

Sygn. akt: KIO 1111/18

WYROK

z dnia 19 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Artur Szmigiel

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 4 czerwca 2018 r. przez **wykonawcę ECM Group Polska S. A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Skarb Państwa – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie**

przy udziale **wykonawcy SAFAGE S.A.S. z siedzibą we Francji** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę ECM Group Polska S. A. z siedzibą w Warszawie i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę ECM Group Polska S. A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od **wykonawcy ECM Group Polska S. A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **3.600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Zamawiającego: Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie** stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2017 r., poz. 1579) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *„Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła „Kamień” (z węzłem) do węzła „Sokołów Małopolski Północ” (z węzłem) o długości około 7,9 km ”*.

Wykonawca ECM Group Polska S. A. z siedzibą w Warszawie (zwani dalej: „Odwołującym”) w dniu 4 czerwca 2018 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) odwołanie na zaniechanie wykluczenia wykonawcy SAFAGE S.A.S. z siedzibą we Francji, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy za złożenie nieprawdziwych informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie wykluczenia i odrzucenia oferty SAFAGE S.A.S. z siedzibą we Francji, dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy SAFAGE S.A.S. z siedzibą we Francji, jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy SAFAGE S.A.S. z siedzibą we Francji (zwanego dalej również: „Przystępującym”). Izba nie potwierdziła skuteczności przystąpienia wykonawcy

Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, z uwagi na brak interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony - wykonawcy ECM Group Polska S. A. z siedzibą w Warszawie - do której przystępuje. Trudno zgodzić się, aby wykonawca Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej – jako konkurent wykonawcy ECM Group Polska S. A. z siedzibą w Warszawie – posiadał interes w tym, by ECM Group Polska S. A. z siedzibą w Warszawie uzyskał przedmiotowe zamówienie. W konsekwencji wykonawca Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej nie posiada statusu uczestnika tego postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji” lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Przepis ten zatem zakłada kwalifikowaną postać wprowadzenia Zamawiającego w błąd, t.j. zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że w niniejszym postępowaniu doszło do zamierzonego wprowadzenia Zamawiającego w błąd lub rażącego niedbalstwa. W ocenie Izby – w tym stanie faktycznym – owe zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo – opisane w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp – nie zostało w żaden sposób wykazane w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. Zgodzić należało się z Przystępującym, że zamierzone działanie po stronie Przystępującego nie zostało wykazane. Przeciwnie Przystępujący dochował należytej staranności przygotowując ofertę w tym postępowaniu. Dodatkowo jak zostało wskazane osoba odpowiedzialna za przygotowanie oferty uzyskała bezpośrednio od Pana A. S. potwierdzenie, że spełnia on wymagania określone przez Zamawiającego. Przystępujący nie miał podstaw nieuznania oświadczenia Pana S. . Ponadto informacje dostępne w żaden sposób nie podważały wiarygodności oświadczenia otrzymanego od Pana S. . Zatem nie można mówić, aby Przystępujący wykazał się rażącym niedbalstwem lub celowo wskazał na projekt niepotwierdzający spełniania warunku udziału w postępowaniu. Powyższe w żaden sposób nie leżało w interesie Przystępującego, aby wykazać się wymaganiem niespełniającym oczekiwań Zamawiającego. Nie można zgodzić się również z Odwołującym, aby Zamawiający w jakikolwiek sposób w piśmie z dnia 8 marca

2018 r. zarzucił Przystępującemu podanie nieprawdziwych informacji, a jedynie niepotwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, które właśnie stanowiło podstawę do wystosowania wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie, uzupełnił prawidłowo informacje i dokumenty potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Zatem, nie można twierdzić, aby wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Ponadto nie można zgodzić się z Odwołującym, że niespełnienie warunku udziału w postępowaniu równoznaczne jest z podaniem przez wykonawcę nieprawdziwych informacji. W konsekwencji nie można zgodzić się, że wypełnione zostały przesłanki wynikające z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego Pana Z. C., Izba w pierwszej kolejności zwróciła uwagę na postanowienia specyfikacji. W pkt 19.1.3.2 SIWZ-IDW odnośnie kryterium „*Doświadczenie personelu Konsultanta*” Zamawiający przewidział następujące wymagania dla Podkryterium 2.1. 1) Podkryterium 2.1. Inżynier Kontraktu — max. ilość punktów — 4. Doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont lub nadzór nad budową, przebudową lub remontem Obiektu Budowlanego (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 7.2.3)b)1) IDW — Tom I SIWZ) o wartości robót co najmniej 15 mln PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 19.1.3.3. IDW— Tom I SIWZ) na stanowisku/ stanowiskach: Inżyniera Kontraktu lub Dyrektora Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Zastępcy Dyrektora Kontraktu lub Zastępcy Inżyniera Kontraktu/Inżyniera Rezydenta, który był zgłoszony do Zamawiającego oraz posiadał odpowiednie pełnomocnictwa do reprezentowania Inżyniera. Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 1 punkt. Za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 4 punkty. Za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów. Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów. Zatem Zamawiający przyznawał wykonawcom w tym podkryterium 1 punkt, gdy wykonawca przedstawił jedno zadanie spełniające ww. kryteria, a 4 punkty w sytuacji, gdy wykonawca przedstawił 2 lub więcej zadań spełniających ww. kryteria. W tym postępowaniu Przystępujący wskazał w ofercie trzy zadania, przy czym tylko dwa z nich – zgodnie z postanowieniami specyfikacji – musiały spełniać postawione przez Zamawiającego kryteria, żeby wykonawca mógł otrzymać maksymalną ilość 4 punktów. Przedstawienie nadmiarowej ilości zadań nie miało zatem znaczenia dla przyznania maksymalnej ilości punktów i nie mogło mieć istotnego wpływu na decyzje Zamawiającego podejmowane w toku postępowania. Ponadto na co zwrócił uwagę Zamawiający zgodnie z postanowieniami SIWZ za zadanie, które nie potwierdzało w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca

otrzymywał 0 punktów. Zatem niewątpliwie w przypadku Pana Z. C., przedmiotowa informacja nie miała wpływu na przyznaną Przystępującemu punktację, a tym samym - nie przesądzała o decyzji Zamawiającego, gdyż dwa ze wskazanych projektów spełniały wymagania, a tym samym uprawniły do przyznania Przystępującemu 4 punktów, trzeci z projektów w żaden sposób nie zmienił sytuacji Przystępującego w postępowaniu. W konsekwencji również w tym przypadku nie zostały wypełnione wszystkie z przesłanek niezbędnych do uznania, że doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Podobnie w przypadku Pani E. C. nie zostały również wykazane przesłanki wynikające z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. W przypadku Pani E. C. w usprawiedliwiony sposób dokonano interpretacji postanowień specyfikacji. Niniejsze postanowienie SIWZ mogło być niezrozumiałe dla wykonawców interpretujących wymagania Zamawiającego w ten sposób, że bardziej – w ocenie wykonawcy – odnosiło się do faktycznego posiadanego doświadczenia, niż do formalnych aspektów. Odczytując postanowienia SIWZ, można było zrozumieć je w ten sposób, że odnoszą się do pierwszej czynności rozliczeniowca – czyli wystawienia faktury za określone prace. W ocenie Izby postanowienia SIWZ 19.1.3.2 ppkt 3 można było interpretować w ten sposób, że rozpoczęcie zadania odnosiło się do faktycznie zrealizowanych przez wskazaną osobę zadań (wystawianych faktur). W konsekwencji również nie zostały wypełnione przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Reasumując również Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....