

Sygn. akt: KIO 603/19

WYROK

z dnia 18 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Agnieszka Trojanowska

Anna Wojciechowska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 17 kwietnia 2019r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2019 r. **przez odwołującego:** COLAS Polska Sp. z o.o. ul. Nowa 49; 62-070 Pałędzie w postępowaniu powadzonym **przez zamawiającego:** Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy ul. Fordońska 6; 85-085 Bydgoszcz

przy udziale **przystępującego** Konsorcjum: DROGTOM sp. z o.o. Krzywa Góra 8/10; 87-800 Włocławek i R.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Telekomunikacyjne – R.K. 87-800 Włocławek; ul. Wiśniowa nr 1A zgłaszającego przystąpienie **po stronie zamawiającego**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża COLAS Polska Sp. z o.o. ul. Nowa 49; 62-070 Pałędzie i
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez „COLAS Polska Sp. z o.o. ul. Nowa 49; 62-070 Pałędzie tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od COLAS Polska Sp. z o.o. ul. Nowa 49; 62-070 Pałędzie kwotę 3.600,00 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy ul. Fordońska 6; 85-085 Bydgoszcz stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione na wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiającym jest Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy ul. Fordońska 6, 85-085 Bydgoszcz zwany dalej „zamawiającym”.

Odwołującym jest COLAS Polska Sp. z o.o. ul. Nowa 49, 62-070 Pałędzie zwany dalej „odwołującym”.

Do postępowania odwoławczego **po stronie zamawiającego przystąpił** wykonawca wybrany Konsorcjum: DROGTOM sp. z o.o. Krzywa Góra 8/10; 87-800 Włocławek i R.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Telekomunikacyjne – R.K. 87-800 Włocławek; ul. Wiśniowa nr 1A zwany dalej „przystępującym” lub „konsorcjum DROGTOM”

Postępowanie prowadzone jest o udzielenie zamówienia publicznego pn. **Rozbudowa drogi krajowej nr 62 na odcinku Kruszwica-Grodztwo w ramach PBDK - Program Likwidacji Miejsc Niebezpiecznych**, numer referencyjny postępowania: GDDKiA.O.BY.D-3.2411.3.2019.8 (dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono: Biuletyn Zamówień Publicznych nr 516877-N-2019 z dnia 2019-02-22 r.

ODWOŁANIE

I. Działając w imieniu odwołującego, na podstawie art. 180 ust. 2 w zw. z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp”), wniesiono odwołanie od następujących czynności oraz zaniechań zamawiającego w postępowaniu:

1. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego/konsorcjum Drogom,
2. zaniechania wykluczenia konsorcjum Drogom z postępowania i odrzucenia jego oferty;

II. Zarzucono zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Drogom z postępowania pomimo przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego w zakresie doświadczenia kandydata na stanowisko kierownika budowy - podawanych w ramach wykazywania warunków udziału w postępowaniu oraz w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert;
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Drogom pomimo, iż przedstawienie w ofercie nieprawdziwych informacji w zakresie doświadczenia kandydata na

stanowisko Kierownika budowy ~ podawanych w ramach wykazywania warunków udziału w postępowaniu oraz w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert - stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

ewentualnie

3. art. 91 ust 1 Pzp przez nieprawidłową ocenę oferty Konsorcjum Drogtom i przyznanie jej zawyżonej ilości punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert dot. doświadczenia kierownika budowy.

III. W związku z powyższym odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności w postępowaniu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum Drogtom;
2. wykluczenia konsorcjum Drogtom z postępowania i odrzucenia jego oferty;
3. ewentualnie obniżenia punktacji przyznanej konsorcjum Drogtom w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert w zakresie doświadczenia kierownika budowy.

IV. Nadto, wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów, w tym dowodów z dokumentów powołanych w niniejszym odwołaniu oraz dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania, a także przedłożonych na rozprawie - na okoliczności przytoczone w odwołaniu oraz na rozprawie.

V. Termin na wniesienie odwołania

Zamawiający poinformował odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 29 marca 2019 r.

W związku z powyższym jak podnosi odwołujący odwołanie zostało wniesione w przewidywanym przez przepisy, 5-dniowym terminie.

VI. Uprawnienie do wniesienia odwołania.

Odwołujący spełnia materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania z art. 179 ust. 1 Pzp, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp, wynikającego z błędnego rozstrzygnięcia postępowania. Interes w uzyskaniu zamówienia odwołującego jest jednoznaczny z uwagi na fakt, iż gdyby zamawiający prawidłowo ocenił ofertę konsorcjum Drogtom i dokonał jej odrzucenia, to właśnie oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Reasumując, gdyby nie zaskarżone czynności i zaniechania zamawiającego, to w świetle przedstawionej przez zamawiającego punktacji właśnie odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie (jego ofertę sklasyfikowano na drugim miejscu).

Jednocześnie odwołujący doznaje szkody w postaci utraty możliwości zawarcia umowy o zamówienie publiczne oraz utraty przychodów i zysku z tytułu jej wykonywania. Dodatkowo ponosi stratę w postaci poniesienia kosztów uczestnictwa w postępowaniu.

UZASADNIENIE

W dniu 29 marca 2019 r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania: za najkorzystniejszą uznano i wybrano ofertę Konsorcjum Drogtom, a ofertę odwołującego sklasyfikowano na drugim miejscu.

Odwołujący nie zgadza się z takim rozstrzygnięciem postępowania, wywodząc, iż konsorcjum Drogtom winno być wykluczone z postępowania.

W ramach warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z pkt 7.2.3) b) SIWZ, Zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował osobą przewidzianą do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, który posiada doświadczenie przy realizacji jednego zadania polegającego na budowie lub przebudowie lub remoncie wykonanego na klasie drogi lub ulicy min. G o wartości robót co najmniej 1 200 000 PLN netto zawierającego w swoim zakresie chodnik lub ciąg pieszo-rowerowy lub ścieżkę rowerową, od rozpoczęcia robót do wykonania zadania, na stanowisku/stanowiskach: kierownika budowy lub kierownika robót drogowych.

Ponadto wymagany Kierownik budowy winien posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności drogowej bez ograniczeń lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.

Zamawiający w dalszej części tekstu SIWZ pod hasłem „Uwagi”, zastrzegł również, iż „Zadania są to roboty budowlane w ramach jednej umowy”, a także wyjaśnił, że „Jako wykonanie zadania należy rozumieć doprowadzenie do wystawienia Świadectwa Przejęcia wg Klauzuli 10.1 WK FIDIC (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC), Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia)”.

W pkt 19.1.2.2 2) SIWZ opisano kryterium oceny ofert określone jako „Doświadczenie Kierownika budowy” i wskazano, iż punkty zostaną przyznane za doświadczenie osoby skierowanej do pełnienia tej funkcji (dokładnie takie doświadczenie jak przytaczane powyżej w ramach warunków udziału w postępowaniu dotyczących osoby Kierownika budowy). Za doświadczenie przy realizacji jednego tego typu zadania - 0 punktów, za dwa zadania - 10 pkt, za trzy zadania - 20 pkt. Zaznaczono, iż uwagi związane z opisem warunku dotyczącego funkcji Kierownika budowy mają zastosowanie przy wykazywaniu zadań w przedmiotowym podkryterium.

W ofercie Konsorcjum Drogom, w formularzu 2.2. „Kryteria pozacenowe”, jako kierownika budowy wskazano p. T. J. i oświadczone, że posiada wymagane w SIWZ doświadczenie przy realizacji wskazanych zadań od rozpoczęcia robót do wykonania zadania jako kierownik budowy/kierownik robót drogowych:

1. Zadanie 1: Przebudowa drogi krajowej nr 1 (Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko) w granicach administracyjnych miasta Włocławka - część 1 - obejmująca odcinek jezdni prawej od km 9+611,65 do km 11+384,40; jezdni lewej od km 9+656,98 do km 11+390;
2. Zadanie 2: Przebudowa drogi krajowej nr 1 (Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko) - etap II.
3. Zadanie 3: Przebudowa drogi krajowej nr 1 w granicach administracyjnych miasta Włocławka - etap IV realizowane w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Wykazanie doświadczenia Kierownika budowy w rozmiarze trzech odrębnych zadań opisanych w SIWZ skutkowało przyznaniem ofercie Konsorcjum Drogom maksymalnej ilości punktów (20) w ramach tego podkryterium.

Odwołujący zakłada, iż tego samego kandydata na kierownika budowy (p. T. J.) Konsorcjum Drogom wskazało w wykazie osób składanym w trybie pkt 9.7 b) SIWZ na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Tymczasem w rzeczywistości p. T. J. nie pełnił funkcji kierownika budowy i kierownika robót drogowych (w ofercie użyto znaku „/”, co oznacza, że pełnił te funkcje jednocześnie) na ww. zadaniach w wymiarze wymaganym w SIWZ, tj. od rozpoczęcia robót do wykonania zadania. W tym więc zakresie Konsorcjum Drogom wprowadziło w błąd Zamawiającego.

W świetle postanowień SIWZ doświadczenie wskazywanej osoby powinno obejmować cały okres wykonywania robót budowlanych, od ich rozpoczęcia do ich odbioru. Jako że wymaganie SIWZ dotyczy w tym przypadku sprawowania określonych funkcji budowlanych, ich ustanowienie i dokonywane czynności winny być odzwierciedlane w oficjalnych dokumentach urzędowych dotyczących danej budowy, tj. w dziennikach budowy w trakcie całego procesu budowlanego, które powinny potwierdzać sprawowanie danej funkcji i udział danej osoby w procesie budowlanym niejako od „pierwszego wpisu”.

Odwołujący wykaże powyższe okoliczności faktyczne w trakcie postępowania odwoławczego.

W świetle powyższego, należy uznać, iż wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd, co do faktów istotnych dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, uzyskania punktów w ramach kryteriów oceny ofert oraz mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Informacje na temat doświadczenia kierownika budowy podane przez konsorcjum Drogotom spełniają wszystkie przesłanki ww. przepisu. Po pierwsze dotyczą warunków udziału w postępowaniu i kryteriów wyboru ofert. Po drugie są niezgodne z rzeczywistością, a więc Wykonawca podając tego typu informacje wprowadził Zamawiającego w błąd. Po trzecie, działanie Wykonawcy w tym zakresie było zamierzone lub wynikało z jego rażącego niedbalstwa. Wykonawca powinien bowiem zweryfikować i sprawdzić prawdziwość informacji na temat osób, którymi się posługuje, odpowiada również za wiarygodność tych osób i uzyskiwanych od nich informacji. Z odpowiedzialności w tym zakresie nie zwalnia go np. fakt, iż informacje takie uzyskał od osoby, którą wykazuje w ofercie, i które mógł z łatwością zweryfikować - co wynika z mierników należytej staranności jakich można i należy wymagać od profesjonalistów w stosunkach danego rodzaju.

Dodatkowo, w rozpatrywanym przypadku, konsorcjum Drogotom kilkakrotnie składało w ofercie oświadczenia, iż podawane informacje są aktualne i zgodne z prawdą oraz zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia zamawiającego w błąd przy podawaniu informacji.

Ponadto, nawet w przypadku uznania, iż opisywane działanie konsorcjum Drogotom nie spełnia którejs z przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, zachodzi w tym przypadku podstawa wykluczenia Wykonawcy z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, zgodnie z którym, z postępowania 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. Z pewnością nieprawdziwe

informacje na temat okoliczności punktowanych w ramach kryteriów oceny ofert miały w tym przypadku istotny wpływ na decyzję zamawiającego, a ich podanie wynikało, co najmniej z lekkomyślności Wykonawcy.

Ewentualnie, z ostrożności procesowej, na wypadek stwierdzenia przez Izbę braku podstaw do wykluczenia konsorcjum Drogom z postępowania na podstawie ww. przepisów, odwołujący wskazuje, iż w postępowaniu doszło również do naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w zakresie punktacji przyznanej konsorcjum Drogom za wykazanie doświadczenia kierownika budowy, które jest niezgodne z doświadczeniem wymaganym w SIWZ, tj. wymaganiem pełnienia funkcji kierownika budowy lub robót drogowych od rozpoczęcia do zakończenia zadania.

W świetle art. 91 ust. 1 Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie może więc odstąpić od kryteriów opisanych w SIWZ i stosować innej miary i wymagań w stosunku do punktowanych okoliczności. W związku z tym konieczne jest obniżenie przyznanej Konsorcjum Drogom punktacji za zadania, w których wykazywany Kierownik budowy nie sprawował swoich funkcji w wymiarze wymaganym w SIWZ (od ich rozpoczęcia do zakończenia). Winno to skutkować brakiem przyznania Konsorcjum Drogom punktów w ramach pod kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy”.

W oparciu o wskazane wyżej okoliczności faktyczne dotyczące podania nieprawdziwych informacji na temat doświadczenia kierownika budowy przez konsorcjum Drogom należy również postawić zarzut, iż złożenie takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - tego typu działanie należy uznać za sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, a wykonawca zmierzał w ten sposób do wprowadzenia klienta (zamawiającego) w błąd i nieuczciwego uzyskania zamówienia.

Z tych względów, w przekonaniu co do słuszności podniesionych zarzutów, odwołujący wnosi jak w petitum odwołania.

Pismem z dnia 05.04.2019r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca wybrany konsorcjum Drogom wnosząc o oddalenie odwołania i składając szereg dokumentów na potwierdzenie zdobytego doświadczenia kierownika budowy P-a T. J. na trzech etapach Przebudowy drogi krajowej nr 1 etapów – I,II i IV.

Pismem z dnia 15.04.2019 r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości składając dowody na poparcie stanowiska, że P-n T. J.,0 pełnił funkcję kierownika budowy na podanych w ofercie etapach to jest: I,II i IV Przebudowy drogi krajowej nr jeden.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Odwołujący składając odwołanie zaskarżył następujące czynności i zaniechania po stronie zamawiającego.

Po pierwsze wybór najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Drogom.

Po drugie zaniechanie wykluczenia konsorcjum Drogom z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Skarżąc te czynności i zaniechania odwołujący powołał się na naruszenie przez zamawiającego następujących przepisów prawa.

Po pierwsze art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Drogom z postępowania pomimo przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego w zakresie doświadczenia kandydata na stanowisko kierownika budowy – to jest P-a mgr inż. T. J., podawanych w ramach wykazywania warunków udziału w postępowaniu oraz w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert.

Po drugie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Drogom pomimo, iż przedstawienie w ofercie nieprawdziwych informacji w zakresie doświadczenia kandydata na stanowisko Kierownika budowy ~ podawanych w ramach wykazywania warunków udziału w postępowaniu oraz w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert - stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Po trzecie jako zarzut ewentualny odwołujący wskazał na naruszenie art. 91 ust 1 ustawy Pzp przez nieprawidłową ocenę oferty Konsorcjum Drogom i przyznanie jej zawyżonej ilości punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert dot. doświadczenia kierownika budowy.

Na podstawie tak wskazanych zarzutów naruszenia przepisów ustawy Pzp w związku z zaskarżonymi czynnościami wyboru najkorzystniejszej oferty i zaniechaniem wykluczenia konsorcjum Drogom z postępowania i odrzucenia jego oferty odwołujący wniósł o

uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania poniższych czynności w postępowaniu.

To jest odwołujący oczekiwał unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum Drogom w związku z wykluczeniem konsorcjum Drogom z postępowania i odrzucenia jego oferty lub ewentualnie obniżenia punktacji przyznanej konsorcjum Drogom w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert w zakresie doświadczenia kierownika budowy.

Na podstawie dokumentacji postępowania zamawiającego o udzielenie zamówienia publicznego przekazanej do akt sprawy w związku z zawnioskowanymi i przeprowadzonymi na rozprawie dowodami oraz dowodami z Dziennika budowy dla etapu I zadania – przebudowa drogi krajowej nr 1 w granicach administracyjnych miasta Włocławek – Etap 1 na drodze nr 1 Izba ustaliła.

Zamawiający ustalił Warunki udziału w postępowaniu w pkt 7 SIWZ w zakresie wiedzy i doświadczenia osób – potencjału kadrowego - str. 5 SIWZ (pkt 7.2.3) b) SIWZ) Zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował osobą przewidzianą do pełnienia funkcji Kierownika Budowy – 1 osoba posiadająca doświadczenie przy realizacji 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie lub remoncie wykonanego na klasie drogi lub ulicy min. G o wartości robót co najmniej 1 200 000,00 PLN netto zawierającego w swoim zakresie chodnik lub ciąg pieszo-rowerowy lub ścieżkę rowerową, od rozpoczęcia robót do wykonania zadania, na stanowisku/stanowiskach: kierownika budowy lub kierownika robót drogowych.

W zakresie kwalifikacji zawodowych wymagano uprawnień budowlanych do kierowania robotami w specjalności drogowej bez ograniczeń lub odpowiadających im ważnych uprawnień budowlanych wydanych na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.

Zamawiający dalej pod hasłem „Uwagi” przewidział iż zadania są to roboty budowlane w ramach jednej umowy a także, że „Jako wykonanie zadania należy rozumieć doprowadzenie do wystawienia Świadectwa Przejęcia wg Klauzuli 10.1 WK FIDIC (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC), Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia)”.

Czyli zamawiający, w przeciwieństwie do pojęcia „wykonanie zadania” nie sprecyzował w SIWZ co rozumie przez pojęcie rozpoczęcie robót jak również jaki dokument lub dokumenty mają wskazywać w zadaniu okoliczność (datę, czynność) kwalifikowaną jako rozpoczęcie robót. W związku z tym określenie tej daty pozostaje w gestii czy to zamawiającego, czy to wykonawcy, rozpatrujących poszczególne przypadki wynikające z ofert a dalej Izby.

Dalej doświadczenie kierownika budowy przewija się w opisie SIWZ co do wyboru i sposobu oceny ofert to jest w kryteriach pozacenowych pkt 19.1.2.2.2) str.20 SIWZ „Doświadczenie Kierownika budowy” (D) – maksymalna liczba punktów – 20 gdzie w myśl tych postanowień punkty zostaną przyznane za doświadczenie osoby Kierownika budowy/ kierownika robót drogowych posiadającego doświadczenie zawodowe jak opisane w SIWZ dla warunków udziału w postępowaniu, dotyczących osoby Kierownika budowy. I tak w SIWZ za doświadczenie przy realizacji jednego zadania - 0 punktów, za dwa zadania - 10 pkt, za trzy zadania - 20 pkt., za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania wykonawca otrzyma 0 pkt, za zadanie, które nie potwierdza spełniania powyższych wymagań wykonawca otrzyma 0 pkt. Przy czym uwagi związane z opisem warunku dotyczącym funkcji Kierownika budowy mają zastosowanie przy wykazywaniu zadań w przedmiotowym podkryterium.

Dalej Izba ustaliła na podstawie oferty Konsorcjum Drogtom (dokumentacja zamawiającego), w Formularzu 2.2. „Kryteria pozacenowe”, jako doświadczenie kierownika budowy wskazano P-a T. J. i przedstawiono posiadanie wymaganego w SIWZ doświadczenie przy realizacji wskazanych zadań „od rozpoczęcia robót do wykonania zadania” jako kierownik budowy/kierownik robót drogowych:

1. Zadanie 1: Przebudowa drogi krajowej nr 1 (Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko) w granicach administracyjnych miasta Włocławka - część 1 - obejmująca odcinek jezdni prawej od km 9+611,65 do km 11+384,40; jezdni lewej od km 9+656,98 do km 11+390 – etap I;
2. Zadanie 2: Przebudowa drogi krajowej nr 1 (Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko) - etap II;
3. Zadanie 3: Przebudowa drogi krajowej nr 1 w granicach administracyjnych miasta Włocławek - etap IV (realizowane w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko).

Konsorcjum Drogtom w dniu 22.03.2019r. według wezwania zamawiającego z dnia 19.03.2019r. przedłożyło wymagane dokumenty na podstawie art.26 ust.2 ustawy Pzp. w tym formularz „potencjał kadrowy” z osobą kierownika budowy P-a T. J. na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (dokumentacja zamawiającego). W oświadczeniu potwierdzono zakres doświadczenia jak w ofercie w Formularzu kryteria pozacenowe to jest dla trzech zadań – etap I; etap II; etap IV – dla Przebudowy drogi krajowej nr 1.

Wykazanie doświadczenia Kierownika budowy w rozmiarze trzech odrębnych zadań opisanych w SIWZ skutkowało przyznaniem ofercie Konsorcjum Drogtom maksymalnej ilości

punktów (20) w ramach tego podkryterium pozacenowego – Informacja zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 29.03.2019 roku.

Z tabelarycznego zestawienia – ofert a także przyznanej punktacji wynika, że ocenie podlegały cztery oferty.

Oferta konsorcjum Drogom otrzymała 100 punktów (cena – 60; gwarancja - 20 i doświadczenie kierownika budowy -20 pkt).

Drugą pozycję zajęła oferta odwołującego uzyskując 86,19 punktów (cena – 46,19; gwarancja - 20 i doświadczenie kierownika budowy -20 pkt).

Na posiedzeniu Izby pełnomocnik odwołującego oświadczył, że nie kwestionuje okoliczności, iż P-n mgr. inż. T. J. pełnił funkcję kierownika budowy na etapie 2 i 4. Natomiast podtrzymał twierdzenia, co do niewykazania okoliczności pełnienia funkcji kierownika budowy/robót drogowych od rozpoczęcia robót przez P-a T. J. na etapie nr I ale przy tym nie kwestionuje, iż kończył to zadanie.

Izba na podstawie przeprowadzonych dowodów na rozprawie ustaliła, że Pan T. J. złożył oświadczenie w dniu 11.03.2010 roku o podjęciu obowiązków kierownika budowy/robót drogowych (oświadczenie z dnia 11.03.2010r.) Również data ta zostaje potwierdzona wpisem w Dziennik Budowy Nr 2/2010r. w sekcji c. kierownicy robót widnieje wpis roboty drogowe; mgr inż. T. J. pieczęć o treści posiadanych uprawnień z parafą i datą 11.03.2010r. Z kolei w sekcji D. inspektorzy nadzoru inwestorskiego widnieje przy wpisie inspektora również data 11.03.2010r. jak i w sekcji E inspektorzy nadzoru autorskiego widnieje przy wpisie inspektora data 10.30.2010roku.

Niemniej w pozycji Kierownik budowy na tej samej stronie Dziennika budowy widnieje wpis jako kierownika budowy P-i inż. E. K. wpis nosi datę 09.02.2010r.

Z kolei w dalszej części dziennika budowy na str. 2 i 3 widnieją wpisy z miesiąca lutego i marca 2010 roku gdzie pierwszy wpis P-a T. J. widnieje przy dacie 11.03.2010. przy czym należy stwierdzić, duże trudności w odczytywaniu dat z uwagi na nieczytelność przedstawionych kserokopii potwierdzanych przez strony zgłaszające wnioski dowodowe.

Na podstawie dokonanych ustaleń Izba zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie udowodnił naruszenia przepisów ustawy przywołanych w odwołaniu to jest w pierwszej kolejności art.24 ust.1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Bowiem co do podstawy wykluczenia z art.24 ust.1 pkt 16 ustawy Pzp. nawet gdyby przyjąć wprowadzenie w błąd zamawiającego w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa przy przedstawieniu informacji zamawiającemu to i tak nie podlega on wykluczeniu z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ponieważ konsorcjum Drogtom spełnia warunki udziału w postępowaniu, ponieważ posiada kolejne dwa doświadczenia z etapu II i etapu IV przebudowy drogi krajowej nr jeden.

Jak zresztą słusznie na posiedzeniu odwołujący przyznał, konsorcjum Drogtom spełnia warunki udziału w postępowaniu dla wykazanych etapów II i IV Przebudowy drogi krajowej nr 1, przy wymogu zamawiającego posiadania jednego doświadczenia zawodowego jako wystarczającego dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Tak więc Izba nawet kwalifikując przedłożone dowody z Dziennika budowy jako wiarygodne (nieczytelne kserokopie potwierdzone na rozprawie przez pełnomocnika odwołującego) z których jednoznacznie można odczytać datę 02.03.2010 roku jako rozpoczęcie robót w zestawieniu z datą 11.03.2010 roku jako objęcie kierownictwa budowy i robót drogowych przez P-a T. J. (9 dni później) i prowadzenie budowy do jej końca to jest 24.11.2011 roku (protokół odbioru robót – etap I).

Nawet przyjmując zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo konsorcjum Drogtom to i tak niespełniona jest druga z przesłanek w tym przypadku co do warunku udziału w postępowaniu. Bowiem dla spełnienia przesłanek przepisu pkt 16 ust.1 art.24 ustawy Pzp. konieczne jest spełnienia obydwu przesłanek to jest co do pobudek nieuczciwego działania wykonawcy ale również w określonym celu w tym wypadku spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym nawet przy uznaniu, że odwołujący wykazał nie spełnienie funkcji przez P-a T. J. od rozpoczęcia robót i działanie w tym celu z nieuczciwych pobudek przez konsorcjum Drogtom to ewidentnie odwołujący nie wykazał braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Dlatego też nie wyczerpały się przesłanki z art.24 ust.1 pkt 16 ustawy Pzp w sytuacji ograniczenia na posiedzeniu Izby zarzutu tylko do etapu I przebudowy drogi krajowej nr jeden.

Podobnie Izba zważyła zarzut co do naruszenia pkt 17 ust.1 art.24 ustawy Pzp. jako nie zasługujący na uwzględnienie.

Jak powyżej przyjmując lekkomyślne zachowanie lub niedbalstwo konsorcjum Drogtom przy podaniu informacji, że P-n T. J. pełnił funkcję kierownika budowy/kierownika robót budowlanych od rozpoczęcia robót to nie ma to wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym przypadku decyzją podejmowaną w postępowaniu jest ocena oferty, przyznanie jej punktów a w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej. Jak powyżej Izba ustaliła (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 29.03.2019 r. – dokumentacja zamawiającego) konsorcjum Drogtom zajęło I miejsce w rankingu ofert i otrzymało 100 punktów a odwołujący zajął II miejsce w rankingu ofert i otrzymał 86,19 punktów.

Obaj wykonawcy (konsorcjum Drogtom i odwołujący) za doświadczenie kierownika budowy otrzymali po 20 punktów, ponieważ przedstawiali po trzy zadania. Jeżeli Izba przyjmie za wykazaną przez odwołującego kwalifikację lekkomyślności lub niedbalstwa po stronie konsorcjum Drogtom i odejmie 1 doświadczenie w ramach kryterium poza cenowego to pozostają dwa doświadczenia (etap II i etap IV) co skutkuje przyznaniem 10 punktów mniej niż pierwotnie czyli nie 20 tylko 10 punktów.

Niemniej ranking ofert nie zmieni się bo punktacja wyniesie po tej korekcie dla konsorcjum Drogtom 90 punktów a dla odwołującego bez zmian czyli 86,19 punktów.

W tym miejscu Izba przywołuje powyżej cytowane postanowienie SIWZ dla tego kryterium poza cenowego, które zawiera regulacje na okoliczność braku potwierdzenia wymaganego doświadczenia. Mianowicie za każde nie potwierdzone doświadczenie z formularza ocen wykonawca otrzymuje 0 punktów – „za zadanie, które nie potwierdza spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 pkt” – str. 20 SIWZ) . Tak też Izba postąpiła weryfikując ilość przyznanych punktów dla konsorcjum Drogtom to jest przyjmując za etap I – 0 punktów a nie jak to uczynił zamawiający 10 punktów a co jednak nie zmienia rankingu ofert ustalonego przez zamawiającego na korzyść konsorcjum Drogtom.

W związku z powyższym Izba dalej zważyła co do nie wykazania również przez odwołującego naruszenia art.89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art.3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ konsorcjum Drogtom swym zachowaniem nie spowodowało uniemożliwienia odwołującemu uzyskania zamówienia.

Z kolei uwzględnienie zarzutu z art. 91 ust.1 ustawy Pzp. co do naruszenia przez zamawiającego treści tego artykułu przez niezastosowanie w powyżej opisanym zakresie kryteriów oceny ofert nie ma wpływu na wynik postępowania. Powyższe przesądza o braku możliwości uwzględnienia odwołania w myśl art.192 ust.2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 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. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000,00 zł. oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty poniesione na wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury vat złożonej na rozprawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....