

Sygn. akt: KIO 1643/16

WYROK

z dnia 20 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 20 września 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 września 2016r. przez **wykonawcę Prokom Construction spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu, ul. Reymonta 30/1**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Częstochowa – Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie, ul. Popiełuszki 4/6**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INKO Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pszczynie, ul. Dworcowa 18/6 i MP-Mosty spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Dekerta 18** zgłaszających swój udział w sprawie sygn. akt KIO 1643/16 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Prokom Construction spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu, ul. Reymonta 30/1 i

2.1 Zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr.

(słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę**

Prokom Construction spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu, ul. Reymonta 30/1 tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020) na niniejszy

wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Częstochowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług związanych z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu oraz nadzór i rozliczenie robót przy realizacji Projektu pod nazwą: Budowa przedłużenia Alei Bohaterów Monte Cassino do ul. Dźbowskiej oraz rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 908 (ul. Dźbowska, Powstańców Warszawy, Gościnna) zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 marca 2016r. za numerem 2016/S 051-085134.

W dniu 26 sierpnia 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INKO Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pszczynie, ul. Dworcowa 18/6 i MP-Mosty spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Dekerta 18 – dalej przystępujący INKO. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta BUD-Invent spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Nałęczowska 62/58. Pozostałe oferty w tym oferta Prokom Construction spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu, ul. Reymonta 30/1 – dalej odwołujący zostały odrzucone lub wykluczone z postępowania.

Oferta odwołującego została przez zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020 – dalej ustawy) jako niezgodna z ustawą, ponieważ brak było przedłużenia terminu związania ofertą, co czyni tę ofertę nieważną, nadto na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy, z uwagi na wykluczenie wykonawcy. Odwołujący został też wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy, gdyż samodzielnie nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy, gdyż w ocenie zamawiającego złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania w pkt. 1 i 2 wykazu usług załącznika nr 4 do siwz. Dla poz. 1 odwołujący podał, że pełnił funkcję koordynatora nad realizacją robót budowlanych, których przedmiotem była budowa i przebudowa dróg klasy G o długości powyżej 2 km wraz z oświetleniem i przebudową kolidującej infrastruktury o łącznej wartości robót budowlanych 155 644 995,02zł. brutto. Tymczasem zgodnie z pismem ZIKiT w Krakowie z dnia 20 lipca 2016r. łączna długość przebudowy dróg klasy G na przedmiotowym zadaniu wynosiła 0,251km. Dla poz. nr 2 odwołujący podał, że pełnił funkcję Inżyniera kontraktu nad realizacją robót budowlanych, których przedmiotem była przebudowa dróg klasy G o długości powyżej 2 km wraz z odwodnieniem i oświetleniem i przebudową infrastruktury o łącznej wartości robót budowlanych 68,1 mln zł. Tymczasem zgodnie z

pismem PZDW w Rzeszowie z dnia 15 czerwca 2016r. nr PZDW-WZP-061/13/2016 potwierdzonym kolejnym pismem PZDW w Rzeszowie nr PZDW-WZP-/061/18/2016 z dnia 13 lipca 2016r. wykonawca nadzorował 12 osobnych robót budowlanych, z których wartość żadnej z nich nie przekraczała 40 mln. zł. Powyższe uchybienia w ocenie zamawiającego nie podlegają konwalidacji lub uzupełnieniu – tym samym zamawiający nie wzywał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Odwołujący został też wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, gdyż nie wykazał spełnienia warunku – wykaz usług w zakresie doświadczenia dwóch wymaganych przez zamawiającego usług. Z uwagi na charakter uchybień (poświadczenie nieprawdy) zamawiający uznał, że powyższe braki nie podlegały uzupełnieniu. Informacja o wyniku postępowania wraz z wynikiem procesu badania i oceny ofert nie została oznaczona jako zawierająca tajemnicę przedsiębiorstwa, któregośkolwiek z wykonawców, a zamawiający informację tę kierował do poszczególnych wykonawców, którzy złożyli mu oferty – dowód pismo zamawiającego z 7 września 2016r. wraz z załącznikami.

W dniu 5 września 2016r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26 sierpnia 2016r. udzielonego przez prezesa zarządu odwołującego ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu elektronicznie w dniu 5 września 2016r.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez zamawiającego następujących przepisów ustawy:

- a) art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 przez niezasadne przyjęcie, że wobec odwołującego zachodzą przesłanki wykluczenia w związku z nieprzedłużeniem terminu związania ofertą, a następnie bezpodstawne uznanie, że jego oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z ustawą,
- b) art. 24 ust. 2 pkt 4 przez niezasadne przyjęcie, że wobec odwołującego zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania z powodu niespełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, a następnie niezasadne odrzucenie jego oferty,
- c) art. 24 ust. 2 pkt 3 przez niezasadne przyjęcie, że wobec odwołującego zachodzą przesłanki wykluczenia w związku ze złożeniem przez niego w ofercie nieprawdziwych informacji, oraz w konsekwencji art. 26 ust 3 przez uznanie, iż w przypadku wątpliwości zamawiającego co do spełniania przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu nie istniały podstawy do wezwania odwołującego do uzupełnienia oferty,
- d) art. 7, art. 91 ust. 1 przez dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej z pogwałceniem zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji.

Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 26 sierpnia 2016 r.,

- b) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, a następnie odrzucenia jego oferty;
- c) dokonanie ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- d) dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Strony od 3 – 11 zostały w całości objęte przez odwołującego tajemnicą, gdyż jak podniósł zawarte w nich treści odnoszą się do treści dokumentów załączonych do oferty, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa i które to zastrzeżenie nie było zakwestionowane.

Na rozprawie na pytanie przewodniczącego składu orzekającego Izby odwołujący stwierdził, że informacje zawarte na str. 3-11 odwołania nie są objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa i z tego względu Izba postanowiła ich treść zawrzeć w ustaleniach stanu historycznego:

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. W przypadku prawidłowego działania zamawiającego oferta odwołującego zostałaaby wybrana jako najkorzystniejsza, a odwołujący odniósłby korzyść w wyniku realizacji zamówienia. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy oferta odwołującego została uznana za odrzuconą, w związku z czym odwołujący poniesie szkodę, bowiem nie zawrze umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym nie uzyska wynagrodzenia z tytułu jego realizacji. Co do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy, to odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt. 10.1 siwz pozostawał związany ofertą przez okres 60 dni. Termin składania ofert został wyznaczony na 9 maja 2016 r., w związku z tym termin związania ofertą upłynął 7 lipca 2016r. Zamawiający w dniu 22 czerwca 2016 r. przesłał informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz zwrócił odwołującemu wniesione wadium. W dniu 1 lipca 2016 r. odwołujący wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność zamawiającego polegające na wykluczeniu go postępowania (sygn. akt: KIO 1178/16). W dniu 15 lipca 2016 r. Izba wydała wyrok, w którym uwzględniła odwołanie. Z uwagi na okoliczność, iż w okresie trwania postępowania okres związania ofertą ulega zawieszeniu o ww. okres, tj. w tym przypadku o 7 dni. W związku z tym, według odwołującego, termin związania ofertą upływał 21 lipca 2016 r. Odwołujący przytoczył treść art. 85 ust. 2 i 4 ustawy i wskazał, że z uwagi na okoliczność, że w przedmiotowym postępowaniu zostało wniesione odwołanie powyższe przepisy należy interpretować z uwzględnieniem art. 184 ustawy, który brzmi: „Zamawiający, nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium wzywa wykonawców, pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy. Jeżeli odwołanie wniesiono po wyborze oferty najkorzystniejszej, wezwanie kieruje się jedynie do wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą. Zdaniem odwołującego zamawiający był zobowiązany w

dniu 15 lipca 2016 r. wezwać go do przedłużenia terminu związania ofertą oraz wniesienia nowego wadium na czas niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy. Dlatego też zaniechanie przez zamawiającego skierowania wezwania nie powinno rodzić dla odwołującego żadnych negatywnych konsekwencji. W ocenie odwołującego działanie zamawiającego polegające na zaniechaniu skierowania wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą było działaniem celowym i świadomym oraz miało na celu wyeliminowanie z postępowania odwołującego. To godzi w zaufanie do organów władzy publicznej czyli w przekonanie, że postępowanie administracyjne prowadzone jest zgodnie z zasadami wynikającymi z przepisów prawa, że respektowane są uprawnienia jego uczestników, że wszelkie wątpliwości rozstrzygane będą na korzyść obywatela, że organ wywiązuje się ze swoich obowiązków i dąży do sprawnego i efektywnego zakończenia sprawy. Przekonanie to nie oznacza oczywiście, że wszystkie postępowania zakończą się wynikiem pomyślnym dla obywatela i nie będą na niego nałożone obowiązki. Oznacza to jednak, że obywatel będzie miał przeświadczenie, że rozstrzygnięcie to jest zgodne z prawem i słuszne.

Na podobnym stanowisku stoi Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku sygn. akt KIO 2529/15, a także w postanowieniu Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r. VI Ga 192/10, w wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie w wyroku o sygn. akt IX Ga 392/13, w tym wyroku Sąd zwrócił uwagę, że takie wystąpienie, gdy nadto inny wykonawca samodzielnie złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, stało się wręcz obowiązkiem zamawiającego. Wymaga tego art. 7 ust. 1 ustawy stanowiący, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Abstrahując od powyższego odwołujący zauważył, że odwołujący wniósł odwołanie na pierwotny wybór oferty najkorzystniejszej, co zostało zaakcentowane na wstępie niniejszego odwołania (KIO 1178/16). Dodatkowo odwołujący kierował do zamawiającego pisma celem uzyskania informacji o etapie postępowania i przewidywanym terminie wyboru oferty najkorzystniejszej (dowód: np. pismo z dnia 24 sierpnia 2016 r.). Zgodnie z art. 65 § 1 kodeksu cywilnego: „Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje/* W związku z aktywnym uczestnictwem odwołującego w postępowaniu zamawiający winien przyjąć, iż jest on - i był przez cały okres prowadzenia postępowania - zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia i czuł się (i czuje się nadal) związany ofertą. Na poparcie powołał orzecznictwo KIO sygn. akt KIO 719/13. Nie bez znaczenia pozostaje również zdaniem odwołującego fakt, iż zamawiający podejmował w stosunku do oferty odwołującego czynności przypadające po okresie terminu związania ofertą, co jednoznacznie potwierdza uzasadnienie wykluczenia odwołującego w związku z niespełnieniem przez niego warunków udziału w postępowaniu. Informacje wskazane w

uzasadnieniu wykluczenia zamawiający pozyskał z dokumentów otrzymanych po 21 sierpnia 2016 r. W związku z tym działanie zamawiającego pozbawione jest jakichkolwiek zasad logiki i konsekwencji. Z jednej strony zamawiający uważa ofertę odwołującego za niebyłą z uwagi na nieprzedłużenie terminu związania ofertą a z drugiej strony dokonuje jej oceny i badania.

Co do zarzutu naruszenia art 24 ust 2 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, to odwołujący wskazał, że usługa wskazana w pozycji 1 - usługa realizowana na rzecz Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, a ZIKIT w Krakowie udzielił odpowiedzi na nieprecyzyjne i mylące pytanie zamawiającego, który powoływał się na wyrok KIO, w którym przedmiotem rozstrzygnięcia Izby była kwestia spełniania przez odwołującego, który powoływał się na usługę świadczoną na rzecz ZIKIT warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał, iż istotą problemu w przedmiotowej sprawie nie była długość budowanej drogi, ale fakt czy budowana ulica Lipska i Kuklińskiego (jako fragmenty realizowanej inwestycji) stanowią drogę klasy G.

Pytanie Zamawiającego zawarte w piśmie dnia 19 lipca 2016 r. brzmiało następująco:

„Czy w ramach świadczenia usługi Koordynatora (...) sprawowany był nadzór nad robotami budowlanymi, których przedmiotem była budowa lub przebudowa drogi (minimum klasy G) o długości minimum 2 km? Przy tym wskazujemy, że MZDIT znana jest treść wyroku KIO z dnia 22 lutego 2016 r.. sygn. akt: KIO 140/16, KIO 148/16)1”

W piśmie z dnia 20 lipca 2016 r. (otrzymanym w dniu 25 lipca 2016 r. - a więc po terminie związania ofertą) ZIKIT odpowiedział, że:

„Ulice Kuklińskiego i Lipska posiadają klasę drogi klasy G i zostały przebudowane na odcinku długości 251 mb”

Odwołujący wskazał, że ww. ulice stanowią jedynie fragment realizowanej inwestycji. Przedmiotowa inwestycja zakładała przebudowę ulicy Saskiej posiadającej dwa pasy ruchu. Pierwszy z nich przebiegający pod łącznikiem stanowi drogę klasy Z, natomiast drugi pas ruchu stanowi drogę klasy nie niższej niż G i spełnia określony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu (celem zwizualizowania powyższego odwołujący załączył do odwołania zdjęcia stanowiące rzut przedmiotowej inwestycji - załącznik nr 5).

Odwołujący jako załącznik nr 6 do odwołania załączył Projekt budowlany - opis techniczny estakada główna w ciągu łącznika Lipska - Wierucka (str. 2), z którego wynika, że: „Dla wybranego wariantu został opracowany projekt drogowy obejmujący przebudowę odcinka ul. Saskiej na południe od skrzyżowania z ul. Lipską, przebudowę tarczy skrzyżowania ul. Saska, Lipska, Kuklińskiego. Przebudowa ma na celu spełnienie parametrów dla ulicy klasy G (główniej). Zakres budowy ulicy G od tarczy skrzyżowania do ul. Żołnierskiej. Kilometraż po osi ul. Saskiej 0+665,72.”

Przedłużeniem drugiego pasa ruchu ulicy Saskiej jest estakada w ciągu łącznika Lipska - Wielicka, która w myśl dokumentacji projektowej oraz aktualnie obowiązujących przepisów stanowi drogę klasy nie niższej niż G. W Projekcie budowlanym - opis techniczny - ściany oporowe wzdłuż łącznika Lipska - Wielicka, oraz estakada nad ulicą Saską w ciągu łącznika Lipska - Wielicka stanowiącym załącznik nr 7 (str. 5) i 8 (str. 6) wskazano, że projekt zakłada „analizę statyczną - wytrzymałościową ściany oporowej przeprowadzono przyjmując obciążenia dla klasy A wg normy PN-85/S-10030 dla taboru tramwajowego” oraz, że:

Układ konstrukcyjny obiektu w pkt. 2 Obciążenie -Tabor tramwajowy, alternatywnie obciążenie kołowe klasy A

Powyższe zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie¹ (wyciąg z rozporządzenia - załącznik nr 9) wskazuje, iż wybudowana estakada spełnia warunki drogi klasy G. Zgodnie z pkt 3.4.5 Rozporządzenia: „Klasy obciążeń taborem samochodowym obiektów inżynierskich zależne od klasy drogi określa tabela: zgodnie z którą klasie drogi A, S, GP, G odpowiada klasa obciążenia taborem samochodowym A.

Odwolujący wskazał, że droga jest to wydzielony pas terenu składający się z jezdni, pobocza, chodnika, drogi dla pieszych lub drogi dla rowerów, łącznie z torowiskiem pojazdów szynowych znajdującym się w obrębie tego pasa, przeznaczony do ruchu lub postoju pojazdów, ruchu pieszych, jazdy wierzchem lub pędzenia zwierząt (art. 2 pkt 1 Ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. - Prawo o ruchu drogowym], oraz budowla wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiąca całość techniczno-użytkowa, przeznaczona do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowana w pasie drogowym (art. 4 ust. 2 Ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych).

Reasumując powyższe, zgodnie z przywołaną definicją przebudowa drogi nie ogranicza się jedynie do robót drogowych, z tego powodu za właściwą długość przebudowywanego odcinka należy przyjmować cały zakres decyzji ZRID obejmującej całą infrastrukturę. Analizując załączony zakres ZRID (załącznik nr 10 i 11), z proporcji można odczytać z rysunku długość przebudowy ulicy Lipskiej -Kuklińskiego ok. 0,38 km. Zamawiający pomija także łącznik Lipska - Wielicka, główny przedmiot realizacji. Podkreślił, iż praktycznie w całości przebiega on przez obiekty inżynierskie: estakadę główną, estakadę nad ulicą Saską i mury oporowe. O tym że łącznik ten stanowi drogę klasy G potwierdzają opisy techniczne z prostu budowlanego na poszczególne obiekty (w załączeniu), i tak:

- Estakada główna - tutaj wprost jest mowa klasie technicznej G od skrzyżowania Saska -Lipska - Kuklińskiego do km 0+665 osi ul. Saskiej. Trzeba zwrócić uwagę, iż w pasie drogowym ulicy Saskiej przebiega ulica Saska - „dołem” na długości 467 m jako klasa Z

(zapis z decyzji ZRID) i jednocześnie łącznik Lipska - Wielicka „górá”, czyli w murach oporowych i estakadzie. Projekt budowlany wprost mówi o klasie łącznika G na tym odcinku.

- Estakada nad ulicą Saską i mury oporowe - tutaj projekty mówi o klasie technicznej obciążenia obiektów inżynierskich jako klasę A. Obiekty inżynierskie są opisywane klasami nośności, a nie klasami drogi. Mowa jest o tym w Rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30.05.2000r. Dz.U. nr 63 w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie. Z korelacji klas nośności z klasami drogi wynika, że klasa obciążenia obiektów inżynierskich klasy A odpowiada klasie drogi A, S, GP i G. Stąd zdaniem odwołującego należy przyjąć że łącznik Lipska - Kuklińskiego należy do drogi klasy nie niższej niż G. (wyciąg z Rozporządzenia w załączeniu). Na podstawie zakresu decyzji ZRID należy przyjąć iż długość łącznika wraz ze skrzyżowaniem ulic Saska - Kuklińskiego - Lipska wynosi ok. 1,64 km.

Mając na uwadze powyższe nie powinno budzić wątpliwości, że usługa wskazana w Wykazie usług w pozycji 1 spełnia warunek udziału w postępowaniu.

W zakresie usługi wskazanej w pozycji 2 - usługa realizowana na rzecz Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzki, odwołujący podniósł treść pkt 6.23 siwz, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwie usługi polegające na pełnieniu funkcji menadżera, inwestora zastępczego lub inżyniera kontraktu nad realizacją robót budowlanych, których przedmiotem była budowa lub przebudowa drogi (min. klasy G) o długości minimum 2 km wraz z odwodnieniem i oświetleniem i przebudową kolidującej infrastruktury o łącznej wartości robót budowlanych 40 000 000 PLN brutto dla każdej z robót. Dopuszcza się wykazanie doświadczenia w zakresie jak wyżej, zdobytym odrębnie w maksymalnie trzech zadaniach: osobno na budowę lub przebudowę drogi, osobno na odwodnienie drogi i osobno na oświetlenie drogi. Jako wykonanie należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia/Protokół odbioru robót.

Odwołujący wyjaśnił, że przedmiotowa usługa obejmowała nadzór nad jedną inwestycją, jednakże z przyczyn ekonomicznych oraz terminowych zdecydowano podzielić usługę nadzoru na 12 umów. W żadnym miejscu SIWZ zamawiający nie wskazał, iż pod pojęciem „usługa” należy rozumieć „umowę”. Odwołujący wskazał, iż na gruncie zamówień publicznych obowiązuje zasada, że wszelkie nieścisłości oraz wątpliwości SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawcy. Okoliczność niedoprecyzowania przez zamawiającego, iż oczekuje wykazania się doświadczeniem w ramach jednej umowy. Odwołujący zauważył, że zamawiający nie ma prawa dokonywać zmiany interpretacji czy też brzmienia SIWZ na etapie badania oraz oceny ofert.

Na poparcie swego stanowiska powołał orzecznictwo KIO sygn. akt KIO 1945/13, KIO 2862/13, KIO 2853/13.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, to odwołujący nie zgadza się z decyzją zamawiającego w zakresie wykluczenia go z postępowania z powodu złożenia - rzekomych - nieprawdziwych informacji.

W jawnej części wskazał, że z uzasadnienia wynika, że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu. W związku z tym nie ma podstaw do przyjęcia, że wskazane w Wykazie usług informacje mają charakter „nieprawdziwych”.

Powołał się na wyrok sygn. akt KIO 974/15, sygn. akt KIO 2817/12, sygn. akt KIO 2711/12.

W ocenie odwołującego zamawiający nie dochował ciężącego na nim obowiązku prawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Działanie zamawiającego polegające na sformułowaniu zapytań do podmiotów na rzecz których odwołujący świadczył usługi wskazane w Wykazie usług niewątpliwie nie mogło doprowadzić do określenia całego spectrum okoliczności składających się na stan faktyczny niniejszej sprawy, tj. ustalenia czy odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu. Dlatego też odwołujący stoi na stanowisku, że zamawiający naruszył ww. przepis.

Odnosnie zarzut naruszenia art. 7, art. 91 ust. 1 przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z pogwałceniem zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji, to podniósł, że nie powinno budzić wątpliwości, że zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej naruszając art. 7 ustawy określający zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji.

W dniu 6 września 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 9 września 2016r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział przystępujący INKO, wskazując, że jako wykonawca wybrany ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, gdyż uwzględnienie odwołania powodowałoby, że utraci zamówienie, bo jego oferta jest droższa od oferty odwołującego. Wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 8 września 2016r. udzielonego przez prezesa zarządu INKO Consulting ujawnionego w odpisie z KRS tego przedsiębiorcy i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. INKO Consulting działała w imieniu własnym oraz w imieniu MP-Mosty sp. z o.o. zgodnie z pełnomocnictwem z dnia 11 kwietnia 2016r. udzielonym przez obu członków konsorcjum i podpisanego za INKO jak wyżej, a za MP-Mosty przez prokurenta samoistnego ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z

załączonym odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 9 września 2016r.

W dniu rozprawy zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W dniu rozprawy przystępujący złożył pismo przystępującego wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz przeprowadzenie dowodów dołączonych do pisma.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz z załącznikami, oferty odwołującego, wezwań zamawiającego kierowanych do odwołującego oraz pism zamawiającego do PZDW oraz KIZIT, a także dwóch informacji o wynikach postępowania, dokumentacji postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 1178/16, w tym protokołu z rozprawy, dowodów dołączonych przez odwołującego do odwołania i złożonych przez niego na rozprawie, dowodów załączonych przez przystępującego do pisma z dnia 19 września 2016r. oraz przedłożonych na rozprawie.

Na podstawie powyższego materiału dowodowego Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 6.2. SIWZ:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykonali w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwie usługi polegające na pełnieniu funkcji menadżera, inwestora zastępczego lub inżyniera kontraktu nad realizacją robót budowlanych, których przedmiotem była budowa lub przebudowa drogi (min, klasy G) o długości minimum 2 km wraz z odwodnieniem i oświetleniem i przebudowa kolidującej infrastruktury o łącznej wartości robót budowlanych 40.000.000.00 zł brutto dla każdej z robót. Dopuszcza się wykazanie doświadczenia w zakresie jak wyżej, zdobytym odrębnie w maksymalnie trzech zadaniach: osobno na budowę lub przebudowę drogi, osobno na odwodnienie drogi i osobno na oświetlenie drogi.

Jako wykonanie należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia/Protokół odbioru robót.”

W dniu 9 maja 2016r. upłynął termin składania ofert.

Odwołujący w złożonej przez siebie ofercie:

- po pierwsze jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł wyłącznie str. 7 – 8 oferty tj. wykaz osób.

- Wykazu zrealizowanych usług znajduje się na str. 10 – 11 i nie jest objęty tajemnicą przedsiębiorstwa.

W pkt. 1 Wykazu zrealizowanych usług powołał się na doświadczenie zdobyte w Zarządzie Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie.

W Wykazie wskazano następujące informacje:

Rodzaj usługi i jej charakterystyka: Rozbudowa linii tramwajowej etap IIB wraz z układem drogowym (ul. Lipska – ul. Wielicka) w Krakowie. Pełnienie funkcji Koordynatora nad realizacją robót budowlanych, których przedmiotem była budowa i przebudowa dróg klasy G o długości powyżej 2 km wraz z oświetleniem i przebudową kolidującej infrastruktury o łącznej wartości robót budowlanych 155 644 995,02zł.

Wartość zamówienia realizowanego przez Wykonawcę : 155 mln

Okres realizacji: 28.10. 2013r. – 28.09.2015r

Odbiorca: Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie

Uwagi : brak

Do wykazu na str. 12 załączono poświadczenie ZIKiT w Krakowie z dnia 28 grudnia 2015r. z którego nie wynika jaka klasa drogi i na jakim odcinku była budowana i przebudowywana pod nadzorem odwołującego.

w pkt 2 Wykazu zrealizowanych usług powołał się na doświadczenie zdobyte u Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie (dalej jako: „PZDW”).

W Wykazie wskazano następujące informacje:

Rodzaj usługi i jej charakterystyka: Trasy Rowerowe w Polsce Wschodniej – województwo podkarpackie w systemie zaprojektuj i wybuduj (5 odcinków, obiekty inżynieryjne nr 12, 88.1, 88.2, 90, 90.1, 91.1, 96) Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu nad realizacją robót budowlanych, których przedmiotem była przebudowa dróg klasy G o długości powyżej 2 km wraz z odwodnieniem o oświetleniem i przebudową kolidującej infrastruktury o łącznej wartości robót budowlanych 68,1 mln zł.

Wartość zamówienia realizowanego przez Wykonawcę : 68,1 mln

Okres realizacji: 01.10. 2014r. - 28.12.2015r

Odbiorca: Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich

Uwagi : brak

Odwołujący nie załączył do oferty poświadczenia należytego wykonania ww. usługi, gdyż nie był w stanie jej pozyskać do upływu terminu składania ofert (Odwołujący wielokrotnie zwracał się z wnioskiem do PZDW o wystawienie poświadczenia, niemniej jednak z przyczyn całkowicie niezależnych od Odwołującego Zamawiający nie przychylił się do jego wniosku).

Zamawiający w dniu 02 czerwca 2016 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi wskazanej w pkt 2 Wykazu usług.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący w dniu 08 czerwca 2016 r. złożył wyjaśnienia oraz przedłożył oświadczenie własne, o tym, że przedmiotowa usługa została wykonana należyście, a nieprzedłożenie poświadczenia było wynikiem nieotrzymania od PZDW stosownej referencji.

Zamawiający w dniu 10 czerwca 2016 r. skierował pismo nr MZDiT.ZP.3411- 82/2016 do PZDW, które brzmiało: „*W załączeniu przesyłamy kserokopie Wykazu usług złożonego przez Wykonawcę oraz oświadczenie firmy PROKOM. Prosimy o udzielenie informacji czy przedmiotowa usługa została wykonana przez ww. firmę należycie z punktu widzenia ustawy Prawo zamówień publicznych.*”

PZDW w dniu 15 czerwca 2016 r. udzielił odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego nr PZDW-WZP- 061/13/2016

Z dokumentu wynika, iż odwołujący pełnił funkcję Inżyniera Kontraktu na wskazanym w wykazie zadaniu, a wartość robót realizowanych na podstawie podpisanych umów z wykonawcami:

- nr 293/3052/243/WFU/12/14 na kwotę 4 216 869,01zł.
- nr 666/3052/243/WFU/13/14 na kwotę 7 995 000,00zł.
- nr 506/3052/243/WFU/18/14 na kwotę 7 998 550,40zł.
- nr 559/3052/243/WFU/22/14 na kwotę 5 215 057,54zł.
- nr 575/3052/243/WFU/17/14 na kwotę 28 877 759,89zł.
- nr 294/3052/243/WFU/14/14 na kwotę 6 146 924,99zł.
- nr 296/3052/243/WFU/15/14 na kwotę 4 882 881,06zł.
- nr 312/3052/243/WFU/25/14 na kwotę 349 197,00zł.
- nr 297/3052/243/WFU/16/14 na kwotę 947 020,05zł.
- nr 313/3052/243/WFU/24/14 na kwotę 364 080,00zł.
- nr 409/3052/243/WFU- WR-1/7/15 na kwotę 25 778,82zł.
- nr 293/3052/243/WFU-WR-1/8/15 na kwotę 499 999,98zł. oraz, że

„ze względu na niezakończenie kontraktu pn. „Trasy rowerowe - województwo podkarpackie w systemie „zaprojektuj i wybuduj” obiekt mostowy 88 2”, Zamawiający informuje, że na dzień 15.06.2016 r. w ramach umowy (...) nie została zrealizowana.”

Zamawiający nie wzywał do uzupełnienia, wyjaśnień dla poz. 1 wykazu, ani też nie weryfikował wystawionego poświadczenia u zamawiającego KIZiT w Krakowie.

W dniu 22 czerwca 2016 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz wykluczeniu Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji uznania jego oferty za odrzuconą. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, że:

„Wykonawca wykluczony zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp - nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Nie spełniono warunku: Wykaz usług.

Uzasadnienie: Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień uzupełnień z dnia 206-06-02 przedłożył własne oświadczenie, w którym oświadcza, że nie mógł uzyskać poświadczenia od Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie, Zamawiający zwrócił się do PZDWP w Rzeszkowie o udzielenie informacji, czy przedmiotowa usługa

została wykonana przez firmę PROKOM należycie z punktu widzenia ustawy - pzp. W odpowiedzi uzyskaliśmy informację, iż usługa ta nie została zrealizowana. Z treści pisma wynika, że roboty dotyczyły adaptacji ciągów pieszych na pasy rowerowe bądź budowy pasów rowerowych, a nie drogi wraz z jezdniami dla ruchu samochodowego. Ponadto, nie ma informacji, że przebudowa drogi obejmowała odwodnienie i oświetlenie. Wobec powyższego zamawiający uznaje, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.”

Zamawiający po przekazaniu informacji o wyniku postępowania zwrócił wykonawcom wadia – załącznik nr 139 do protokołu postępowania.

Dla przedmiotowej usługi zostało wystawione Świadectwo Przejęcia Obiektu 88_2 z dnia 22 grudnia 2015 r

Odwołujący złożył zapytanie do PZDW z dnia 22 czerwca 2016 r., nr 229/GM/16

Odpowiedź PZDW z dnia 27 czerwca 2016 r., nr PZDW-WZP-061/15/2016, z której wynikało, że w ramach realizacji zadania pn. *Trasy rowerowe w Polsce Wschodniej – województwo podkarpackie*” wykonano drogę klasy G na długości minimum 2 km jak również wykonano prace związane z przebudową kolidującej infrastruktury a także prace związane z odwodnieniem drogi i z budową lub przebudową oświetlenia.

Z protokołu rozprawy z dnia 15 lipca 2016r. sygn. akt KIO 1178/16 str. 5 wynika, że zamawiający wskazywał, że warunek określał nadzorowanie prac na drodze klasy co najmniej G, z czego wynika, że przedmiotem robót miała być jezdnia.

W dniu 15 lipca 2016r. Izba w sprawie sygn. akt KIO 1178/16 wydała wyrok w sprawie z odwołania Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu i orzekła, że uwzględnia odwołanie. Nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego pod nazwą *Świadczenie usług związanych z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu oraz nadzór i rozliczenie robót przy realizacji Projektu pod nazwą: Budowa przedłużenia Alei Bohaterów Monte Cassino do ul. Dźbowskiej oraz rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 908 (ul. Dźbowska, Powstańców Warszawy, Gościnną)*. Nakazuje zamawiającemu w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego pod nazwą *Świadczenie usług związanych z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu oraz nadzór i rozliczenie robót przy realizacji Projektu pod nazwą: Budowa przedłużenia Alei Bohaterów Monte Cassino do ul. Dźbowskiej oraz rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 908 (ul. Dźbowska, Powstańców Warszawy, Gościnną)* unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu oraz nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu. Nakazuje zamawiającemu dokonanie badania i oceny ofert.

W dniu 6 lipca 2016r. firma BUD-Invent złożyła oświadczenie o wydłużeniu terminu związania ofertą o kolejne 60 dni licząc od 9 lipca 2016r..

W dniu 7 lipca 2016r. przystępujący INKO złożył oświadczenie o wydłużeniu terminu związania ofertą do dnia 6 września 2016r. jednocześnie składając aneks do gwarancji wadialnej na wydłużony okres związania.

W dniu 19 lipca 2017r. zamawiający zwrócił się do KIZiT w Krakowie o udzielenie odpowiedzi m. in. na pytanie:

1. Czy w ramach świadczenia usługi koordynatora sprawowany był nadzór nad robotami budowlanymi, których przedmiotem była budowa lub przebudowa drogi (minimum klasy G) o długości minimum 2 km? Przy tym zamawiający wskazał, że jest mu znana treść wyroku KIO z dnia 22 lutego 2016r. sygn. akt KIO 140/16 KIO 148/16

W dniu 19 lipca 2016r. zamawiający wystąpił do PZDW m. in. z pytaniami, czy w ramach umowy nr 408/3052/243.WFU/26/2014 Inżynier Kontraktu – odwołujący nadzorował jedną robotę budowlaną, czy też nadzorował 12 osobnych robót budowlanych, tj. Roboty na które zostały zawarte osobne umowy na roboty budowlane i realizowane one były na podstawie oddzielnych decyzji lub zgłoszeń – czy roboty budowlane były prowadzone w oparciu o osobne dokumentacje projektowe i jeżeli Inżynier kontraktu nadzorował 12 robót budowlanych, to czy przedmiotem przynajmniej jednej z robót budowlanych była przebudowa drogi (minimum klasy G) o długości minimum 2 km i łączna wartość wszystkich robót na tym odcinku wynosiła minimum 40 000 000, 00zł. brutto? Przy czym za przebudowę drogi należy również uznać dobudowanie chodników lub ścieżek rowerowych w pasie drogowym drogi o klasie minimum G.

W dniu 20 lipca 2016r. KIZiT w Krakowie odpowiedział, że inwestycja obejmowała zakresem (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane Dz. U. z 2013r. poz. 1409 z późna. zm.) m. in. przebudowę skrzyżowania z ulicami Kuklińskiego i Lipską (w związku z rozbudową ul. Saskiej) koniecznością wbudowania węzła rozjazdu i torowiska dla linii tramwajowej w kierunku ul. Saskiej. Ulice Kuklińskiego i Lipska posiadają klasę drogi G i została przebudowane na odcinku o długości 251 mb.

Strony zgodnie oświadczyły (odwołujący w odwołaniu, zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, że termin związania ofertą z uwzględnieniem okresu zawieszenia upłynął w dniu 21 lipca 2016r. (okoliczność bezsporna)

W dniu 26 lipca 2016r. PZDW w Rzeszowie odpowiedział zamawiającemu, że

Zgodnie z podpisaną umową nr 408/3052/243/WFU/26/2014r. odwołujący pełnił nadzór nad realizacją zadania „Trasy rowerowe (...)”, które zostało podzielone na 12 kontraktów, na które zostało zawartych 12 osobnych umów w systemie „zaprojektuj i wybuduj”. PZDW podkreśliło, że przedmiotowe inwestycje były realizowane na podstawie oddzielnych dokumentacji opracowywanych przez poszczególnych wykonawców i wskazało na których

odcinakach były osobne decyzje administracyjne lub zgłoszenia. Odwołujący pełnił nadzór nad wszystkimi kontraktami (12 kontraktów na które zostało zawartych 12 umów) realizowanymi w ramach zadania „Trasy rowerowe (...)” realizowanego na podstawie Umowy o dofinansowanie nr POPW.05.02.00-18-004/12-00 z dnia 31 sierpnia 2012r. zawartej między Polską Agencją Rozwoju Przedsiębiorczości, a Województwem Podkarpackim. Wartość całego zadania nadzorowanego przez Inżyniera Kontraktu wynosiła 68 128 685,92zł. brutto z czego żadna z umów nie przekroczyła wartości 40 000 000, 00zł. brutto.

W dniu 26 lipca 2016r. zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, czynność odrzucenia odwołującego z postępowania i wykluczenia tego wykonawcy i poinformował, że dokona ponownego badania i oceny złożonych ofert.

W dniu 23 sierpnia 2016r. odwołujący wystąpił do zamawiającego z pytaniem, kiedy zamawiający ma zamiar wykonać wyrok w sprawie sygn. akt KIO 1178/16 oraz zwrócił uwagę^{2.}, że do dnia sporządzenia pisma zamawiający nie wzywał odwołującego zgodnie z dyspozycją art. 184 w związku z art. 85 ust. 2 ustawy do wydłużenia terminu związania ofertą. Odwołujący oświadczył, że czuł i czuje się nadal związany ofertą w całym postępowaniu i wyraża wolę zawarcia z zamawiającym umowy w sprawie zamówienia publicznego

Załączniki do odwołania:

Z załącznika nr 5 wynika, że odwołujący zamieścił na dokumentacji zdjęciowej informację, że ul. Lipska i Kuklińskiego są klasy G o długości 0,38km wg decyzji ZRID, a łącznik Lipska – Wielicka o długości 1,64km też ma klasę G.

Z załącznika nr 6 – wyciągu ze str. 2 projektu budowlanego – opisu technicznego – estakady głównej nad torami PKP wynika, że dla wybranego wariantu został opracowany projekt drogowy obejmujący przebudowę odcinka ul. Saskiej na południe od skrzyżowania z ulicą Lipską, przebudowę tarczy skrzyżowania ul. Saska, Lipska, Kuklińskiego. Przebudowa ma na celu spełnienie parametrów dla ulicy klasy G (głównej). Zakres budowy ulicy G od tarczy skrzyżowania do ulicy Żołnierskiej. Kilometraż po osi ul. Saskiej 0+ 665,72.

Z załącznika nr 7 – projektu budowlanego – opis techniczny pkt. 1.2. opis konstrukcyjny obiektu pkt. 1.2.1. Konstrukcja ścian, wynika, że analizę statyczno- wytrzymałościową ściany oporowej przeprowadzono przyjmując obciążenia dla klasy A wg PN-85/S-10030 i dla taboru tramwajowego.

Z załącznika nr 8 – projektu budowlanego – opis techniczny pkt. 1.2. układ konstrukcyjny obiektu pkt. 1.2.1. Zestawienie tabelaryczne parametrów konstrukcji wynika, że parametr obciążenie został scharakteryzowany jako tabor tramwajowy, alternatywnie obciążenie kołowe klasy A.

Z załącznika nr 9 – Dziennika Ustaw nr 63 poz. 735 str. 3930 wynika, że dla klas drogi A, S, GP, G klasa obciążenia taborem samochodowym według PN-85/S10030 to A.

Załączniki 10 i 11 stanowią mapy do celów projektowych, których czytelność w odwołaniu nie pozwala na poczynienie jakichkolwiek ustaleń.

Dowody odwołującego przedłożone na rozprawie:

Powiększone załączniki nr 10 i 11 przedłożone w wersji kolorowej obrazują przebieg inwestycji, jednak ich stopień pomniejszenia nie pozwala na poczynienie jednoznacznych ustaleń mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia.

Z zapytania odwołującego do PZDW z dnia 30 sierpnia 2016r. wynika, że odwołujący pytał, czy inwestycja wskazana w poz. 2 wykazu tworzy jeden nierozzerwalny i powiązany ze sobą w sposób techniczny i funkcjonalny obiekt oraz jakie były powody realizowania tego zadania na podstawie 12 umów z wykonawcami robót i jakie były pierwotne zamierzenia zamawiającego.

W dniu 30 sierpnia 2016r. PZDW odpowiedział, że wypracowana została jedna trasa rowerowa jako jeden nierozzerwalny ciąg rowerowy i powiązany ze sobą w sposób techniczny i funkcjonalny obiekt. Natomiast udzielenie 12 kontraktów na realizację robót budowlanych związane było z przebiegiem postępowań zmierzających do wyłonienia wykonawcy robót, pierwotnie planowano jedno duże zdanie w systemie zaprojektuj i wybuduj.

Dowody dołączone do pisma przystępującego z dnia 19 września 2016r. :

Z postanowienia Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Krakowie znak OO.4242.2.14.2013. JS wynika, że uzgodniono realizację przedsięwzięcia z zachowaniem warunków zawartych w poprzedniej decyzji z zaakceptowaniem obniżenia się parametrów ul. Saskiej z klasy G do klasy Z

Z decyzji Prezydenta Miasta Krakowa znak AU-01-2.6740.4.6.2013.MUR wynika, że budowane torowisko tramwajowe połączone jest z istniejącym torowiskiem w pasie drogowym ul. Wielickiej i dalej przebiega poprzez przebudowane/rozbudowane skrzyżowanie ulic Wielickiej i Prokocimskiej przez estakadę nad terenem kolejowym i ul. Żołnierską poprzez rozbudowane ulice Gromadzką i Saską połączone z istniejącym torowiskiem z ciągu ulic Kuklińskiego –Lipska poprzez przebudowywane/rozbudowywane skrzyżowanie tych ulic z ulicą Saską.

Z poświadczenia ZIKiT z dnia 13 marca 2015r. wynika, że zakres opracowania projektu budowlanego i wykonawczego obejmował linię tramwajową wraz z siecią trakcyjną o długości ok. 4700 mbpt wraz z odwodnieniem, oświetleniem i rozjazdami dwutorowymi pojedynczymi, roboty drogowe w zakresie – rozbudowy ul. Saskiej o parametrach klasy Z 2/2 wraz z przebudową skrzyżowania z ul. Kuklińskiego i ul. Lipską o długości 470 mb oraz projekt obiektów mostowych – estakada nad torami PKP – długość obiektu 461m, estakada w węźle ulic – długość obiektu 150m.

Z powiększonego fragmentu załącznika nr 10 do odwołania wynika, że koniec zakresu przebudowy występuje w km E 0+ 253 837 zaś zakres wniosku w ramach decyzji ZRID jest oddalony do końca zakresu przebudowy o ok. 50m.

Z oświadczenia projektanta z dnia 19 września 2016r. wynika, że łącznik linii tramwajowej KST od ul. Lipskiej do ul. Wielickiej w Krakowie był projektowany dla obciążeń wynikających z taboru tramwajowego oraz ciągu pieszo-rowerowego. Obiekty inżynierskie nie były projektowane na obciążenia typowo drogowe. Pojawiające się w projekcie opisy zgodnie z którymi biegnąca wzdłuż tego łącznika ul. Saska lub jakakolwiek część tego łącznika miały być drogą klasy G są wynikiem omyłki wynikającej z niezaktualizowania treści do prawidłowego zakresu projektu budowlanego. Przedmiotowa inwestycja w swoim zakresie obejmowała rozbudowę dróg kategorii o parametrach klasy Z, budowę i rozbudowę dróg gminnych o parametrach klasy L i D.

Z projektu budowlanego Estakady głównej nad torami PKP str. 2 wynika treść zgodna z załącznikiem nr 6 do odwołania oraz na str. 5 podano podstawowe parametry obiektu tj. długość całkowitą konstrukcji nośnej $l_c = 461,0m$ oraz klasę obciążenia – tabor tramwajowe według normy.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, że pomiędzy stronami sporne jest czy zamawiający ma prawo wykluczyć wykonawcę za brak samodzielnego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, oraz czy dopuszczalny jest wybór jako najkorzystniejszej oferty dla której upłynął termin związania ofertą. W zakresie tego sporu Izba ustaliła, że termin związania ofert upływał w dniu 21 lipca 2016 r. Przed upływem tego terminu zamawiający nie występował do wykonawców, ani w trybie art. 184 ani art. 85 ust. 2 ustawy. Po 20 lipca 2016r. zamawiający nie kierował do odwołującego żadnych wezwań, jedynym pismem było pismo o unieważnieniu pierwotnego wyboru oraz o wyniku ponowionej oceny i badania ofert. Bezsporne jest, że od dnia 21 lipca 2016r. odwołujący nie składał oświadczeń o pozostawaniu w związaniu własną ofertą jak również nie wnosił w tym okresie wadium.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się okoliczności mogących skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

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

Izba oceniła, że odwołujący nie wykazał przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy i z tych względów odwołanie podlegało oddaleniu.

O istnieniu bądź braku interesu w uzyskaniu zamówienia, jak również w pozostawianiu jakiś zarzutów, z uwagi na tożsamość okoliczności wcześniejszego odwołania, bez rozpoznania, Izba ma możliwość wypowiedzenia się dopiero, po przeprowadzeniu merytorycznej rozprawy.

Należy zauważyć przede wszystkim, że art. 179 ust. 1 ustawy nie jest ograniczony jedynie do wykonawców, czy uczestników konkursu, ale także mowa jest w nim o innych osobach, które miały lub mają interes w uzyskaniu zamówienia i poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Takim klasycznym przykładem osoby uprawnionej do wniesienia odwołania nie będącej wykonawcą jest podmiot, który kwestionuje zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki skierowanego do jego konkurenta. Jednak sam fakt, że dana osoba ma lub miała interes w uzyskaniu danego zamówienia nie przesądza jeszcze o dopuszczalności wniesionego odwołania. Odwołujący bowiem musi wykazać, że poniósł, lub może ponieść szkodę w związku z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy. Przesłanka ta w ocenie Izby w niniejszym postępowaniu nie została przez odwołującego udowodniona. Przede wszystkim przepis ten nie stanowi o szkodzie polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia, choć tradycyjnie za wielkość szkody jest przyjmowany potencjalny zysk jaki danym podmiot mógłby uzyskać z tytułu realizacji danego zamówienia. Niemniej jednak, choć wysokość szkody rzeczywiście może być tak określona, to nie można zapominać o tym, że powstanie szkody, lub możliwość (a więc szkoda hipotetyczna) musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowo-skutkowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy. W badanym odwołaniu odwołujący musiałby wykazać, że zaniechanie wezwania przez zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą po pierwsze stanowi naruszenie ustawy, a po drugie takie zaniechanie pozostaje w normalnym związku przyczynowo skutkowym z powstałą lub mogącą powstać po stronie odwołującego szkodą. Odwołujący, jak słusznie podnosił to przystępujący, w toku rozprawy nie formułował zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 85 ust. 2 ustawy, który stanowi, że wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym, że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres nie dłuższy jednak niż 60 dni. Izba stwierdziła, że odwołujący nie podnosił także zarzutu naruszenia art. 184 ustawy, w myśl którego zamawiający nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium, wzywa wykonawców, pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy. Jeśli odwołanie wniesiono po wyborze oferty najkorzystniejszej, wezwanie kieruje się jedynie do wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą. Oznacza to w ocenie Izby, że odwołujący nie upatrywał swojej potencjalnej szkody tak w braku wezwania

ze strony zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą, jak i braku wezwania do wniesienia wadium. Nadto Izba zwróciła uwagę, że w świetle art. 85 ust. 2 ustawy i przyznania wykonawcom prawa do przedłużania związania własną ofertą w każdym czasie, trudno byłoby znaleźć normalny związek przyczynowo skutkowy pomiędzy ewentualną utratą zysku z realizacji zamówienia, a brakiem wezwania ze strony zamawiającego, bez konieczności wykazania braku przyczynienia się wykonawcy do powstałej szkody.

Termin związania ofertą oznacza okres, w którym funkcjonuje oświadczenie woli wykonawcy o zamiarze zawarcia z zamawiającym umowy na warunkach określonych w siwz, jeśli ten termin upływa i nie zostaje skutecznie przedłużony, to materialnie oferta pozostaje, ale wygasa oświadczenie wykonawcy, które z tej materii tworzyło deklarację zawarcia umowy. Zamawiający zatem jak już wskazano wyżej nie miał w dacie 22 lipca 2016r. jakichkolwiek oświadczeń woli ze strony odwołującego, które pozwalały mu na uznanie, że ten wykonawca chce z nim zawrzeć umowę.

Izba uznała, że odwołujący wykazał jedynie przesłankę opisaną w pkt. 1 tj. wykazał, że posiadał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu i oferta ta była korzystniejsza pod względem ceny od oferty wybranej, tym samym, gdyby zamawiający nie wykluczył, go z postępowania, a jego oferty nie odrzucił, odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia. W ocenie Izby jednak odwołujący nie wykazał zaistnienia drugiej z ustawowych przesłanek dopuszczalności odwołania, tj. nie wykazał, że poniósł lub że może ponieść szkodę w związku z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby zarówno działania wykonawcy jaki i zamawiającego jako podmiotów prowadzących działalność na określonym rynku należy traktować jako działania profesjonalistów i przykładać do nich takąż właśnie miarę należytej staranności. Stąd Izba podziela w pełni pogląd Izby wyrażony w wyroku z dnia 30 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2529/15, że wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji niewypełnienia przez zamawiającego ciężących na nim obowiązków ustawowych w tym przypadku wezwania z art. 85 ust. 2 ustawy, jednakże Izba nie uważa, że wykonawca jest zwolniony z dbałości o prawidłowe złożenie i funkcjonowanie w postępowaniu jego własnej oferty. Tym samym skoro art. 85 ust. 2 ustawy zezwala wykonawcy na możliwość samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą, to w ocenie Izby niedopuszczalne jest działanie wykonawcy, który nie dbając o ciągłość związania, nie uzewnętrznia woli pozostawania w postępowaniu po upływie terminu wskazanego przez zamawiającego jako okres związania ofertą przez okres około 1 miesiąca. O ile bowiem Izba podziela stanowisko Trybunału Konstytucyjnego wyrażone w orzeczeniu z dnia 24 lutego 2010 r. (sygn. akt SK 22/08), iż zawarcie umowy nie wymaga ważności terminu związania ofertą (dopuszczalne jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania oferta, jeśli chęć jej podpisania wyraża wykonawca, którego oferta została uznana w

postępowaniu za najkorzystniejszą), o tyle Izba wyraża pogląd, że niedopuszczalne jest dokonywanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert, wśród których znajdują się oferty pozostające w terminie związania ofertą i takich, wobec których termin związania ofertą upłynął, w szczególności w sytuacji, gdy wykonawca świadomie dopuszcza do tego, aby stan związania ofertą upadł. W ocenie Izby powodowałoby to bowiem naruszenie normy art. 7 ust. 1 ustawy i naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Ta nierówność przejawiałaby się bowiem w tym, że wykonawca związany złożoną ofertą musi zawrzeć umowę z zamawiającym, natomiast wykonawca nie związany swą ofertą takiego obowiązku nie ma i może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego wyłącznie na zasadzie dobrowolności, co nie mieści się w ramach prawnych przetargu nieograniczonego.

Izba nie podziela argumentacji odwołującego co do tego, że fakt iż obecny zamawiający jest jednocześnie organem administracji samorządowej, zwalnia odwołującego z dbałości o własne interesy. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest cywilnoprawnym sposobem dochodzenia do zawarcia umowy, choć uregulowanym w sposób szczególny z uwagi na potrzebę ochrony interesu publicznego, co jednak oznacza, że instytucja związania ofertą ma znaczenie na gruncie ustawy i to nie tylko dla umożliwienia zamawiającemu wyboru oferty najkorzystniejszej, ale także dla zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego także przez unieważnienie postępowania. Idąc bowiem takim rozumowaniem odwołującego zamawiający nie mógłby unieważnić postępowania z powodu braku ważnych oferty po bezskutecznym upływie terminu do przedłużenia terminów nimi związania, gdyż wykonawcy w każdym momencie mogliby dowodzić, że uznają się za związanych swoimi ofertami. Mogłoby to prowadzić do prób obejścia ustawy, która narzucając terminy związania ofertą, wprowadziła zasadę szybkości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto wobec wykonawcy wybranego w dacie związania ofertą, a odmawiającego podpisania umowy zamawiający mógłby zastosować sankcję zatrzymania wadium, w oparciu o przesłankę z art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy, natomiast wobec wykonawcy, który nie pozostawałby w dacie wyboru związany ofertą, takiej sankcji zamawiający zastosować by nie mógł, również nie mógłby się oprzeć o przepis art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy, gdyż zawarcie umowy nie stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, gdyż na wykonawcy ciąży jedynie uprawnienie, a nie obowiązek samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą. Zatem w sytuacji wyboru wykonawcy z ofertą, której termin związania wygasł, zamawiający nie mógłby skutecznie gwarantować sobie podpisania umowy, a zatrzymanie wadium mogłoby być skutecznie podważane przez wykonawcę. Tym samym inna jest sytuacja prawna wykonawcy wybranego w dacie związania ofertą i wykonawcy, wybranego po upływie terminu związania ofertą, który bez negatywnych dla siebie konsekwencji finansowych może uchylać się od zawarcia umowy i to także w sytuacji, gdy

jego oferta nadal pozostaje zabezpieczona wadium. Prowadzi to do sytuacji, w której wyboru dokonuje się spośród ofert wykonawców, którzy muszą zawrzeć umowę lub tracą wadium i takich, którzy mogą ale nie muszą zawrzeć umowy, bez negatywnych konsekwencji. Izba uważa, że taka sytuacja nie znajduje oparcia w przepisach ustawy i narusza art. 7 ust. 1 ustawy. Za koniecznością pozostawania w związaniu ofertą na datę wyboru oferty najkorzystniejszej opowiedział się także Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku sygn. akt XIII Ga 379/12. W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu sytuacja faktyczna, w której znalazł się odwołujący była taka, że nie wykazał on związania ofertą do momentu wyboru oferty najkorzystniejszej. Skoro nie pozostawał w związaniu i zamawiający nie mógł przymusić go do zawarcia umowy, to odpadła możliwość poniesienia szkody po stronie odwołującego. Taka możliwość odpadła także z tego powodu, że odwołujący nie wniósł wadium, a zatem i w tym zakresie nie mógł ponieść szkody. Oznacza to, że odwołujący nie wykazał zaistnienia drugiej z obligatoryjnych przesłanek dopuszczalności odwołania.

Odwołanie zatem podlegało oddaleniu z powodu nie wykazania przesłanek materialnoprawnych z art. 179 ust. 1 ustawy. Zdaniem Izby niezbędne jest aby wykonawca pozostawał związany złożoną ofertą gdyż w przeciwnym przypadku ocenie i porównaniu z innymi ofertami podlegałaby oferta, co do której wykonawca mógłby bez konsekwencji odmówić podpisania umowy.

Biorąc pod uwagę, że odwołujący nie wykazał materialnoprawnej przesłanki dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy nie było podstaw do merytorycznego rozpoznania zarzutów postawionych w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 ustawy w związku z art. 179 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 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) obciążając odwołującego kosztami wpisu.

Przewodniczący: