

Sygn. akt KIO 2876/20

POSTANOWIENIE
z dnia 25 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Piotr Kur

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

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

postanawia:

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

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

.....

Uzasadnienie

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

Zdaniem Odwołującego skutkiem powyższego Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy Pzp:

1. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - dokonanie oceny oferty Odwołującego niezgodnie z przyjętymi w IDW kryteriami oceny ofert, skutkującej zawyżeniem o 10 liczby punktów przyznanych Odwołującemu w kryterium pkt. 19.1.3 IDW - Doświadczenie kierownika budowy pomimo tego, że Berger Bau Polska winien otrzymać 10 punktów w tym kryterium, a nie 20 punktów;
2. art. 24 ust. 1 pkt. 16 oraz 17 ustawy Pzp - zaniechanie uznania, że w niniejszej sprawie zmaterializowały się przesłanki, o których mowa w tych przepisach, podczas gdy Berger Bau przedstawiła nieprawdziwe, wprowadzające w błąd informacje odnośnie doświadczenia kadry kierowniczej, które pozwoliły temu wykonawcy uzyskać dodatkowe punkty w ramach kryteriów oceny ofert polegające na: przypisaniu osobie wskazanej na stanowisko kierownika budowy doświadczenia zdobytego przy realizacji zadania pn. Przebudowy wiaduktu w ul.

Chociebuskiej we Wrocławiu", co doprowadziło do nieuprawnionego wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej;

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

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

1. unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Berger Bau, jako oferty najkorzystniejszej;
2. przeprowadzenia ponownego badania i oceny oferty Berger Bau i w konsekwencji wykluczenia tego wykonawcy z postępowania;
3. dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert i wyboru Oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

Odwołujący także stwierdził, że (...) Naruszenie przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp, ma istotny wpływ na wynik Postępowania, bowiem gdyby Zamawiający nie naruszył wskazanych przepisów ustawy Pzp, oferta Berger Bau nie została by wybrana jako oferta najkorzystniejsza, a co za tym idzie, Odwołujący uzyskałby zamówienie objęte j Postępowaniem. Nieuprawnione przyznanie ofercie Berger Bau maksymalnej ilości punktów spowodowało że oferta Odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza i w bilansie kryteriów oceny oferty zgodnie z IDW. Tym samym oferta Odwołującego jest najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, która została złożona przez wykonawcę, który nie podlega wykluczeniu z Postępowania. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp oraz może ponieść Szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp poprzez brak możliwości zrealizowania przedmiotowego zamówienia oraz uzyskania zakładanych zysków. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że jego interes prawny wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 24.11.2020 r.) wniósł o oddalenie odwołania, a odnosząc się do podnoszonych w odwołaniu naruszeń w szczególności wskazał: (...) *Zgodnie z pkt. 19.1.3 IDW Zamawiający dla kryterium Doświadczenie Kierownika Budowy wskazał: „Ocena w ramach kryterium będzie odbywać*

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

wcześniejszych zarzutów, również bezzasadny jest ten zarzut, albowiem zamawiający przeprowadził postępowanie z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, oraz prawidłowo zbadał i ocenił złożone oferty.

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

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

Izba postanowiła,

Działając na podstawie na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy - Prawo zamówień publicznych Izba umorzyła postępowanie odwoławcze. W myśl wskazanego art. 187 ust. 8 ustawy Pzp: *„Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze”*. Z kolei orzekając o kosztach postępowania Izba miała na uwadze zdanie drugie tego przepisu zgodnie z którym: *„Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu”*. Tym samym Izba uwzględniając ponadto przepisy § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a 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. z 2018 r., poz. 972), nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu od odwołania uiszczonego w przedmiotowej sprawie w wysokości 10.000 zł.

Przewodniczący: