

Sygn. akt: KIO 1605/19

WYROK
z dnia 12 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Piotr Cegłowski

Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 3 września 2019 r. oraz 12 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **19.08.2019 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Albedor Spółka z o.o., ul. Nowogrodzka 31, 00-511 Warszawa** oraz **PROKOM Construction Spółka z o.o., ul. Reymonta 30/1, 41-200 Sosnowiec** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie, ul. Turystyczna 7a, 20-207 Lublin** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Nadzór inwestorski i rozliczenie finansowe i rzeczowe – funkcja Inżyniera przy realizacji Projektu pn.: Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 838 Głębokie – Dorohuczna – Trawniki – Fajstławice” (numer referencyjny DZU.372.60.2019.dk)

przy udziale wykonawcy **SAFEGE S.A.S. Oddział w Polsce, Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze na podstawie art. 186 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych, stosowanego odpowiednio, w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych odnoszącego się do poz. 6 tabeli formularza ofertowego (pkt IV.2. formularza ofertowego) w zakresie doświadczenia specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości

ocenianego w oparciu o pozacenowe kryteria oceny ofert w związku z uwzględnieniem odwołania w tym zakresie przez Zamawiającego;

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie;

3. kosztami postępowania w wysokości **19 171 zł 56 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy sto siedemdziesiąt jeden złotych i pięćdziesiąt sześć groszy) obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Albedor Spółka z o.o., ul. Nowogrodzka 31, 00-511 Warszawa** oraz **PROKOM Construction Spółka z o.o., ul. Reymonta 30/1, 41-200 Sosnowiec** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Albedor Spółka z o.o., ul. Nowogrodzka 31, 00-511 Warszawa** oraz **PROKOM Construction Spółka z o.o., ul. Reymonta 30/1, 41-200 Sosnowiec** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Albedor Spółka z o.o., ul. Nowogrodzka 31, 00-511 Warszawa** oraz **PROKOM Construction Spółka z o.o., ul. Reymonta 30/1, 41-200 Sosnowiec** na rzecz zamawiającego - **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie, ul. Turystyczna 7a, 20-207 Lublin** kwotę w wysokości **4 171 zł 56 gr** (słownie: cztery tysiące sto siedemdziesiąt jeden złotych i pięćdziesiąt sześć groszy) tytułem zwrotu kosztów reprezentacji przed Izbą oraz kosztów dojazdu na oba terminy rozprawy.

4. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 16 października 2018 r., poz. 1986) 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:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 12 września 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1605/19

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie, ul. Turystyczna 7a, 20-207 Lublin prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Nadzór inwestorski i rozliczenie finansowe i rzeczowe – funkcja Inżyniera przy realizacji Projektu pn.: Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 838 Głębokie – Dorohuczna – Trawniki – Fajslawice” (numer referencyjny DZU.372.60.2019.dk).

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

W dniu 12.03.2019 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2019/S 050 - 114954.

W dniu 07.08.2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19.08.2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Albedor Spółka z o.o., ul. Nowogrodzka 31, 00-511 Warszawa oraz PROKOM Construction Spółka z o.o., ul. Reymonta 30/1, 41-200 Sosnowiec od:

1. niezgodnej z przepisami Ustawy czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo iż Odwołujący nie przedstawił informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;
2. niezgodnej z przepisami Ustawy czynności odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo iż Odwołujący nie jest wykluczony z postępowania;
3. z ostrożności procesowej - zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień,
4. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;
5. prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem w/w przepisów Ustawy).

II. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo iż Odwołujący nie przedstawił informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż Odwołujący nie jest wykluczony z postępowania,
3. z ostrożności procesowej - naruszenie art. 87 ust. 1 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień;
4. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem w/w przepisów Ustawy).

III. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności oceny ofert,
2. Unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego,
3. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
4. z ostrożności procesowej - wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień
5. Ponowną ocenę ofert,
6. Wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

IV. Interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący wskazał następnie, 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 bezprawnych czynności Zamawiającego wskazanych powyżej Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, złożonych przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu. Ponadto w wyniku w/w naruszeń przepisów Ustawy może dojść do następczego unieważnienia postępowania, co także naraziłoby Odwołującego na poniesienie szkody.

V. Formalne przesłanki wniesienia odwołania. Odwołujący podniósł, że został poinformowany o wyborze najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego w dniu 7 sierpnia 2019 roku, a zatem niniejsze odwołanie wniesione jest z zachowaniem 10 dniowego terminu przewidzianego w Ustawie. Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania - dowód w załączeniu.

1. W dniu 7 sierpnia 2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o jego wykluczeniu na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17 Ustawy, z uwagi, iż zdaniem Zamawiającego Odwołujący przedstawił Zamawiającemu informacje, które wprowadziły Zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

2. Zamawiający wskazał, że za informacje wprowadzające w błąd wskazane w wykazie doświadczenia w zakresie kryteriów pozacenowych (pkt. IV.2. formularza oferty) dotyczące specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości w rozliczaniu finansowo rzeczowym robót - uważa informacje wskazane pod poz. 2 i 6 wykazu, w doświadczeniu Pani E. M.:

- Poz. 2 - Przebudowa drogi wojewódzkiej Nr 812 Biała Podlaska - Wisznice - Włodawa - Chełm - Rejowiec - Krasnystaw na odcinku od km 99+418,50 do km 120+517;
- Poz. 6 - Budowa autostrady A4 na odcinku Rzeszów (Węzeł Wschodni) - Jarosław (Węzeł Wierzbna) od km 581+250 do km 622+450.

Ad. Pozycja. 6 - Budowa autostrady A4 na odcinku Rzeszów (Węzeł Wschodni) Jarosław (Węzeł Wierzbna) od km 581+250 do km 622+450.

3. Zamawiający wystąpił do GDDKiA o/Rzeszów z zapytaniem czy pani E. M. pełniła funkcje na w/w inwestycji. W odpowiedzi na zapytanie Pani K. N. mailowo odpowiedziała, iż z „posiadanych dokumentów nie wynika aby pani E. M. pełniła tę funkcję”.

Dowód: (mail z dnia 30.07.2019 r. - w katach postępowania o udzielenie zamówienia. \

4. Odwołujący wskazał, że podał dane w przedmiotowym wykazie w oparciu o informacje pozyskane od Pani E. M., poparte dokumentami - tj. CV oraz referencją wystawioną dla Pani E. M. przez Pana H. K. Kierownika Projektu w/w inwestycji. Jak wskazał Odwołujący, przedmiotowa referencja poświadcza, że pani E. M. pełniła funkcję Inspektora ds. rozliczeń w okresie od 1.07.2013 do 31.05.2014 r. na w/w inwestycji.

Dowód: CV (Załącznik nr 6), Pismo z dnia 12.01.2016 r. (Załącznik nr 7)

5. Zdaniem Odwołującego wobec powyższych dokumentów - wykluczenie jest niezasadne. Odwołujący nie przedstawił informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd - gdyż wszystkie informacje zawarte w Wykazie, w tym te w pozycji 6, są zgodne ze stanem faktycznym. Co więcej - Odwołującemu nie można przypisać też najmniejszego nawet stopnia winy. Tymczasem do zaistnienia przesłanki wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy niezbędne jest zaistnienie lekkomyślności lub niedbalstwa po stronie wykonawcy. Tymczasem, jak zostało wskazane w dalszej części uzasadnienia odwołania, odwołujący dołożył należytej staranności na etapie sporządzania oferty. Nie ograniczył się do pozyskania ustnych informacji, ale postarał się, aby informacje te zostały poparte dokumentami.

6. W cenie Odwołującego wskazać należy, że Zamawiający - z nieznanых przyczyn - nie wystąpił do Odwołującego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień. Zatem Odwołujący nie miał świadomości, że istnieje jakakolwiek wątpliwość w tym zakresie po stronie Zamawiającego.

Ad. Pozycja 2 - Odwołujący wskazał, że Pani E.M. pełniła funkcję Inspektora ds. rozliczeń na inwestycji Przebudowa drogi wojewódzkiej Nr 812 Biała Podlaska – Wisznice -Włodawa - Chełm - Rejowiec - Krasnystaw na odcinku od km 99+418,50 do km 120+517 świadczonej właśnie na rzecz Zamawiającego - ZDW w Lublinie.

7. Zamawiający jako podstawę faktyczną wykluczenia wskazał, iż pani E. M. nie pełniła funkcji specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości, bowiem funkcja taka nie została określona w SIWZ czy w umowie, i że nie podlegała ona akceptacji Zamawiającego. A zatem, w ocenie Odwołującego, Zamawiający nie jest w posiadaniu żadnego dowodu, że Pani E. M. nie pełniła takiej funkcji, czy też - że taką funkcję pełniła inna osoba. Zamawiający swoje wnioski oparł jedynie na fakcie, że funkcja taka nie została określona w SIWZ czy w umowie, i że nie podlegała ona akceptacji Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego z całą pewnością brak określenia funkcji w umowie czy też brak obowiązku akceptacji funkcji przez Zamawiającego nie oznacza, że dana funkcja nie była pełniona na danej inwestycji. Jak wskazał następnie Odwołujący zgodnie z zasadami doświadczenia życiowego oraz praktyką prowadzenia tego typu inwestycji - w każdym przypadku dokonywane są czynności z zakresu rozliczeń i sprawozdawczości, a zatem - na każdej takiej inwestycji wykonuje swoje obowiązki specjalista ds. rozliczeń i sprawozdawczości.

Co więcej - postanowienia SIWZ dla przedmiotowej inwestycji wskazują, że wykonawca realizował szereg obowiązków w zakresie rozliczenia, analiza poniżej:

8. Dokonując analizy zapisów SIWZ oraz umowy w/w inwestycji Odwołujący wskazał, iż już sama nazwa inwestycji wskazuje, iż do obowiązków Wykonawcy (Inżyniera) należało także rozliczenie kontraktu: pełnienie funkcji Inżyniera oraz nadzór i rozliczenie robót przy realizacji Projektu „Przebudowa drogi wojewódzkiej Nr 812 Biała Podlaska - Wisznice - Włodawa - Chełm - Rejowiec - Krasnystaw na odcinku od km 99+418,50 do km 120+517 oraz od km 122+646 do km 133+900 Zad. II (III etap realizacji projektu) obejmuje pełnienie funkcji Inżyniera oraz nadzór i rozliczenie robót na odcinku od km 122+646 do km 133+900 (Chełm-Rejowiec)".

9. Dodatkowo postanowienie pkt. III OPZ ppkt. 2 stanowi, że „Praca Inżyniera podzielona jest na następujące etapy:

a/ Etap I - nadzór nad realizacją kontraktu i jego rozliczenie w okresie realizacji przebudowy drogi wojewódzkiej nr 812 Biała Podlaska - Wisznice - Włodawa - Chełm - Rejowiec-Krasnystaw na odcinku od km 99+418,50 do km 120+517 oraz od km 122+646 do km

133+900, obejmujący III etap zadania: roboty na odcinku od km 122+646 do km 133+900 (Chełm-Rejowiec);

b/ Etap U - kontrola Projektu w okresie gwarancji oraz przeglądy i w przypadku stwierdzenia usterek wyegzekwowanie od Wykonawcy robót ich usunięcia, odbiory pogwarancyjne."

10. Ponadto w SIWZ w pkt. III OPZ ppkt. 1 Zakres działań, 1.2. Etap budowy wskazano:

„Inżynier jest upoważniony i zobowiązany do:

- sprawdzenia miesięcznych zestawień ilości i wartości wykonanych robót i wystawienia Przejściowego Świadectwa Płatności;
- sprawdzenia ostatecznej kwoty należnej Wykonawcy Robót;
- rozliczenia umowy o roboty budowlane w przypadku jej wypowiedzenia;"

W Okresie Zgłaszania Wad i bezpośrednio po nim, do zadań Inżyniera będzie należało:

- przygotowanie Ostatecznego Świadectwa Płatności;

11. Ponadto w § 2 Zakres obowiązków wykonawcy (wzór umowy) wskazano:

„8.Przygotowanie dokumentów do odbioru końcowego, odbiór końcowy Projektu, jego rozliczenie oraz wystawienie świadectwa odbioru końcowego.

9. Obsługa okresu gwarancyjnego wynikającego z kontraktu na wykonawstwo robót, m.in. ustalanie terminów przeglądów robót w okresie gwarancyjnym, egzekwowanie od wykonawcy usunięcia usterek, ustalenie sposobu ewentualnego wykorzystania zabezpieczenia gwarancyjnego, końcowe rozliczenie projektu DO okresie gwarancji."

12. Odwołujący zwrócił uwagę, że jak wynika z powyższego - wykonawca zobowiązany był wykonywać obowiązki w zakresie rozliczeń, a zatem musiał pełnienie takich obowiązków powierzyć jakiemuś specjalście. Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia nie wskazał, że takie obowiązki nie były przez wykonawcę realizowane. Wskazał tylko - funkcja taka nie była wskazana w SIWZ i że zespół nie podlegał akceptacji.

13. Odwołujący oświadczył, że Pani E. M. pełniła funkcję Inspektora ds. rozliczeń na w/ w inwestycji, będąc zatrudniona u Wykonawcy ZDI Sp. z o. o. właśnie na stanowisku Inspektora ds. rozliczeń. Wykonywała wszystkie wymienione powyżej obowiązki, współpracując z Kierownikiem Projektu ze strony Zamawiającego. Jak wskazał Odwołujący fakt, że na w/w inwestycji Zamawiający nie wymagał zgłoszenia do zaakceptowania inspektora ds. rozliczeń (specjalisty) nie może przesądzać o przedstawieniu informacji wprowadzającej w błąd Odwołującego.

14. Zamawiający w Rozdziale XIV. Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert pkt. 4, wskazał, iż punktowane będzie doświadczenie, a nie - pełnienie funkcji:

„doświadczenie zawodowe specjalisty który posiada doświadczenie zawodowe w rozliczaniu rzeczowo - finansowym robót - na inwestycji drogowej polegającej na budowie lub

przebudowie drogi publicznej i wartości robót co najmniej 10 000 000 zł (netto), przy czym inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez jej inwestora”.

Jak zaznaczył Odwołujący nigdzie w SIWZ nie wskazano, że funkcja taka winna być funkcją podlegającą akceptacji Zamawiającego lub że ma być wskazana w SIWZ.

15. Aby stwierdzić, że Odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy konieczne było wykazanie przez Zamawiającego łącznego spełnienia się 2 przesłanek:

a) przedstawienia informacji wprowadzającej w błąd, która mogła mieć istotny wpływ na wynik postępowania,

b) zawnionego działania Odwołującego - lekkomyślności lub niedbalstwa.

Tymczasem, jak podniósł Odwołujący, Zamawiający nie wykazał żadnej z tych 2 przesłanek.

16. W dalszej części uzasadnienia odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający swoje decyzje opiera na wyroku Krajowej Izby Odwoławczej zapadłym w wyniku odwołania wniesionego przez Odwołującego, sygn. akt KIO 1048/19. Niemniej jednak Zamawiający dokonuje wadliwej interpretacji stanowiska Izby wskazanego w wyroku. Otóż Izba podkreśliła, iż w przypadku specjalisty ds. rozliczeń w zakresie kryteriów pozacenowych *„Chodziło o objęcie konkretnego stanowiska (jakkolwiek jego nazwy na poszczególnych kontraktach mogły się różnić). Przy czym w ocenie Izby wymóg ten, zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, należy interpretować w ten sposób, że chodzi tu nie o jakiekolwiek stanowisko pracownicze u wykonawcy robót czy Inżyniera Kontraktu, lecz stanowisko (funkcję na kontrakcie) w rozumieniu przyjętym już zwyczajowo w zamówieniach publicznych w przypadku zamawiania usług Inżyniera Kontraktu czy wykonawcy robót budowlanych, czyli zespołu personelu Inżyniera Kontraktu czy zespołu personelu kierownika budowy - analogicznie jak personel, którego przedstawienie wymagał Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”*. Zatem, zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien zbadać, czy Pani M. pełniła na danym kontrakcie daną funkcję. A nie - czy SIWZ przewidywał zgłoszenie takiego stanowiska do Zamawiającego.

17. Następnie Odwołujący podniósł, że Izba nie wskazała, że funkcja ta miała być akceptowana przez Zamawiającego. Co więcej - sam Zamawiający tak też rozumiał przedmiotowe postanowienie SIWZ. Dowodem na to jest fakt, że już po ogłoszeniu w/w wyroku KIO, w równoległe toczącym się postępowaniu na Nadzór inwestorski i rozliczenie finansowe i rzeczowe - funkcja Inżyniera przy realizacji zamówienia pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 801 Warszawa - Karczew - Wilga - Maciejowice - Dęblin - Puławy na odcinku od granicy województwa lubelskiego do skrzyżowania z drogą krajową S12 w m. Puławy. Etap I budowa obwodnicy m. Stężycef, gdzie pierwotnie zapisy dotyczące wymogu kryteriów

pozacenowych były identyczne - Zamawiający dokonał zmiany SIWZ. I tak został zmieniony zapis z:

h) Specjalista ds. rozliczeń robót i sprawozdawczości - wskazana osoba winna posiadać wykształcenie wyższe - techniczne lub ekonomiczne oraz doświadczenie zawodowe w rozliczaniu rzeczowo - finansowym robót na co najmniej 1 inwestycji drogowej polegającej na budowie lub przebudowie (w rozumieniu ustawy z dnia 7.7.1994 r. "Prawo budowlane" Dz.U. 2018 poz. 1202 z późn. zm.) drogi publicznej i wartości robót co najmniej 15 000 000 PLN (netto), przy czym inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez jej zamawiającego.

Na:

h) „Specjalista ds. rozliczeń robót i sprawozdawczości - wskazana osoba winna posiadać wykształcenie wyższe - techniczne lub ekonomiczne oraz doświadczenie zawodowe jako zaakceptowana przez zamawiającego osoba do pełnienia funkcji specjalisty/Inspektora ds. rozliczeń na stanowisku ds. rozliczeń na inwestycji drogowej polegającej na budowie lub przebudowie (w rozumieniu ustawy z dnia 7.7.1994 r. „Prawo budowlane” Dz.U. z 2018 r. poz.1202 z późn. zm) drogi publicznej i wartości robót co najmniej 15 000 000 PLN (netto), przy czym inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez jej inwestora”

Dowód: Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia TED 2019/S150-370848 (załącznik 8).

Jak wskazał Odwołujący Zamawiający ma zatem świadomość, że postanowienie SIWZ obowiązujące w niniejszym postępowaniu nie wymaga, aby dany specjalista był zatwierdzony przez Zamawiającego. Dlatego też po ogłoszeniu wyroku KIO 1048/19 zmienił zapis w równoległe toczącym się postępowaniu - zmiana ta miała na celu wprowadzenie do SIWZ wymogu zgodnego z zamiarem Zamawiającego. Jednakże z zamiarem, który uprzednio nie był odzwierciedlony w SIWZ. Z kolei w niniejszym postępowaniu, jak podniósł Odwołujący - wobec braku w/w wymogu - Zamawiający nie może wymagać, aby osoba wskazana w kryteriach pozacenowych była osobą zaakceptowaną przez niego - brak takiego wymogu w SIWZ.

18. W ocenie Odwołującego podkreślenia wymaga, iż stan faktyczny opisany w wyroku KIO 1048/19 w zakresie doświadczenia specjalisty ds. sprawozdawczości - wskazanej w ofercie ZDI Sp. z o. o. jest odmienny od komentowanego. W stanie faktycznym objętym wyrokiem KIO 1048/19 funkcję rozliczeniowca pełniła na wskazanych w wyroku inwestycjach inna osoba, niż wskazana w wykazie dla kryterium pozacenowego. Zostało to wykazane przez Odwołującego, w toku rozprawy przedstawiono pisma od inwestorów. W stanie faktycznym objętym niniejszym odwołaniem pani E. M. była jedynym specjalistą ds. rozliczeń, który dokonywał rozliczenia przedmiotowej inwestycji. Jak wskazał Odwołujący Zamawiający nie przedstawił dowodów przeciwnych. Przy czym nie przedstawił ich dlatego, że takie nie istnieją. Zamawiający winien co najwyżej wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w

przedmiotowej kwestii - w przypadku wątpliwości i ewentualnie nie przyznać punktów za wyszczególnioną inwestycję.

Ad. Pozycja 1 i 5

19. Jak zostało wskazane w dalszej części uzasadnienia odwołania, dodatkowo Zamawiający w piśmie informującym o wykluczeniu Odwołującego wskazał, iż w zakresie usług wskazanych pod poz. 1 i 5 w wykazie kryteriów pozacenowych przypisanych Pani E. M. zakres obowiązków pełnionych przez nią na kontraktach wykonywanych dla GDDKIA w Lublinie na stanowisku inspektora ds. rozliczeń nie był tożsamy z zakresem obowiązków przypisanych stanowisku specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości, stąd nie posiada ona wymaganego doświadczenia. Co prawda nie zostało to wskazane jako podstawa faktyczna wykluczenia, niemniej jednak z ostrożności Odwołujący odniesie się też do tej kwestii.

20. W ocenie Odwołującego powyższe stanowisko nie ma odzwierciedlenia w zapisach SIWZ.

21. Zamawiający nie określił w SIWZ zakresu doświadczenia specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości, ograniczył się do wskazania w rozdziale XIV Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, gdzie w pkt. 4 wskazano: Oferty z doświadczeniem specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości w rozliczaniu rzeczowo - finansowym robót w pełnieniu funkcji specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości w rozliczaniu rzeczowo - finansowym robót na inwestycji drogowej polegającej na budowie lub przebudowie drogi publicznej (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. "Prawo budowlane" Dz. U. z 2018 r. poz.1202 z późn. zm) i wartości robót co najmniej 10 000 000 zł (netto), przy czym inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez jej inwestora", stąd na etapie oceny przedstawionych kryteriów, zdaniem Odwołującego, nie może Zamawiający rozszerzać interpretacji zapisów SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego, aktami sprawy odwoławczej rozpoznanej pod sygn. akt KIO 1048/19 oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

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

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę, która została odrzucona przez Zamawiającego po uprzednim wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego. Dodatkowo Izba dopuściła i poddała ocenie akta sprawy odwoławczej rozpoznanej pod sygn. akt KIO 1048/19, w szczególności protokołu z posiedzenia i rozprawy z dnia 26.06.2019 r., treści odwołania, stanowiska Przystępującego ZDI Spółka z o.o. oraz pisma procesowego Odwołującego z dnia 26.06.2019 r. (wraz z dołączonymi do niego dowodami z dokumentów).

Izba dopuściła również dowody z dokumentów zawnioskowane i złożone na rozprawie przez Odwołującego, jak również dowody przesłane wraz z pismem procesowym Odwołującego z dnia 02.09.2019 w postaci:

1. Projektu umowy dla postępowania pn.: „pełnienie funkcji Inżyniera oraz nadzór i rozliczenie robót przy realizacji projektu *przebudowa drogi wojewódzkiej Nr 812 Biała Podlaska - Wisznice - Włodawa - Chełm - Rejowiec - Krasnystaw na odcinku od km 99+418,50 do km 120+517 oraz od km 122+646 do km 133+900*”;
2. Treści SIWZ dla w/w inwestycji;
3. Oświadczenia p. E. M. z dnia 21.08.2019 r. że pełniła funkcję specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości będąc zatrudniona w Zamojskiej Dyrekcji Inwestycji na stanowisku inspektora ds. rozliczeń;
4. Oświadczenia inspektora ds. drogowych z dnia 21.08.2019 p. S. M., który był inspektorem robót drogowych na tej inwestycji potwierdzając, że współpracował on z p. M. jako specjalistą ds. rozliczeń na tej inwestycji;

5. Odpis świadectwa pracy p. E. M. z dnia 22.08.2011 r., z którego wynika, że w okresie od 2007 do 2011 r. była zatrudniona w ZDI między innymi jako specjalista ds. rozliczeń;
6. Pisma Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad (dalej GDDKiA) oddział Rzeszów z dnia 12.01.2016 r. oraz z dnia 30.08.2019 r.;
7. Korespondencji elektronicznej pomiędzy GDDKiA oddział Rzeszów a Zarządem Dróg Wojewódzkich w Lublinie;
8. Pisma Zarządu Dróg Wojewódzkich w Lublinie z dnia 19.08.2019 r.

Izba dopuściła również dowody z dokumentów zawnioskowane i złożone na rozprawie przez Zamawiającego w postaci:

1. Protokołu Rady budowy z dnia 04.07.2008 r., z którego wynika, że został on zaprotokołowany przez p. E. M., co zdaniem Zamawiającego potwierdza, że p. E. M. brała udział w tej radzie, jednakże jedynie jako protokolant i nie została ujęta w liście uczestników tej rady budowy;
2. Przejściowego świadectwa płatności nr 1 wskazując, że dokument ten został podpisany przez Inżyniera kontraktu.

Izba postanowieniem z dnia 5 września 2019 r. oddaliła wniosek dowodowy Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka p. E. M. stosownie do treści art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, *odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki*. Izba w niniejszym składzie, po włączeniu w poczet materiału dowodowego akt sprawy odwoławczej rozpoznanej pod sygn. akt KIO 1048/19, po zapoznaniu się z treścią odwołania złożonego w powyższej sprawie, jak również stanowiskiem Stron wyrażonym w pismach procesowych oraz na rozprawie, która miała miejsce w dniu 26.06.2019 r., po zapoznaniu się z wnioskami Stron w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt KIO 1605/19 uznała, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy jest wystarczający do wydania orzeczenia. Stąd też Izba postanowiła oddalić wniosek dowodowy złożony przez Odwołującego o przesłuchanie w charakterze świadka p. E. M. uznając, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy jest wystarczający do oceny zasadności zarzutu będącego przedmiotem sporu, w tym wobec uznania, że ewentualne zeznania świadka pozostają bez wpływu na okoliczności faktyczne leżące u podstaw ocenie zarzutu z art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Okoliczności mające zostać wykazane wnioskowanym dowodem zostały stwierdzone innymi dowodami, zaś ewentualne prowadzenie dowodu ponad osnowę złożonych w sprawie dokumentów, co do objęcia i pełnienia określonej funkcji na inwestycji obejmującej *przebudowę drogi wojewódzkiej Nr 812 Biała Podlaska - Wisznice - Włodawa -*

Chełm - Rejowiec - Krasnystaw na odcinku od km 99+418,50 do km 120+517, Izba uznała za niedopuszczalne w świetle art. 247 ustawy Kodeks postępowania cywilnego.

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

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania jest „Nadzór inwestorski i rozliczenie finansowe i rzeczowe – funkcja Inżyniera przy realizacji Projektu pn.: Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 838 Głębokie – Dorohuczna – Trawniki – Fajstławice”.

Jednocześnie Izba ustaliła, iż zgodnie z rozdziałem XIV SIWZ zatytułowanym „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert”, Zamawiający w punkcie 4 wskazał, że kryterium oceny ofert z wagą 10% będzie doświadczenie zawodowe specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości w rozliczaniu rzeczowo-finansowym robót.

Zamawiający przyjął, że oferty z doświadczeniem specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości w rozliczaniu rzeczowo-finansowym robót w pełnieniu funkcji specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości w rozliczaniu rzeczowo-finansowym robót na inwestycji drogowej (podkreślenie Izby) polegającej na budowie lub przebudowie drogi publicznej (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) i wartości robót co najmniej 10.000.000 zł (netto), przy czym inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez jej inwestora: - na jednej inwestycji otrzymają liczbę punktów PS=0, - na 2 lub 3 inwestycjach otrzymają punktów PS=4, - na 4 lub 5 inwestycjach otrzymają punktów PS=6, - na 6 lub powyżej inwestycjach otrzymają punktów PS=10.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący celem uzyskania dodatkowych punktów w ramach powyższego kryterium w złożonej ofercie w pkt IV zatytułowanym „Doświadczenie zawodowe” w ppkt 2 zatytułowanym „Doświadczenie specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości w rozliczaniu finansowo – rzeczowym robót” w tabeli w poz. 2 i 6 wskazał następujące inwestycje dla p. E. M.:

- Poz. 2 - Przebudowa drogi wojewódzkiej Nr 812 Biała Podlaska - Wisznice - Włodawa - Chełm - Rejowiec - Krasnystaw na odcinku od km 99+418,50 do km 120+517;

- Poz. 6 - Budowa autostrady A4 na odcinku Rzeszów (Węzeł Wschodni) - Jarosław (Węzeł Wierzbna) od km 581+250 do km 622+450.

W dniu 7 sierpnia 2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o jego wykluczeniu na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17 Ustawy, z uwagi, iż zdaniem Zamawiającego Odwołujący przedstawił Zamawiającemu informacje, które wprowadziły Zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Zamawiający wskazał w powyższym piśmie, że za informacje wprowadzające w błąd wskazane w wykazie doświadczenia w zakresie kryteriów pozacenowych (pkt. IV.2. formularza oferty) dotyczące specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości w rozliczaniu finansowo rzeczowym robót - uważa informacje wskazane pod poz. 2 i 6 wykazu, w doświadczeniu Pani E. M.:

- Poz. 2 - Przebudowa drogi wojewódzkiej Nr 812 Biała Podlaska - Wisznice - Włodawa - Chełm - Rejowiec - Krasnystaw na odcinku od km 99+418,50 do km 120+517;
- Poz. 6 - Budowa autostrady A4 na odcinku Rzeszów (Węzeł Wschodni) - Jarosław (Węzeł Wierzbna) od km 581+250 do km 622+450.

Zamawiający wskazała w uzasadnieniu ww. czynności, iż wykonując wyrok KIO sygn. KIO 1048/19 z dnia 27.06.2019 r., tj. dokonanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, Zamawiający dokonał ponownej analizy oferty oraz oferty złożonej przez państwa oraz przez Wykonawcę SAFEGE S.A.S.(Societe par Actions Simplifiee - Spółka Akcyjna Uproszczona) 15-27 Rue du Port, Parc de l'Ile, 92 022 Nanterre CEDEX, Francja.

Zgodnie z zapisami SIWZ pkt. „XIV. Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” ppkt. 4 „oferty z doświadczeniem specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości w rozliczaniu rzeczowo finansowym robót w pełnieniu funkcji specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości w rozliczaniu rzeczowo-finansowym robót na inwestycji drogowej polegającej na budowie lub przebudowie drogi publicznej (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. "Prawo budowlane" Dz. U. z 2018 r. poz. 1202 z późn. zm.) i wartości robót co najmniej 10 000 000 zł (netto), przy czym inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez jej inwestora:

- na jednej inwestycji otrzymają liczbę punktów PS = 0
- na 2 lub 3 inwestycjach otrzymają punktów PS = 4
- na 4 lub 5 inwestycjach otrzymają punktów PS =6
- na 6 lub powyżej inwestycjach otrzymają punktów PS = 10

W przypadku nie wskazania doświadczenia specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości Wykonawca otrzyma 0 pkt.”

Następnie Zamawiający wskazał, że w złożonej ofercie, do pełnienia funkcji specjalisty ds. rozliczeń robót i sprawozdawczości, wskazali Państwo Panią E. M. Jako doświadczenie zawodowe wskazali Państwo 6 inwestycji, w których Pani M. pełniła funkcję Inspektora ds. rozliczeń.

Inwestorami tych inwestycji byli: ZDW w Lublinie, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Lublin, Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Rzeszów.

Biorąc pod uwagę treść wyroku, Zamawiający na podstawie S 2 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 27 lipca 2016r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zwrócił się do Inwestorów o udzielenie wyjaśnień dotyczących Pani E. M. .

Po analizie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz odpowiedzi uzyskanych od Inwestorów, dotyczących wskazanego doświadczenia Pani M., Zamawiający ustalił:

1. Odnośnie poz. nr 1 Pudoła drogi SI 7, odcinek Kurów—Lublin—Piaski Zadanie nr 5 i 5a: Rozbudowa drogi krajowej nr 17 (12) na odcinku Lublin (węzeł Witosa)-Piaski (początek obwodnicy) od km 616+616 do km 630+400” oraz poz. nr 5 „Budowa obwodnicy Hrubieszowa w ciągu drogi krajowej nr 74 Janów Lubelski -granica państwa”. W oparciu o odpowiedź Inwestora — GDDKiA Oddział Lublin uznać należy, że Pani M. nie posiada wymaganego w SIWZ doświadczenia, zakres pełnionych przez nią obowiązków nie był tożsamy z wymaganiami Zamawiającego.

2. Odnośnie poz. 6. „Budowa autostrady A4 na odcinku Rzeszów (Węzeł Wschodni) Jarosław (Węzeł Wierzbna) od km 581+250 do km 622+450” - Inwestor - GDDKiA Oddział Rzeszów udzielił odpowiedzi, iż Pani E. M. nie pełniła funkcji Inspektora ds. rozliczeń na przedmiotowej inwestycji.

3. Odnośnie poz. 2. „Przebudowa drogi wojewódzkiej Nr 812 Biała Podlaska —Wisznice — Włodawa — Chełm —Rejowiec —Krasnystaw na odcinku od km 99+418,50 do km 120+517”. Na przedmiotowym zadaniu Pani M. nie pełniła funkcji specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości. Funkcja taka nie została określona w SIWZ oraz umowie dotyczącej nadzoru dla ww. inwestycji. Skład zespołu nadzoru nie podlegał akceptacji Zamawiającego (poza funkcjami określonymi w SIWZ i umowie).

4. Odnośnie poz. 4 „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 865 Jarosław — Oleszyce Cieszanów — Bełżec na odcinku od km 68+296 do km 72+973 0 dł. 4,677km z wyłączeniem odcinka od km 70+580,15 do km 70+600, 14” — uznaje się, iż Pani M. pełniła funkcję wymaganą przez Zamawiającego.

W związku z powyższym Zamawiający, za informacje określone w art. 24 ust. 1 pkt. 17, uważa informacje dotyczące inwestycji wskazanych w poz. nr 2 oraz nr 6, w doświadczeniu zawodowym Pani E. M., przedstawionym w złożonej ofercie.

Jak wynika z akt postępowania Zamawiający, w odniesieniu do inwestycji wskazanej w poz. 6 tabeli, wystąpił do GDDKiA o/Rzeszów z zapytaniem czy pani E. M. pełniła funkcje na w/w inwestycji. W odpowiedzi na zapytanie Pani K. N. mailowo odpowiedziała, iż z „posiadanych dokumentów nie wynika aby pani E. M. pełniła tę funkcję”.

Na czynność z dnia 07.08.2019 r. Odwołujący wniósł odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych odnoszącego się do poz. 6 tabeli formularza ofertowego (pkt IV.2. formularza ofertowego) w odniesieniu do doświadczenia specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości ocenianego w oparciu o pozacenowe kryteria oceny ofert umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 186 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych, stosowanego odpowiednio, w związku z uwzględnieniem odwołania w tym zakresie przez Zamawiającego;

W zakresie pozostałych zarzutów Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz ich zakres, doszła do przekonania, iż nie znajdują one oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do ustalonego stanu faktycznego, w tym wykładni postanowień SIWZ Izba w niniejszym składzie podzieliła uwagi poczynione przez Izbę w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt KIO 1048/19. Izba w ww. wyroku wskazała, że: „Jak wynika z powyższych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia – Zamawiający częściowo powielił wymogi zawarte w warunkach udziału w postępowaniu i kryteriach oceny ofert – z tego też powodu, w ocenie Izby, w ramach kryteriów nie punktował doświadczenia przy jednej inwestycji – miała ona posłużyć do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego tej osoby. Należy przy tym należy zauważyć, że w przypadku inspektora nadzoru robót mostowych opis warunku udziału i kryterium oceny pokrywają się, natomiast w przypadku specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości postawione wymogi są nieco odmienne.”

Ta odmienność prowadzi do wniosku, że celem Zamawiającego w ramach kryterium pozacenowego, odnoszącego się do osoby specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości, było aby doświadczenie mogło być przedstawione tylko wówczas, jeżeli jego nabycie wiązało się z pełnieniem określonej funkcji, a nie jedynie wykonywania tożsamyh dla takiej funkcji obowiązków. Oznacza to, że nawet przyjęcie, że p. E. M. znajdując się w zespole inżyniera (czy to jako asystent, czy jako osoba wewnątrznie odpowiedzialna za realizację pewnych obowiązków) realizowała zadania związane z rozliczeniem inwestycji nie spełniała wymogu ujętego w treści Rozdziału XIV pkt 4 SIWZ.

Powyższe oznacza, że przy takim brzmieniu tego wymogu, wskazanie tej osoby w ofercie Odwołującego nie odpowiadało rzeczywistości stanowi rzeczy, gdyż wymóg ten wyraźnie i stanowczo referuje do kwestii pełnienia funkcji – a więc aspektu nie tylko rzeczowego (zakresu zdobytego doświadczenia) ale również formalnego (sposobu jego zdobycia). Stąd też w treści Rozdziału XIV pkt 4 SIWZ Zamawiający dwukrotnie posłużył się zwrotem „rozliczaniu rzeczowo-finansowym” odnosząc ten wymóg do czynności przedsięwziętych przez daną osobę w pełnieniu funkcji specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości i jednocześnie opierając ten wymóg na konieczności wykazania, że taka czynność i funkcja była pełniona na inwestycji drogowej polegającej na budowie lub przebudowie drogi publicznej o określonej minimalnej wartości.

Co znamienne, na niemal analogicznym stanie faktycznym oraz w ramach identycznego zarzutu, zostało oparte odwołanie Odwołującego, które zostało rozpoznane przez Krajową Izbę Odwoławczą pod sygn. akt KIO 1048/19, gdzie na skutek uwzględnienia zarzutu z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w związku ze wskazaniem na stanowisko specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości osoby, która tej funkcji nie pełniła, doszło do wykluczenia z niniejszego postępowania wykonawcy ZDI Spółka z o.o.

Izba w niniejszym składzie, mając na uwadze treść postanowień SIWZ odnoszących się do kwestii punktacji przyznawanej wykonawcom w ramach kryteriów pozacenowych, w związku z zadeklarowaną w formularzu ofertowym osobą na stanowisko specjalisty ds. rozliczeń, uznała, że wskazanie na to stanowisko osoby celem uzyskania dodatkowych punktów było możliwe i zasadne jedynie wówczas, gdy osoba taka pełniła formalnie w ramach inwestycji funkcję odpowiadającą roli, jaką zwyczajowo przypisuje się tego rodzaju specjalistom.

Tym samym Izba w niniejszym składzie w całej rozciągłości podzieliła stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 27 czerwca 2019 r. sygn. akt KIO 1048/19 w zakresie wykładni postanowień Rozdziału XIV pkt 4 SIWZ uznając je za własne.

W uzasadnieniu orzeczenia wydanego w sprawie rozpoznanej pod sygn. akt KIO 1048/19 Izba wskazała, że: *„W pierwszym przypadku wskazano, że deklarowana osoba powinna „posiadać doświadczenie zawodowe w rozliczaniu rzeczowo-finansowym robót na co najmniej jednej inwestycji drogowej”, natomiast w drugim wskazano na „doświadczenie w rozliczaniu rzeczowo-finansowym robót w pełnieniu funkcji specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości w rozliczaniu rzeczowo-finansowym robót na inwestycji drogowej”. Tym samym przy warunku udziału w postępowaniu mowa była o ogólnym doświadczeniu zawodowym w rozliczaniu rzeczowo-finansowym robót (budowlanych), natomiast przy kryterium oceny ofert – o doświadczeniu nie tylko w rozliczaniu, ale też w pełnieniu funkcji specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości na inwestycji drogowej.”* (podkreślenie Izby).

Następnie Izba w sprawie rozpoznanej pod sygn. akt KIO 1048/19 wskazała, że: *„Chodziło więc o objęcie konkretnego stanowiska (jakkolwiek jego nazwy na poszczególnych kontraktach mogły się różnić). Przy czym w ocenie Izby wymóg ten, zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, należy interpretować w ten sposób, że chodzi tu nie u jakiegokolwiek stanowisko pracownicze u wykonawcy robót czy Inżyniera Kontraktu, lecz stanowisko (funkcję na kontrakcie) w rozumieniu przyjętym już zwyczajowo w zamówieniach publicznych w przypadku zamawiania usług Inżyniera Kontraktu czy wykonawcy robót budowlanych, czyli zespołu personelu Inżyniera Kontraktu czy zespołu personelu kierownika budowy – analogicznie jak personel, którego przedstawienia wymagał Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”*

W ocenie Izby powyższe stanowisko znajduje w pełni oparcie w literalnej treści pkt 4 Rozdziału XIV SIWZ i dla oceny zasadności zarzutu nie wymaga ono wykorzystania żadnej innej wykładni poza wykładnią literalną.

Odwołujący w ramach odwołania rozpoznanego pod sygn. akt KIO 1048/19 w ramach zarzutu wskazał, na naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców: ZDI oraz Biura Usług Projektowych Drogprojekt Sp. z o.o. (dalej: „Drogprojekt”), pomimo iż wykonawcy ci wprowadzili Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, nie składając jednocześnie wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. nie dokonując samooczyszczenia. W uzasadnieniu odwołania wskazał zaś, że: *„Natomiast zgodnie z informacjami podanymi przez zamawiających realizujących ww. inwestycje osoba ta w ogóle nie pełniła żądanej funkcji”* (podkreślenie Izby rozpoznającej odwołanie KIO 1605/19) *na tych inwestycjach. Tym samym ZDI podało w ofercie informacje niezgodne ze stanem faktycznym, co z kolei wprowadziło*

Zamawiającego w błąd w zakresie oceny oferty w zakresie kryterium pozacenowego doświadczenia specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości oraz w zakresie spełniania warunku udziału w zamówieniu. ZDI nie wykazał też spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nie może być w stosunku do niego zastosowany przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

W uzasadnieniu prawnym orzeczenia wydanego w sprawie KIO 1048/19 Izba zreasumowała, że: *„Jednocześnie Izba uznała, że Odwołujący wykazał, iż osoba ta nie ma doświadczenia wymaganego w ramach kryterium oceny ofert, ponieważ doświadczenie to nie zostało nabyte na stanowisku/funkcji specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości w rozliczaniu rzeczowo-finansowym robót na inwestycji drogowej w sposób, o którym mowa powyżej: Odwołujący przedstawił informację z GDDKiA z 17 czerwca 2019 r., z której wynika, że p. D. na wskazanym w lit. a) kontrakcie pełniła niższą funkcję – „pracownika administracyjnego”, a funkcję inspektora nadzoru ds. rozliczeń pełniły inne osoby; informację z Zarządu Dróg Grodzkich w Zamościu z 21 czerwca 2019 r., z której wynika, że inspektorem ds. rozliczeń był p. Ć. oraz informację z Zarządu Dróg Powiatowych w Zamościu z 8 maja 2019 r. w odniesieniu do robót wskazanych w lit. c), z której wynika, że p. D. nie figurowała w umowie. Tym samym Izba uznała, że zarzut niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w stosunku do tej osoby oraz wprowadzenia Zamawiającego w błąd w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu nie potwierdził się, natomiast potwierdził się zarzut przedstawienia informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd w zakresie kryteriów oceny ofert.”*

Powyższe oznacza, że tożsamy pod względem podmiotowym Odwołujący w sprawach o sygn. akt KIO 1048/19 i sygn. akt KIO 1605/19 z tego samego stanu faktycznego stara się wywieść zupełnie odmienne skutki prawne. Wskazane na rozprawie, mającej miejsce w dniu 3 września 2019 r., rzekome różnice, co do podstaw wyrokowania w obu sprawach są, w ocenie Izby, jedynie pozorne. Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko Zamawiającego wyrażone na rozprawie w dniu 3 września 2019 r. uznając, że kwestie pełnienia przez zupełnie inne osoby funkcji specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości niż p. D. były jedynie dodatkowym argumentem dla potwierdzenia, że doświadczenie wskazanej osoby nie wiązało się z pełnieniem funkcji, gdyż tą pełniły zupełnie inne osoby.

Realizując wniosek Odwołującego o włączenie w poczet materiału dowodowego akt sprawy odwoławczej rozpoznanej pod sygn. akt KIO 1048/19, w tym pisma procesowego Odwołującego złożonego w ww. sprawie (pismo z dnia 26.06.2019 r.) Izba wskazuje, że w piśmie tym Odwołujący wskazał, że: *„Zgodnie z pismem otrzymanym od GDDKiA o/Lublin*

Pani A. D. nie pełniła funkcji (podkreślenie Izby) Specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości. Pani A. D. była na przedmiotowym kontrakcie zgłoszona wyłącznie jako pracownik administracyjny. Co więcej – funkcję w/w specjalisty dla tej inwestycji pełniły inne osoby, a zatem Zamawiający żądał wskazania osoby na to stanowisko. ZDI wprowadziło Zamawiającego w błąd.” – a zatem nie możemy w tym wypadku mówić o możliwości przedstawienia jakiegokolwiek doświadczenia z takiej inwestycji, w obliczu treści kryterium pozacenowego, które jest podstawą faktyczną zarzutu.

Niemal analogiczna sytuacja ma miejsce w niniejszej sprawie, z tą różnicą, że niemożność zdobycia pożądanego w ramach kryterium doświadczenia nie wynika z nieobjęcia tej funkcji przez wskazaną osobę, lecz jest wynikiem charakteru samego zadania. W ocenie Izby w omawianym przypadku p. E. M. nie została zgłoszona i nie pełniła żadnej formalnej funkcji na omawianej w niniejszej sprawie inwestycji. Wynika to z faktu, iż dla zadania obejmującego nadzór nad *przebudową drogi wojewódzkiej Nr 812 Biała Podlaska - Wisznice - Włodawa - Chełm - Rejowiec - Krasnystaw na odcinku od km 99+418,50 do km 120+517* Zamawiający nie ustanowił funkcji w zakresie rozliczeń i sprawozdawczości – a zatem zadanie to nie mogło w ogóle zostać wykazane na potrzeby kryteriów, niezależnie od tego której osobie wykonawca starał się „przyporządkować” zdobyte tam doświadczenie.

Istotne bowiem, dla uznania zasadności zarzutu z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w sprawie KIO 1048/19 było to, że p. D. nie pełniła funkcji specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości. Powyższe jest bowiem wystarczające dla uznania, że przy takim brzmieniu postanowień SIWZ wykonawcy mogli w formularzu ofertowym wskazać tylko takie osoby, które swoje doświadczenie zdobyły w ramach pełnienia funkcji na stanowisku specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości.

W ramach zarzutu rozpoznawanego w niniejszej sprawie istotne jest bowiem to, co nie było przedmiotem sporu pomiędzy Stronami, że w ramach inwestycji wskazanej w tabeli w formularzu ofertowym Odwołującego w poz. 2 (kontrakcie dotyczącym nadzoru przebudowy drogi wojewódzkiej nr 812) taka funkcja nie została w ogóle ustanowiona. Wobec powyższego Odwołujący nie miał podstaw przedstawienia doświadczenia p. E. M. w zakresie tego kontraktu na potrzeby oceny oferty w ramach kryteriów pozacenowych.

Powyższe wynika również pośrednio z linii obrony, jaką przyjął jako przystępujący po stronie Zamawiającego wykonawca ZDI Spółka z o.o. w ramach postępowania odwoławczego rozpoznanego pod sygn. akt KIO 1048/19. W ramach zawartej tam argumentacji, zdaniem Izby, na uwagę, zasługuje następujący fragment: *„Na wielu inwestycjach zamawiający nie żądają wskazania w ramach personelu podstawowego specjalisty ds. rozliczeń i*

sprawozdawczości. Natomiast konieczność powołania takiej osoby wynika z zakresu obowiązków nałożonych na Inżyniera Kontraktu. Występują również sytuacje, iż w celu wypełnienia zobowiązań umownych konieczne jest powołanie całego zespołu ds. rozliczeń i sprawozdawczości składającego się z kilku osób. Zamawiający nie sprecyzował, iż dana osoba winna pełnić swoją funkcję przez określony okres, jak również być zgłoszona do zamawiającego i zatwierdzona przez niego. Odwołujący również w swojej ofercie wskazał doświadczenie specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości nabyte m.in. podczas przebudowy drogi wojewódzkiej nr 812 Biała Podlaska – Wisznice – Włodawa – Chełm – Rejowiec – Krasnystaw na odcinku od km 99+418,50 do km 120+517. W okresie realizacji powyższej inwestycji osoba ta była pracownikiem ZDI i w rzeczywistości prowadziła rozliczenie i sprawozdawczość. Jednak nie była zatwierdzana przez zamawiającego, ponieważ ten nie wymagał wykazania się osobą do prowadzenia rozliczeń. Natomiast jej zakres obowiązków wynikał z zakresu obowiązków, które Inżynier Kontraktu musiał wypełnić, aby należycie wykonać umowę, w tym prowadzenia procedur rozliczeniowych i sprawozdawczości. (podkreślenie Izby) Wskazana przez Przystępującego osoba jest zatrudniona na stanowisku inspektora ds. rozliczeń i posiada wieloletnie doświadczenie zawodowe w rozliczaniu rzeczowo-finansowym robót, w tym również na wskazanych zadaniach. Tym samym zarzuty nie mają odniesienia w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”

Powyższe wskazuje, że linia obrony wykonawcy ZDI Spółka z o.o. była niemal identyczna jak obecna linia obrony Odwołującego. Dodatkowo wykonawca ten potwierdził, że w zakresie realizacji nadzoru nad inwestycją dotyczącą przebudowy drogi wojewódzkiej nr 812, która została wskazana w ofercie Odwołującego w niniejszej sprawie, osoba ta nie była zatwierdzona przez Zamawiającego, co jest konsekwencją okoliczności, że jak Izba ustaliła na podstawie przedstawionych przez Odwołującego dowodów i czemu nie zaprzeczyli pozostali uczestnicy postępowania, w ramach ww. inwestycji formalnie nie doszło do wyodrębnienia i ustanowienia funkcji specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości.

Jednocześnie Izba zwraca uwagę, przychyłając się do stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, że odmienna ocena tego samego stanu faktycznego w ramach analogicznych zarzutów sformułowanych w obu postępowaniach odwoławczych stanowiłaby naruszenie naczelnych zasad zamówień publicznych, w tym w szczególności zasady równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe wskazanie w poz. 2 tabeli formularza ofertowego Odwołującego pani E. M. jako osoby, która swoje doświadczenie zdobyła w ramach pełnionej funkcji specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości w ramach zadania obejmującego nadzór nad

przebudową drogi wojewódzkiej Nr 812 Biała Podlaska - Wisznice - Włodawa -Chełm - Rejowiec - Krasnystaw na odcinku od km 99+418,50 do km 120+517 jest niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy.

Stąd też, mając na uwadze okoliczność, że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie, a zatem informacja ta mogła mieć istotny wpływ na wynik postępowania doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd. 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”.*

Jak wynika z treści odwołania Odwołujący podał te dane „(...) w przedmiotowym wykazie w oparciu o informacje pozyskane od Pani E. M., poparte dokumentami - tj. CV oraz referencją wystawioną dla Pani E. M. przez Pana H. K. Kierownika Projektu w/w inwestycji. Jak wskazał Odwołujący, przedmiotowa referencja poświadcza, że pani E. M. pełniła funkcję Inspektora ds. rozliczeń w okresie od 1.07.2013 do 31.05.2014 r. na w/w inwestycji”.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, iż działanie Odwołującego było wynikiem niedbalstwa, gdyż jako profesjonalista oparł się jedynie na oświadczeniu wskazanej osoby oraz jednego z uczestników procesu inwestycyjnego (CV oraz dokument referencyjny) przyjmując bez niezbędnej weryfikacji, że osoba ta pełniła taką funkcję na inwestycji, która została zakończona niemal 5 lat temu. Jak wynika z dowodów zaprezentowanych na rozprawie przez Odwołującego (wyciąg treści SIWZ oraz projektu umowy dla wskazanej inwestycji) brak było przeszkód do zweryfikowania tej informacji przez tego wykonawcę. Na powyższe wpływ miała również okoliczność, że sam Odwołujący w postępowaniu odwoławczym prowadzonym pod sygn. akt KIO 1048/19 doprowadził do wyeliminowania z postępowania konkurencyjnego wykonawcy na tej samej podstawie prawnej i na niemal identycznej podstawie faktycznej. Wykonywanie czynności rozliczeniowych w toku inwestycji a pełnienie funkcji specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości to zupełnie odmienne kwestie. Odwołujący, jako profesjonalista, powinien mieć świadomość tego, że udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i składanie w jego toku oświadczeń wiedzy wymaga analizy dokumentacji postępowania, gdyż składanie tych oświadczeń jest odpowiedzialnością na zawarte w tej dokumentacji postanowienia, tj. warunki udziału w postępowaniu, opis przedmiotu zamówienia i jak w niniejszym wypadku, kryteria oceny ofert. Zatem oświadczenia te powinny „wpisywać” się w treść ogłoszenia o zamówieniu i treść SIWZ – i w stosunku do nich będą oceniane, co do ich prawdziwości. Jeżeli zatem Zamawiający wymagał wskazania w ramach kryterium doświadczenia zdobytego „przy

pełnieniu określonej funkcji” to przedstawienie inwestycji, w ramach której funkcja taka nie została ustanowiona i wyodrębniona, stanowi czynność wprowadzenia podmiotu zamawiającego w błąd, co do rzeczywistego stanu rzeczy. Obecny model postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie warunków udziału i kryteriów oceny ofert, opiera się na oświadczeniach własnych wykonawców – stąd też ze szczególną uwagą należy podchodzić do ich zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. Osoby sporządzające dokumenty, na których oparł swoje oświadczenie Odwołujący (CV pani E. M. oraz dokument referencyjny wystawiony przez jednego z uczestników procesu inwestycyjnego) mogły nie dysponować wiedzą, jaki wymóg został zawarty w ramach kryteriów oceny ofert. Nie znając zaś kontekstu sytuacyjnego, wynikającego z procesu ubiegania się Odwołującego o zamówienie publiczne, do kwestii „pełnienia funkcji” podeszły w sposób zwyczajowo przyjęty w danej branży, uznając zapewne, że jeżeli osoba ta asystowała lub zastępowała Inżyniera kontraktu przy jego rozliczeniu to „pełniła ona funkcję specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości” zdobywając doświadczenie „w ramach pełnienia tej funkcji”.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała za prawidłowe działania Zamawiającego polegające na wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Z tego też powodu nie potwierdziły się również zarzuty z art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 87 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zasada ujęta w tym ostatnim przepisie stanowiła dodatkowo podstawę do oddalenia zasadniczego zarzutu, gdyż reguła równego traktowania wykonawców nie pozwalała na odmiennego ich traktowania w niemal identycznej sytuacji faktycznej i prawnej (vide rozstrzygnięcie w sprawie o sygn. akt KIO 1048/19).

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

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem

Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....

