

WYROK
z dnia 24 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 24 października 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2017r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **UNIBEP Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku Podlaskim, ul. 3-ego Maja 19 i VALUE ENGINEERING spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Kanarkowa 8 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 2**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego „MAKSBUD” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku Podlaskim, ul. Mickiewicza 183** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2162/17 po stronie zamawiającego

orzeka :

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu wykluczenie wykonawcy Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego „MAKSBUD” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku Podlaskim, ul. Mickiewicza 183 na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z uwagi na to, że składając w formularzu informacje na temat doświadczenie kierownika budowy oświadczył, że p. P.A. pełnił funkcję kierownika robót drogowych na kontrakcie „Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 690 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Ostrożany – Siematyczne od rozpoczęcia robót tj. od dnia 24 stycznia 2014r., czym wprowadził zamawiającego w błąd, skutkujący przyznaniem wykonawcy za to doświadczenie 10 pkt., podczas gdy w rzeczywistości pan P.A. nie objął funkcji**

kierownika robót drogowych w dniu 24 stycznia 2014r., ale w dniu 1 września 2014r., co sam wykonawca przyznał udzielając zamawiającemu wyjaśnień w toku ponownego badania i oceny ofert. Informacja wprowadzająca w błąd miała istotny wpływ na decyzje zamawiającego, gdyż gdyby zamawiający w toku pierwotnej oceny ofert znał rzeczywisty moment rozpoczęcia robót nie przyznałby 10 pkt. wykonawcy.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 2 i

2.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 10 000 zł. 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia UNIBEP Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku Podlaskim, ul. 3-ego Maja 19 i VALUE ENGINEERING spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Kanarkowa 8 tytułem wpisu od odwołania

2.2. Zasądza od zamawiającego: Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 2 na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia UNIBEP Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku Podlaskim, ul. 3-ego Maja 19 i VALUE ENGINEERING spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Kanarkowa 8 kwotę 10 000zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z tytułu poniesionych kosztów uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Białymstoku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na rozbudowę drogi krajowej nr 66na odcinku Suchowolce – Kleszczele – Projektuj i buduj zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 31 lipca 2017r. za numerem 560888-N-2017.

W dniu 8 września 2017r. zamawiający poinformował o wyborze wykonawcy Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe MAKSUBUD sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku Podlaski i przyznaniu m. in. 20 punktów w kryterium doświadczenie kierownika budowy.

W dniu 12 września 2017r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: UNIBEP S.A. z Bielska Podlaskiego (lider) oraz VALUE ENGINEERING sp. z o.o. z Warszawy (dalej „odwołujący”) wnieśli odwołanie na czynności podjęte i zaniechane przez zamawiającego, polegające na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego „MAKSUBUD” sp. z o.o. z Bielska Podlaskiego (dalej „Maksbud”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) [dalej „ustawa”]:

1. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. art. 91 ust. 1, przez:
 - a) prowadzenie postępowania w sposób naruszający obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, a w konsekwencji udzielenie zamówienia Maksbud wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy i kryteriami oceny ofert zastosowanymi przez zamawiającego w zakresie doświadczenia kierownika budowy,
 - b) wybór oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Maksbud niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) w zakresie kryteriów doświadczenia kierownika budowy, polegający na zawyżeniu punktacji oferty Maksbud, podczas gdy prawidłowa ocena powinna prowadzić do przyznania temu wykonawcy 0 pkt w zakresie doświadczenia kierownika budowy P.A.,
2. art. 24 ust. 1 pkt 17) w zw. z art. 24 ust. 4, przez brak wykluczenia z postępowania Maksbud, który wprowadził zamawiającego w błąd przez lekkomyślność lub niedbalstwo przy przedstawieniu informacji niezbędnych do oceny ofert pod względem kryterium związanego z doświadczeniem kierownika budowy w zakresie posiadania udokumentowanego doświadczenia zgodnie z pkt 19.1.2. ppkt 3) siwz, podczas gdy w rzeczywistości kierownik wskazany przez Maksbud powinien

- otrzymać 0 pkt z uwagi na doświadczenie w wykonaniu jednego zadania zgodnie z pkt 19.1.2. ppkt 1) siwz, co miało istotny wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty,
3. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 91, przez brak wezwania Maksbud do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, pomimo obiektywnych wątpliwości zamawiającego co do prawidłowości informacji przedstawionych przez Maksbud w zakresie doświadczenia kierownika budowy (w szczególności pkt 1 i 3 formularza pn.: „Informacje dot. doświadczenia kierownika budowy”), a w konsekwencji naruszenie art. 91, przez dokonanie wyboru oferty Maksbud, która to oferta nie była najkorzystniejszą w postępowaniu,
 4. art. 92 ust. 1, przez brak zastosowania, polegającego na zaniechaniu podania jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego i prawnego podjęcia decyzji, podczas gdy zamawiający zobligowany jest do wypełnienia obowiązku wynikającego z ww. normy prawa jako normy o charakterze obligatoryjnym.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania oraz dokumentów wskazanych w treści odwołania, załączonych do odwołania,
3. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Maksbud jako najkorzystniejszej oraz unieważnienia czynności oceny ofert,
4. nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnego badania i oceny ofert, a następnie wykluczenie wykonawcy Maksbud z udziału w postępowaniu i uznanie jego oferty za odrzuconą na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 tejże ustawy,
5. w przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą braku zasadności wniosku wskazanego w pkt 3), zgodnie z pkt 1) i 2) o nakazanie zamawiającemu przyznania Maksbud 0 pkt (0%) w zakresie kryterium oceny ofert związanego z doświadczeniem Kierownika Budowy (zgodnie z pkt 19.1.2. ppkt 1) siwz),
6. nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w świetle kryteriów oceny ofert oraz spełniającej wszystkie stawiane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący zażądał także zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów poniesionych z tytułu uiszczanego wpisu oraz kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika według norm przepisanych.

W dniu 15 września 2017 r., pismem z 14 września 2017 r., wykonawca Maksbud złożył zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W dniu 21 września 2017 r. do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo zamawiającego z dnia 20 września 2017 r., w którym zamawiający oświadczył, iż „uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu z dnia 13.09.2017 r.”.

Pismem z dnia 21 września 2017 r. przystępujący został wezwany przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do złożenia, w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania pod rygorem umorzenia postępowania, oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Pismem z dnia 22 września 2017 r. przystępujący oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy w zw. z art. 186 ust. 1 ustawy, postanowiła w dniu 25 września 2017r. postępowanie odwoławcze umorzyć.

W dniu 11 października 2017r. zamawiający dokonał ponownie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Maksbud przyznając jej w kryterium doświadczenie kierownika budowy 10 punktów, czyli wagę 20%. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta odwołującego.

W dniu 16 października 2017r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20 września 2017r. udzielonego przez pełnomocnika wykonawców wspólnie się ubiegających, który został ustanowiony pełnomocnictwem z dnia 4 sierpnia 2017r. przez partnera konsorcjum. Kopia odwołania została przekazana w dniu 16 października 2017r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy w zw. z art. art. 91 ust. 1 ustawy - przez:
 - a) prowadzenie postępowania w sposób naruszający obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, a w konsekwencji wybór i udzielenie zamówienia wykonawcy - firmie Maksbud wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy i kryteriami oceny ofert zastosowanymi przez zamawiającego (w zakresie doświadczenia kierownika budowy);
 - b) wybór oferty najkorzystniejszej (oferty firmy Maksbud) niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w zakresie kryteriów doświadczenia kierownika budowy), polegające na bezprawnym przydzieleniu firmie Maksbud 10 punktów za doświadczenie kierownika budowy (ewent. kierownika robót drogowych). podczas gdy prawidłowa ocena powinna prowadzić do wykluczenia z postępowania wykonawcy Maksbud lub co najwyżej przyznania temu wykonawcy 0 pkt w zakresie doświadczenia kierownika budowy - Pana P.A.;
2. art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy - przez brak wykluczenia z postępowania wykonawcy Maksbud, która to firma wprowadziła zamawiającego w błąd przez co najmniej lekkomyślność lub niedbalstwo (ewentualnie - celowe ukierunkowane działanie)

przy przedstawieniu informacji niezbędnych do oceny ofert pod względem kryterium związanego z doświadczeniem kierownika budowy w zakresie posiadania udokumentowanego doświadczenia w realizacji Inwestycji pn.: „Przebudowa drogi krajowej nr 61 Warszawa - Augustów, odcinek Grabowo - Szczuczyn” zgodnie z pkt 19.1.2. ppkt 3) siwz, podczas gdy w rzeczywistości osoba ta nie posiadała zadeklarowanego przez Maksbud doświadczenia;

3. art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy - przez brak wykluczenia z postępowania wykonawcy Maksbud pomimo uznania w całości zarzutów zawartych w Odwołaniu odwołującego z dnia 12 września 2017 r. (sygn. akt: KIO 1916/17 i postanowienie z dnia 25 września 2017 r.) zarówno przez samego zamawiającego, jak i Maksbud, co stanowiło potwierdzenie (również przez dalsze przyznanie przez Maksbud w piśmie z dnia 4 października 2017 r. i działania zamawiającego) w zakresie lekkomyślnego lub niedbałego działania przy przedstawieniu informacji co do doświadczenia kierownika budowy co do posiadania udokumentowanego doświadczenia zgodnie z pkt 19.1.2. ppkt 3) siwz (co do realizacji Inwestycji pn.: „Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 690 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Ostrożany-Siemiaticze”);

4. art. 91 ustawy - przez dokonanie wyboru oferty Maksbud, która to oferta nie była najkorzystniejszą złożoną w Postępowaniu;

5. art. 92 ust. 1 ustawy - przez brak zastosowania, polegającego na zaniechaniu podania jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego i prawnego podjęcia decyzji, podczas gdy zamawiający zobligowany jest do wypełnienia obowiązku wynikającego z ww. normy prawa jako normy o charakterze obligatoryjnym.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie niniejszego odwołania;
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania oraz dokumentów wskazanych w treści niniejszego pisma (załączonych do odwołania);
- 3) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty firmy Maksbud jako najkorzystniejszej oraz unieważnienia czynności oceny ofert,
- 4) nakazanie zamawiającemu wykluczenie wykonawcy Maksbud z udziału w postępowaniu i uznanie jego oferty za odrzuconą na podstawie przepisu art. 24 ust 1 pkt 17) ustawy w zw. z art. 24 ust 4 ustawy;
- 5) w przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą braku zasadności wniosku wskazanego w pkt 4) powyżej odwołujący wniósł zgodnie z pkt 1), 2) i 3) oraz wniósł o nakazanie zamawiającemu przyznania firmie Maksbud 0 pkt (0%) w zakresie kryterium oceny ofert związanego z doświadczeniem Kierownika Budowy (zgodnie z pkt 19.1.2. ppkt 1) siwz);

6) nakazane zamawiającemu dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w świetle kryteriów oceny ofert oraz spełniającej wszystkie stawiane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.

Ponadto odwołujący żądał:

7) zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów poniesionych z tytułu uiszczanego wpisu oraz kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny w złożeniu odwołania. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu. Oferta odwołującego została niezasadnie, w świetle postawionych wymogów, sklasyfikowana na miejscu 2 w rankingu oceny ofert (zgodnie z uzyskanymi punktami) na podstawie ponownego zawiadomienia zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 12 października 2017r. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W wyniku potencjalnie prawidłowego działania zamawiającego, najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu byłaby oferta odwołującego. Nie budzi zatem żadnych wątpliwości, iż objęte odwołaniem czynności zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego, polegającej na uniemożliwieniu odwołującemu, w sposób zgodny z prawem, uzyskania zamówienia. W przypadku potwierdzenia stawianych zarzutów i uwzględnienia odwołania, odwołujący uzyska zamówienie w tym postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią pkt 19.1. siwz zamawiający przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty przyjął następujące kryteria:

„Cena - 60% = 60 pkt

Doświadczenie Kierownika Budowy -20 % -20 pkt

Okres gwarancji i rękojmi - 20% - 20 pkt

Następczo w pkt 19.1.2. treści siwz zamawiający wskazał, iż:

„Kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” będzie rozpatrywane na podstawie doświadczenia osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia - Kierownik Budowy - znaczenie kryterium 20%

Za skierowanie do pełnienia funkcji Kierownika Budowy osoby posiadającej:

1) Udokumentowane doświadczenie w realizacji 1 zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub remont (z wyłączeniem remontów częściowych) dróg lub ulic klasy minimum G o wartości 1 zadania co najmniej: 6 500 000,00 PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku/stanowiskach: Kierownik Budowy lub Kierownik Robót Drogowych lub Inspektor Nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej - 0 pkt

2) Udokumentowane doświadczenie w realizacji 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub remont (z wyłączeniem remontów częściowych) dróg lub ulic klasy minimum

G o wartości 1 zadania co najmniej: 6500 000,00 PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku/stanowiskach: Kierownik Budowy lub Kierownik Robót Drogowych lub Inspektor Nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej -10 pkt

3) Udokumentowane doświadczenie w realizacji 3 zdań lub więcej obejmujących budowę lub przebudowę lub remont (z wyłączeniem remontów cząstkowych) dróg lub ulic klasy minimum G o wartości 1 zadania co najmniej: 6 500 000,00 PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku/stanowiskach: Kierownik Budowy lub Kierownik Robót Drogowych lub Inspektor Nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej—20 pkt (...). Zgodnie z treścią załączonego do oferty formularza pn.: „Informacje dot. doświadczenia Kierownika Budowy” firma Maksbud wskazała na Pana P.A., oświadczając, iż osoba posiada doświadczenie w realizacji następujących zadań, cyt.:

„1) Przy realizacji zadania:

Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 690 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Ostrożany - Siemiatycze, droga klasy G (...) o wartości robót 47180 165,00 zł netto sprawował f-cję kierownika robót drogowych (...) od rozpoczęcia robót do wykonania zadania.

(...) 3) Przy realizacji zadania:

Przebudowa drogi krajowej nr 61 Warszawa - Augustów, odcinek Grabowo - Szczuczyn, droga klasy GP (...) o wartości robót 29 000 000,00 zł netto (...) sprawował f-cję kierownika robót drogowych (...) od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (...)."

Zamawiający w wyniku pierwotnie przeprowadzonego postępowania dokonał wyboru oferty firmy Maksbud, przyznając temu wykonawcy 100 pkt. Ostatecznie zamawiający przyznał Maksbud 60 pkt za oferowaną cenę realizacji Zamówienia, 20 pkt za udzielony okres rękojmi i gwarancji oraz 20 pkt (maksymalną liczbę punktów) za doświadczenie Kierownika Budowy. Na drugim miejscu według klasyfikacji punktowej wykonawców znalazła się oferta odwołującego. Według kryteriów oceny ofert, Odwołujący uzyskał 83,07 pkt, gdzie otrzymując po 20 pkt za okres udzielonej gwarancji i rękojmi oraz 20 pkt za doświadczenie kierownika budowy. Pozostałe 43,07 pkt zamawiający przyznał za ofertowaną cenę realizacji Zamówienia.

Niezależnie od postępowania wyjaśniającego po stronie zamawiającego (które stanowi jego obowiązek w celu wyłonienia wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, a przede wszystkim - wybranego w zgodzie z zapisami siwz i przepisów prawa), odwołujący w czasie trwania procedury przetargowej zwrócił się do innych zamawiających o udzielenie informacji publicznych w zakresie doświadczenia Kierownika Budowy Pana P.A..

W odpowiedzi na powyższe zapytanie, Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku przekazał wyciąg z Dziennika Budowy dla Inwestycji pn.: „Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 690 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą

techniczną na odcinku Ostrożany - Siemiatycze", w który wyraźnie i jednoznacznie określono, iż Pan P.A. objął funkcję kierownika robót drogowych z dniem 1 września 2014 r., podczas gdy rozpoczęcie robót i objęcie funkcji kierownika budowy na wskazanej inwestycji nastąpiło z dniem 24 stycznia 2014 r. (data rozpoczęcia robót na przedmiotowej inwestycji).

W świetle powyższego, Maksbud nie był uprawniony do uzyskania jakiegokolwiek liczby punktów za realizację przez deklarowanego kierownika Zadania opisanego powyżej (w wymaganym przez zamawiającego okresie), z uwagi na brak wypełnienia warunku kryterium w zakresie pełnienia funkcji kierownika robót drogowych od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na danym stanowisku. Wprowadził swym działaniem (minimum lekkomyślnym lub niedbałym) ww. zamawiającego w błąd.

Pierwotnie sam zamawiający w odpowiedzi na zapytanie odwołującego z dnia 25 sierpnia 2017 r. (i ponowione pismem z dnia 8 września 2017 r.) ws. udzielania informacji dot. Kierownika Budowy - Pana P.A. w ramach realizacji Inwestycji pn.: „Przebudowa drogi krajowej nr 61 Warszawa - Augustów, odcinek Grabowo - Szczuczyn", udzielił zdawkowej odpowiedzi z uwagi na brak właściwych oświadczeń (niewymaganych przez zamawiającego). Zamawiający wskazał, iż nie może potwierdzić sprawowania przez Pana P.A. funkcji kierownika budowy/kierownika robót drogowych dla ww. inwestycji, informując, iż wskazane informacje może posiadać m.in. PBM „MAKBUD" (spółka która obecnie funkcjonuje jako Oddział Drogowy UNIBEP S.A.) czy Budrex - Kobi sp. z o.o. w Białymstoku (spółka pozostająca w Grupie Kapitałowej UNIBEP S.A.).

Uzyskując część wymaganych dokumentów oraz poddając pod wątpliwość zgodności ze stanem faktycznym i prawnym dokonany wybór najkorzystniejszej oferty, odwołujący pismem z dnia 12 września 2017 r. wystosował odwołanie w ww. postępowaniu.

Na skutek złożonego odwołania, zamawiający pismem z dnia 20 września 2017 r. nr O.Bi.D-3.2411.21.2017 w sprawie o sygn. akt: KIO 1916/17 uznał w całości zarzuty stawiane przez wykonawcę, deklarując konieczność przeprowadzenia transparentnego postępowania.

W zaistniałej sytuacji procesowej również firma Maksbud pismem z dnia 22 września 2017 r. nr l.dz. 656/2017 sygn. akt: KIO 1916/17 nie wniósł sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w postępowaniu o wyżej wskazanej sygnaturze.

Na skutek zaistniałej sytuacji procesowej Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 25 września 2017 r. w sprawie sygn. akt: KIO 1916/17 umorzyła postępowanie odwoławcze i nakazała zwrot uiszczzonego wpisu od odwołania.

W świetle powyższego, pismem z dnia 27 września 2017 r. nr O.Bi.D-3.2411.21.2017 działając na podstawie przepisu art. 87 ust 1 ustawy zamawiający wezwał firmę Maksbud do wyjaśnienia:

„1) czy Pan P.A. pełnił obowiązki Kierownika Robót Drogowych na zadaniach:

- Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 690 wraz, z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Ostrożany - Siemiatycze,
- Przebudowa drogi krajowej nr 61 Warszawa -Augustów, odcinek Grabowo - Szczuczyn,

Od rozpoczęcia robót do ich wykonania

W ww. piśmie zamawiający powołując się na treść SiWZ wskazał, jak należy rozumieć wykonania robót (tj. branie udziału w czynnościach odbioru końcowego).

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 4 października 2017 r. wykonawca - firma Maksbud wskazała i potwierdziła stanowisko odwołującego prezentowane już we wcześniejszym odwołaniu z dnia 12 września 2017 r. sygn. akt: KIO 1916/17, iż osoba Pana P.A. nie posiada wymagane doświadczenia w wymaganym okresie realizacji Inwestycji pn.: „Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 690 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Ostrożany - Siemiatycze”.

Ponadto, Maksbud stanowczo zadeklarował, iż Pan P.A. pełnił funkcję kierownika robót drogowych przez cały wymagany okres realizacji Inwestycji pn.: „Przebudowa drogi krajowej nr 61 Warszawa - Augustów, odcinek Grabowo - Szczuczyn”, przedstawiając na powyższe dowód w postaci zaświadczenia wydanego przez Dyrektora ds. Personalnych firmy Budimex S.A. w Warszawie - Panią M.W.-P..

Zamawiający w konsekwencji i pomimo posiadania własnej wiedzy w zakresie braku posiadania wymaganego doświadczenia kierownika - Pana P.A. w ramach realizacji Inwestycji pn.: „Przebudowa drogi krajowej nr 61 Warszawa - Augustów, odcinek Grabowo - Szczuczyn” (która to inwestycja realizowana była w zakresie działalności Oddziału GDDKiA w Białymstoku), dokonał ponownego wyboru oferty firmy Maksbud jako najkorzystniejszej (udzielając 10 pkt za ww. doświadczenie), zawiadamiając o tym wyborze wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Dzień po wystosowaniu ww. zawiadomienia odwołujący otrzymał pismem z dnia 12 października 2017 r. odpowiedź udzieloną przez zamawiającego w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej, zawierającą całkowite zaprzeczenie ww. dokonanego wyboru. W piśmie tym wskazuje się bowiem, iż osoba Pana P.A. nie występuje w dzienniku budowy dla inwestycji pn.: „Przebudowa drogi krajowej nr 61 Warszawa - Augustów, odcinek Grabowo - Szczuczyn” - zarówno w żadnym okresie realizacji Inwestycji, jak i pod jakąkolwiek funkcją. Jak wskazała GDDKiA Oddział w Białymstoku ww. osoba nie figuruje również jako osoba biorąca udział w odbiorze ostatecznym lub pogwarancyjnym.

Jak wskazał zamawiający, cyt.: «W związku z powyższym odpowiadając na Państwa wniosek informujemy, iż nie możemy potwierdzić, że Pan P.A. pełnił samodzielną funkcję techniczną w budownictwie jako kierownik budowy lub kierownik robót podczas realizacji inwestycji „Przebudowa drogi krajowej nr 61 Warszawa -Łomża -Augustów” odcinek

Grabowo-Szczuczyn od km 189J961 od km 200+936"».

Odwołujący uważa, że zamawiający w niniejszym postępowaniu, nie tylko dokonał wyboru oferty wykonawcy i udzielił firmie Maksbud zamówienia pozostając w sprzeczności z obowiązującymi przepisami, jak i stawianymi kryteriami oceny ofert, ale ponadto naruszył podstawową zasadę transparentności postępowania, zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania takich samych podmiotów w takich samych okolicznościach prawnych i faktycznych.

Firma Maksbud w świetle przedłożonych dokumentów — zarówno posiadanych przez samego zamawiającego, jak i następnie odwołującego, nie jest i nie była uprawniona do otrzymania 10 pkt za kryterium doświadczenia kierownika budowy - Pana P.A.. Maksbud w ocenie odwołującego powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu z uwagi na działanie wprowadzające zamawiającego w błąd, ukierunkowane na zdobycie zamówienia. Niezależnie od istnienia niezaprzeczalnych podstaw do wykluczenia Maksbud z postępowania, uprawniony on był w niniejszym postępowaniu do uzyskania 0 pkt za wykazanie się doświadczeniem w wykonaniu zadania nr 2 zgodnie z treścią formularza pn.: „informacje dot. doświadczenia kierownika budowy”.

Odwołujący wskazał na rozumienie zasady proporcjonalności w orzecznictwie Izby - wyrok z dnia 29 marca 2017 r., sygn.. akt: KIO 470/17.

W drugą stronę - zasada zachowania równości nie oznacza jednak, iż każdy z wykonawców startujących w postępowaniu powinien być uprawniony do liczby punktów wg kryteriów oceny ofert uprawniających do pierwszeństwa w ostatecznej klasyfikacji, a wszelkie wątpliwości lub też oczywiste niezgodności, winny być rozpatrywane na korzyść wykonawcy, który tylko potencjalnie złożył najkorzystniejszą ofertę.

W ocenie odwołującego doszło więc do naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust 1 i 3 ustawy w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy oraz art. 91 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, a w konsekwencji udzielenie zamówienia wykonawcy - firmie Maksbud wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy i kryteriami oceny ofert zastosowanymi przez zamawiającego (w zakresie doświadczenia kierownika budowy).

Przede wszystkim działanie Maksbud przez czynności konkludentne na etapie samego postępowania przez Krajową Izbą Odwoławczą sygn. akt: KIO 1916/117 wskazywały na podanie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Należy bowiem wskazać, iż Maksbud nie sprzeciwiał się w żaden sposób zarzutom stawianym przez odwołującego, a przez brak reakcji obronnej/niweczącej zarzuty w sposób co najmniej dorozumiany przyznał zasadność argumentacji odwołującego.

Maksbud potwierdził powyższe również pismem z dnia 4 października 2017 r. nr I.dz.

686/2017 wraz z załącznikiem (zaświadczeniem od firmy Budimex S.A. w Warszawie z dnia 4 października 2017 r.), jednocześnie ponownie poświadczając nieprawdę, która miała istotny wpływ na wynik postępowania.

W konsekwencji samego braku wykluczenia Maksbud z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, doszło do naruszenia ww. przepisów ustawy przez wybór oferty najkorzystniejszej (oferty firmy Maksbud) niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w zakresie kryteriów doświadczenia kierownika budowy), polegające na przyznaniu 10 pkt ofercie Maksbud, podczas gdy prawidłowa ocena powinna prowadzić do przyznania temu wykonawcy 0 pkt w zakresie doświadczenia kierownika budowy/kierownika robót drogowych.

Co więcej w świetle naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy odwołujący wskazał na wyrok z dnia 26 stycznia 2017 r., sygn. akt: KIO 76/17. Niezależnie od powyższego, wskazał, iż niniejszej postępowanie odwoławcze jest drugim postępowaniem wszczętym przez odwołującego, przy czym w pierwotnie prowadzonym postępowaniu (sygn. akt KIO 1916/17) zamawiający uznał zasadność stawianych zarzutów, dlatego też jego dalsze działania winny być odzwierciedleniem podjętej w tym zakresie decyzji, a w szczególności powinny być zgodne z obowiązującym prawem tak KIO w wyroku z dnia 21 kwietnia 2015 r., sygn. akt: KIO 675/15. W niniejszym postępowaniu zamawiający uwzględniając odwołanie, dokonał czynności (nie tylko wybiórczo wobec treści odwołania pierwotnego), ale przede wszystkim niezaprzeczalnie niezgodnych z przepisami prawa – tak w wyroku z dnia 7 lipca 2016 r., sygn. akt: KIO 1124/16.

Bez wątplenia zdaniem odwołującego, w świetle przedstawionych przez odwołującego dowodów w niniejszym postępowaniu, doszło również do naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy przez brak wykluczenia z postępowania wykonawcy Maksbud, która to firma wprowadziła zamawiającego w błąd przez (co najmniej) lekkomyślność lub niedbalstwo przy przedstawieniu informacji niezbędnych do oceny ofert pod względem kryterium związanego z doświadczeniem kierownika budowy w zakresie posiadania udokumentowanego doświadczenia zgodnie z pkt 19.1.2. ppkt 3) siwz.

Potwierdziło się bowiem w świetle przedłożonych dowodów, iż Maksbud i oferowana osoba Pana P.A. nie ma deklarowanego wprost przez tegoż wykonawcę doświadczenia zarówno w realizacji Inwestycji pn.: „Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 690 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Ostrożany - Siemiatycze” oraz „Przebudowa drogi krajowej nr 61 Warszawa - Augustów, odcinek Grabowo-Szczuczyn”.

Co więcej, sam zamawiający, pomimo posiadania własnych, najszerszych informacji w zakresie osób pełniących samodzielne funkcje w ramach realizacji Inwestycji pn.: „Przebudowa drogi krajowej nr 61 Warszawa - Augustów, odcinek Grabowo - Szczuczyn”,

nie dokonał wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu (w konsekwencji uznania jego oferty za odrzuconą), a przynajmniej przyznania minimalnej liczby 0 pkt za doświadczenie kierownika budowy.

Bez wątpienia zdaniem odwołującego też czynność ze strony Maksbud wprowadzały w błąd, a tym samym miały istotny wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty.

W świetle powyższego, doświadczenie Kierownika Budowy - Pana P.A. nie uprawniło firmy Maksbud do uzyskania liczby punktów - 10, z w ocenie odwołującego ewentualnie - w przypadku gdyby zarzut wykluczenia się nie potwierdził - do uzyskania 0 pkt, z uwagi na wykazanie się doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika budowy od rozpoczęcia robót do wykonania zadania jedynie w odniesieniu do Inwestycji z pkt 2) treści formularza pn.: „Informacje dot. doświadczenia kierownika budowy”.

Zgodnie bowiem z przepisem art 24 ust. 1 pkt 17) ustawy 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.

Działanie wykonawcy można by również rozpatrywać w kontekście potwierdzenia zawartego w piśmie z dnia 22 września 2017 r., a następnie pisma z dnia 4 października 2017 r. nr I.dz. 686/2017 nie tylko jako niedbalstwo lub lekkomyślność, ale przede wszystkim jako świadome działanie.

Jak wskazała bowiem Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 kwietnia 2017 r., sygn. akt: KIO 576/17, cyt.: „(...) Przez przedstawienie nieprawdziwych informacji (informacji wprowadzających w błąd) należy rozumieć m.in. złożenie przez wykonawcę własnego oświadczenia wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego), którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy. Wprowadzenie zamawiającego w błąd winno być wynikiem, co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa ze strony wykonawcy. Ich skutkiem zaś winno być pozostawanie zamawiającego w błędnym przekonaniu, co do rzeczywistego stanu rzeczy. Jednocześnie takie błędne przekonanie, choćby potencjalnie, powinno mieć przełożenie na przebieg postępowania (...) .Przesłanka wykluczenia ujęta w art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. jest bardziej pojemna i zawiera w sobie przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p.. które można uznać za kwalifikowane przypadki wprowadzenia w błąd. (...) Aby mogło dojść do podważenia oświadczeń, ujętych i przedstawionych w jakimkolwiek dokumencie składanym na potwierdzenie warunków, winny zostać przedstawione dowody spoza dokumentacji postępowania (spoza treści wniosku lub oferty złożonej w postępowaniu, jak również spoza korespondencji pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia a zamawiającym). Wówczas na skutek swego rodzaju "wyjścia" poza informacje dostępne w ramach postępowania dochodzi do wykazania rzeczywistego stanu rzeczy podważającego stan wiedzy dostępny zamawiającemu w

postępowaniu".

Odwołujący dla poparcia stawianej argumentacji wskazuje również na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 15 grudnia 2015 r. (choć wydanym w odmiennym stanie prawnym, to jednak aktualnym na gruncie niniejszej sprawy), sygn. akt: KIO 2653/15. Co więcej w ocenie odwołującego, zamawiający pomimo pozostawania w wiedzy co do nieprawdziwości danych prezentowanych w ofercie Maksbud i dalszych pismach, naruszył przepisy prawa i poprzestał na bezkrytycznym przyjęciu oświadczenia wykonawcy i złożonych zaświadczeniach wątpliwej treści. Tym samym w ocenie odwołującego, zamawiający nie może i nie mógł w niniejszej sprawie bezkrytycznie przyjmować wszystkich składanych przez wykonawcę Maksbud oświadczeń, tym bardziej jeśli istnieją uzasadnione wątpliwości co do prawdziwości formułowanych twierdzeń, a dodatkowe informacje znajdują się w posiadaniu samego zamawiającego (są łatwo weryfikowalne).

W niniejszym postępowaniu doszło również do naruszenia przepisu art. 92 ust. 1 ustawy, przez zaniechanie przez zamawiającego sporządzenia uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanego wyboru. Powyższe stoi w sprzeczności ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 5 kwietnia 2017 r., sygn. akt: 517/17, jak również w wyroku z dnia 12 września 2016 r., sygn. akt: KIO 1596/16; KIO 1604/16

Jako dowody wskazane w treści odwołania, odwołujący powołał:

- a) Kopia oferty firmy Maksbud - strony 1 -12;
- b) Treść siwz dla Postępowania;
- c) zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 8 września 2017 r., nr O.BI.D- 3.2411.21.2017;
- d) Pismo odwołującego z dnia 25 sierpnia 2017 r. kierowane do zamawiającego - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku ws. udzielania informacji dot. Kierownika Budowy - Pana P.A. w ramach realizacji Inwestycji pn.: „Przebudowa drogi krajowej nr 61 Warszawa -Augustów, odcinek Grabowo-Szczuczyn”;
- e) Pismo odwołującego z dnia 8 września 2017 r. kierowane do zamawiającego - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku ws. udzielania informacji dot. Kierownika Budowy - Pana P.A. w ramach realizacji Inwestycji pn.: „Przebudowa drogi krajowej nr 61 Warszawa - Augustów, odcinek Grabowo-Szczuczyn”;
- f) Pismo Zamawiającego z dnia 12 września 2017 r. nr O.BI.I-4.410.2017.4.bi.
- g) Pismo odwołującego z dnia 25 sierpnia 2017 r. kierowane do Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Białymstoku ws. udzielani informacji dot. Kierownika Budowy - Pana P.A. w ramach realizacji Inwestycji pn.: „Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 690 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Ostrożany - Siemiatycze”;
- h) Pismo Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich z dnia 7 września 2017 r. wraz z

załącznikiem (wyciąg z kopii Dziennika Budowy);

- i) pismo zamawiającego z dnia 20 września 2017 r. nr O. Bi. D-3.2411.21.2017 w sprawie o sygn. akt: KIO 1916/17
- j) pismo Maksbud z dnia 22 września 2017 r. nr l.dz. 656/2017 w sprawie o sygn. akt: KIO 1916/17;
- k) kopia postanowienia z dnia 25 września 2017 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1916/17;
- l) pismo zamawiającego z dnia 27 września 2017 r. nr O.Bi.D-3.2411.21.2017;
- m) pismo Maksbud z dnia 4 października 2017 r. nr l.dz. 686/2017 wraz z załącznikiem (zaświadczeniem od firmy Budimex 5.A w Warszawie z dnia 4 października 2017
- n) zawiadomienie o powtórny wyborze najkorzystniejszej oferty -pismo z dnia 11 października 2017 r. nr O.Bi.D-3.2411.21.2017.
- o) wniosek odwołującego z dnia 12 września 2017 r. (data wpływu do zamawiającego - 14 września 2017 r.);
- p) odpowiedź zamawiającego z dnia 12 października 2017 r. nr O.BU-4.410.2017.11.jd.

W dniu 17 października 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 18 października 2017r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział Maksbud wniósł o nieuwzględnienie odwołania. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą, a w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta zostałaby odrzucona lub niżej oceniona i nie zawarłby umowy z zamawiającym i nie osiągnął zysku z tytułu realizacji umowy. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 17 października 2017r.

W dniu 23 października 2017r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Przedstawił postanowienia siwz oraz dotychczasowy przebieg postępowania wskazując, że w świetle przedstawionych faktów nie miał podstaw do uznania słuszności odwołania. Wskazał, że w dniu 12 września 2017 r. firma Unibep złożyła odwołanie, w którym poinformowała i przedstawiła dowód na to, że Pan P.A. objął funkcję kierownika robót drogowych z dniem 1 września 2014 r. podczas gdy rozpoczęcie robót i objęcie funkcji kierownika budowy na zadaniu realizowanym przez Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku pn. „Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 690 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Ostrożany Siemiatycze” nastąpiło z dniem 24 stycznia 2014 r. (data rozpoczęcia robót na przedmiotowej inwestycji).

Zamawiający celem ostatecznego wyjaśnienia wątpliwości oraz mając na uwadze

zachowanie transparentności postępowania, postanowił uznać odwołanie, a następnie unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzyć czynność badania i oceny ofert oraz dokonać ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Po unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 08.09.2017 r. Zamawiający podjął działania związane z badaniem oferty firmy Maksbud.

W tym celu w piśmie z dnia 27 września 2017 r. zwrócił się do Maksbudu o wyjaśnienie, czy Pan P.A. pełnił obowiązki Kierownika Robót Drogowych na 2 wskazanych zadaniach. Odpowiedź firmy Maksbud (pismo z dnia 04.10.2017 r.) wraz z załączonym zaświadczeniem wydanym przez firmę Budimex SA jako wykonawcę kontraktu „Przebudowa drogi krajowej nr 61” potwierdziła, że p. A. pełnił funkcję kierownika robót drogowych na ww zadaniu od rozpoczęcia robót do wykonania zadania tj. w okresie 13.03.2004 – 10.01.2005 r. Jednocześnie w tym samym piśmie Maksbud nie potwierdził wymaganego doświadczenia dla Pana P. A.a na innym zadaniu tj. „Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 690”

Z uwagi na fakt iż wszystkie dokumenty związane z inwestycją „Przebudowa drogi krajowej nr 61 Warszawa — Augustów, odcinek grabowo — Szczuczyn” znajdują się w archiwum, dlatego też zamawiający dokonując badania i oceny oferty Maksbud w ww. postępowaniu przetargowym, mógł oprzeć się tylko i wyłącznie na dokumentach złożonych przez tego wykonawcę tj. ofercie i wyjaśnieniach i zaświadczeniu wydanym przez firmę BUDIMEX S.A. Ww. dokumenty stanowiły podstawę do uznania przez Zamawiającego, że oferta firmy PDM „MAKSBUŁ” Sp. z o.o. jest najkorzystniejsza.

Oceniając wszystkie posiadane dokumenty, zamawiający uznał, że wykonawca spełnił warunki określone w opisie kryterium oceny ofert - Doświadczenie kierownika budowy, a oferta nie podlegała odrzuceniu oraz przyznał jej najwyższą liczbę punktów tj. 90 pkt.

Po dokonaniu ponownej oceny oferty firmy Maksbud, zamawiający uznał, że jest ona nadal ofertą najkorzystniejszą, o czym zawiadomił wykonawców w piśmie z dnia 11.10.2017 r.

W dniu 16 października 2017 r. Unibep złożył kolejne odwołanie, w którym główny zarzut oparł na swojej błędnej interpretacji treści odpowiedzi udzielonych przez Naczelnika oraz Zastępcę Naczelnika Wydziału Realizacji GDDKiA Oddział w Białymstoku w ramach udostępnienia informacji publicznej.

W piśmie z dnia 12 września 2017 r. Naczelnik Wydziału Realizacji GDDKiA Pan B.I. poinformował (odpowiedział na pismo firmy Unibep w ramach udostępnienia informacji publicznej), że w okresie realizacji inwestycji pn. „Przebudowa drogi krajowej nr 61 Warszawa - Augustów, odcinek Grabowo - Szczuczyn” zamawiający nie wymagał od Kierownika budowy ani od Kierownika robót drogowych złożenia oświadczeń o podjęciu swoich obowiązków i z tego też powodu, że nie posiada (bo nie wymagał) takich dokumentów, nie jest w stanie (czyli nie może) potwierdzić sprawowania przez Pana P. A.a funkcji kierownika budowy/kierownika robót dla ww. inwestycji. Takie stwierdzenie nie

oznaczał że Pan P. A. nie pełnił wymaganej przez zamawiającego funkcji, co błędnie zinterpretował i podnosi odwołaniu odwołujący.

Jednocześnie w piśmie Naczelnik Wydziału Realizacji poinformował, że zaangażowanie Pana P. A. można ewentualnie zweryfikować np. w firmie BUDIMEX SA, a która brała udział w realizacji ww. zadania.

W kolejnym piśmie z 12 października 2017 r. Zastępca Naczelnika Wydziału Realizacji GDDKiA Pan Jerzy Dąbrowski poinformował (odpowiedział na kolejne pismo firmy Unibep, że w dziennikach budowy i protokołach odbioru inwestycji „Przebudowa drogi krajowej nr 61 Warszawa - Augustów, odcinek Grabowo Szczuczyn”, Pan P.A. nie występuje jako kierownik budowy lub kierownik robót j w związku z tym nie może potwierdzić (bo nie posiada pełnych informacji, że pełnił on samodzielną funkcję techniczną w budownictwie Należy nadmienić, że ww. zadanie inwestycyjne realizowane było w latach 2004 2006, a dzienniki budowy są już materiałami archiwalnymi. Wśród obecnie pracujących osób w GDDKiA O/Białystok, nie ma już tych osób, które nadzorowały tę inwestycję i mogłyby stwierdzić jaki był stan faktyczny. Z uwagi na fakt, że brakuje pełnej wiedzy na ten temat, dlatego też zarówno Naczelnik jak i Zastępca Naczelnika Wydziału Realizacji w swoich odpowiedziach poinformowali, że nie mogą potwierdzić czy Pan P.A. pełnił ww. funkcję. Stwierdzenia obu Naczelników typu „nie jest w stanie potwierdzić” i „nie może potwierdzić” nie są równoznaczne z błędną interpretacją przedstawioną przez Unibep w odwołaniu jako: „nie pełnił funkcji”.

Zamawiający nadmienił, że uczestnikami procesu budowlanego, w rozumieniu art, 17 ustawy Prawo budowlane, są:

- 1) inwestor;
- 2) inspektor nadzoru inwestorskiego;
- 3) projektant;
- 4) kierownik budowy lub kierownik robót.

Przepis ten zawiera zamknięty katalog podmiotów będących uczestnikami procesu budowlanego, na których z tego tytułu spoczywają konkretne określone dalszymi przepisami ustawy obowiązki.

W przypadku kiedy na budowie działa zarówno kierownik budowy, jak i kierownik robót, to ten pierwszy jest obowiązany do poinformowania właściwego organu o objęciu swojej funkcji i poszczególnych robót. Potwierdza to już sama redakcja art. 41 ust. 4 pkt. 1 ustawy Prawo budowlane, zgodnie z którym inwestor jest obowiązany zawiadomić o zamierzonym terminie rozpoczęcia robót budowlanych, dla których wymagane jest pozwolenie na budowę, organ nadzoru budowlanego oraz projektanta sprawującego nadzór nad zgodnością realizacji budowy z projektem, dołączając na piśmie: oświadczenie kierownika budowy (robót).

A zatem obowiązek złożenia oświadczenia po stronie kierownika robót nie powstaje, jeśli na

budowie jest także kierownik budowy.

Skoro przedmiotowe oświadczenie kierownika budowy ma charakter obligatoryjny, to oświadczenie poszczególnych kierowników robót branżowych nie jest niezbędne, co potwierdza wykładnia językowa wskazanego przepisu wraz z użytą w niej liczbą pojedynczą: „Oświadczenie kierownika”.

Kierownik budowy odpowiada za koordynację pracy kierowników robót branżowych i to objęcie przez niego funkcji podlega zgłoszeniu właściwemu organowi.

Tylko w przypadku, gdy na inwestycji nie będzie ustanowionego kierownika budowy, lecz jedynie kierownik robót, to tylko w takim przypadku będzie on zobowiązany do złożenia oświadczenia z art. 57.ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo budowlane.

Odnosząc się do zapisów w dzienniku budowy, zamawiający wskazał, że prowadzenie dziennika budowy regulują zapisy rozporządzenia Ministra infrastruktury z dnia 26 czerwca 2002 r. w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia (Dz. U. nr 108, poz. 953 z późn. Zm.), zwane dalej „rozporządzeniem”,

Rozporządzenie określa sposób prowadzenia dziennika budowy i osoby upoważnione do dokonywania wpisów. Zgodnie z 59 ust. 1 rozporządzenia do dokonywania wpisów w dzienniku budowy upoważnieni są: inwestor, inspektor nadzoru Inwestorskiego, projektant, kierownik budowy, kierownik robót budowlanych, osoby wykonujące czynności geodezyjne na terenie budowy, pracownicy organów nadzoru budowlanego i innych organów uprawnionych do kontroli przestrzegania przepisów na budowie - w ramach dokonywanych czynności kontrolnych.

Zapis w 9 ust. 1 rozporządzenia informuje tylko i wyłącznie jaka osoba jest upoważniona do dokonywania wpisów w dzienniku budowy, natomiast nie nakłada tego obowiązku na wszystkie wymienione w tym zapisie osoby.

Osobą zobowiązaną ustawowo do prowadzenia dokumentacji budowy, w tym dziennika budowy (22 pkt 2 i art. 42 ust. 2 pkt I art. 46 ustawy Prawo budowlane), jest kierownik budowy, którego odpowiedzialność za właściwe prowadzenie dziennika, jego stan oraz właściwe przechowywanie na terenie budowy jest również wymieniona w par. 11 rozporządzenia.

Dziennik budowy jest przeznaczony do rejestracji w formie wpisów przebiegu robót budowlanych oraz wszystkich zdarzeń i okoliczności zachodzących w toku ich wykonywania i mających znaczenie przy ocenie technicznej prawidłowości wykonywania budowy.

Zazwyczaj wpisów dokonuje kierownik budowy w celu monitorowania prac i inspektor nadzoru, natomiast pozostałe osoby wymienione w 59 ust. 1 rozporządzenia - wpisują się do dziennika w razie zaistnienia konieczności.

Brak wpisów kierownika robót drogowych Pana P.A. w dzienniku budowy, przy ustanowionym kierowniku budowy, absolutnie nie może stanowić dowodu na to, że nie pełnił

on tej funkcji na ww. budowie.

Zaświadczenie wydane przez firmę „BUDIMEX” S.A stanowi dla zamawiającego wiarygodny dowód na to, że pełnił on funkcję kierownika robót drogowych na ww. zadaniu. Dlatego też zamawiający opierając się m.in. na powyższym dokumencie stwierdził, że oferta firmy Maksbud jest ofertą najkorzystniejszą, wybrał ją zgodnie z przepisami ustawy i nie naruszył żadnego przepisu wskazanego przez Unibep w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu postawionego przez firmę Unibep – Art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy w zw. z art. 24 ust 4 ustawy przez brak wykluczenia z postępowania wykonawcy Maksbud pomimo uznania w całości zarzutów zawartych w odwołaniu odwołującego z dnia 12.09.2017 r. (sygn. akt KIO 1916/17 i postanowienie z dnia 25.09.2017 r.) zamawiający stwierdził, że jest on bezzasadny i uzasadnia w poniższy sposób:

Zamawiający uwzględnił odwołanie (sygn. akt KIO 1916/17) w trybie przepisu art. 186 ust 2 ustawy. Uwzględnienie odwołania skutkowało umorzeniem postępowania odwoławczego oraz koniecznością uwzględnienia żądań odwołującego zawartych w odwołaniu. Jednakże w ocenie zamawiającego uwzględnienie całości żądań zgłoszonych w odwołaniu z dnia 12.09.2017 r. nie jest możliwe ze względu na ich zakres. Uwzględnienie wniosków odwołania o dalej idącym zakresie pociąga za sobą niemożność uwzględnienia wniosków których zakres jest węższy. Dlatego też uwzględniając zarzuty dotyczące unieważnienia czynności oceny ofert i czynności wyboru oferty zamawiający zobowiązany był do ponownego dokonania tych czynności oraz dalszych czynności zgodnie z tokiem postępowania, Powyższe, tj. ponowne dokonanie oceny ofert i wyboru oferty jest także zgodne z żądaniem zawartym w odwołaniu. Kolejne czynności podejmowane przez zamawiającego wynikają natomiast wprost z w/w czynności ponownej oceny wyboru ofert.

Powyższe postępowanie zamawiającego, w zakresie zobowiązania co do wypełnienia wszystkich /bądź też tylko niektórych wniosków odwołania/ znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO: sygn. KIO 1774/16 - wyrok KIO z dnia 07-10-2016

Instytucja uwzględnienia zarzutów odwołania uregulowana przepisem art. 186 ust. 2 ustawy ma charakter czysto proceduralny prowadzący do umorzenia postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia. Oświadczenie zamawiającego w tym zakresie skutkuje umorzeniem postępowania i ponowieniem czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, W toku kolejnych czynności pomimo uwzględnienia zarzutów odwołania zamawiający w rzeczywistości nie jest do zastosowania się w pełni do żądań odwołującego: podjęcie takiej czynności w danym wypadku mogłoby okazać się niemożliwe lub niezgodne z prawem.

Tym samym zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz, wraz z załącznikami, oferty Maksbud, wyjaśnienia złożonego przez Maksbud na wezwanie zamawiającego, dowodów przedstawionych przez odwołującego w odwołaniu.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, że:

W rozdziale 7 siwz zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej – doświadczenie wykonawcy w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie:

1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub remont (z wyłączeniem remontów cząstkowych) drogi lub ulicy klasy minimum G o wartości 1 zadania lub łącznie 2 zadań co najmniej 6 500 000,00 PLN netto.

Za drogę lub ulicę zamawiający uzna drogę lub ulicę w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. 2016 poz. 1440 ze zm.).

Jako wykonanie (zakończenie) zadania należy rozumieć wystawienie co najmniej Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub podpisania protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia). Ta sama definicja została przez zamawiającego podana w formularzu Informacje dotyczące doświadczenia kierownika budowy.

Izba oceniła, że definicja ta odnosi się do momentu, w którym zamawiający uzna zadanie za wykonane, a nie do tego jaka jest rola kierownika budowy/kierownika robót drogowych lub inspektora nadzoru w czynności wystawienia świadectwa przejęcia, podpisania protokołu odbioru lub innego równoważnego dokumentu. Momentem wykonania robót będzie według tej definicji chwila w której zostanie sporządzony i skutecznie podpisany wskazany przez zamawiającego dokument. Tym samym nie da się wywieść z tej definicji, że musi on być podpisany przez osobę, która wykazuje swoje doświadczenie w sprawowaniu określonej funkcji. Te zagadnienia, kto powinien podpisać określony przez zamawiającego dokument wynikają z regulacji umownych, przyjętych wzorców lub z przepisów prawa.

Wartości podane w dokumentach potwierdzających spełnianie warunku w walutach innych niż wskazane przez Zamawiającego należy przeliczyć wg średniego kursu NBP na dzień wystawienia Świadectwa Przejęcia (dla Kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC) lub na dzień podpisania Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia).

W rozdziale 19 siwz zamawiający opisał kryteria wyboru i oceny ofert wskazując, że będzie stosować będzie następujące kryteria oceny ofert:

Cena - 60 % 60 pkt

Doświadczenie Kierownika Budowy — 20 % 20 pkt

Okres gwarancji i rękojmi — 20 % 20 pkt

Kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” będzie rozpatrywane na podstawie doświadczenia osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia - Kierownik Budowy-
znaczenie kryterium 20%

Za skierowanie do pełnienia funkcji Kierownika Budowy osoby posiadającej:

- 1) Udokumentowane doświadczenie w realizacji 1 zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub remont (z wyłączeniem remontów częściowych) dróg lub ulic klasy minimum G o wartości 1 zadania co najmniej: 6 500 000,00 PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku/stanowiskach: Kierownik Budowy lub Kierownik Robót Drogowych lub Inspektor Nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej — 0 pkt
- 2) Udokumentowane doświadczenie w realizacji 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub remont (z wyłączeniem remontów częściowych) dróg lub ulic klasy minimum G o wartości każdego zadania co najmniej: 6 500 000,00 PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku/stanowiskach: Kierownik Budowy lub Kierownik Robót Drogowych lub Inspektor Nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej — 10 pkt
- 3) Udokumentowane doświadczenie w realizacji 3 zadań lub więcej obejmujących budowę lub przebudowę lub remont (z wyłączeniem remontów częściowych) dróg lub ulic klasy minimum G o wartości każdego zadania co najmniej: 6 500 000,00 PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku/stanowiskach: Kierownik Budowy lub Kierownik Robót Drogowych lub Inspektor Nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej — 20 pkt

W przypadku niezłożenia wraz z ofertą przez wykonawcę Formularza Kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika Budowy” lub złożenia przez wykonawcę niewypełnionego ww. formularza, zamawiający przyzna w takim przypadku 0 pkt w kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy”.

Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta wykonawcy, który spełni wszystkie postawione w niniejszej SIWZ warunki oraz uzyska łącznie największą liczbę punktów.

Na str. 7 – 8 oferty Maksbud znajduje się formularz – informacje dot. Doświadczenia kierownika budowy, gdzie na tę funkcję Maksbud wskazał P.A. i oświadczył, że ta osoba posiada doświadczenie w realizacji następujących zadań:

1. Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 690 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Ostrożany – Siemiatycze droga klasy G o wartości 47 180 165zł. netto, gdzie wskazana osoba

sprawowała funkcję kierownika robót drogowych od rozpoczęcia robót do wykonania zadania,

Izba ustaliła, że Maksbud nie zmodyfikował oświadczenia narzuconego przez zamawiającego „od rozpoczęcia robót do wykonania zadania”, złożył oświadczenie na przygotowanym przez zamawiającego druku, jak również nie zawarł jakiegokolwiek oświadczenia własnego, co do rzeczywistego okresu sprawowania funkcji kierownika robót drogowych na tym zadaniu.

2. Budowa obwodnicy m. Ostrów Wielkopolski w ciągu drogi ekspresowej S-11 od km 393+900 do km 400+000, droga klasy S o wartości robót 208 000 000zł. netto gdzie wskazana osoba sprawowała funkcję kierownika robót drogowych od rozpoczęcia robót do wykonania zadania,
3. Przebudowa drogi krajowej nr 61 Warszawa – Augustów, odcinek Grabowo-Szczuczyn, droga klasy GP o wartości robót 29 000 000zł. netto gdzie wskazana osoba sprawowała funkcję kierownika robót drogowych od rozpoczęcia robót do wykonania zadania.

Na str. 11 – 12 oferty Maksbud znajduje się oświadczenie Maksbud o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i oświadczenie o tym, że informacje podane są aktualne i prawdziwe i że zostały podane z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji.

Z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 8 września 2017r. wynika, że Maksbudowi zamawiający przyznał w kryterium doświadczenie kierownika budowy 20% i 20 pkt.

W dniu 25 sierpnia 2017r. odwołujący wystąpił z wnioskami o udostępnienie informacji publicznej do: GDDKiA Oddział w Białymstoku czy osoba – P.A. sprawował funkcję Kierownika /Budowy/Kierownika Robót Drogowych na kontrakcie „Przebudowa drogi krajowej nr 61 Warszawa-Augustów, odcinek Grabowo-Szczuczyn” w okresie rozpoczęcia realizacji inwestycji do zakończenia realizacji inwestycji, w tym o przekazanie kopii dokumentów obrazujących fakt pełnienia funkcji w tym okresie i do Podleskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, czy osoba – P.A. sprawował funkcję Kierownika /Budowy/Kierownika Robót Drogowych na kontrakcie „Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 690 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Ostrożany -Siemiatycze” w okresie rozpoczęcia realizacji inwestycji do zakończenia realizacji inwestycji, w tym o przekazanie kopii dokumentów obrazujących fakt pełnienia funkcji w tym okresie.

Podleski Zarząd Dróg Wojewódzkich w dniu 7 września 2017r. odpowiedział, że przesyła wersję elektroniczną wnioskowanych dokumentów potwierdzających pełnienie funkcji kierownika robót drogowych przez p. P.A. na zadaniu budowa i rozbudowa drogi

wojewódzkiej nr 690 oraz wersję elektroniczną zezwolenia na realizację inwestycji drogowej z dnia 31 grudnia 2013r. wskazująca klasę drogi. Ze str. 1 przekazanego Dziennika budowy wynika, że kierownikiem robót drogowych od 1 września 2014r. był P.A.

GDDKiA Oddział w Białymstoku w dniu 12 września 2017r. poinformował odwołującego, że w zasobach archiwalnych nie posiada oświadczenia o podjęciu obowiązków kierownika budowy/kierownika robót drogowych dla inwestycji przebudowy krajowej nr 61. W tamtym okresie nie było to wymagane przez zamawiającego, a w realizacji inwestycji brali udział Budimex-Dromex, PBD MAKBUD, Budrex-Kobi i PDM UNIDROG i być może zwrócenie się odwołującego do tych podmiotów pozwoli na zweryfikowanie zaangażowania p. A.a.

Z pisma zamawiającego do Maksbud z dnia 27 września 2017r. wynika, że zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 ustawy wzywał Maksbud do wyjaśnień czy P.A. pełnił obowiązki kierownika robót drogowych na zadaniach:

- budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 690 od rozpoczęcia robót do wykonania zadań
- przebudowa drogi krajowej nr 61 od rozpoczęcia robót do wykonania zadań.

W dniu 4 października 2017r. Maksbud odpowiedział, że:

W zadaniu budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 690 P.A. pełnił funkcję kierownika robót drogowych od dnia 1 września 2014r. w okresie od rozpoczęcia robót pod jego kierownictwem wykonano roboty o wartości 16 726 717,93zł. netto.

W zadaniu przebudowa drogi krajowej nr 61 P.A. pełnił funkcję kierownika robót drogowych na tym kontrakcie od jego rozpoczęcia do wykonania zadania.

Do pisma dołączono zaświadczenie wystawione przez Budimex SA z dnia 4 października 2017r., z którego wynika, że funkcje kierowników robót drogowych na kontrakcie przebudowa drogi krajowej nr 61 pełnili P.A. i P.Z. od rozpoczęcia robót do wykonania zadania tj. w okresie od 13 marca 2004 do 10 stycznia 2005r.

Na podstawie tych wyjaśnień oraz dowodu odwołującego w postaci kserokopii Dziennika Budowy udostępnionego przez Podleski Zarząd Dróg Wojewódzkich Izba ustaliła, że p. P.A. nie rozpoczął sprawowania funkcji kierownika robót drogowych w dacie rozpoczęcia realizacji inwestycji tj. w dacie 24 stycznia 2014r., ale w dacie 1 września 2014r.

Oceniając oświadczenie Maksbud zawarte w ofercie przez pryzmat dokonanego ustalenia na podstawie powyższych dowodów Izba uznała, że oświadczenie Maksbud zawarte w ofercie, że p. P.A. pełnił funkcję kierownika robót drogowych na inwestycji budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 690 od daty rozpoczęcia robót nie odpowiada rzeczywistości stanowi faktycznemu. Jest to zatem informacja wprowadzająca w błąd zamawiającego, co do spełniania przez wykazywane doświadczenie wymagań zamawiającego w kryterium oceny ofert. Zamawiający nie mając świadomości rzeczywistego stanu faktycznego wadliwie uznał, że wykonawca wykazał wymagane przez zamawiającego doświadczenie i przyznał wykonawcy w ramach pierwotnego wyboru 10 pkt. W ocenie Izby nie można tej sytuacji

uznać za jedynie doprecyzowanie informacji zawartej w ofercie, skoro początek terminu rozpoczęcia robót na tym zadaniu, to 24 stycznia 2014r., a rozpoczęcie sprawowania funkcji kierownika robót drogowych miało miejsce w dacie 1 września 2014r. Ani w formularzu przygotowanym przez zamawiającego, ani w formularzu złożonym przez Maksbud pojęcie rozpoczęcia robót nie zostało zawężone do robót drogowych, tym samym nie można uznać, że w przypadku doświadczenia kierownika robót drogowych doświadczenie mogło być skrócone do okresu rozpoczęcia pełnienia funkcji przez tę osobę lub rozpoczęcie realizacji robót drogowych. Co więcej przyjęcie takiej wykładni postanowień formularza – informacje dotyczące doświadczenia kierownika budowy byłoby absurdalne, gdyż prowadziłoby do różnych wymagań dla wykonawców w zależności czy wykazują doświadczenie kierownika budowy lub inspektora nadzoru, a innych w sytuacji gdy wykazują doświadczenie kierownika robót drogowych. O tym, że rozpoczęcie robót dotyczy rozpoczęcia realizacji zadania świadczy także obecne zachowanie zamawiającego, który po ustaleniu rzeczywistego czasookresu realizacji funkcji kierownika robót drogowych, obniżył Maksbud punktację. Także z tego względu należy uznać, że informacja zawarta w ofercie miała istotny wpływ na decyzje zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby informacja w formularzu ofertowym wyniknęła z niedbalstwa wykonawcy Maksbud, który nie zbadał w sposób należyty w jakim okresie czasu p. A. pełnił funkcję kierownika robót drogowych.

W dniu 8 września 2017r. odwołujący wystąpił do GDDKiA Oddział w Białymstoku z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej obejmującej potwierdzenie, czy P.A. sprawował funkcję kierownika budowy/kierownika robót drogowych na kontrakcie przebudowa drogi krajowej nr 61 w okresie od rozpoczęcia realizacji inwestycji do jej zakończenia, w tym przekazanie kopii dokumentów obrazujących fakt pełnienia funkcji w tym okresie.

W dniu 11 października 2017r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej i przyznaniu firmie Maksbud w kryterium doświadczenie kierownika budowy 50% (oferta uzyskała punktów 10 – 2 zadania).

W dniu 12 października 2017r. GDDKiA Oddział w Białymstoku odpowiedział, że w operacie kolaudacyjnym w żadnym z przeglądanych Dzienników Budowy dla inwestycji przebudowa drogi krajowej nr 61 nie występuje P.A. jako kierownik budowy jak również kierownik robót. Dotyczy to zarówno strony 1, gdzie są wpisani kierownicy budowy/robót jak i pozostałych stron dzienników, gdzie znajdują się wpisy dotyczące realizacji robót budowlanych i ich przebiegu. Również na ostatnich stronach dzienników w oświadczeniach kierowników budowy/robót oraz inspektorów nadzoru brak oświadczeń P.A., także w protokołach odbiorów ostatecznego i pogwarancyjnego osoba p. A.a nie występuje, w związku z tym GDDKiA nie może potwierdzić, że P.A. pełnił samodzielną techniczną funkcję w

budownictwie jako kierownik budowy lub kierownik robót podczas realizacji inwestycji przebudowa drogi krajowej nr 61.

Z pisma zamawiającego z dnia 13 października 2017r. wynika, że dzienniki budowy dotyczące zadania inwestycyjnego przebudowa drogi krajowej nr 61 realizowanego w latach 2004-2006 są materiałami archiwalnymi i nie ma już osób, które nadzorowały tę inwestycję. W związku z powyższym odszukanie kompletu materiałów (a nie pojedynczych egzemplarzy), zebranie ich i uporządkowanie, a także rozsznurowanie i przygotowanie do skanowania i wykonanie tej czynności wymaga dodatkowego nakładu pracy oraz czasu. Z tego powodu materiały zostaną przekazane niezwłocznie, ale nie później niż do 14 listopada br. Jednocześnie zamawiający poinformował, że skoro wszystkie dokumenty znajdują się w archiwum i dlatego dokonując badania mógł się oprzeć tylko i wyłącznie na dokumentach złożonych mu przez Maksbud tj. na ofercie i wyjaśnieniach. Oceniając dokumenty zamawiający uznał, że wykonawca spełnił warunki opisane w kryterium oceny ofert, oferta nie podlegała odrzuceniu i przyznał jej najwyższą liczbę punktów tj. 90 pkt.

Z oświadczenia A.T. z dnia 19 października 2017r. wynika, że na kontrakcie przebudowa drogi krajowej nr 61 był on kierownikiem budowy, a kierownikiem robót drogowych był p. P.Z..

Izba ustaliła, że kontrakt przebudowa drogi krajowej nr 61 realizowali m.in.: jeden z członków konsorcjum odwołującego, który przejął firmę PBD MAKBUD (jako podwykonawca) i Budimex jako wykonawca dla zamawiającego. Odwołujący twierdzi, że p. P.A. nie był kierownikiem robót na tym kontrakcie. Budimex twierdzi, że był. Przeciwno oświadczeniu Budimex stoi także oświadczenie A.T.. Zatem wykonawcy realizujący kontrakt nie są zgodni, co do osób za pomocą których realizowali zamówienie. Nie zostało w jakikolwiek sposób wykazane, że jeden wykonawca ma większą wiedzę, co do osób na kierowniczych stanowiskach na kontrakcie, niż podwykonawcy. Sam zamawiający nie jest w stanie na podstawie dokumentów, które sam posiada ustalić, czy p. A. był czy nie był kierownikiem robót drogowych na tym kontrakcie. Ustalenie tej okoliczności miałoby istotne znaczenie dla ustalenia czy Maksbud należy przyznać 10 pkt. za to doświadczenie. W ocenie Izby zamawiający nie mógł przyjąć jako rozstrzygającego dowodu oświadczenia firmy Budimex, bo miało ono taką samą wartość dowodową jak oświadczenie UNIBEP, który przejął MAKBUD. Zamawiający sam nie był w stanie zweryfikować prawdziwości informacji, a jednak nie podjął czynności zmierzających do wyjaśnienia w sposób jednoznaczny tej sprawy.

Izba ustaliła następujący stan prawny:

Art. 7 ust. 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 7 ust. 3 ustawy - Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Art. 24 ust. 1 ustawy - Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: pkt.17) 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;

Art. 24 ust. 4 ustawy - Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Art. 87 ust. 1 ustawy - W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Art. 91 ust. 1 ustawy - Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Art. 92 ust. 1 ustawy - Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o:

pkt. 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

pkt. 2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni,

pkt. 3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności,

pkt. 4) wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ale nie zostali zaproszeni do kolejnego etapu negocjacji albo dialogu,

pkt. 5) dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów,

pkt. 6) nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów,

pkt. 7) unieważnieniu postępowania

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Izba oceniła, że ustalony stan faktyczny tj. wprowadzenie zamawiającego w błąd, co do czasookresu pełnienia funkcji kierownika robót drogowych w ofercie Maksbud wynikało co najmniej z niedbalstwa mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w zakresie punktacji w kryterium oceny ofert wypełniają normę art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, a zatem pozwalają na zastosowanie sankcji wykluczenia wykonawcy z postępowania. Na datę wyrokowania Maksbud nie wykazał, że podjął procedurę samooczyszczenia, którą zamawiający mógłby poddać ocenie w rozumieniu art. 24 ust. 8 i 9 ustawy, tym samym brak

jest przesłankę negatywnych dla zastosowania sankcji wykluczenia. W konsekwencji Izba oceniła, że zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawcy Maksbud mimo nakazu ustawowego wynikającego z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy.

Izba oceniła, że ustalony stan faktyczny wskazuje, że zamawiający nadał oświadczeniu jednego z podmiotów wykonujących zadanie przebudowa drogi krajowej nr 61 większą wartość i moc dowodową niż oświadczeniu innego tych podmiotów – podwykonawcy, samodzielnie tej informacji w dostępnych mu dokumentacji nie weryfikując, ani nie badając dokładniej podstaw rozbieżności w oświadczeniach podmiotów bezpośrednio zaangażowanych w realizację zadania dla zamawiającego. W tej sytuacji Izba doszła do przekonania, że zamawiający nie wykazał, że wykonawca Budimex dysponuje większą wiedzą o kontrakcie, niż podwykonawca Makbud. Dodatkowo na dzisiejszej rozprawie zostało przedstawione oświadczenie kierownika budowy na tym kontrakcie, które podważa wiarygodność oświadczenia Budimex. W tej sytuacji Izba doszła do przekonania, że zamawiający dochował aktów staranności przy badaniu i ocenie oferty Maksbud. Jednakże ten brak staranności zamawiającego nie da się podciągnąć pod normę prawną przepisów ustawy, skoro Izba doszła do przekonania, że oferta Maksbud nie powinna być poddana ocenie przez zamawiającego w ogóle.

Izba zważyła, co następuje:

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

Izba ustaliła, że nie zachodzą przesłanki, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość zaistnienia szkody, co wypełnia przesłankę materialnoprawną z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. art. 91 ust. 1, przez:

- a) prowadzenie postępowania w sposób naruszający obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, a w konsekwencji udzielenie zamówienia Maksbud wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy i kryteriami oceny ofert zastosowanymi przez zamawiającego w zakresie doświadczenia kierownika budowy,
- b) wybór oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Maksbud niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) w zakresie kryteriów doświadczenia kierownika budowy, polegający na zawyżeniu punktacji oferty Maksbud, podczas gdy prawidłowa ocena powinna prowadzić do przyznania temu wykonawcy 0 pkt w zakresie doświadczenia kierownika budowy P.A.,

Zarzut potwierdził się. W ocenie Izba zamawiający poddał ocenie i dokonywał porównania pomiędzy ofertami nieporównywalnymi tj. ofertą wykonawcy, który podlegał wykluczeniu i ofertą wykonawcy nie podlegającego wykluczeniu. Izba stoi na stanowisku, że taki sposób prowadzenia oceny ofert stanowi nierówne traktowanie wykonawców i narusza art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17) w zw. z art. 24 ust. 4, przez brak wykluczenia z postępowania Maksbud, który wprowadził zamawiającego w błąd przez lekkomyślność lub niedbalstwo przy przedstawieniu informacji niezbędnych do oceny ofert pod względem kryterium związanego z doświadczeniem kierownika budowy w zakresie posiadania udokumentowanego doświadczenia zgodnie z pkt 19.1.2. ppkt 3) siwz, podczas gdy w rzeczywistości kierownik wskazany przez Maksbud powinien otrzymać 0 pkt z uwagi na doświadczenie w wykonaniu jednego zadania zgodnie z pkt 19.1.2. ppkt 1) siwz, co miało istotny wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty

Zarzut potwierdził się. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego i prawnego Maksbud wprowadził w błąd zamawiającego co do informacji mających istotny wpływ na decyzje zamawiającego, a zamawiający nie wykluczył tego wykonawcy, co pozwala Izbie stwierdzić, że zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przez jego niezastosowanie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 w zw. z art. 91, przez brak wezwania Maksbud do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, pomimo obiektywnych wątpliwości zamawiającego co do prawidłowości informacji przedstawionych przez Maksbud w zakresie doświadczenia kierownika budowy (w szczególności pkt 1 i 3 formularza pn.: „Informacje dot. doświadczenia kierownika budowy”), a w konsekwencji naruszenie art. 91, przez dokonanie wyboru oferty Maksbud, która to oferta nie była najkorzystniejszą w postępowaniu

Zarzut potwierdził się. W ocenie Izby zamawiający nieprawidłowo ocenił materiał dowodowy, którym dysponował na datę badania i oceny ofert, to jest nie wykazał z jakich powodów należało przyznać większą moc stanowisku wykonawcy przebudowy drogi krajowej nr 61 nad oświadczeniem podwykonawcy, zwłaszcza w sytuacji, w której sam nie dysponował, bądź nie dokonał badania dokumentów będących w jego posiadaniu w taki sposób aby móc rozstrzygnąć, które z oświadczeń jest zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy. Zaniechanie w takiej sytuacji podjęcia czynności zmierzających do jednoznacznego ustalenia, czy wykonawcy Maksbud mogą być przyznane punkty, jak choćby przez wyjaśnienie przyczyn niefigurowania p. A. w zbadanych przez zamawiającego będących w jego posiadaniu

dokumentów. Jednakże zarzut ten nie ma istotnego wpływu na wynik postępowania, skoro potwierdził się zarzut dalej idący świadczący o zaniechaniu wykluczenia Maksbud. W tym stanie rzeczy zarzut z mocy art. 192 ust. 2 należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1, przez brak zastosowania, polegającego na zaniechaniu podania jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego i prawnego podjęcia decyzji, podczas gdy zamawiający zobligowany jest do wypełnienia obowiązku wynikającego z ww. normy prawa jako normy o charakterze obligatoryjnym.

Zarzut potwierdził się. W ocenie Izby wymóg uzasadnienia faktycznego i prawnego nie może sprowadzać się do podania przyznanej punktacji w danym kryterium, gdyż pozbawia to wykonawców możliwości kontroli czynności zamawiającego. W przedmiotowej sprawie zamawiający podał, że przyznał 10 punktów Maksbud, co oznacza, że jednego z trzech przedstawionych doświadczeń nie zaliczył, ale zamawiający nie podał, którego doświadczenia i z jakiego powodu nie uznał. Takie działanie zamawiającego utrudniało tak odwołującemu jak i samemu wykonawcy Maksbud ocenę prawidłowości czynności podjętej przez zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba oddaliła odwołanie w oparciu o art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 oraz § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. Z 2017r. poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczzonego wpisu.

Przewodniczący: