

WYROK

z dnia 24 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2017 r. przez wykonawcę

STRABAG Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków

w postępowaniu prowadzonym przez

Miasto Białystok ul. Słonimska 1, 15-950 Białystok

przy udziale wykonawcy **UNIBEP S.A. ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża STRABAG Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez STRABAG Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 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 Białymstoku.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający: Miasto Białystok – Zarząd Dróg Miejskich prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „wykonywanie remontów cząstkowych nawierzchni bitumicznych na terenie Miasta Białegostoku mieszanką mineralno-asfaltową na gorąco z użyciem piły i remontera” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 29 czerwca 2017 r. pod numerem 535067. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – Strabag Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy UNIBEP S.A., pomimo tego, że wykonawca ten przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwe informacje oraz informacje wprowadzające w błąd, co miało istotny wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty, tj. doświadczenia kierownika robót A. S. w kierowaniu robotami bitumicznymi poprzez wykaz robót budowlanych polegający na naprawie nawierzchni bitumicznych piłą i remonterem,
2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne uznanie, że wyjaśnienia UNIBEP S.A. w zakresie doświadczenia kierownika robót A. S. w kierowaniu robotami bitumicznymi, poprzez wykaz robót budowlanych polegający na naprawie nawierzchni bitumicznych piłą i remonterem, zostały sporządzone w sposób rzetelny i że UNIBEP S.A. wykazał, że doświadczenie kierownika robót A. S. w kierowaniu robotami bitumicznymi wynosi 8 lat, za co zgodnie z kryteriami i sposobem oceny ofert otrzymał 30 punktów,
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy UNIBEP S.A. pomimo faktu, że oferta złożona przez tego wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
4. art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez naruszenie zasad prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegające na zaniechaniu wykluczenia UNIBEP S.A. względnie odrzucenia oferty UNIBEP S.A.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią rozdziału XIX specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis kryteriów i sposobu oceny ofert”, Zamawiający ustanowił następujące kryteria oceny ofert: cena oferty – 60%, okres gwarancji – 10 %, doświadczenie kierownika robót – 30%.

Doświadczenie kierownika robót w kierowaniu robotami bitumicznymi (naprawa nawierzchni bitumicznych piłą i remonterem) Zamawiający miał ocenić następująco: 2-letnie – 0 pkt, 4-letnie – 10 pkt, 6-letnie – 20 pkt, 8-letnie – 30 pkt.

Zamawiający zażądał od UNIBEP S.A. udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie doświadczenia kierownika robót w kierowaniu robotami bitumicznymi (A. S.) w zakresie wskazania okoliczności zdobycia doświadczenia poprzez wykaz robót budowlanych polegających na naprawie nawierzchni bitumicznych piłą i remonterem podmiotów, na rzecz których roboty były realizowane i okresów nabywania doświadczenia.

W odpowiedzi UNIBEP S.A. przedłożył wraz z pismem wyjaśniającym wykaz doświadczenia p. S. przedstawiając tym samym rzekomo co najmniej 8-letnie doświadczenie kierownika robót w kierowaniu robotami bitumicznymi (naprawa nawierzchni bitumicznych piłą i remonterem).

W ocenie Odwołującego pismo to jest nierzetelne, nieoparte żadnymi dowodami oraz nie wykazuje 8-letniego doświadczenia p. S. jako kierownika robót bitumicznych w kierowaniu robotami bitumicznymi (naprawa nawierzchni bitumicznych piłą i remonterem), a tym samym świadomie wprowadza Zamawiającego w błąd, co miało istotny wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący podkreślił, że pismo UNIBEP S.A. zostało podpisane przez p. S. jako majstra robót nawierzchniowych, na co wskazuje pieczęć. Pan S. nie jest więc kierownikiem robót w kierowaniu robotami bitumicznymi (naprawa nawierzchni bitumicznych piłą i remonterem), a majstrem robót nawierzchniowych i powoływanie się na jego doświadczenie jako kierownika robót bitumicznych przy naprawie nawierzchni bitumicznych piłą i remonterem jest nieuzasadnione.

UNIBEP S.A. nie udowodnił swoim pismem ani dołączonym do niego wykazem zawierającym okresy doświadczenia, że pan S. jest kierownikiem robót z wymaganym doświadczeniem przez okres co najmniej 8 lat. Z przedłożonych wyjaśnień nie wynika też, że pan S. jest zatrudniony na stanowisku kierownika robót bitumicznych albo że zgodnie z prawem budowlanym pełnił funkcję kierownika robót bitumicznych. Przedstawione przez UNIBEP S.A. wyjaśnienia wraz z dołączonym wykazem są nieprawdziwe, nierzetelne i nieoparte żadnymi dowodami, a przede wszystkim świadomie wprowadzające Zamawiającego w błąd, co miało istotny wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty, z następujących powodów:

- 1) podane nazwy kontraktów nie istnieją albo są niewłaściwe, albo ich w ogóle nie było, przez co uniemożliwiona jest ich prawidłowa identyfikacja,
- 2) żadna z podanych w wykazie robót, zgodnie ze specyfikacją techniczną oraz specyfikacją istotnych warunków zamówienia nie wymagała użycia piły i remontera,
- 3) niektóre z podanych robót, zgodnie ze specyfikacją techniczną oraz specyfikacją istotnych warunków zamówienia przewidywały użycie frezarki, układarki, czy walców, a zatem były to typowe remonty dróg, a nie remonty cząstkowe z użyciem piły i remontera,
- 4) niektóre z podanych robót, zgodnie ze specyfikacją techniczną oraz specyfikacją istotnych warunków zamówienia przewidywały użycie jedynie piły/przecinarki,
- 5) roboty określone pod poz. 13 i 14 były wykonywane przez innych wykonawców tj. przez Odwołującego, u którego pan S. nie był pracownikiem,
- 6) niektóre roboty nie miały charakteru robót bitumicznych.

Odnosząc się zaś do poszczególnych pozycji załączonego do pisma wyjaśniającego wykazu zawierającego doświadczenie pana S.:

- 1) pozycje wykazu od 1 do 12: podane nazwy kontraktów nie istnieją, albo są niewłaściwe, albo ich nie było, przez co uniemożliwiona jest ich pełna i prawidłowa identyfikacja. Na podstawie dostępnych danych archiwalnych, czasu realizacji, nazwy zamawiającego wynika, że podane roboty zgodnie ze specyfikacją techniczną oraz specyfikacją istotnych warunków zamówienia przewidywały użycie frezarki, układarki, piły oraz walców, a zatem były to typowe remonty dróg, a nie remonty cząstkowe z użyciem piły i remontera,
- 2) pozycje wykazu 13. i 14: roboty wskazane pod pozycjami 13 i 14 wykonywane były na podstawie umowy zawartej pomiędzy Odwołującym a GDDKiA, a pan S. nie był pracownikiem Odwołującego, SST ani kosztorys na tych kontraktach nie przewidywał technologii wykonania remontów z użyciem remontera; dowodzi tego także wykaz sprzętu, jaki należało stosować podczas realizacji tego kontraktu – wykaz ten nie zawierał remontera,
- 3) pozycja wykazu 15.: nazwa zamówienia jest wątpliwa – daniem Odwołującego nie było zamówienia o takiej nazwie. Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich ogłasza co roku przetargi na remonty na swoich drogach z podziałem na poszczególne rejony, tj. Białystok, Łomża, Suwałki, Siemiatycze i Sokółka. W podanym przez UNIBEP S.A. okresie remonty były prowadzone przez inne firmy, pan S. nie pracował w żadnej z powyższych firm, poza tym realizacja tych zamówień, zgodnie instrukcją dla oferentów i wykazem sprzętu, nie przewidywała wykonania remontów cząstkowych z użyciem remontera.
- 4) pozycja wykazu 17. i 18.: na podstawie analizy danych archiwalnych Odwołujący stwierdził, że nie było zamówień realizowanych przez zamawiającego GDDKiA Oddział Olsztyn o nazwach podanych przez UNIBEP S.A.,
- 5) pozycja wykazu 19.: opis przedmiotu zamówienia opisuje zakres robót – według tego opisu w ogóle nie występują roboty typu remonty cząstkowe, a tym samym nie występują

roboty z użyciem remontera i piły, jest to klasyczna nakładka tj. frezowanie, warstwa wyrównawcza, warstwa wiążąca i warstwa ścieralna,

6) pozycja wykazu 20.: remonty na drodze wojewódzkiej nr 650, nazwa zamówienia jest wątpliwa – zdaniem Odwołującego zamówienia publicznego o takiej nazwie nie było, droga wojewódzka nr 691 leży w całości na terenie Województwa Mazowieckiego i nie jest w Zarządzie Dróg Wojewódzkich w Olsztynie,

7) pozycja wykazu 22.: na podstawie analizy danych archiwalnych Odwołujący stwierdził, że nie było kontraktu realizowanego pod nazwą „remonty dróg wojewódzkich na terenie woj. mazowieckiego” u zamawiającego MZDW w Warszawie,

8) pozycja wykazu 23. i 24.: nazwa zamówienia jest wątpliwa, zdaniem Odwołującego zamówienia publicznego o podanej nazwie nie było – prawdopodobnie chodzi o zamówienie o nazwie „frezowanie starej i wykonanie nowej nawierzchni bitumicznej na odcinkach dróg w Łomży”, której opis przedmiotu zamówienia nie zakładał wykonania remontów z użyciem remontera, ale rozkładarki oraz walca.

9) pozycja wykazu bez numeru: nie było kontraktu realizowanego pod nazwą „remonty dróg wojewódzkich na terenie woj. mazowieckiego” u zamawiającego MZDW w Warszawie.

Mając na względzie powyższe, nie można uznać za uzasadnione przyznanie ofercie UNIBEP S.A. dodatkowo 30 punktów, a tym samym złożenie oferty i późniejszych wyjaśnień stanowi złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania przetargowego. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, które dotyczy nieprawdziwych informacji w ofercie i które analizuje przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, oraz w kontekście postanowień tzw. „dyrektywy klasycznej”, dla wykluczenia wykonawcy konieczne jest stwierdzenie, że: wykonawca złożył nieprawdziwe informacje; stanowiło to wprowadzenie w błąd zamawiającego, gdyż informacje te miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania; wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił nieprawdziwe informacje wprowadzające zamawiającego w błąd. Z tych przesłanek wynika z kolei związek przyczynowo-skutkowy, polegający na tym, że nieprawdziwe informacje wypaczyły lub mogą wypaczyć wynik postępowania, który przedstawiałby się inaczej, gdyby wykonawca nie podał nieprawdziwych informacji, a zamawiający nie wziął ich pod uwagę jako odpowiadających rzeczywistemu stanowi rzeczy. W zakresie nieprawdziwych informacji ustawa Prawo zamówień publicznych odwołuje się do lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy, zatem te pojęcia obejmują każdą postać winy (zob. wyrok KIO 1/16) a nie tylko działanie w zamiarze bezpośrednim czy ewentualnym.

Kwestię należytej staranności wykonawców w zakresie oświadczeń składanych wraz z ofertą w postępowaniu przetargowym niewątpliwie należy analizować mając na względzie treść art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego, znajdującego zastosowanie poprzez odesłanie zawarte w art.

14 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Odwołującego UNIBEP S.A. nie dochowało wymaganej od niego jako profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego staranności w działaniu i złożyło nieprawdziwe informacje w zakresie doświadczenia kierownika robót wymaganego przez Zamawiającego.

Z powyższych okoliczności wynika, że UNIBEP S.A. w dniu składania ofert i późniejszych wyjaśnień działał w złej wierze i że jego celem było wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Zdaniem Odwołującego powyższe okoliczności w sposób niebudzący wątpliwości potwierdzają świadome i umyślne podanie nieprawdziwych informacji w celu uzyskania zamówienia. Podane informacje są niezgodne z rzeczywistością i nie mogą być traktowane w kategoriach omyłki, czyli odmiennego rozumienia pewnych faktów. Trudno przypuszczać, że A. S. pracując w UNIBEP S.A. nie miał wiedzy na temat swojego dotychczasowego doświadczenia zawodowego. W wyniku wezwania do wyjaśnień dotyczących doświadczenia UNIBEP S.A. nie zaferował żadnych dowodów, z których wynikałoby, że informacje te są prawdziwe, tylko ograniczył się do krótkiego oświadczenia, że podana osoba posiada doświadczenie uzasadniające przyznanie jej 30 punktów. Według Odwołującego jest to dodatkowa okoliczność potwierdzająca dopuszczenie się przez UNIBEP S.A. kłamstwa przetargowego.

Zdaniem Odwołującego takie działanie UNIBEP S.A. mające wpływ na wynik postępowania nosi znamiona poważnego wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co dodatkowo przy bierności Zamawiającego i braku odpowiedniej oceny wyjaśnień przez Zamawiającego jest nie do zaakceptowania z punktu widzenia naczelných zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którymi zamawiający ma przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Zgodnie z dyspozycją art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 tej ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku.

W konsekwencji działalności UNIBEP S.A. prowadzi to do naruszenia interesu przedsiębiorców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, jak i potencjalnych wykonawców, którzy mogliby złożyć swoje oferty w tym postępowaniu. Takie działanie jest objęte dyspozycją normy prawnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie stanowi samoistną podstawę stwierdzenia nieuczciwych praktyk (orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2002 r., sygn. akt III CKN 271/01). Dobre obyczaje, na które się wskazuje w cytowanym przepisie, wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych

w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu. Takiego działania nie można uznać za normalne, konkurencyjne działanie wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Konkurencja, także na rynku zamówień publicznych, powinna bowiem cechować się uczciwymi zwyczajami i praktykami po stronie przedsiębiorców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. Stwierdzenie działania naruszającego dobre obyczaje, jeśli prowadzi bądź może prowadzić do naruszenia interesu innego przedsiębiorcy, należy uznać za wypełnienie podstaw do uznania, że UNIBEP S.A. dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, co winno skutkować wykluczeniem UNIBEP S.A. i odrzuceniem jego oferty.

II Odpowiedź Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający nie uznał odwołania za zasadne, a tym samym nie uznał za zasadne żądania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania ofert oraz wykluczenia i odrzucenia oferty wykonawcy UNIBEP S.A. oraz dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Zamawiający wskazał, iż zwrócił się z zapytaniem do instytucji, na rzecz których realizowane były prace, w których osoba wskazana w formularzu ofertowym przez UNIBEP S.A., tj. pan A. S., kierować miała robotami drogowymi, a których wykonanie wymagało użycia piły i remontera (zgodnie z wykazem przedstawionym przez UNIBEP SA).

Zamawiający uzyskał następujące informacje:

1) Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku poz. 1-14 oraz poz. 25 wykazu – odpowiedź potwierdza doświadczenie pana S. w kierowaniu robotami z użyciem piły i remontera w okresie ponad ośmioletnim (poz. 1-14), natomiast nie potwierdzono doświadczenia w zakresie poz. 25 wykazu.

2) Urząd Miejski w Olecku, poz. 16 wykazu, Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie, poz. 22 oraz pozycja nieoznaczona numerem Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Zakład Budżetowy w Łomży, poz. 23-24 – z uzyskanych odpowiedzi nie wynika jednoznacznie fakt uzyskania doświadczenia w pracach realizowanych na rzecz ww. podmiotów,

3) Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, poz. 15 wykazu; Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie, poz. 17-19; Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie, poz. 20; Urząd Miasta Ostrołęka, poz. 21 – brak odpowiedzi.

Z powyższego wynika, że wskazana osoba (kierownik robót) posiada doświadczenie w kierowaniu robotami bitumicznymi z użyciem piły i remontera wskazane w ofercie.

W opinii Zamawiającego użyte w dokumentacji postępowania sformułowanie: „kierownik robót” zostało użyte w potocznym rozumieniu tego wyrażenia – jako osoba kierująca pracą

innych ludzi. Za takim rozumieniem sformułowania przemawia fakt braku odwołania do treści rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dn. 24 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz brak postawienia szczegółowego warunku w tym zakresie w rozdziale V specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącym warunków udziału w postępowaniu. Stąd też osoba wskazana do kierowania robotami będącymi przedmiotem zamówienia nie musi legitymować się uprawnieniami do kierowania robotami bitumicznymi (uprawnienia takie zresztą na gruncie rozporządzenia w sprawie samodzielnych funkcji w budownictwie nie występują), a wystarczające jest jej doświadczenie, minimum 2-letnie, a więc okres faktycznego kierowania danymi robotami.

Nadto wymóg legitymowania się uprawnieniami do sprawowania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie w specjalności drogowej byłby nieproporcjonalny (nadmierny) w stosunku do przedmiotu zamówienia ze względu na charakter prac (roboty drogowe polegające na bieżącej konserwacji, nie wymagające zgłaszania prac do organów nadzoru budowlanego).

Zamawiający nie wymagał podawania w ofercie nazw kontraktów czy ich sygnatur. W zakresie wskazania osoby oraz jej doświadczenia Zamawiający wymagał jedynie oświadczenia własnego wykonawców, bez obowiązku składania jakichkolwiek dokumentów (dowodów). Również na etapie składania wyjaśnień Zamawiający nie żądał przedkładania dowodów w tym zakresie. Przy tak dużym stopniu ogólności nazw inwestycji wskazanych w wykazie doświadczenia zawodowego pana S., złożonym przez UNIBEP S.A. nie jest wykluczone, że Odwołujący błędnie przyporządkowuje poszczególne pozycje z wykazu do konkretnych postępowań. W tym zakresie Zamawiający daje wiarę informacjom uzyskanym od konkretnych podmiotów zamawiających, do których zwrócił się z zapytaniem w sprawie.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących poszczególnych pozycji wykazu Zamawiający wskazał, że wskutek informacji uzyskanych od GDDKiA Oddział Białystok, ponad ośmioletnie doświadczenie pana S. potwierdza czternaście pierwszych pozycji z wykazu i w tym zakresie oświadczenie co do doświadczenia wskazanego w ofercie należy uznać za prawdziwe. Tym samym nie znajduje uzasadnienia zarzut art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż informacje co do pozostałych pozycji wykazu nie mają wpływu na decyzję o przyznanej ofercie UNIBEP S.A. punktacji.

Z powyższego uzasadnienia wynika, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przepisów wskazanych przez Odwołującego w treści odwołania, a tym samym prawidłowo został dokonany wybór oferty UNIBEP S.A. jako najkorzystniejszej.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania jako całkowicie niezasadnego.

Przystępujący oświadczył, iż pan S. posiada wymagane w postępowaniu ponad 8-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami bitumicznymi polegającymi między innymi na naprawie nawierzchni bitumicznych piłą i remonterem.

Zamawiający dokonał wezwania Przystępującego, a w odpowiedzi otrzymał od niego szczegółowe wyjaśnienie oraz potwierdzenie, iż dana osoba posiada doświadczenie uprawniające do uzyskania maksymalnej przewidzianej specyfikacji istotnych warunków zamówienia liczby punktów (30 pkt). Z uwagi na to, iż nie miał dalszych wątpliwości w tym zakresie, dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Przedstawione przez Przystępującego dowody i wyjaśnienia uznał więc za wystarczające w sprawie.

Kryterium polegające na wykazaniu się posiadaniem doświadczenia przez kierownika robót danego oferenta w kierowaniu robotami bitumicznymi (naprawa nawierzchni bitumicznych piłą i remonterem) jest funkcją nie przewidzianą rozporządzeniem Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Przepis § 13 ust. 4 i 5 powołanego rozporządzenia wskazują na uprawnienia budowlane w specjalności inżynierskiej drogowej w zakresie nieograniczonym lub ograniczonym do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym o charakterze drogowym, wskazanym w omawianym przepisie. Z tego też względu sama przyjęta praktyką funkcja kierownika robót bitumicznych nie wymaga posiadania specjalnych uprawnień (nie są one przewidziane prawem), a doświadczenie w kierowaniu takimi robotami może nabyć osoba oddelegowana do pełnienia takiej funkcji na danej inwestycji. Tym samym obowiązujące przepisy nie przewidują (i nie przewidywały) istnienia funkcji uprawniającej do kierowania *strice* robotami bitumicznymi (naprawa nawierzchni bitumicznych piłą i remonterem), co nie oznacza, iż pan S. nie posiada wymaganego doświadczenia (co też potwierdził Zamawiający zgodnie z dokonany wybór).

Podnoszona przez Odwołującego kwestia, iż pan S. pełni funkcję majstra robót nawierzchniowych, nie oznacza, iż osoba ta nie posiada wymaganego doświadczenia, a o spełnieniu wymagań na konkretnych stanowiskach kierowniczych nie decyduje nazwa pełnionej przez daną osobę funkcji, lecz zakres powierzonego do wykonania zadania.

W niniejszej sprawie pan S. był delegowany przez uprzednich pracodawców i firmę Przystępującego do czynności związanych z kierowaniem robotami bitumicznymi przy użyciu wymaganych urządzeń, legitymując się wymaganym ponad 8-letnim doświadczeniem. Na zakres i fakt zdobytego doświadczenia w żadnym zakresie nie wpływa nazwa stanowiska czy też brak wpisów do dziennika budowy (z uwagi, iż nie jest to funkcja zaliczona wprost i *stricte* do samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie).

Pan S. realizował inwestycje, w tym remonty dróg, w firmach, w których pracował uprzednio, przed zatrudnieniem u Przystępującego w 2014 r. (Przystępujący podał nazwy firm). Poza tym pan S. nie musiał być pracownikiem danych firm, by zdobywać doświadczenie przy realizacji wskazanych w wykazie kontraktów. Zdobywanie doświadczenia może się bowiem odbywać w każdej formie przewidzianej przepisami prawa.

Wszystkie roboty bitumiczne wskazane w wykazie Przystępującego wymagały użycia piły i remontera, jest to bowiem podstawowy, powszechnie stosowany sprzęt drogowy używany przy każdej realizacji inwestycji tego typu w codziennej pracy nawierzchniowej. Nie jest to sprzęt, który powszechnie wpisuje się w treść dokumentów przetargowych czy dokumentacji projektowej z uwagi na oczywistość i powołaną powszechność użycia. Doświadczenie w realizacji prac z użyciem piły i remontera polega bowiem na podjęciu następujących czynności: wycięcie nawierzchni bitumicznej piłą spalinową, wykucie remonterem starej uszkodzonej nawierzchni, oczyszczenie powietrzem, skropienie emulsją zapewniającą szczepność warstw masy, uzupełnienie masą bitumiczną wraz z zawałowaniem.

Wszystkie prace i inwestycje objęte wykazem robót przekazanych przez Przystępującego obejmują konieczność remontu, usuwania starej nawierzchni (wszystkie dotyczyły rozbudowy, przebudowy lub wprost wykonania remontów z użyciem ww. sprzętów, określanych w dokumentacjach standardowo jako drobny sprzęt drogowy), zatem pan S. posiada wymagane doświadczenie uprawniające Przystępującego do otrzymania maksymalnej liczby 30 pkt. Doświadczenie pana S. łącznie przekracza okres 20 lat pracy.

Chybiony jest zarzut podania przez Przystępującego nieprawdy czy celowego wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Przystępujący w całym zakresie przeczy takim twierdzeniom Odwołującego. Przystępujący złożył wymagane dokumenty i dokonał stosownych wyjaśnień w dobrej wierze, w świetle posiadanej wiedzy co do doświadczenia ww. osoby. Z tego względu czynności podejmowane przez Przystępującego w postępowaniu nie są ani celowym wprowadzeniem w błąd Zamawiającego, ani czynem nieuczciwej konkurencji.

Nawet potencjalna kwestia niejasności w użyciu sformułowań lub nazw inwestycji nie oznacza, iż pan S. nie legitymuje się wymaganym w postępowaniu doświadczeniem. Na etapie postępowania Zamawiający nie miał wątpliwości co do treści złożonych oświadczeń i rozstrzygnął postępowanie poprzez wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treść złożonej przez Przystępującego oferty oraz udzielonych przez niego wyjaśnień, nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie podlega oddaleniu.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Zarzuty odwołania odnoszą się do naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z przedmiotowego postępowania wykonawcy UNIBEP S.A., pomimo że wykonawca ten przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwe informacje oraz informacje wprowadzające w błąd w zakresie doświadczenia kierownika robót A. S. w kierowaniu robotami bitumicznymi polegającymi na naprawie nawierzchni bitumicznych piłą i remonterem, które miały wpływ na przyznanie mu 30 punktów w ramach kryteriów oceny ofert, a tym samym wybór jego oferty najkorzystniejszej oferty. Dodatkowo zdarzenie to, zdaniem Odwołującego, powinno spowodować odrzucenie oferty Przystępującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jako że oferta ta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający wyklucza z postępowania 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.

W ocenie Izby przedstawienie takich informacji w zakresie odnoszącym się do kryteriów oceny ofert i mających wpływ na tę ocenę bez wątpienia należy zakwalifikować jako mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Można je też w konsekwencji zakwalifikować jako popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, co skutkuje odrzuceniem tej oferty.

Jak wynika z treści rozdziału XIX specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawierającego „Opis kryteriów i sposobu oceny ofert”, Zamawiający wskazał następujące kryteria oceny ofert: cena oferty – 60%, okres gwarancji – 10 %, doświadczenie kierownika robót – 30%, przy czym doświadczenie to opisał jako „doświadczenie kierownika robót w kierowaniu robotami bitumicznymi (naprawa nawierzchni bitumicznych piłą i remonterem)” i miał ocenić następująco: 2-letnie – 0 pkt, 4-letnie – 10 pkt, 6-letnie – 20 pkt, 8-letnie – 30 pkt.

Przystępujący w swojej ofercie wskazał jako kierownika robót pana A. S., dla którego zadeklarował ponad 8-letnie doświadczenie w wymaganym zakresie. W ramach wyjaśnień Przystępujący przedstawił wykaz robót, którymi kierował p. S., a które miały potwierdzać to doświadczenie.

Odwołujący z kolei to doświadczenie zakwestionował.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, iż po zapoznaniu się z zarzutami starał się sprawdzić uzyskane od Przystępującego informacje kierując do podmiotów wskazanych w przedstawionym przez Przystępującego wykazie jako odbiorcy robót, pisma z załączonym wykazem oraz prośbą o informacje w tym zakresie. Nie udało mu się co prawda uzyskać odpowiedzi od wszystkich tych podmiotów, nie wszystkie też mógł ocenić jako potwierdzające deklarowane doświadczenie, jednak już pierwszych 12 spośród wskazanych w wykazie realizacji wystarczyło, by uznać, że pan S. posiada wymagane 8-letnie doświadczenie, które pozwalało na uzyskanie przyznanych wykonawcy 30 punktów.

Odbiorcą tych robót była Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku. Podmiot ten udzielił następującej odpowiedzi: „W nawiązaniu do pisma z dnia (...) w sprawie udostępnienia informacji na temat doświadczenia Pana A. S. w kierowaniu robotami bitumicznymi z użyciem piły i remontera Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku potwierdza, że w latach 1997 –2010 i w okresach wskazanych w wykazie stanowiącym załącznik do ww. pisma Pan A. S. pełnił w organizowanych przez GDDKiA Oddział w Białymstoku pracach (wymagających remontów nawierzchni na drogach krajowych w Rejonie Białystok) funkcję kierownika robót drogowych. Prace te wymagały użycia piły do cięcia asfaltu i remontera.

Jednocześnie GDDKiA Oddział w Białymstoku informuje, iż Pan A. S. nie został oficjalnie zgłoszony jako kierownik robót przez wykonawcę tj. Konsorcjum: PORR Polska Infrastructure S.A. i UNIBEP S.A. na zadaniu pn. „Rozbudowa drogi ekspresowej na odcinku Wyszaków – granica województwa podlaskiego”, odcinek Ib – węzeł „Poręba” (bez węzła) – obwodnica Ostrowi Mazowieckiej (...)”.

Prace z lat 1997 – 2010, o których mowa w tym piśmie, odnoszą się do wskazanych powyżej pierwszych 12. pozycji, na które powołał się Zamawiający.

Odnosząc się do przedmiotu sporu Izba stwierdziła przede wszystkim, że użyte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia pojęcie „doświadczenie kierownika robót w kierowaniu robotami bitumicznymi” stanowi oświadczenie skierowane przez Zamawiającego do nieokreślonej liczby odbiorców, zatem należy interpretować je zgodnie

z dyspozycją wynikającą z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego. Przepis ten wskazuje, że „oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje”.

W ocenie Izby – wbrew twierdzeniu Zamawiającego – „ustalone zwyczaje”, czyli zwyczajowe i zwykle rozumienie tego pojęcia w branży budowlanej, nie odnosi się do jakiegokolwiek rodzaju kierowania robotami budowlanymi lub ich częścią, lecz pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, tj. kierowania nimi jako kierownik robót w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, w szczególności jej art. 12 ust. 1 pkt 2. Tym samym jedynie pełnienie na budowie tej funkcji można uznać za spełnienie wymogu warunkującego przyznaniem punktów w ramach kryterium oceny ofert.

Nie było sporne pomiędzy Stronami, że wykonywanie tego typu robót nie wymaga, zgodnie z przepisami, ustanowienia kierownika robót, jednak dany inwestor może takiego kierownika ustanowić fakultatywnie, co jest stosowaną praktyką zamawiających. Nie było też sporne, że w związku z brakiem wymagań prawnych w tym zakresie, trudno wymagać od osoby kierownika robót posiadania konkretnych uprawnień budowlanych.

Przystępujący do swoich wyjaśnień załączył kopię decyzji Podlaskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa, z której wynikało, że pan S. uzyskał uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w ograniczonym zakresie w specjalności drogowej. Nie były one kwestionowane, a ze względu na fakt, że przepisy prawa nie odnoszą się do wymaganego poziomu uprawnień do kierowania robotami bitumicznymi, nie można też stwierdzić, że nie są one wystarczające.

W odniesieniu do pisma Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku Izba stwierdziła, że GDDKiA oświadczyła jednoznacznie, iż „potwierdza, że w latach 1997 – 2010 i w okresach wskazanych w wykazie stanowiącym załącznik do ww. pisma Pan A. S. pełnił w organizowanych przez GDDKiA Oddział w Białymstoku pracach (wymagających remontów nawierzchni na drogach krajowych w Rejonie Białystok) funkcję kierownika robót drogowych. Prace te wymagały użycia piły do cięcia asfaltu i remontera.”

W ocenie Izby Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad powinna prawidłowo, tj. tak jak Izba wskazała powyżej, rozumieć pojęcie „kierownika robót” i „doświadczenia kierownika robót w kierowaniu robotami”, ponieważ, jak wynika z doświadczenia Izby, w swoich postępowaniach często posługuje się tymi pojęciami właśnie w tym znaczeniu, zatem Izba nie kwestionowała oświadczenia również w tym zakresie. Nie było też ono kwestionowane przez Odwołującego.

Nie stwierdzono także okoliczności, z których wynikałoby, że Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku miała interes w wydawaniu oświadczeń nakierowanych na uzyskanie korzyści przez jakiegokolwiek wykonawcę lub inżyniera, a które tym samym mogłyby podważać wiarygodność tego oświadczenia.

Jak wskazano powyżej, art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się do sytuacji, w której wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a więc m.in. odnoszące się do kwestii podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert.

W niniejszym postępowaniu, pomimo że nie wszystkie informacje udało się Zamawiającemu zweryfikować, w tym nie wszystkie pozytywnie, nie było kwestionowane, że część z nich pozwalająca na ustalenie 8-letniego doświadczenia pana S. została potwierdzona, a tym samym pozwalała przyznać wykonawcy 30 punktów. W związku z powyższym nie stwierdzono, że ewentualne błędne podanie pozostałych informacji stanowiło wprowadzenie Zamawiającego w błąd mający istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: