

Sygn. akt: KIO 1389/18

WYROK
z dnia 25 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 25 lipca 2018r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lipca 2018r. przez wykonawcę **ZDI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu ul. Jana Kiepury 6** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego: Województwo- Lubelskie Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie, ul Turystyczna 7a**

przy udziale **wykonawcy K. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą INNOVIA K. K. z siedzibą w Starym Siole 138** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1389/18 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddała odwołanie,**
- 2. Kosztami postępowania obciąża ZDI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu ul. Jana Kiepury 6 i :**
 - 2.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ZDI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu ul. Jana Kiepury 6 tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. Zasądza od ZDI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu ul. Jana Kiepury 6 na rzecz zamawiającego: Województwo- Lubelskie Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie, ul Turystyczna 7a kwotę 3 894zł. 20 gr (słownie: trzy tysiące osiemset dziewięćdziesiąt cztery złote dwadzieścia groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego i dojazdu.**

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na nadzór inwestorski i rozliczenie finansowe i rzeczowe – funkcja Inżyniera przy realizacji zamówienia pod nazwą „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 837 Piaski-Żółkiewka Wieś – Nielisz – Sitaniec zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 kwietnia 2018r. za numerem 2018/S 065-144991.

W dniu 6 lipca 2018r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy K. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą INNOVIA K. K. z siedzibą w Starym Siole 138 – dalej przystępujący.

W dniu 16 lipca 2018r. odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechanie wykluczenia przystępującego i zaniechanie odrzucenia jego oferty wniósł wykonawca ZDI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu, ul. Jana Kiepury 6 – dalej odwołujący. Odwołanie zostało podpisane przez prokurenta samoistnego ujawnionego w odpisie z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 13 lipca 2018r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy przez:

1. niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego polegającą na wyborze oferty wykonawcy przystępującego jako najkorzystniejszej,
2. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt. 12, 16 i 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia oferty wykonawcy przystępującego pomimo, iż wykonawca ten nie spełniał warunków udziału w postępowaniu;
3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy poprzez: zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy przystępującego jako sprzecznej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności oceny ofert.
2. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
3. Ponowną ocenę ofert.
4. Odrzucenie oferty wykonawcy przystępującego

Ponadto o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11) ustawy i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku niezgodnych z ustawą czynności zamawiającego wskazanych powyżej odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert

niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt. V ust. 2 pkt. 1 SIWZ:

„W przetargu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

1) Zdolności technicznej lub zawodowej 2. Minimalne warunki dotyczące: Doświadczenia wykonawcy: Wykonanie (tj. zakończenie realizacji) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, minimum 1 usługi polegającej na nadzorze inwestorskim obejmującym budowę lub przebudowę (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. "Prawo budowlane" Dz. U. z 2017 r. poz.1332 z późn. zm.) drogi publicznej o wartości robót co najmniej 20 000 000,00 zł netto. Jako zakończenie realizacji usługi należy rozumieć doprowadzenie nadzorowanej inwestycji przez wykonawcę do odbioru końcowego i odebrania jej przez zamawiającego."

Wykonawca przystępujący w swojej ofercie oświadczył, że spełnia wymogi zawarte w SIWZ, a następnie celem potwierdzenia ww. wymogów wraz pismem z dnia 21 maja 2018 r. przedłożył zamawiającemu wykaz usług oraz referencje na okoliczność potwierdzenia, że spełnia warunki wskazane w V ust. 2 pkt. 1 SIWZ tj. posiadanie doświadczenia przez wykonawcę w zakresie nadzoru nad robotami o wartości co najmniej 20.000.000,00 zł. netto. Wyżej wymieniony wykaz usług oraz referencje z dnia 13 marca 2018 r. wystawione przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie wskazują, że wykonawca K. K. w zakresie inwestycji pn. „Nadzór inwestorski i rozliczenie finansowe i rzeczowe ~ funkcja Inżyniera przy realizacji projektu pn.: Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 846 Małochwiej Duży - Wojślawice - Teratyn od km 6+100 do km 12 +100 oraz od km 12 +910 do km 21+393 o dł. 14.483 km - kontynuacja nadzoru" nadzorował roboty o wartości 44.751.163,75 zł. brutto.

Jako dowody odwołujący powołał:

- SIWZ,
- oferta wykonawcy K.K.
- pismo wykonawcy K. K. z dnia 21 maja 2018 r.
- wykaz wykonanych usług,
- referencje Zarządu Dróg Wojewódzkich w Lublinie z dnia 13 marca 2018 r.

Wykonawca K. K. nie przedstawił żadnych innych dokumentów w zakresie doświadczenia.

Odwołujący wskazał, że w istocie nie doszło do spełnienia wymogu SIWZ przez wykonawcę przystępującego, o którym mowa w V ust. 2 pkt. 1 SIWZ, gdyż wykonawca ten w zakresie inwestycji pn. „Nadzór inwestorski i rozliczenie finansowe i rzeczowe - funkcja Inżyniera przy realizacji projektu pn.: Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 846 Małochwiej Duży - Wojślawice - Teratyn od km 6+100 do km 12 +100 oraz od km 12 +910 do km 21+393 o dł. 14.483 km - kontynuacja nadzoru", jak sama nazwa zadania wskazuje mógł nadzorować roboty budowlane o maksymalnej wartości 19.118.552.33 zł. brutto nie zaś jak wskazuje wykonawca 44.751.163,75 zł. brutto, co oznacza, że nie został spełniony wymóg

doświadczenia w nadzorze nad robotami o wartości minimum 20.000.000,00 zł. netto.

Wskazują na to dokumenty, które odwołujący otrzymał od Zarządu Dróg Wojewódzkich w Lublinie w ramach informacji publicznej. Ze wskazanych dokumentów wynika wprost, że wykonawca przystępujący w dniu 22 czerwca 2017 r. zawarł z Zarządem Dróg Wojewódzkich w Lublinie umowę, na podstawie której świadczył usługi Inżyniera Kontraktu w ramach zadania: „Nadzór inwestorski i rozliczenie finansowe i rzeczowe - funkcja Inżyniera przy realizacji projektu pn.: Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 846 Mało chwiej Duży - Wojsławice

- Teratyn od km 6+100 do km 12 +100 oraz od km 12 +910 do km 21+393 o dł.14.483 km - kontynuacja nadzoru"

Przed zawarciem ww. umowy przez ZDW w Lublinie z wykonawcą przystępującym w ramach przedmiotowej inwestycji, funkcję Inżyniera Kontraktu pełnił inny podmiot, który jak wynika z zestawienia wartości wykonanych robót dotyczących tejże inwestycji na dzień 6 czerwca 2017 r, nadzorując wykonanie robót budowlanych o łącznej wartości 20.329.517,40 zł. brutto, zaś do wykonania pozostały roboty o wartości 19.118.552,33 zł. brutto.

Jako dowody odwołujący powołał:

- umowa pomiędzy K. K. a ZDW w Lublinie z dnia 22 czerwca 2017 r.,
- pismo ZDW w Lublinie z dnia 25 czerwca 2018 r. wraz z załącznikami w tym zestawienia wartości wykonanych robót nr 8 za okres od 06.05.2017 do 06.06.2017,

Skoro zatem na dzień 6 czerwca 2017 r. do wykonania pozostał zakres robót o wartości 19,118.552.33 zł brutto, to wykonawca przystępujący nie może, zdaniem odwołującego, legitymować się doświadczeniem w nadzorze nad inwestycją o wartości robót 44.751.163.75 zł. brutto, skoro do nadzoru mógł przystąpić najwcześniej w dniu 22 czerwca 2017 r.

Nadto odwołujący podniósł, że w rozumieniu SIWZ przez doświadczenie w zakresie nadzoru nad robotami budowlanymi należy rozumieć wykonanie czyli faktyczne świadczenie usługi nad określonym zakresem robót o danej wartości, bez znaczenia pozostaje w tym zakresie ogólna wartość robót dla całej inwestycji. Znaczenie ma faktyczne świadczenie usługi nadzoru inwestorskiego nad inwestycją o określonej wartości co najmniej 20.000.000,00 zł netto. Wskazuje na to wprost zapis pkt V ust. 2 pkt. 1 SIWZ:

„Doświadczenia wykonawcy: Wykonanie (tj.. zakończenie realizacji) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (...)"

Użycie sformułowania „wykonanie" przesądza w ocenie odwołującego o rozumieniu doświadczenia jako faktycznego nadzoru nad danym zakresem robót. Co więcej, SIWZ w omawianym punkcie wymagał doświadczenia w zakresie świadczenia usług przez cały okres trwania inwestycji, zaś wykonawca przystępujący świadczył jedynie usługi polegające na dokończeniu wykonywanego dotychczas nadzoru przez co również z tego powodu, zdaniem odwołującego, nie może być mowy o spełnieniu wymogu, o którym mowa V ust. 2 pkt. 1

SIWZ.

Skoro zatem wykonawca przystępującego nie spełnił podstawowego wymogu udziału w niniejszym postępowaniu przetargowym tj. posiadania doświadczenia w nadzorze nad robotami budowlanymi o minimalnej wartości 20.000.000/00 zł. netto, to winien zostać wykluczony z postępowania w trybie art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy

Dodatkowo odwołujący wskazał, że wykonawca przystępujący na potwierdzenie spełnienia warunków SIWZ przedłożył referencję i wykaz usług, które w istocie nie odpowiadają rzeczywistemu stanowi faktycznemu, co należy również oceniać w kategoriach naruszenia art.24 ust. 1 pkt. 16 i 17 ustawy. Wykonawca ten bowiem przedłożył dokumenty i udzielił informacji w zakresie doświadczenia, które nie znajdują odzwierciedlenia w dokumentach kontraktowych o których mowa powyżej, i nie odpowiadają rzeczywistej wartości robót budowlanych, nad którymi wykonawca przystępujący sprawował usługę nadzoru inwestorskiego. W ocenie odwołującego, wykonawca w celu uzyskania zamówienia podał w ofercie nieprawdziwe dane w zakresie doświadczenia wykonawcy polegające na wskazaniu wartości 44.751.163,75 zł. brutto w zakresie wartości nadzorowanych przez wykonawcę przystępującego robót w ramach inwestycji pn.: „Nadzór inwestorski i rozliczenie finansowe i rzeczowe - funkcja Inżyniera przy realizacji projektu pn.: Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 846 Małochwiej Duży - Wojsławice - Teratyn od km 6+100 do km 12 +100 oraz od km 12 +910 do km 21+393 o dł. 14.483 km - kontynuacja,

Odwołujący wskazał nadto, że konsekwencją powyższych nieprawidłowości był stan, w którym w istocie oferta wykonawcy przystępującego nie odpowiadała treści SIWZ, co oznacza, że winna zostać odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy.

Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania w dniu 13 lipca 2018r.

W dniu 16 lipca 2018r. do postępowania odwoławczego zgłosił si2.3. wykonawca przystępujący wnosząc o jego oddalenie i wskazując, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została wybrana , a rozstrzygnięcie odwołania zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu może spowodować utratę możliwości realizacja zamówienia przez przystępującego. Zgłoszenie zostało podpisane przez właściciela firmy. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 14 lipca 2018r.

Na posiedzeniu z udziałem stron zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o : oddalenie odwołania wykonawcy ZDI sp. z o.o. w całości i zasądzenie od wykonawcy ZDI sp. z o.o. na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania wg załączonego spisu kosztów.

Zamawiający w uzasadnieniu przytoczył zastosowane w SIWZ kryterium doświadczenia. Wskazał, że wykonawca INNOVIA K. K. powołał się na swoje doświadczenie wynikające z

wykonania umowy nr 21/U/2017 z dnia 22 czerwca 2016 r. na wykonanie na rzecz Zamawiającego - Zarządu Dróg Wojewódzkich w Lublinie „Nadzoru inwestorskiego i rozliczenia finansowego i rzeczowego — funkcji Inżyniera przy realizacji Projektu pn.: Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 846 Małochwiej Duży — Wojsławice — Teratyn od km 6+100 do km 12+100 oraz od km 12+ 910 do km 21+393 0 dł. 14,483 KM — kontynuacja nadzoru”. Przedłożył referencje wystawione przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie dnia 13 marca 2018 r., które potwierdzały, że wartość nadzorowanych robót wyniosła 44.751.163,75 złotych brutto, a zamówienie zostało przez wykonawcę wykonane należycie.

Odwołujący zakwestionował możliwość udowodnienia spełnienia przez przystępującego warunku doświadczenia przy wykorzystaniu w/w referencji. Wskazał, że przed przystępującym funkcję Inżyniera Kontraktu pełnił inny podmiot, który do dnia 6 czerwca 2017 r. nadzorował wykonanie robót o wartości 20.329.517,40 złotych brutto. Zamawiający zauważył, że istotnie przed przystępującym rolę Inżyniera Kontraktu pełnił W. M., który zmarł. Przystępujący jako osoba pełniąca rolę roszczeniowca w jego firmie założył działalność gospodarczą i na zasadzie zamówienia udzielonego z wolnej ręki przejął pełnienie roli Inżyniera Kontraktu.

Ze założeniem przyjętym przez odwołującego nie sposób się zgodzić. Po pierwsze zamawiający zauważył, że powołane roboty budowlane to jedno zamówienie, które nie było podzielone na części, a wartość tego zamówienia została ustalona zgodnie z przepisami Rozdziału 2 ustawy.

Przystępujący dokonywał odbiorów końcowych wszystkich branż robót budowlanych dla zamówienia podstawowego oraz dla zamówienia dodatkowego. Odbiór końcowy nie dotyczył fragmentów robót, tylko całości robót danego asortymentu. Na podstawie tej dokumentacji Wykonawca robót budowlanych występował do nadzoru budowlanego o pozwolenie na użytkowanie obiektu.

Jak dowody zamawiający powołał:

1. protokół odbioru końcowego robót branży drogowej
2. protokół odbioru końcowego robót branży inżynierskiej
3. protokół odbioru końcowego robót branży telekomunikacyjnej
4. protokół odbioru końcowego robót branży elektrycznej
5. protokół odbioru końcowego robót branży sanitarnej (wodociągi i kanalizacja)
6. protokół odbioru końcowego robót branży sanitarnej (sieć gazowa)
7. protokół odbioru końcowego robót dodatkowych
8. protokół odbioru końcowego robót dodatkowych

Przystępujący doprowadził wyżej opisane zadanie do odbioru ostatecznego, który miał miejsce 06 grudnia 2017 r. oraz do odbioru ostatecznego robót dodatkowych co miało miejsce 18 grudnia 2017r. Podczas odbioru ostatecznego komisja składająca się z

przedstawicieli zamawiającego, Inżyniera i Wykonawcy dokonywała oceny należytego wykonania wszystkich robót budowlanych wykonanych w ramach wspomnianego zadania. Stwierdzono, że cały obiekt jest gotowy do eksploatacji oraz postanowiono o zwolnieniu 70% od całego zabezpieczenia należytego wykonania wniesionego przez wykonawcę robót budowlanych.

Dowód:

1. protokół odbioru ostatecznego robót podstawowych
2. protokół odbioru ostatecznego robót dodatkowych
3. protokół odbioru ostatecznego robót dodatkowych

W warunkach przedmiotowego postępowania zostało wyraźnie zaznaczone, że przez wykonanie rozumie się zakończenie realizacji, tj. doprowadzenie nadzorowanej inwestycji przez wykonawcę do odbioru końcowego i odebrania jej przez zamawiającego. Nie może dla zamawiającego być wątpliwości, że przystępujący ten warunek spełnił. Jeśli treść odwołania może budzić jakiegokolwiek wątpliwości w tym zakresie, to załączone do niniejszego pisma dokumenty rozwiewają je w całości. Literalnie postawiony warunek udziału w postępowaniu został przez przystępującego spełniony. Zamawiający nie ma wątpliwości, że odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP.

Implikuje to automatycznie wniosek, że niezasadne jest także postawienie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy. Obydwa przepisy odnoszą się do sytuacji, gdy wykonawca poprzez przedstawienie nieprawdziwej informacji wprowadził zamawiającego w błąd co do spełniania kryteriów udziału w postępowaniu. Już niezależnie od tego, czy informacje przedłożone przez przystępującego są obiektywnie prawdziwe, zamawiający stwierdził, że są oparte na referencjach wystawionych przez samego zamawiającego. Wyłącznie z tego względu nie sposób uznać omawianych zarzutów za udowodnione.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, siwz, oferty przystępującego, wezwania zamawiającego do przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy i odpowiedzi przystępującego z dnia 21 maja 2018r., informacji o wyniku postępowania, umowy z dnia 22 czerwca 2017r. oraz informacji udzielonej przez zamawiającego w postaci kopii przejściowych świadectw płatności i kopii świadectw niekwalifikowalnych nr 7,8,9 i kwalifikowalnych nr 7,8,9 oraz protokołów odbioru końcowego robót branż drogowej, inżynierskiej, telekomunikacyjnej, elektrycznej, sanitarnej, gazowej, robót dodatkowych odbioru ostatecznego robót podstawowych i dodatkowych

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie ogłoszenia o zamówieniu Izba ustaliła, że w spornym zakresie zamawiający zawarł następujące wymagania:

Sekcja III.1) Warunki udziału

III.1.1) Zdolność do prowadzenia działalności zawodowej, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego

Wykaz i krótki opis warunków:

I. 1. W przetargu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

1) Zdolności technicznej lub zawodowej

2. Minimalne warunki dotyczące:

1) Doświadczenia wykonawcy:

Wykonanie (tj. zakończenie realizacji) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, minimum 1 usługi polegającej na nadzorze inwestorskim obejmującym budowę lub przebudowę (w rozumieniu ustawy z dnia 7.7.1994 r. „Prawo budowlane” Dz.U. z 2017 r. poz.1332 z późn. zm) drogi publicznej o wartości robót co najmniej 20 000 000,00PLN netto. Jako zakończenie realizacji usługi należy rozumieć doprowadzenie nadzorowanej inwestycji przez wykonawcę do odbioru końcowego i odebrania jej przez zamawiającego.

III. Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

1. Do oferty wykonawca dołączy aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, dalej JEDZ, w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca: nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Uwaga!

Wykonawca w części IV JEDZ - Kryteria Kwalifikacji, może ograniczyć się do wypełnienia jedynie sekcji α, zamawiający nie wymaga wypełnienia żadnej z pozostałych sekcji części IV.

4. Zamawiający, zgodnie z art. 24 aa. ustawy najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W pkt III.1.3) SIWZ zamawiający zawarł następujące wymagania :

Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe

Wykaz i krótki opis kryteriów kwalifikacji:

IV. 1.) W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający będzie żądał:

a) wykazu minimum 1 usługi wykonanej w okresie ostatnich 3 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 należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty

wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy.

Warunki udziału w postępowaniu. 1. W przetargu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: 1) Zdolności technicznej lub zawodowej 2. Minimalne warunki dotyczące: 1) Doświadczenia wykonawcy: Wykonanie (tj. zakończenie realizacji) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, minimum 1 usługi polegającej na nadzorze inwestorskim obejmującym budowę lub przebudowę (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. "Prawo budowlane" Dz. U. z 2017 r. poz.1332 z późn. zm) drogi publicznej o wartości robót co najmniej 20 000 000,00 zł netto. Jako zakończenie realizacji usługi należy rozumieć doprowadzenie nadzorowanej inwestycji przez wykonawcę do odbioru końcowego i odebrania jej przez zamawiającego.

Pod pojęciem dróg, zamawiający rozumie drogi publiczne określone w ustawie z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. 2017 poz. 2222) lub drogi będące ich odpowiednikami w państwach Unii Europejskiej, państwach będących stronami Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych i państwach będącymi stronami umów międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska.

W pkt VII. SIWZ Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia zamawiający wskazał, że:

1. Do oferty wykonawca dołączy aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, dalej JEDZ, stanowiącego załącznik B w zakresie wskazanym przez zamawiającego w niniejszej SIWZ. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca: nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Uwaga ! Wykonawca w części IV JEDZ - Kryteria Kwalifikacji, może ograniczyć się do wypełnienia jedynie sekcji α, Zamawiający nie wymaga wypełnienia żadnej z pozostałych sekcji części IV. 2

Ponadto, oprócz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, wykonawca obowiązany jest dołączyć do oferty:

a) dowód wniesienia wadium.

b) ofertę przetargową (z ceną netto i z podatkiem VAT) (wzór - zał. A) wraz z Formularzem Cenowym (wzór – zał. A1).

8. Zamawiający, zgodnie z art. 24 aa. ustawy najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

9. Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie wykonawcę, którego oferta została

najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w pkt 9.1) i 9.2) z wyłączeniem lit. e) oraz dokumentów, o których mowa w pkt 9.2) z wyłączeniem litery e) w odniesieniu do podmiotów na których zdolnościach polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22 a ustawy.

1) W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający będzie żądał:

a) wykazu minimum 1 usługi, o której mowa w pkt. V.2.1) SIWZ wykonanej w okresie ostatnich 3 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 należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy

Z treści oferty przystępującego wynika, że w części IV pkt. a przystępujący złożył oświadczenie, że spełnia wszystkie wymagane kryteria kwalifikacji.

W dniu 9 maja 2018r. zamawiający w trybie art. 26 ust. 1 ustawy wezwał przystępującego do złożenia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

W dniu 21 maja 2018r. przystępujący złożył wykaz, w którym wykazał usługę nadzoru inwestorskiego i rozliczania finansowego i rzeczowego – funkcję Inżyniera przy realizacji projektu pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 846 Małochwiej Duży – Wojsławice – Teratyn od km 6+ 100 do km 12+100 oraz od km 12+910 do km 21 + 393 o dł. 14 483 km kontynuacja nadzoru w okresie od 06.2017 do 12.2017 za kwotę 36 383 0 59, 96 dla Zarządu Dróg Wojewódzkich w Lublinie, którą oddał wykonawca i odebrał zamawiający.

Załączył także referencje do tej usługi z których wynika, że była ona realizowana od 22 czerwca 2017r do 22 grudnia 2017r. w ramach umowy nr 21/U/2017 z dnia 22 czerwca 2017r. i wartość nadzorowanych robót wyniosła 44 751 163, 75zł. brutto. Zamówienie zostało wykonane należycie.

Z par. 7 umowy nr 21/U/2017 wynika, że zamawiający zapłaci Inżynierowi kontraktu wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości brutto 301 965,00zł. Wynagrodzenie obejmuje wynagrodzenie za Etap I – 280 809,00zł. brutto i Etap II 21 156,00zł. brutto. Wypłata należnego wynagrodzenia miała następować według następujących zasad:

- a) 80% kwoty za Etap I będzie wypłacane w równych częściach co miesiąc począwszy od podpisania umowy, a kończąc na upływie terminu Etapu I
- b) 20 % kwoty za Etap I zostanie wypłacone po ostatecznym protokolarnym odbiorze

- robót wykonywanych przez Generalnego Wykonawcę objętych nadzorem Inżyniera
- c) 80% kwoty za Etap II będzie wypłacane w równych częściach co kwartał począwszy od podpisania przez zamawiającego i Generalnego wykonawcę protokołu odbioru ostatecznego inwestycji
 - d) 20% kwoty za Etap II zostanie wypłacone po podpisaniu protokołu odbioru po rękojmi realizowanej inwestycji, zaś w przypadku ujawnienia wad podczas odbioru po rękojmi i gwarancji po usunięciu stwierdzonych wad przez Generalnego Wykonawcę lub osobę trzecią.

Zgodnie z par. 2 przedmiotem zamówienia było wykonanie usługi nadzoru inwestorskiego i rozliczenie finansowe i rzeczowe w okresie realizacji robót budowlanych, w tym nadzór nad inwestycją, a także nadzór nad zrealizowaną inwestycją w okresie rękojmi i gwarancji. Z par 3 umowy wynika, że wszystkie działania inżyniera kontraktu winny zapewnić osiągnięcie celu głównego jakim jest uzyskanie przez zamawiającego w założonym terminie obiektu budowlanego o wysokim standardzie przy optymalizacji kosztów jego budowy. W myśl par. 8 pkt. 13 Inżynier kontraktu ponosi wobec zamawiającego pełną odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usług w tym za błędy i naruszenia zasad najlepszej praktyki zawodowej.

Z załączonych przejściowych świadectw płatności wynika, że jedynie przejściowe świadectwo płatności nr 9 dotyczy okresu objętego umową nr 21/U/2017, przy czym jedynie okresu do 4 lipca 2017r., a nie całości wykonanych w okresie pomiędzy 22 czerwca 2017r. a 22 grudnia 2017r. robót pod nadzorem przystępującego. Pozostałe dowody dotyczą okresu wcześniejszego, kiedy Inżynierem Kontraktu był J. M. prowadzący działalność pod firmą NADROMAR J. M., wówczas K. K. pełnił funkcję inspektora ds. rozliczeń. Dowody te nie pozwalają ustalić wartości robót wykonanych przez Generalnego Wykonawcę w okresie 22 czerwca 2017 – 22 grudnia 2017r. Natomiast można ustalić, że wartość robót według kosztorysu ofertowego wynosiła 32 071 601,41 zł. netto, a wartość kwalifikowalnych wydatków od początku budowy do 6 czerwca 2017r. wynosiła 16 528 062,92zł. netto. Natomiast w okresie od 7 czerwca 2017r. do 4 lipca 2017r. przystępujący nadzorował roboty o wartości 4 746 810,84 zł. netto. Izba ustaliła te fakty na podstawie zestawienia wartości wykonanych robót do protokołu odbioru wykonanych elementów robót nr 8 za okres od 6 maja 2017r do 6 czerwca 2017 i przejściowego świadectwa płatności nr 9 dla wydatków kwalifikowanych.

Z protokołów odbioru końcowego robót branż drogowej, inżynierskiej, telekomunikacyjnej, elektrycznej, sanitarnej, gazowej, robót dodatkowych odbioru ostatecznego robót podstawowych i dodatkowych wynika, że Inżynierem Kontraktu dokonującym tych czynności była przystępujący. Z protokołu odbioru ostatecznego z dnia 6 grudnia 2017 r. wynika, że wartość umowna robót netto wyniosła 36 383 059,96 zł., zaś wartość sprzedażna brutto

44 751 163,75 zł. dane te są zbieżne z informacjami podanymi w wykazie usług i referencjach. Nadto z dokumentacji tej wynika, że roboty wykonano prawidłowo i odebrano końcowo, a także że były realizowane dwie roboty dodatkowe na kwoty 140 tys. brutto i ok. 119 tys. brutto, które również prawidłowo ukończono i odebrano.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłanki materialnoprawne z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt. 12, 16 i 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia oferty wykonawcy przystępującego pomimo, iż wykonawca ten nie spełniał warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący powołuje się na treść warunku doświadczenia zawodowego wskazanego w pkt. V.2.1 siwz odwołując się do sformułowania „wykonanie” przy czym pomija, że zamawiający określił że pod pojęciem „wykonanie” rozumie – „zakończenie realizację”, a zaś „zakończenie realizacji” zdefiniował jako doprowadzenie nadzorowanej inwestycji przez wykonawcę do odbioru końcowego i odebrania jej przez zamawiającego. Natomiast inwestycję określił zamawiający jako usługę polegającą na nadzorze inwestorskim obejmującym budowę lub przebudowę drogi publicznej o wartości robót co najmniej 20 mln. zł. W ocenie Izby interpretacja przez odwołującego brzmienia tegoż warunku jako „nadzór inwestorski nad faktycznie wykonaną budową lub przebudową drogi publicznej o wartości robót co najmniej 20 mln. zł.” nie znajduje potwierdzenia w literalnej treści spornego warunku. Zamawiający z jednej strony podając co rozumie pod pojęciem wykonania i pod pojęciem zakończenia realizacji, wyraźnie wskazał, że najistotniejszy jest dla niego moment wystawienia protokołu odbioru końcowego i odebrania przez zamawiającego. Nadto wskazał, że te odbiory mają dotyczyć nadzorowanej inwestycji, a nie jej fragmentu w takim zakresie w jakim nadzór sprawował dany wykonawca. Gdyby rzeczywistą wolą zamawiającego było wskazanie, że będzie badał doświadczenie uzyskane w ramach nadzoru nad konkretnymi czynnościami składającymi się na robotę budowlaną w okresie sprawowania nadzoru przez wykonawcę, to odniósłby wartość robót do robót wykonanych w okresie sprawowania nadzoru. Tym samym w świetle warunku opisanego przez zamawiającego pojęcie „wartość robót” należy odnieść do budowy lub

przebudowy drogi publicznej, a nie do wartości robót wykonanych pod nadzorem konkretnego wykonawcy. W ocenie Izby nie można dokonać po upływie terminu składania ofert zawężenia brzmienia warunku udziału w postępowaniu do treści, choćby nawet racjonalnie oczekiwanej przez odwołującego. Zamawiający ma prawo ukształtować warunek udziału w postępowaniu kładąc nacisk na te elementy, które w jego ocenie zagwarantują mu uzyskanie prawidłowej realizacji usługi. Dla zamawiającego tym gwarantem było doprowadzenie do czynności odbiorowych i przyjęcie odpowiedzialności za wady obiektu, które podczas takich czynności mogłyby się ujawnić. Dla zamawiającego, jak wynika z brzmienia tego warunku istotna była skala inwestycji nadzorowanej, a nie skala wykonanej części robót budowlanych pod nadzorem wykonawcy. Mając to na uwadze Izba uwzględniając zasady równego traktowania wykonawców doszła do przekonania, że zawężenie brzmienia warunku na obecnym etapie jest niedopuszczalne i zgodnie z wieloletnim ugruntowanym stanowiskiem Izby wszelkie wątpliwości mogące powstać na gruncie treści siwz, Izba przyjęła interpretować na korzyść wykonawców, t w tym przypadku zatem należało literalnie odczytać postanowienia siwz i przyznać rację zamawiającemu i przystępującemu. Odwołujący nie kwestionował, że wartość całości inwestycji wynosiła ponad 36 mln. zł., a więc znacznie więcej niż wymagał zamawiający. Tym samym Izba oceniła, że zamawiający postąpił prawidłowo nie wykluczając przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy. Izba uznała także, że przystępujący nie wprowadził zamawiającego w błąd, gdyż wartości podane przez przystępującego w wykazie jak i w złożonej referencji pokrywają się z wartościami wynikającym z protokołu odbioru ostatecznego z dnia 6 grudnia 2017r. Tym samym zarzut zaniechania zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 również nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy poprzez: zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy przystępującego jako sprzecznej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia

Zarzut został błędnie postawiony. Kwalifikacja podmiotowa wykonawców skutkować może konsekwencjami w postaci wykluczenia wykonawcy – vide art. 24 ustawy i odrzuceniem oferty wykonawcy wykluczonego na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy, natomiast fakt niespełniania warunków kwalifikacji nie jest niezgodnością treści oferty z treścią siwz w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż nie składają się na elementy oferty wykonawcy. Tym samym zarzut nie potwierdził się.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 3 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. Z 2017r. poz. 47) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczzonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz kosztami zastępstwa prawnego i dojazdu nakazując odwołującemu zwrot zamawiającemu poniesionych przez niego kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 3 600zł., zgodnie z przedstawionym rachunkiem do kwoty dopuszczanej przez ww. rozporządzenie oraz kwoty 294,20 zł tytułem zwrotu kosztów dojazdu, zgodnie z przedstawionym spisem kosztów i kserokopią dowodu rejestracyjnego pojazdu.

Przewodniczący: