji, gdy oferta ta zgodnie z zapisami SIWZ powinna w ramach przedmiotowego kryterium uzyskać jedynie 0 pkt, względnie 10 pkt.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności: organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

Jak już powyżej wskazano jednym z kryteriów oceny ofert było kryterium doświadczenia osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia - Kierownika robót.

Odnosnie przedmiotowego zarzutu sprecyzowanego w pkt 2 lit. a) odwołania.

Zarzut ten dotyczył zadania wskazanego przez wykonawcę Elpex w poz. 1 Załącznika nr 5 do SIWZ - Formularz - „Doświadczenie Kierownika robót”, które w ocenie Odwołującego zostało zakończone wcześniej, aniżeli w ciągu trzech lat przed terminem składania ofert i tym samym nie mogło być brane pod uwagę przy ocenie w ramach przedmiotowego kryterium.

Zadanie wskazane przez wykonawcę Elpex w poz. 1 Formularza - „Doświadczenie Kierownika robót”, tj. Przebudowa oświetlenia ulicy Radiowej i Tysiąclecia P.P. w Kielcach zostało zrealizowane na rzecz spółki Trakt S.A. w okresie od 10.2012 r. do 08.2013 r.

Zgodnie z opisem kryterium oceny ofert - Doświadczenie Kierownika robót punktowane miało być doświadczenie uzyskane przy realizacji zadań w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Nie ulega wątpliwości, że zadanie, o którym mowa powyżej, zostało zrealizowane w okresie wcześniejszym niż ostatnie 3 lata przed upływem terminu składania ofert w tym postępowaniu, tj. do sierpnia 2013 roku. Termin składania ofert - 21.03.2018 r.

Jednakże - co wskazywał Zamawiający - zadanie to nie było brane pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie oferty Elpex. Należy zauważyć, że w ramach kryterium oceny ofert - Doświadczenie Kierownika robót - oferta Przystępującego uzyskała 20 pkt, tj. zgodnie z opisem tego kryterium za doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji kierownika robót przy realizacji 3 robót (usług) branży elektroenergetycznej wskazanych w poz. 2 - 4 Formularza - „Doświadczenie Kierownika robót”.

W konsekwencji, skoro Zamawiający nie przyznał dodatkowych punktów za zadanie wskazane w poz. 1 ww. Formularza, to jego czynność w tym zakresie była prawidłowa, a zarzut jest bezpodstawny.

Odnosnie zarzutu sprecyzowanego w pkt 2 lit. b) odwołania.

Zarzut ten dotyczył zadania wskazanego przez wykonawcę Elpex w poz. 2 Załącznika nr 5 do SIWZ - Formularza - „Doświadczenie Kierownika robót”, które w ocenie Odwołującego obejmowało prace polegające na budowie lub przebudowie sieci oświetlenia ulicznego oraz sieci elektroenergetycznych SN (lub NN) o wartości niższej niż wymagana przez Zamawiającego wartość 400 000,00 zł brutto.

W poz. 2 Formularza - „Doświadczenie Kierownika robót”, załączonego do oferty, wykonawca Elpex wskazał zadanie: Budowa Domu Kultury w Warszawie przy ul. Kajakowej - instalacje elektr., teletech. SSP i CCTV, zasilanie i ośw. terenu, przebudowa kabli energ. SN i NN - okres realizacji od 25.02.2016 do 19.12.2016, wartość 750 300,00 zł brutto.

W związku z wezwaniem Zamawiającego do uszczegółowienia opisów robót i wskazania wartości robót branży elektroenergetycznej polegających na budowie

lub przebudowie sieci oświetlenia ulicznego lub sieci elektroenergetycznych SN (lub NN) wykonawca Elpex przedstawił ponownie Formularz - „Doświadczenie Kierownika robót”, w którym dla zadania wskazanego w poz. 2 wyszczególnił m.in.

- prace polegające na zasilaniu i przebudowie oświetlenia ulicznego o wartości 172 200,00 zł brutto oraz
- prace polegające na przebudowie kabli energetycznych SN i NN o wartości 239 850,00 zł brutto.

Ponadto, wykonawca Elpex przedstawił referencje wystawione przez Dorbud S.A. z siedzibą w Kielcach, potwierdzające, że Elpex, jako podwykonawca Dorbud S.A., realizował w okresie od 25.02.2016 r. do 19.12.2016 r. Budowę Domu Kultury pełniącego funkcję Domu Tradycji Ursynowa przy ul. Kajakowej w Warszawie oraz, że w zakres robót wchodziło m.in.:

- zasilanie i przebudowa oświetlenia ulicznego o wartości 140 000,00 zł netto oraz
- przebudowa kabli energetycznych eSN i eNN o wartości 195 000,00 zł netto.

Odwolujący twierdził, że prace dotyczące zasilania i przebudowy oświetlenia ulicznego oraz przebudowy kabli energetycznych SN i NN wykonane przy Budowie Domu Kultury w Warszawie przy ul. Kajakowej miały niższą wartość niż wskazywana przez wykonawcę Elpex, tj. ok. 150 000,00 zł brutto, a nie 412 000,00 zł brutto, a zatem w jego ocenie zadanie wskazane w poz. 2 Formularza - „Doświadczenie Kierownika robót” nie spełnia wymagań Zamawiającego, w konsekwencji oferta wykonawcy Elpex w ramach kryterium oceny ofert - Doświadczenie Kierownika robót winna uzyskać nie 20 pkt, lecz 10 pkt i tym samym zostać sklasyfikowana dopiero na drugim miejscu.

Izba uznała, że zarzut częściowo się potwierdził.

Przede wszystkim należy zauważyć, że w toku rozprawy Odwołujący przedstawił dowód w postaci informacji pochodzącej od głównego inwestora budowy wskazanej w poz. 2 Formularza - „Doświadczenie Kierownika robót”, stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ, tj. od Urzędu Miasta Stołecznego Warszawy Urzędu Dzielnicy Ursynów (informacja uzyskana w odpowiedzi na wniosek o udostępnienie informacji publicznej). W informacji tej Urząd Miasta Stołecznego Warszawy Urząd Dzielnicy Ursynów potwierdził, że w ramach inwestycji była wykonywana przebudowa kabli nn, budowa oświetlenia zewnętrznego oraz kabla zasilającego budynek oraz, że wskazana w zapytaniu osoba była kierownikiem robót z ramienia podwykonawcy, przy czym zakres prac podwykonawcy obejmował m.in. zasilanie i

oświetlenie terenu, przebudowę kabli energetycznych nn. Do pisma została dołączona kopia załącznika rzeczowo-finansowego do protokołu końcowego odbioru robót.

Należy zauważyć, że Odwołujący nie przedstawił samego wniosku i treści pytań skierowanych do Urzędu Miasta Stołecznego Warszawy Urzędu Dzielnicy Ursynów. Tym samym z samej treści przedłożonego pisma przewodniego nie sposób wywieść jakiej inwestycji ono dotyczy, kim była osoba wskazana w zapytaniu itd. Informacje takie powziąć dopiero można z załączonego do tego pisma Załącznika rzeczowo-finansowego do protokołu końcowego odbioru robót, w którym wskazano nazwę zadania: Budowa Domu Kultury pełniącego funkcję Domu Tradycji Ursynowa przy ul. Kajakowej w Warszawie oraz, że dotyczy protokołu końcowego odbioru robót do umowy o oznaczonym numerze z dnia 31.07.2015 r. W treści przedmiotowego Załącznika rzeczowo-finansowego do protokołu końcowego odbioru robót jako jeden z podwykonawców został wskazany Elpex, w tym odnośnie prac polegających na zasilaniu i oświetleniu terenu (poz. 4.9) oraz przebudowie kabli SN i nN (poz. 5.0).

Istotnym dla rozstrzygnięcia zarzutu w tym zakresie była wartość prac zrealizowanych przez Elpex, jako podwykonawcę, w ramach ww. inwestycji.

Z przedłożonego Załącznika rzeczowo-finansowego do protokołu końcowego odbioru robót wynika, że wartość prac podwykonawcy polegających na zasilaniu i oświetleniu terenu to 36 000,00 zł (poz. 4.9), natomiast wartość prac podwykonawcy polegających na przebudowie kabli SN i nN to 86 000,00 zł, zatem łączna wartość prac poddawanych badaniu w ramach kryterium oceny ofert - Doświadczenie Kierownika robót to 122 000,00 zł.

Wykonawca zaś w złożonym Formularzu - Doświadczenie Kierownika robót wskazywał na znacznie wyższe wartości, tj. odpowiednio 172 200,00 zł i 239 850,00 zł (obie kwoty to kwoty brutto). Wyższe wartości tych robót wynikają również z referencji wystawionych przez głównego wykonawcę przedmiotowej inwestycji, tj. spółkę Dorbud S.A. z siedzibą w Kielcach, tj. odpowiednio 140 000,00 zł i 195 000,00 zł (obie kwoty to kwoty netto - zbieżne z wartością brutto tych robót podaną przez wykonawcę Elpex w wykazie dot. Doświadczenia Kierownika robót.).

Zgodnie z opisem kryteriów oceny ofert (Rozdział XV ust. 3 SIWZ) w ramach kryterium Doświadczenie Kierownika robót punkty miały być przyznane za doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji kierownika robót (budowy) przy realizacji robót (usług) branży elektroenergetycznej o wartości powyżej 400 000,00 zł, polegających na budowie lub przebudowie sieci oświetlenia ulicznego lub sieci elektroenergetycznych SN (lub NN) lub na utrzymaniu lub konserwacji sieci oświetlenia ulicznego.

Nie ulega wątpliwości, że dokumenty, o których mowa powyżej są sprzeczne ze sobą co do treści w zakresie przesądającym o możliwości przyznania dodatkowych punktów wykonawcy Elpex za zadanie: Budowa Domu Kultury przy ul. Kajakowej w Warszawie w ramach kryteriów oceny ofert, co w konsekwencji może przesądzić o klasyfikacji ofert złożonych w tym postępowaniu.

Z jednej strony istnieje dokument pochodzący od głównego wykonawcy ww. zadania (dokument referencji z dnia 12 stycznia 2017 roku) potwierdzający, że wartość prac zrealizowanych przez podwykonawcę Elpex (jednocześnie zadeklarowanego do realizacji zadań na stanowisku Kierownika robót w niniejszym postępowaniu), a polegających na zasilaniu i przebudowie oświetlenia ulicznego oraz na przebudowie kabli energetycznych eSN i eNN wyniosła 335 000,00 zł netto (czyli 412 050,00 zł brutto). Dokument ten jest zbieżny z oświadczeniem wykonawcy Elpex zawartym w Formularzu - Doświadczenie Kierownika robót.

Z drugiej strony Odwołujący przedstawił oficjalny dokument pochodzący od inwestora przedmiotowej budowy, z którego wynika inna wartość prac o przedmiotowo tożsamym zakresie, tj. 122 000,00 zł.

Dowód z tego dokumentu - informacji Urzędu Miasta Stołecznego Warszawy Urzędu Dzielnicy Ursynów jest w ocenie Izby niepełny, zabrakło choćby przedstawienia zapytania skierowanego przez Odwołującego do Urzędu. Ponadto, nie wiadomo czy w istocie prace, których wartość podlega ocenie w ramach kryterium oceny ofert - Doświadczenie Kierownika robót, zawierają się tylko i wyłącznie w poz. 4.9 i 5.0., choć tytuły tych pozycji zdają się potwierdzać tą tezę.

Pomimo jednak pewnych wątpliwości co do dokumentu przedłożonego przez Odwołującego, zważyć należy, że pochodzi on od zamawiającego na rzecz którego realizowana była Budowa Domu Kultury przy ul. Kajakowej w Warszawie, czyli od podmiotu, który ma najpełniejszą wiedzę w zakresie realizacji tej inwestycji. Dokument ten (w szczególności Załącznik rzeczowo -finansowy do protokołu końcowego odbioru robót) rodzi bardzo poważne wątpliwości co do rzeczywistej wartości robót wykazanych w poz. 2 Formularza - Doświadczenie Kierownika robót, które to wątpliwości Zamawiający winien wyjaśnić w toku ponownego badania i oceny ofert. Z drugiej strony treść dokumentu złożonego przez Odwołującego (w kontekście także innych dokumentów istniejących w tym postępowaniu, w tym referencji) nie pozwala w sposób jednoznaczny przesądzić (bez przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego), że wykazywane przez wykonawcę Elpex prace polegające na zasilaniu i przebudowie oświetlenia ulicznego oraz na przebudowie kabli energetycznych SN i NN mają niższą wartość niż 400 000 zł brutto.

Odnosnie podnoszonych przez Odwołującego twierdzeń dotyczących zakresu i wartości rynkowej prac wykonywanych w ramach Budowy Domu Kultury przy ul. Kajakowej w Warszawie a polegających na posadowieniu słupów oświetlenia ulicznego Izba uznała, że nie zostały one udowodnione.

Mając powyższe na uwadze Izba nie przesądziła kwestii czy zadanie wykazane w poz. 2 Formularza - Doświadczenie Kierownika robót należało uwzględnić przy przyznawaniu punktów w ramach kryterium oceny ofert - Doświadczenie Kierownika robót, lecz nakazała Zamawiającemu podjęcie działań zmierzających do ustalenia wartości robót (usług) branży elektroenergetycznej, polegających na budowie lub przebudowie sieci oświetlenia ulicznego lub sieci elektroenergetycznych SN (lub NN) lub na utrzymaniu lub konserwacji sieci oświetlenia ulicznego osoby zadeklarowanej przez wykonawcę Elpex do realizacji zadań na stanowisku Kierownika robót w ramach wykazywanej przez niego

inwestycji: Budowa Domu Kultury w Warszawie przy ul. Kajakowej.

Izba nie określa sposobu w jaki Zamawiający powinien dążyć do ustalenia rzeczywistej wartości robót wykazanych w poz. 2 Formularza - Doświadczenie Kierownika robót, złożonego przez wykonawcę Elpex. Niemniej jednak zasadnym się wydaje, aby Zamawiający uczynił to dwutorowo, tj. poprzez zwrócenie się do wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w tym zakresie, a nadto poprzez zwrócenie się do zamawiającego na rzecz którego była wykonywana Budowa Domu Kultury przy ul. Kajakowej w Warszawie na podstawie § 2 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia [Dz.U. z 2016 r. poz. 1126] o wyjaśnienie tej kwestii.

2) Zarzut określony w pkt 3 odwołania, tj.: zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Elpex z postępowania, pomimo, że wykonawca ten 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 zakresie tego, że jako osoba dedykowana do pełnienia funkcji Kierownika robót posiada on doświadczenie wynikające z wykonania prac w branży elektroenergetycznej w ramach „Budowy Domu Kultury w Warszawie przy ul. Kajakowej.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w okolicznościach niniejszej sprawy Izba uznała za przedwczesny.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący sformułował powyższy zarzut w oparciu o okoliczność dotyczącą podania przez wykonawcę Elpex nieprawdziwej wartości prac dotyczących zasilania i przebudowy oświetlenia zewnętrznego (ulicznego) oraz przebudowy kabli SN i NN, która to według niego powinna być zakwalifikowana jako okoliczność skutkująca obowiązkiem wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Skoro Izba niniejszym orzeczeniem nakazała Zamawiającemu wyjaśnienie rzeczywistej wartości robót branży elektroenergetycznej robót w ramach wykazywanej przez wykonawcę Elpex inwestycji: Budowa Domu Kultury w Warszawie przy ul. Kajakowej, to tym samym zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp - postawiony w kontekście podania nieprawdziwej informacji co do wartości prac realizowanych w ramach ww. inwestycji - jest przedwczesny.

3) Zarzut określony w pkt 4 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zastosowanie przewidzianej w tym przepisie procedury sanacyjnej i umożliwienie Elpex przedstawienia nowych dokumentów, tj. wykazu wykonanych robót lub usług oraz dokumentu poświadczającego należyte ich wykonanie, które to dokumenty były wymagane na etapie składania dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a nie zostały przez Elpex wówczas przedstawione.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp: Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielania wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Powyższy zarzut Odwołujący opierał na okoliczności, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony dopuścił do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, albowiem uwzględnił inwestycję dotyczącą Budowy Hal Ideal Idea Warszawa przy ul. Działkowej, którą wykonawca Elpex

powołał dopiero w związku z wezwaniem Zamawiającego wystosowanym do niego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a która to inwestycja w ogóle nie została wymieniona w wykazie usług (robót) złożonym na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

Natomiast pierwotnie wykazana inwestycja dotycząca przebudowy oświetlenia ul. Radiowej i al. Tysiąclecia PP nie potwierdzała spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Elpex (nie obejmowała prac o wymaganej przez Zamawiającego wartości). W ocenie Odwołującego stanowiło to przejaw zakazanych negocjacji między Zamawiającym a wykonawcą.

Powyższy zarzut jest bezzasadny.

W Rozdziale VI ust. 1 Warunki udziału w postępowaniu ppkt 2.3. lit. a) Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej - przy czym w celu potwierdzenia spełnienia warunku wykonawca miał wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej: 1 usługi lub roboty budowlanej polegającej na pracach elektrycznych (roboty budowlane, remonty, konserwacje i eksploatacje dotyczące elektroenergetycznych instalacji, sieci) o wartości brutto w ramach jednej umowy co najmniej 1 000 000,00 PLN".

Izba uznała, że Zamawiający - pismem z dnia 17 kwietnia 2018 roku - w sposób prawidłowy wezwał wykonawcę Elpex - działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (odnośnie warunku określonego w Rozdziale VI ppkt 2.3. lit. a) SIWZ). Dokumenty złożone pierwotnie przez wykonawcę Elpex w dniu 12 kwietnia 2018 roku w odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów z dnia 5 kwietnia 2018 roku - w trybie 26 ust. 1 ustawy Pzp - (tj. Załącznik nr 9 - Zdolność techniczna lub zawodowa - wykaz usług (robót) nie potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jak słusznie wskazywał Zamawiający - okoliczność ta stanowiła wypełnienie normy zawartej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Z kolei wykonawca Elpex w uzupełnionym w dniu 19 kwietnia 2018 roku wykazie usług (robót) wykazał robotę potwierdzającą spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanym w Rozdziale VI ust. 1 ppkt 2.3. lit. a) SIWZ, tj. Budowę Hal Ideal Idea Warszawa przy ul. Działkowej.

Powołane przez Odwołującego orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej C-131/16 Archus et Gama, C-336/12 Manova, C-599/10 SAG ELV Slovensko oraz C-387/14 Esaprojekt nie stoją w sprzeczności z tak przedstawioną wykładnią przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Nie można bowiem stwierdzić, że w związku z uzupełnieniem wykazu usług (robót) w dniu 19 kwietnia 2018 roku o robotę potwierdzającą spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień złożenia ofert w miejsce uprzednio wykazanej roboty, która nie potwierdzała spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego w Rozdziale VI ppkt 2.3. lit. a) SIWZ doszło do niedozwolonych negocjacji czy zmiany treści oferty. Wykonawca jedynie wykazał - w procedurze uzupełnienia dokumentów przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,- iż spełnia warunki udziału w postępowaniu (także na dzień złożenia ofert).

W związku z powyższym Izba uznała, że zarzut ten jest bezpodstawny.

4) Zarzut określony w pkt 5 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Elpex z postępowania pomimo, iż Wykonawca ten nie spełnił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej w zakresie posiadanego doświadczenia, gdyż roboty budowlane dotyczące „przebudowy oświetlenia ul. Radiowej i al. Tysiąclecia P.P. w Kielcach”, na których wykonanie się pierwotnie powoływał, a niedopuszczalne było powołanie się przez Elpex na wykonanie innych robót budowlanych, w sytuacji, gdy informacji o wykonaniu tych robót nie przedstawił w pierwotnej wersji dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp: Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu

lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Powyższy zarzut Izba uznała za bezzasadny. Skoro Izba odnośnie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uznała go za bezpodstawny i uznała, że dopuszczalne było uzupełnienie wykazu usług (robót) o nową robotę potwierdzającą spełnianie przez wykonawcę Elpex warunków udziału w postępowaniu, to należało również uznać, że wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu i tym samym nie podlega wykluczeniu.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp: W wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp: Strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 lit. a) i pkt 2 lit. b), a także § 5 ust. 2 pkt 1 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 ze zm.).

Zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a) i pkt 2 lit. b) powołanego powyżej Rozporządzenia: Do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej "kosztami", zalicza się:

1) wpis, obejmujący w szczególności:

a) wynagrodzenia, wydatki i opłaty Urzędu związane z organizacją i obsługą postępowań odwoławczych, archiwizacją dokumentów oraz szkoleniami członków Krajowej Izby Odwoławczej, zwanej dalej "Izbą", przygotowującymi do należytego rozpoznawania odwołań.

2) uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności (.)

b) wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3 600 zł.

Stosownie zaś do § 5 ust. 2 pkt 1 ww. Rozporządzenia: W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę: Izba zasądza koszty od zamawiającego na rzecz odwołującego.

W niniejszej sprawie - co wynika z sentencji orzeczenia (pkt 1) - Izba uwzględniła odwołanie. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł, którą to kwotę Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego, a także koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika Odwołującego z tytułu zastępstwa prawnego w wysokości 3.600,00 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba orzekła o kosztach postępowania jak w pkt 2 sentencji wyroku i zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego łączną kwotę 18.600,00 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: