

Sygn. akt KIO 1252/19

WYROK
z dnia 11 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2019 r. przez wykonawcę G. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "MAX-BUD G. P." w Szerokim w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającą przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie

przy udziale wykonawcy EKSAM MSM-Budownictwo Sp. z o. o. Sp. k. w Lublinie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz wykonawcy Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę G. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "MAX-BUD G. P." w Szerokim i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę G. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "MAX-BUD G. P." w Szerokim tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy G. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "MAX-BUD G. P." w Szerokim na rzecz Generalnej Dyрекcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającej przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działająca przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Projekt i budowa Miejsc Obsługi Podróżnych przy drodze ekspresowej S12 (12) z podziałem na 2 części - część 2: MOP kat. I Bystrzejowice”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 12 marca 2019 r. pod numerem 522715-N-2019. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania w części 2 - uznania za najkorzystniejszą oferty wykonawcy EKSAM MSM-Budownictwo Sp. z o. o. Sp. k. w Lublinie (dalej jako „EKSAM”) - wykonawca G. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "MAX-BUD G. P." w Szerokim wniósł odwołanie 1 lipca 2019 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania EKSAM, pomimo że nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenia) osoby proponowanej do pełnienia funkcji projektanta - tj. 12 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących projektowanie dróg lub ulic lub placów lub parkingów o wartości prac projektowych co najmniej 180.000,00 PLN netto każde na stanowisku projektanta;
2. art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez zwrócenie się do EKSAM 18 czerwca 2019 r. o podanie informacji, która powinna być zostać zawarta w uzupełnionym przez tego wykonawcę 13 czerwca 2019 r. wykazie osób (oświadczenie co do pełnienia przez p. T. L., którego EKSAM zaproponował na stanowisko projektanta, funkcji projektanta w ramach zadania budowlanego, które zostało wymienione w wykazie) oraz - na wypadek uznania przez Izbę, że pomimo złożenia przez EKSAM po wezwaniu go do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp nowego wykazu osób jego treść podlega uzupełnieniu - przez zaniechanie zwrócenia się do EKSAM o złożenia oświadczenia co do okresu, przez który w/w osoba wykonywała w ramach tego zadania prace projektowe na stanowisku projektanta.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, a w jego ramach wykluczenie EKSAM z postępowania o udzielenie zamówienia oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, że wskazany w referencjach uzupełnionych przez EKSAM na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp okres wykonywania prac projektowych dotyczył Zespołu Projektowania i Obsługi Inżynierskiej Budownictwa Drogowego „ToMaR DRÓG” T. L. M. O. Sp. j. w Lublinie, a nie T. L. wskazanego na stanowisko projektanta. Referencje, podobnie jak przedstawiony przez EKSAM wykaz osób, nie zawierały żadnych informacji, na podstawie których zamawiający mógłby ustalić, czy T. L. posiada wymagane minimalne 12-miesięczne doświadczenie na stanowisku projektanta. Podniósł, że w sytuacji, gdy wykonawca nie przedstawia innych informacji, zamawiający nie ma podstaw do utożsamiania doświadczenia posiadanego przez spółkę z doświadczeniem posiadanym przez konkretną osobę, która ma zostać skierowana do realizacji zamówienia, będącą współnikiem tego podmiotu. Osoby, które wykonują dane usługi w imieniu spółki, mogą się zmieniać.

Odwołujący zarzucił, że zarówno nowy wykaz osób, który został przedstawiony przez EKSAM w dniu 13 czerwca 2019 r., jak i treść załączonych do niego referencji, nie zawierały żadnych informacji, które pozwoliłyby zamawiającemu na uznanie, że T. L., w ramach wymienionego w nim zadania budowlanego, świadczył na stanowisku projektanta usługi projektowe o wartości co najmniej 180.000 zł netto przez okres minimum 12 miesięcy. Zamawiający uzyskał jedynie informacje, że spółka, której współnikiem jest zaproponowany jako projektant T. L., wykonywała takie usługi.

W związku z tym, zdaniem odwołującego, wezwanie EKSAM do wyjaśnienia informacji zawartych w wykazie i załączonych do niego referencjach dokonane przez zamawiającego 18 czerwca 2019 r. należy uznać de facto za powtórne wezwanie EKSAM do uzupełnienia dokumentów. Wynika to z faktu, że informacja, do której „wyjaśnienia” zamawiający wezwał EKSAM, powinna była zostać zawarta w uzupełnionym w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający, po otrzymaniu w odpowiedzi na wezwanie niekompletnego wykazu osób, powinien był wykluczyć EKSAM z postępowania jako wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenia) osoby proponowanej do pełnienia funkcji projektanta, gdyż wezwanie do uzupełnienia ma charakter jednorazowy i nie może być ponawiane.

Odwołujący podniósł, że informacje, które wykonawca przedstawia w wykazie (własne oświadczenie, za które ponosi odpowiedzialność), oraz te, które są zwykle zawarte

w referencjach (pochodzące od podmiotu trzeciego, wystawiane co do zasady bez związku z danym postępowaniem), nie mogą być traktowane wymiennie.

Wykonawca EKSAM przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wykonawca Strabag Sp. z o.o. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego. Wykonawcy zachowali termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wnieśli odpowiednio o oddalenie oraz o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi z 10 lipca 2019 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnicy podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

W pkt 7.2 pkt 3 lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia – tom I Instrukcji dla Wykonawców (dalej jako „SIWZ” lub „IDW”) zamawiający ustalił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenia) osoby proponowanej do pełnienia funkcji projektanta. Wymagał minimum 12 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących projektowanie dróg lub ulic lub placów lub parkingów o wartości prac projektowych co najmniej 180.000,00 PLN netto każde na stanowisku/stanowiskach projektanta.

Postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem procedury, o której mowa w art. 24aa Pzp, w związku z czym zamawiający ustalił w pkt 9.4. i 9.7. ppkt 1 lit. b) IDW, by wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, na potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenia) osoby proponowanej do pełnienia funkcji projektanta, złożył wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Zamawiający najwyżej ocenił ofertę EKSAM i pismem z 30 maja 2019 r. działając na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp wezwał EKSAM do złożenia m.in. dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym - na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenia) osób - wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych,

uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Zamawiający wskazał, że wykaz musi potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej - doświadczenie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia. Wykaz powinien być zostać sporządzony zgodnie z treścią formularza, który został załączony przez zamawiającego do wezwania.

Wykaz zawierał następujące rubryki: funkcja, nazwisko i imię, opis doświadczenia potwierdzającego odpowiednio spełnianie wymagań opisanych w IDW, podstawa dysponowania.

W odpowiedzi EKSAM wraz z pismem z 31 maja 2019 r. EKSAM złożył m.in. wykaz osób, w którego poz. 1 i 3 wskazał, że do wykonania zamówienia zamierza skierować, na stanowiskach kierownika budowy oraz projektanta A. D. . W rubryce przewidzianej na opis doświadczenia potwierdzającego spełnianie wymagań opisanych w IDW, wskazał odpowiednio do poz. 1 „Nadzór Inwestorski przy realizacji zadania „Odnowa nawierzchni drogi krajowej nr 12 na odcinku Puławy-Końskowola” od km 565+303 do km 569+754”, „Projekt budowlany i wykonawczy na przebudowę drogi powiatowej nr 2259 L Bełżyce-Strzeszkowice od km 0+000 do km 8+750,40. W wykazie nie były zawarte informacje o okresie wykonywania projektu, ani jego wartości. EKSAM złożył również referencje wystawione przez Zarząd Powiatu w Lublinie, z których wynikało, że „(...) firma „AMD” Usługi Budowlane i Projektowe M. D. w 2010 r. na rzecz Powiatu Lubelskiego przygotowała dokumentację techniczną pn. „Projekt budowlany i wykonawczy na przebudowę drogi powiatowej nr 2259 L Bełżyce - Strzeszkowice od km 0+000 do km 8+750,40”. Referencje zawierały również wartość usługi - 221.599,58 zł.

Pismem z dnia 7 czerwca 2019 r. zamawiający wskazał, że ze złożonego przez ESKAM wykazu i referencji nie wynika, że projektant posiada 12 miesięcy doświadczenia przy realizacji wskazanego w wykazie zadania. W związku z tym wezwał ESKAM do wskazania terminu rozpoczęcia i zakończenia realizacji zadania, a w przypadku, jeżeli nie potwierdza ono spełniania warunku udziału w postępowaniu, do uzupełnienia wykazu osób.

W odpowiedzi udzielonej pismem z 13 czerwca 2019 r. EKSAM złożył nowy wykaz osób, w którym jako osobę skierowaną na stanowisko projektanta wskazał T. L. . W rubryce przewidzianej na opis doświadczenia potwierdzającego odpowiednio spełnianie wymagań opisanych w IDW wskazał „Przebudowa/rozbudowa drogi woj. nr 861 Bojanów-Jeżowe-Kopki na odcinku od km 0+000 do km 31+532 w zakresie km 16+250 do km 20+350”. EKSAM załączył natomiast do wykazu dokument zatytułowany „Poświadczenie” który został wystawiony przez Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o. o. w Mińsku

Mazowieckim dla Zespołu Projektowania i Obsługi Inżynierskiej Budownictwa Drogowego „ToMaR DRÓG” T. L., M. O. Sp. j. w Lublinie.

Dokument ten potwierdza, że spółka jawna opracowała na jego zlecenie w ramach zadania pod nazwą „Przebudowa/rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 861 Bojanów-Jeżowe-Kopki na odcinku od km 0+000 do km 31+352 w zakresie od km 16+250 do km 20+350” dokumentację projektową z uzyskaniem decyzji środowiskowej i decyzji ZRID z rygorem natychmiastowej wykonalności oraz dokonanie zgłoszenia robót dodatkowych. Wartość tej dokumentacji projektowej wynosiła 268.029 zł brutto, przy czym miała zostać wykonana w okresie od dnia 2 marca 2017 r. do dnia 7 grudnia 2018 r.

Zamawiający pismem z 18 czerwca 2019 r. działając na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp wezwał EKSAM do złożenia wyjaśnień wykazu osób, który został złożony w dniu 13 czerwca 2019 r. Zamawiający przywołał treść warunku udziału w postępowaniu oraz wskazał, że ze złożonego przez EKSAM wykazu nie wynika, że T. L. pełnił na wskazanym w wykazie zadaniu funkcję projektanta. W związku z tym Zamawiający wezwał EKSAM do udzielenia odpowiedzi na pytanie, jaką funkcję pełnił na wskazanym zadaniu T. L. .

EKSAM w piśmie z 18 czerwca 2019 r. wyjaśnił, że T. L. przy wykonywaniu umowy podanej w wykazie pełnił funkcję projektanta.”

Pismem z 24 czerwca 2019 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty EKSAM. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana jako druga w rankingu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, którego oferta została oceniona jako druga w kolejności po ofercie EKSAM, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający nie wykluczając przystępującego z postępowania nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Przepis ten zobowiązuje do wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Należy zgodzić się z odwołującym, że brzmienie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. akcentuje fakt wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a nie samo spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wykluczenie może zatem mieć miejsce w odniesieniu do wykonawcy, który w istocie spełnia opisany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu, jednak tego formalnie nie wykazał w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dostrzec jednak należy, że wykazanie spełnienia warunku udziału w

postępowaniu następuje za pomocą oświadczeń lub dokumentów wskazanych przez zamawiającego w SIWZ zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 6 Pzp.

W okolicznościach badanej sprawy zamawiający wskazał w 9.7 ppkt 1 lit. b) IDW, że wykaz powinien zawierać informacje dotyczące doświadczenia zawodowego wykonawcy, jednak nie ustalił stopnia szczegółowości wykazu, w szczególności zamawiający nie wskazał wprost, że wymaga podania w wykazie wartości prac projektowych oraz okresu ich wykonywania. Zamawiający nie załączył też do IDW wzoru wykazu, lecz przesłał formularz wykazu do EKSAM w ramach wezwania kierowanego zgodnie z art. 26 ust. 2 Pzp. Zamawiający w wezwaniu tym wskazał, że wykaz powinien potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu, jednak jednocześnie nakazywał wykorzystanie przesłanego wzoru. Przesłany formularz miał charakter bardzo ogólny i również nie wskazywał jasno, że wykonawca ma wskazać wartość i okres wykonywania prac projektowych oraz podać stanowisko, na jakim dana osoba była zatrudniona. Można zatem dość do przekonania, jak uczynił to EKSAM, że samo powołanie umowy, w ramach której kandydat na dane stanowisko nabył wymagane doświadczenie jest wystarczające.

Mniemanie takie potwierdza fakt, że złożenie w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 Pzp wykazu wskazującego jedynie nazwę umowy, bez podania jej wartości, dat wykonania, czy wskazania stanowiska Pana A. D., nie zostało uznane przez zamawiającego za błąd wykonawcy polegający na złożeniu wykazu niepełnego, w którym nie zostały zawarte informacje istotne odnoszące się do treści warunku. Zamawiający potraktował wykaz i referencje jako pewną całość i zwrócił się jedynie o podanie informacji dotyczących okresu wykonywania projektu. Nie można również pominąć, że dla zamawiającego nie miał znaczenia fakt, że doświadczenie powołane przez Pana D. zostało uzyskane w związku z wykonaniem umowy przez „AMD” Usługi Budowlane i Projektowe M. D. i nie było w nim wskazane, że zostało nabyte przez pracę w charakterze projektanta.

W związku z tym odwołujący nie miał podstaw ku temu, aby w związku z wezwaniem dotyczącym wyłącznie terminu wykonywania projektu, wykazać doświadczenie nowej osoby przewidzianej na stanowisko projektanta - Pana T. L. - przez złożenie wykazu prezentującego wymagane informacje w inny sposób. Odpowiedź na wezwanie kierowane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wyznacza bowiem treść wezwania.

W ocenie składu orzekającego naruszenie przez zamawiającego zasady jednokrotnego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp miałyby miejsce w sytuacji, gdyby wykonawca wbrew jasnym wymaganiom SIWZ i jednoznacznej treści wezwania nie podał wymaganych informacji. Nie miało to miejsca w okolicznościach sporu, gdzie ani IDW, ani wzór formularza nie zawierały jednoznacznego wskazania co do zakresu prezentowanych danych. Zarzut odwołania ogniskuje się wokół obowiązku podania w wykazie wszystkich wymaganych

informacji, czego w świetle przedstawionych ocen nie można oczekiwać od wykonawcy, gdyż jego działanie było adekwatną odpowiedzią na opis wymagań zamawiającego. Gdyby zamawiający wyraźnie wskazał, że oczekuje podania w wykazie stanowiska taką informację otrzymałby w treści wykazu. Skorzystanie przez zamawiającego z art. 26 ust. 4 Pzp Izba uznała nie za powtórne wezwanie w trybie art., 26 ust. 3 Pzp, lecz za uzyskanie wyjaśnień, które okazało się konieczne z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Nie jest bowiem obecnie możliwe skorygowanie postanowień IDW, czy doprecyzowanie treści formularza, tak aby jasno wynikał z nich zakres informacji, które powinny być zawarte w wykazie. Na obecnym etapie postępowania możliwe jest jedynie potwierdzenie przez uzyskanie stosownych wyjaśnień, że wskazana umowa odpowiada wymaganiom zamawiającego.

Na podstawie treści wykazu, referencji oraz uzyskanych wyjaśnień Izba uznała, że EKSAM wykazał doświadczenie osoby przewidzianej na stanowisko projektanta zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Pan T. L. posiada wymagane doświadczenie, gdyż umowa zrealizowana na rzecz Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o. o. w Mińsku Mazowieckim przez Zespół Projektowania i Obsługi Inżynierskiej Budownictwa Drogowego „ToMaR DRÓG” T. L., M. O. Sp. j. w Lublinie, gdzie Pan T. L. był zatrudniony na stanowisku projektanta, była zadaniem trwającym powyżej 12 miesięcy i obejmującym projektowanie dróg lub ulic lub placów lub parkingów o wartości prac projektowych, co najmniej 180.000,00 PLN netto. Treść warunku przewiduje okres 12 miesięcy doświadczenia przy zadaniu obejmującym prace projektowe o określonym przedmiocie i wartości i takie doświadczenia Pan T. L. posiada.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: