

Sygn. akt: KIO 613/19

POSTANOWIENIE
z dnia 23 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron dnia 23 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę **Control Process Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Lubliniec, ul . Paderewskiego 5, 42-700 Lubliniec**

przy udziale:

- A. wykonawcy **HUSAR Budownictwo Inżynieryjne S.A. z siedzibą we Włocławku** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **Miko-Tech sp. z o.o. z siedzibą w Łaziskach Górnych** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Control Process Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie** kwoty **18 000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu;

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Lubliniec ul. Paderewskiego 5, 42-700 Lubliniec prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zadania pn.: Wykonanie robót budowlanych dla zadania pn. „Modernizacja i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Lublińcu z uwzględnieniem rozbudowy części osadowej”

Odwołujący - Control Process Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie (30-733) przy ul. Obrońców Modlina 16, wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego, podjętej w postępowaniu, polegającej na sporządzeniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), w sposób niezgodny z przepisami Ustawy.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Ustawy:

1. art. 91 ust. 2 i 2d, art. 25 w zw. z art. 7 Pzp - poprzez określenie kryteriów oceny ofert w sposób nie mający związku z przedmiotem zamówienia i powodujący istotne ograniczenie konkurencji, w sposób niedookreślony i pozostawiający Zamawiającemu pełną dowolność w ocenie, jak również poprzez wymaganie dokumentów w zakresie nieadekwatnym do potrzeb przeprowadzenia postępowania a zatem przekraczającym dopuszczalny zgodnie z prawem zakres wymagań.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikację treści SIWZ przez zmianę w zakresie kryteriów oceny ofert, przez:

1. Zmianę w zakresie kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” poprzez:

a) określenie, że uwzględniane w ilości zadań będzie wyłącznie doświadczenie Kierownika Budowy w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy, które trwało co najmniej 6 miesięcy na jednej budowie,

b) usunięcie zapisu: „Każda pozycja ujęta w wykazie winna zostać potwierdzona stosownymi referencjami wydanymi przez inwestora lub użytkownika. Referencje powinny wskazywać osobę, która pełniła funkcję kierownika budowy, przedmiot robót budowlanych (łącznie z podaniem przepustowości oczyszczalni), oraz informację o terminach rozpoczęcia i zakończenia robót.

Pod uwagę w trakcie oceny brane będą jedynie usługi wskazane w wykazach, potwierdzone prawidłowo wystawionymi referencjami. ”

oraz zmodyfikowanie załącznika 1c do formularza oferty poprzez:

Zmianę zawartej w nim tabeli na poniższą:

Lp	Imię Nazwa i adres nazwisko	Przedmiot zamówienia inwestor, lokalizacja zadania, termin realizacji (od-do)	Przepustowość, średniodobowa oczyszczalni ścieków	Data rozpoczęcia pełnienia funkcji	Data zakończenia pełnienia funkcji
	Inwestora lub użytkownika dane teleadresowe				
					Osoby do kontaktu

oraz usunięcie zapisu: „Do niniejszego wykazu należy dołączyć referencje potwierdzające pełnienie funkcji Kierownika Budowy.

Referencje powinny wskazywać osobę, która pełniła funkcję, przedmiot robót budowlanych (łącznie z podaniem przepustowości oczyszczalni), oraz informację o terminach rozpoczęcia i zakończenia robót. ”

2. Zmianę w zakresie kryterium „Doświadczenie Technologa” poprzez:

a) określenie, że uwzględniane w ilości zadań będzie wyłącznie Doświadczenie Technologa w pełnieniu funkcji technologa, które trwało co najmniej 3 miesiące na jednej realizacji,

b) usunięcie zapisu: „Każda pozycja ujęta w wykazie winna zostać potwierdzona stosownymi referencjami wydanymi przez inwestora lub użytkownika. Referencje powinny wskazywać osobę, która prowadziła rozruch, przedmiot robót budowlanych, których częścią był rozruch technologiczny oraz rodzaj oczyszczalni ścieków (mechaniczno-biologiczna), a także termin realizacji robót (rozpoczęcia i zakończenia).

Pod uwagę w trakcie oceny brane będą jedynie usługi wskazane w wykazach, potwierdzone prawidłowo wystawionymi referencjami. ”

oraz zmodyfikowanie załącznika 1d do oferty poprzez:

Zmianę zawartej w nim tabeli na poniższą (analogiczną w treści do wyżej wskazanej) oraz usunięcie zapisu „Do niniejszego wykazu należy dołączyć referencje potwierdzające przeprowadzenie rozruchów.

Referencje powinny wskazywać osobę, która przeprowadziła rozruch, przedmiot zamówienia, rodzaj oczyszczalni ścieków oraz termin rozpoczęcia i zakończenia prac. ”

Odwołujący wskazuje, iż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego — polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia oferty i uzyskaniu zamówienia.

Efektom naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów Ustawy, może być uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący stwierdził, że Zamawiający naruszył ww. przepisy Ustawy sporządzając SIWZ. Zamawiający wprowadził jako kryterium oceny ofert doświadczenie 2 ekspertów, tj. kierownika budowy (waga 15%) oraz technologa (waga 10%). Jakkolwiek samo kryterium jest w pełni dopuszczalne, jednak Zamawiający określił sposób obliczania punktacji w tym zakresie w sposób ograniczający uczciwą konkurencję i dopuszczający znaczną dowolność oceny, jak również w sposób uniemożliwiający weryfikację podanych danych.

W zakresie wniosków w pkt 1a, 2a brak wymagania jakiegokolwiek okresu pełnienia odpowiednio funkcji kierownika budowy lub technologa dla potrzeb zaliczenia zadania dla pozyskania punktacji. Może dojść do sytuacji, gdy wyższą punktację uzyska osoba, która 12 razy pełniła funkcję kierownika budowy po 1 miesiąc (zatem łącznie przepracowała 1 rok) niż osoba która kompleksowo przeprowadziła 5 budów, co zajęło jej 10 lat. Odwołujący zwraca uwagę, że często w realiach wymagań prawa zamówień publicznych (konieczności wskazywania w ofercie osoby na kluczowe stanowiska) generalni wykonawcy stosują taką praktykę, że wskazują tą samą osobę do pełnienia funkcji w wielu kolejnych zadaniach - rolą takiego „tymczasowego” kierownika budowy jest przejęcie placu budowy i prowadzenie wstępnych prac do czasu zastąpienia go przez właściwą, osobę, która prowadzi budowę na właściwym etapie realizacji. Wprowadzenie minimalnego czasookresu pełnienia funkcji kierownika budowy pozwoli na punktowanie faktycznie nabytego doświadczenia, a nie „zaliczonych” budów. W zakresie wniosków w pkt 1b, 2b wskazuje przede wszystkim na przepis art. 25 PZP pozwalający na żądanie od wykonawcy wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Rozporządzenie wydane na podstawie tego przepisu nie wskazuje jako możliwe do żądania referencje dla osób, w szczególności o treści wymaganej przez Zamawiającego. Żaden przepis prawa nie nakłada na inwestora lub użytkownika obowiązku wystawienia takiej referencji - zatem osoba, która pełniła odpowiednią funkcję może nie móc uzyskać odpowiedniej punktacji tylko i wyłącznie ze względu na brak możliwości pozyskania odpowiedniego dokumentu. Problemy w pozyskaniu takiego dokumentu mogą wynikać także z upływu czasu, zmian/przekształceń własnościowych inwestorów/ użytkowników, likwidacji archiwów, itp. Również brak ograniczenia czasu, za który przyznawane są punkty może prowadzić do sytuacji w której

ekspert realizował zadania przed kilkunastu czy kilkudziesięciu laty i nie ma możliwości pozyskania referencji o treści wymaganej w niniejszym postępowaniu.

Tym samym uznać należy, że wymóg zawarty w zapisie: „Każda pozycja ujęta w wykazie winna zostać potwierdzona stosownymi referencjami wydanymi przez inwestora lub użytkownika. Referencje powinny wskazywać osobę, która pełniła funkcję kierownika budowy, przedmiot robót budowlanych (łącznie z podaniem przepustowości oczyszczalni), oraz informację o terminach rozpoczęcia i zakończenia robót.

Pod uwagę w trakcie oceny brane będą jedynie usługi wskazane w wykazach, potwierdzone prawidłowo wystawionymi referencjami.”

Brak jest podstaw do uniemożliwienia wykazania faktu nabycia doświadczenia wynikającego z realizacji zadań w inny sposób.

Do postępowania odwoławcze przystąpienie po stronie odwołującego zgłosił wykonawca Miko-Tech sp. z o.o. z siedzibą w Łaziskach Górnych oraz wykonawca HUSAR Budownictwo Inżynieryjne S.A. z siedzibą we Włocławku.

Pierwszy z wyżej wskazanych uzasadniając stanowisko stwierdził, że wskutek nadmiernych, niekonkurencyjnych i nieproporcjonalnych wymogów dotyczących dokumentów niezbędnych do wykazania doświadczenia personelu na potrzebę oceny ofert w ramach kryteriów oceny ofert, zamawiający znacząco utrudnił lub wręcz uniemożliwił przystępującemu złożenie konkurencyjnej oferty. Mimo posiadania wysokokwalifikowanej kadry nie będzie w stanie przedstawić dokumentów żądanych przez zamawiającego.

Stwierdził, że żądanie zamawiającego narusza art. 25 ust. 1 pzp, wg którego można żądać wyłącznie dokumentów i oświadczeń niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Żądanie to narusza również art. 7 ust. 1 pzp jako nieproporcjonalne dla wykazania doświadczenia kierownika budowy i technologa. Zarówno sobą pełniąc funkcje Kierownika Budowy jak i Technologa jest zatrudniona przez wykonawcę lub podwykonawcę robót budowlanych, a zatem najczęściej nie łączy ją z inwestorem lub użytkownikiem obiektu żadne więzi prawne. W konsekwencji ani inwestor, ani użytkownik obiektu budowlanego nie jest w stanie potwierdzić, czy osoba taka pełniła swoje obowiązki należycie, zgodnie z umową i sztuką budowlaną. Co za tym idzie, kierownik robót, czy technolog nie ma jakichkolwiek podstaw do domagania się wystawienia mu referencji przez podmiot z którym nie łączy go żadne więzi prawne. Jedynym podmiotem, który może dokonać takiej weryfikacji jest pracodawca/zleceniodawca takiej osoby, a zatem najczęściej wykonawca robót. Referencja wydana przez inwestora czy użytkownika obiektu jest również całkowicie bezużyteczna. Potwierdza ona należyte wykonanie robót budowlanych przez wykonawcę, a nie prawidłowe pełnienie funkcji kierownika robót, czy technologa. Co więcej wymóg nie

został ograniczony czasowo. Jest niemal pewne, że większość wykonawców posiadających wysokokwalifikowaną i doświadczoną kadrę nie będzie w stanie sprostać oczekiwaniom zamawiającego w tym zakresie. Ani wykonawca, ani tym bardziej osoby zatrudnione przez realizację inwestycji nie mają żadnych instrumentów prawnych do żądania wydania takiej referencji, nie mają także wpływu na jej treść.

Z uwagi na powyższe rozporządzenie w sprawie dokumentów /.../ przewiduje, iż na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykonawca zobligowany jest do przedstawienia jakichkolwiek dowodów należytego wykonania robót budowlanych. W piśmiennictwie podnosi się, iż dokumentami tymi mogą być protokoły odbioru, referencje, dowód zapłaty wynagrodzenia. Okoliczności te można wykazywać też złożeniem stosownego oświadczenia. Wykonawca ma świadomość, że dokumenty żądane przez zamawiającego nie dotyczą spełnienia warunków udziału w postępowaniu tylko kryteriów oceny ofert, niemniej, w ocenie wykonawcy, przepisy rozporządzenia w sposób jasny wskazują jak należy formułować tego typu wymogi, by nie narazić się na zarzut braku proporcjonalności.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 kwietnia 2019 r. wniósł o jego oddalenie argumentując, że nie naruszył przepisów ustawy i rozporządzenia wskazanych w odwołaniu. Jednocześnie poinformował, że wychodząc naprzeciw oczekiwaniom odwołującego dokonał modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie:

XIII.5 siwz - Kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” i Punkt XIII.7 siwz Kryterium „Doświadczenie Technologa”. Ponadto załączniki nr 1c i 1d do siwz otrzymały nowe brzmienie.

Odwołujący w piśmie , które wpłynęło do Prezesa KIO dnia 19 kwietnia 2019 r. wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego stwierdzając, że wniosek składa wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów postępowania odwoławczego.

Stwierdził, że dokonane przez zamawiającego zmiany w dokumentacji są w całości zgodne z żądaniami odwołania, zatem w istocie zamawiający uwzględnił w całości zarzuty postawione w odwołaniu i dokonał żądanych przez odwołującego zmian.

Z ostrożności procesowej i dla uniknięcia ewentualnych wątpliwości – w przypadku przyjęcia, że odwołanie nie zostało uwzględnione w całości, odwołujący oświadczył, że cofa wszelkie pozostałe zarzuty.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że wobec jednoznacznego stwierdzenia przez zamawiającego, iż wnosi on o oddalenie odwołania, brak jest podstaw do uznania, iż

nastąpiło uwzględnienie odwołania w całości pomimo faktu, iż wskutek dokonanych zmian postanowień siwz odwołujący uznał, iż uwzględnienie nastąpiło. Czynność taka wymaga jednoznacznego oświadczenia procesowego w rozumieniu art. 186 ustawy pzp.

W takim stanie rzeczy, skład orzekający stwierdza, że cofnięcie wszelkich pozostałych zarzutów odwołania, jak to wskazał odwołujący w złożonym piśmie, stanowi cofnięcie odwołania z wszelkimi skutkami wynikającymi z takiej czynności, zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy pzp.

Wobec złożenia przez odwołującego oświadczenia o cofnięciu odwołania Izba wydała niniejsze postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), z których wynika, że jeżeli cofnięcie odwołania nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu.

W rozstrzygnięciu orzeczono o kosztach, o których mowa w § 5 ust. 2 pkt 3 b rozporządzenia, stanowiących wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego, z uwagi na fakt, iż odwołanie zostało cofnięte na mniej niż 1 dzień przed dniem, na który został wyznaczony termin posiedzenia z udziałem stron i uczestnika postępowania.

W związku z powyższym Izba na posiedzeniu z udziałem stron – działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp - postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze wywołane wyżej opisanym odwołaniem.

Przewodniczący: