

**WYROK**  
**z dnia 9 października 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W. S.A. - Pełnomocnik konsorcjum ul. (...), Przedsiębiorstwo „S.” Sp. z o.o. – P. konsorcjum, ul. (...) w postępowaniu prowadzonym przez Miasto K., ul. (...)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: P. W. B. Sp. z o.o. z siedzibą w B. i A. -B. Sp. z o.o. z siedzibą w B. zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1993/17 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje Zamawiającemu wezwanie Przystępującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: P. W. B. Sp. z o.o. z siedzibą w B. i A. -B. Sp. z o.o. z siedzibą w B. do uzupełniania dokumentów w zakresie KRK prokurenta podwykonawcy Przystępującego, a następnie dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert, z uwzględnieniem oferty Przystępującego,
2. w pozostałej części oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: P. W. B. Sp. z o.o. z siedzibą w B. i A. -B. Sp. z o.o. z siedzibą w B. i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia: P. W.B. Sp. z o.o. z siedzibą w B. i A. -B. Sp. z o.o. z siedzibą w B. 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 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 Katowicach.

**Przewodniczący:.....**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Miasto K., ul. (...) w imieniu którego postępowanie prowadzi Wydział Inwestycji, ul. (...) oraz T. Ś. S.A., ul. (...) wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa węzła przesiadkowego - węzeł B. w ramach zadania inwestycyjnego „K. System Zintegrowanych Węzłów Przesiadkowych - węzeł B. P.”, numer referencyjny: BZP.271.1.42.2017.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 064-119706.

Zamawiający w dniu 12 września 2017r. przekazał Odwołującemu: wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: W. S.A. - Pełnomocnik konsorcjum ul. (...), P. „S.” Sp. z o.o. - Partner konsorcjum, ul. (...) drogą elektroniczną Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 22 września 2017r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), zwanej dalej ustawą Pzp:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zgodnie z art. 23 ustawy Pzp, tj. P. W. B. Sp. z o.o. z siedzibą w B. i A.-B. Sp. z o.o. z siedzibą w B., zwanych dalej łącznie Konsorcjum B. lub Przystępujący pomimo, iż Konsorcjum B. nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej;

2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, przyznanie ofercie Konsorcjum B. zawyżonej liczby punktów w kryterium doświadczenia osób i dokonanie wyboru oferty Konsorcjum B., jako oferty najkorzystniejszej pomimo, że nie przedstawia ona najkorzystniejszego bilansu ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego;

3. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum B. pomimo, iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie

doświadczenia osób punktowanego w ramach kryteriów oceny ofert, co miało istotny wpływ na decyzję Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej;

4. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt §14 i 9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia(Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum B. do uzupełnienia dokumentu niezłożonego na wezwanie tj. zaświadczenia z KRK prokurenta dla podmiotu udostępniającego zasoby (H. sp. z o.o.).

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
3. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu, i w konsekwencji:
  - a. wykluczenia z postępowania Konsorcjum B., ewentualnie
  - a. obniżenia liczby punktów przyznanych Konsorcjum B. w ramach poszczególnych kryteriów oceny ofert, w sposób i wysokości wskazanej w uzasadnieniu odwołania,
  - b. wezwania Konsorcjum B. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia.
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący, po zapoznaniu się z treścią dokumentacji postępowania stwierdził, iż Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów wskazanych w odwołaniu.

**I. Zarzut dotyczący niespełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 14 ppkt 2 lit. g) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ.**

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w zakresie pkt 14 ppkt 2 lit. g) SIWZ - Co najmniej jedno zamówienie polegające na budowie lub przebudowie sieci trakcyjnej tramwajowej lub kolejowej o długości odcinka 400 m.

Zauważył przy tym, że Konsorcjum B., na potwierdzenie spełniania tego warunku wskazało inwestycję: „Przebudowa ul. (...) wraz z budową przystanków tramwajowych na ul.

(...) we W.” wykonaną przez podmiot udostępniający zasoby, tj. P.-T. B..

Wskazał również, że wykazie wykonanych robót, datowanym na dzień 27 lipca 2017 r. Konsorcjum B., podało, iż długości wykonanych odcinków wynoszą odpowiednio 1x300m oraz 1x250m.

Wyjaśnił również, że ww. długości znajdowały potwierdzenie również w załączonej do wykazu referencji i opisane były jako: „druć jezdny - 250 m, lina nośna 300m”.

Nadto, powołał się na okoliczność uznania przez Zamawiającego, iż postawiony warunek nie został spełniony i pismem z dnia 23 sierpnia 2017r. wezwał Wykonawcę, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia nowego wykazu z którego będzie wynikało potwierdzenie spełniania warunku, w zakresie budowy lub przebudowy sieci trakcyjnej tramwajowej lub kolejowej o długości odcinka 400 m.

W odpowiedzi na wezwanie Konsorcjum B. przesłało wyjaśnienia, z których wynika, iż faktyczne długości wykonanych odcinków wynoszą: przewód jezdny 1x300m oraz 1x250m, czyli łącznie 550m oraz lina nośna o długości 1x300m oraz 1x280m, czyli łącznie 580m.

Odwołujący podkreślił przy tym, iż Konsorcjum B., pomimo wezwania Zamawiającego, nadal nie potwierdziło spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, bowiem Wykonawca ten wyraźnie wskazał, iż w ramach zadania wykonał po dwa odcinki drutu jezdny i liny nośnej, czyli razem cztery różne odcinki, jednak, żaden z nich nie miał długości 400m, podczas gdy warunek dotyczył wybudowania odcinka „sieci trakcyjnej” o długości 400m.

Zdaniem Odwołującego - w ramach zadania przedstawionego w wykazie nie mógł być wykonany odcinek sieci trakcyjnej o długości 400m, bowiem zakres opracowania (jak wynika z dokumentów przekazanych przez Konsorcjum B. w ramach wyjaśnień) obejmował odcinek ul. Krupniczej o długości nie większej niż 300m.

Tymczasem Zamawiający określił, iż wymaga doświadczenia w budowie/przebudowie sieci trakcyjnej o długości odcinka 400m.

Odwołujący wywodził również, że odcinek, zgodnie z definicją zawartą w Słowniku Języka Polskiego PWN, to część linii prostej zawarta między jej dwoma punktami wraz z tymi punktami, a z doświadczenia zawartego w wykazie Konsorcjum B. jednoznacznie wynika, iż żaden z wykonanych odcinków nie miał długości co najmniej 400m. Tym samym warunek

postawiony przez Zamawiającego nie został spełniony.

Ponieważ Wykonawca był już wzywany, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie przedmiotowego warunku, ponowne wezwanie w ocenie Odwołującego, w tym samym zakresie nie jest już możliwe, a w konsekwencji wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp.

## **II. Zarzut dotyczący kryterium oceny ofert w zakresie kryterium dot. osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót konstrukcyjno – budowlanych.**

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający określił kryterium w następujący sposób:

b) Jeżeli osoba zaproponowana do wykonania zamówienia posiadająca uprawnienia w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń pełniła funkcję kierownika robót lub kierownika budowy na:

- jednej inwestycji polegającej na budowie obiektu budowlanego o konstrukcji stalowej i rozpiętości powyżej 15,0 m - otrzyma 10 punktów
- dwóch i więcej inwestycjach polegających na budowie obiektu budowlanego o konstrukcji stalowej i rozpiętości min. 15 m - otrzyma 30 punktów.

Wyjaśnił przy tym, że na potwierdzenie doświadczenia osób, którymi dysponuje Wykonawca, punktowanego w ramach ww. kryterium oceny, Konsorcjum B. wskazało następującą inwestycję:

„Rewitalizacja linii kolejowej nr 62 na odcinku S. D. – S. G. w ramach zadania inwestycyjnego pn. "Udrożnienie podstawowych ciągów wywozowych w ruchu towarowym na terenie Śląska, etap IV”.

Według Odwołującego inwestycja ta nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego w celu uzyskania punktów w przedmiotowym kryterium.

W pierwszej kolejności podkreślił, iż w ramach ww. inwestycji wykonano przebudowę tymczasowego mostu kolejowego, polegającą na wymianie istniejącego przęsła tymczasowego na przęsło z jazdą na podsypce oraz przebudowie podpór z częściową adaptacją istniejących.

Tymczasem Zamawiający zamierzał przyznawać punkty za doświadczenie zdobyte podczas „budowy” obiektu. Postawione kryterium było jednoznaczne i nie mogło budzić

wątpliwości co do znaczenia użytego przez Zamawiającego pojęcia. Obydwa pojęcia posiadają bowiem w Prawie budowlanym definicję legalną.

a. Zgodnie z art. 3 pkt 6 ustawy z dnia z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane tj. z dnia 8 czerwca 2017 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 1332 ze zm.) przez budowę należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego.

b. Pojęciami nie wchodzącymi w zakres budowy są w szczególności: „przebudowa” i „remont”.

c. „Przebudowa” jest zdefiniowana w art z art 3 pkt 7a ustawy Prawa budowlanego. Zgodnie z tym przepisem przez "przebudowę", należy rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji, w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego.

Powyższe oznacza – w przekonaniu Odwołującego, iż przebudowa obiektu nie może być uznana jako spełniająca wymagania postawionego kryterium i uprawniająca Zamawiającego do przyznania punktów.

Dodatkowo, podkreślił, iż konstrukcja wskazanego mostu nie jest konstrukcją stalową, lecz konstrukcją mieszaną zespoloną stalowo-betonową.

Argumentował, że wskazują na to m.in. następujące okoliczności:

a. W ramach inwestycji wykonano demontaż istniejących blachownie mostu celem wzmocnienia istniejących przyczółków żelbetowych. Ustrój nośny mostu zespolonego (żelbetowo-stalowego) wykonano poprzez zabetonowanie płyty żelbetowej pomostu na ponownie zamontowanych elementach blachownie. Powyższe oznacza – zdaniem Odwołującego, iż mamy do czynienia z konstrukcją żelbetowo - stalowo, a nie jak wymagał Zamawiający - stalową.

b. Okoliczność potwierdza sam Wykonawca. Do wyjaśnień z dnia 28 sierpnia 2017r. załączono „Opinię dot. mostu zespolonego” podpisaną przez Pana dr hab. Inż. W. L. i dr inż. M. K. w której stwierdzono, iż w ocenie Opiniujących można uznać, iż wymóg dotyczący posiadania kwalifikacji przy projektowaniu lub wykonawstwie konstrukcji stalowych powinien być również uznany przy wykazaniu się kwalifikacjami przy projektowaniu lub wykonawstwie konstrukcji zespolonej stalowo - betonowej z dźwigarów stalowych ze współpracującą płytą pomostową. Zatem, w ocenie Opiniujących, warunek nie jest tożsamy, a jedynie „możliwy do uznania”. Tymczasem kryterium oceny ofert było w tym

zakresie precyzyjne - Zamawiający wymagał obiektu o konstrukcji stalowej. W kryterium nie przewidziano przyznawania punktów za doświadczenie przy wykonaniu konstrukcji zespolonej stalowo - żelbetowej. Jeżeli Wykonawca miał wątpliwości, co do zakresu doświadczenia spełniającego wymagania kryterium, to miał możliwość zwrócenia się do Zamawiającego z pytaniem o wyjaśnienie treści SIWZ przed terminem składania ofert. Na obecnym etapie postępowania, kryterium to nie może być interpretowane rozszerzająco, powodowałoby to bowiem naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem również inni Wykonawcy, mogliby wskazać w swoich ofertach doświadczenie osób przy wykonywaniu konstrukcji żelbetowo-stalowej. Ponieważ nie jest możliwe uzupełnienie oferty w zakresie doświadczenia osób, które jest oceniane w ramach kryterium, zatem kryterium tego nie można interpretować rozszerzająco.

c. Brzmienie kryterium należy przede wszystkim interpretować zgodnie z jego literalnym brzmieniem - punktowana miała być konstrukcja stalowa, a nie żel betowo-stalowa. Jedynie pomocniczo, przy interpretacji kryterium, podobnie jak ma to miejsce odnośnie warunków udziału w postępowaniu, należy zwrócić uwagę na cel, któremu to kryterium miało służyć. Celem jest dokonanie wyboru wykonawcy, który do realizacji zamówienia zaangażuje osoby o doświadczeniu najbardziej zbliżonym do przedmiotowej inwestycji. Przedmiotem zamówienia jest wybudowanie centrum przesiadkowego, w ramach którego konieczna do wykonania będzie wiata peronowa o konstrukcji stalowej, a nie stalowo-żelbetowej. Tym samym, również w świetle przedmiotu zamówienia treść kryterium nie powinna budzić wątpliwości, co do jej zakresu.

d. Ponadto, z projektowego punktu widzenia dla konstrukcji stalowej i zespolonej obowiązują całkowicie inne algorytmy obliczeniowe określone w oddzielnych normach. Konstrukcje stalowe są projektowane wg normy Eurokod 3 - PN-EN 1993 - Projektowanie Konstrukcji stalowych, natomiast konstrukcje zespolone wg normy Eurokod 4 - PN-EN 1994 – Projektowanie konstrukcji stalowo-betonowych. Ponadto w EC4 znajduje się oddzielna część zawierająca przepisy dot. Projektowania mostów zespolonych - Projektowania Konstrukcji Zespolonych Stalowo-Betonowych - Reguły Ogólne i Reguły Dla Mostów. Zatem, pomimo, iż częścią konstrukcji zespolonej jest konstrukcja stalowa, to jednak jako całość są to całkowicie różne konstrukcje zarówno pod względem projektowym jak i eksploatacyjnym.

W związku z powyższym – według Odwołującego, oferta Konsorcjum B. nie powinna dostać punktów w tym kryterium.

**III. Zarzuty dotyczące kryterium oceny ofert w zakresie kryterium dot. osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót elektrycznych.**



Odwołujący zauważył, że Zamawiający, w ramach tego kryterium, punktował następujące doświadczenie osób:

c) Jeżeli osoba zaproponowana do wykonywania zamówienia posiadająca uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń pełniła funkcję kierownika robót lub kierownika budowy na:

- co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie lub przebudowie sieci trakcyjnej tramwajowej lub kolejowej dla odcinka o długości min 0,4 km - otrzyma 10 punktów.

Ponadto jeżeli Wykonawca wskaże, że dysponuje tą samą lub dodatkowymi osobami doświadczenie, których będzie podlegało ocenie zgodnie z zapisami jak niżej:

osoba posiadająca uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń, wykaże się co najmniej 5-letnim doświadczeniem podczas pełnienia funkcji kierownika budowy lub kierownika robót elektrycznych oraz pełniła funkcję kierownika budowy lub kierownika robót elektrycznych na:

- co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie lub przebudowie łącznie oświetlenia drogowego, sygnalizacji świetlnej i budowy lub przebudowy kabli SN i nN - otrzyma 10 pkt.

Odwołujący wyjaśnił, że Konsorcjum B., w ramach tego kryterium, jako doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót elektrycznych wymieniło następującą inwestycję:

„Przebudowa skrzyżowania ul. (...) Górniczego w K.” Przedmiot zadania - kable SN, nN, oraz sygnalizacja świetlna i oświetlenia drogowego wraz z szafą SOU i zasilaniem”.

Stwierdził przy tym, że zgodnie z informacjami posiadanymi przez Konsorcjum Warbud, inwestycja pod nazwą podaną w wykazie w ogóle nie była prowadzona. Ponieważ Konsorcjum B. nie wskazało dat realizacji ww. robót budowlanych, trudno jednoznacznie określić prawidłową nazwę tego zadania.

Odwołujący oświadczył, że zgodnie z informacjami uzyskanymi od Miejskiego Zarządu U. i M. (MZUiM K.), do którego Konsorcjum W. zwróciło się w zapytaniem w trybie dostępu do informacji publicznej do roku 2007r. nie było sygnalizacji świetlnej w na ww. skrzyżowaniu. Po roku 2007 w ciągu ulicy S. były wykonywane tylko dwa zadania:

a. „Budowa sygnalizacji świetlnej na skrzyżowaniu ulic S. – G. D. w K. w 2007 roku”, którego wykonawcą był S. M. C., R. T. Sp. J.

b. W roku 2009 realizowane było zadanie: „Przebudowa wiaduktu nad torami PKP w ciągu ul. (...)”, którego wykonawcą był B..

Przekonywał, że zgodnie z informacjami posiadanymi przez Konsorcjum W., żadna z ww. inwestycji nie odpowiada swoim zakresem wymaganiu zawartemu w postawionym kryterium, tj. w ramach żadnej z ww. inwestycji nie była prowadzona budowa ani przebudowa kabli SN.

Dodatkowo, wskazał jak wynika z Dzienników Budów dla prowadzonych inwestycji osoba wskazana na stanowisko kierownika robót elektrycznych, tj. Pan W. D. nie pełniła funkcji ani kierownika budowy, ani kierownika robót elektrycznych, na żadnej z powyższych inwestycji.

Zdaniem Odwołującego - wątpliwości w powyższym zakresie miał również Zamawiający, który pismem z dnia 23 sierpnia 2017r. wezwał Konsorcjum B. do wyjaśnień, a w odpowiedzi na to wezwanie, Konsorcjum B., nadal nie wskazało prawidłowej nazwy zadania, dat jego wykonania, ani funkcji jaką pełniła osoba wskazana w wykazie, ograniczając się wyłącznie do informacji, że w podanej nazwie zadania możliwe są rozbieżności, gdyż wskazana osoba (p. W. D.) realizowała zadanie z ramienia podwykonawcy.

Jednocześnie, zaznaczył, że Konsorcjum B. potwierdziło zakres zadania jako spełniający wymagania postawione w kryterium oceny ofert i potwierdziło, iż zakres obejmował „budowę lub przebudowę łącznie oświetlenia drogowego, sygnalizacji świetlnej i budowy lub przebudowy kabli SN i nN”.

Odwołujący podniósł również, że Zamawiający zwrócił się również do M. Zamawiający U. i M. o potwierdzenie, czy Pan W. D. pełnił funkcję kierownika budowy lub kierownika robót elektrycznych na prowadzonej przez MZUiM inwestycji i pomimo braku potwierdzenia faktu, że p. W. D. pełnił co najmniej jedną z ww. funkcji, Zamawiający przyznał ofercie Konsorcjum B. punkty w zakresie tego kryterium.

W aspekcie powyższego zarzucił Zamawiający, że ten pominął przy tym, że sam zakres zadania nie odpowiada postawionemu kryterium.

Mając na uwadze okoliczność, iż przedmiotowa inwestycja miała być punktowana w ramach kryterium oceny ofert, stwierdził, iż wobec wątpliwości, niewyjaśnionych przez Konsorcjum B. i braku jakichkolwiek dowodów przedstawionych przez tego Wykonawcę, a dotyczących przedmiotowej inwestycji (co do której Wykonawca nie jest w stanie przedstawić

nawet prawidłowej nazwy), Zamawiający nie był uprawniony do przyznania punktów w tym zakresie.

W związku z powyższym, oferta Konsorcjum B. nie powinna dostać punktów w tym kryterium.

W podsumowaniu zarzutu dotyczącego przyznanej punktacji wskazał, że po odjęciu punktów w kryteriach, których dotyczą zarzuty odwołania, Konsorcjum B. powinno uzyskać 28 punktów (70 pkt x 40%) w kryterium doświadczenia osób, a w konsekwencji oferta tego wykonawcy powinna uzyskać 88 punktów. Oferta konsorcjum Warbud uzyskała 98,52 punktów.

#### **IV. Zarzut dotyczący wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.**

Podniósł, że w ramach wskazanego zadania dotyczącego budowy sygnalizacji świetlnej na skrzyżowaniu ulic S. – G. D. w K., które miało obejmować „budowę lub przebudowę łącznie oświetlenia drogowego, sygnalizacji świetlnej i budowy lub przebudowy kabli SN i nN” nie wykonano budowy ani przebudowy kabli SN.

Oświadczył, że z dokumentów zgromadzonych przez Odwołującego (Dzienniki Budowy) wynika również, że Pan W. D. nie pełnił na tej realizacji funkcji ani kierownika budowy ani kierownika robót elektrycznych.

Powołał się na art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp, zgodnie z którym, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się m.in. wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Odwołującego w przedmiotowym przypadku mamy zatem do czynienia, co najmniej, z lekkomyślnością lub niedbalstwem Wykonawcy składającego nieprawdzie oświadczenie co do doświadczenia osoby, w zakresie punktowanym w ramach kryterium oceny ofert.

Według Odwołującego - informacje podane przez Wykonawcę wprowadziły Zamawiającego w błąd i miały istotny wpływ na decyzję podjętą przez Zamawiającego, bowiem Zamawiający, działając na podstawie informacji podanej przez Konsorcjum B.,

przyznał ofercie tego wykonawcy maksymalną liczbę punktów w tym podkryterium, a w konsekwencji dokonał wyboru oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe, stwierdził, iż wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp może mieć miejsce, w sytuacji, gdy wykonawca nie wykazując profesjonalizmu wymaganego od uczestnika rynku zamówień publicznych przedstawia informacje niezgodne z rzeczywistością, w oparciu o które zamawiający dokonuje czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W konsekwencji – zdaniem Odwołującego - Wykonawca konkurencyjny powinien podlegać wykluczeniu również na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

#### **V. Zarzut dotyczący zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów:**

Powołał się przepis art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zgodnie z którym, Zamawiający, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, m.in. brak podstaw do wykluczenia.

Zauważył, że pismem z dnia 21 lipca 2017r. Zamawiający wezwał Konsorcjum B. do złożenia ww. dokumentów, a w odpowiedzi na wezwanie, Konsorcjum B. złożyło dokumenty, jednak, wśród złożonych dokumentów, brak było zaświadczenia z KRK dla pana A. H., tj. prokurenta H. sp. z o.o. - podwykonawcy udostępniającego zasoby.

Odwołujący stanął na stanowisku, że w przypadku niepotwierdzenia się zarzutów dotyczących konieczności wykluczenia Konsorcjum B. z postępowania, Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia ww. dokumentu.

W dniu 26 września 2017r. zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia tj. P. W. B. Sp. z o.o. z siedzibą w B. i .-B. Sp. z o.o. z siedzibą w B..

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Przystępującego, wezwania Zamawiającego z dnia 21 lipca 2017r. i odpowiedzi Przystępującego na to

wezwanie z dnia 27 lipca 2017r. wraz z załącznikami, wezwania Zamawiającego z dnia 23 sierpnia 2017r. do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów i odpowiedzi Przystępującego z dnia 28 sierpnia 2017r. na to wezwanie wraz z załącznikami, przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego z dnia 26 września 2017r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 4 października 2017r. wraz z częściowym uwzględnieniem zarzutów odwołania, sprzeciwu Przystępującego z dnia 6 października 2017r. od uwzględnienia części zarzutów, pisma uzupełniającego Przystępującego z dnia 9 października 2017r. wraz z załącznikami, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień oraz pism Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględnienie odwołania nastąpiło, jednak jedynie w zakresie zarzutu braku złożenia przez Przystępującego zaświadczenia z KRK wobec prokurenta podwykonawcy Przystępującego opartego o naruszenie przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp, jako, że miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W pozostałym zakresie, po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.3, art.24 ust.1 pkt 12 w zw. z art.22 ust.1b pkt 3, 24 ust.1 pkt 17, art.91 ust.1 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia Przystępującego z przedmiotowego przetargu ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przetargowym oraz wykluczenia Przystępującego z przedmiotowego przetargu ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu w warunkach winy niekwalifikowanej Przystępującego, tj. lekkomyślności lub niedbalstwa.

Izba ustaliła, że w części II pkt 14.2 lit. g SIWZ Zamawiający postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, który spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej. Zamawiający wymaga, aby wykonawca spełniał minimalne warunki udziału w postępowaniu jn. W okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie wykonywali roboty budowlane w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania

warunku wiedzy i doświadczenia, tj. wykonali co najmniej jedno zamówienie polegające na budowie lub przebudowie sieci trakcyjnej tramwajowej lub kolejowej o długości odcinka 400 m.

Izba stwierdziła również, że w części IX pkt 47.2.1 lit. b i lit.c SIWZ Zamawiający ustanowił kryterium doświadczenie osób, gdzie określił minimalne warunki udziału w postępowaniu dotyczące dysponowania osobami, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, po spełnieniu których doświadczenie osób będzie podlegało ocenie zgodnie z zapisami jak niżej:

(...)

b) Jeżeli osoba zaproponowana do wykonania zamówienia posiadająca uprawnienia w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń pełniła funkcję kierownika robót lub kierownika budowy na:

- jednej inwestycji polegającej na budowie obiektu budowlanego o konstrukcji stalowej i rozpiętości powyżej 15,0 m - otrzyma 10 punktów
- dwóch i więcej inwestycjach polegających na budowie obiektu budowlanego o konstrukcji stalowej i rozpiętości min. 15 m - otrzyma 30 punktów.

c) Jeżeli osoba zaproponowana do wykonywania zamówienia posiadająca uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń pełniła funkcję kierownika robót lub kierownika budowy na:

- co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie lub przebudowie sieci trakcyjnej tramwajowej lub kolejowej dla odcinka o długości min 0,4 km - otrzyma 10 punktów.

2.2 Ponadto jeżeli Wykonawca wskaże, że dysponuje dodatkowymi osobami doświadczenie, których będzie podlegało ocenie zgodnie z zapisami jak niżej:

(...)

b) osoba posiadająca uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń, wykaże się co najmniej 5-letnim doświadczeniem podczas pełnienia funkcji kierownika budowy lub kierownika robót elektrycznych oraz pełniła funkcję kierownika budowy lub kierownika robót elektrycznych na:

- co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie lub przebudowie łącznie oświetlenia drogowego, sygnalizacji świetlnej i budowy lub przebudowy kabli SN i nN - otrzyma 10 pkt.

Zamawiający uczynił przy tym uwagę, że osoba wskazana w celu spełnienia kryterium opisanego w pkt 47 podpunkt 2.2 lit b może być ta sama osoba wymieniona w

punkcie 14.II.2) lit.e) ( a co za tym idzie ta sama osobą co w punkcie 47 podpunkt 2.1 lit c) lub inną osobą skierowaną do wykonania zadania.

Wymaga wskazania, szczególnie na tle niniejszej sprawy, że zgodnie z art.6 kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

W związku z powyższym – w ocenie Izby – Odwołujący jest zobowiązany do przedstawienia odpowiednich dowodów dla poparcia własnych twierdzeń.

W przekonaniu Izby sporny warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia odnoszący się do pkt 14.2 lit. g SIWZ dotyczył wykonanej w ramach zadania łącznej długości sieci trakcyjnej, co wykazał Przystępujący.

Izba uznała, że nie ma żadnego racjonalnego powodu, żeby warunek ten interpretować zawężająco, bowiem takie doświadczenie w ocenie Izby jest wystarczające do realizacji tego zadania.

W powyższym zakresie Izba oparła się o poświadczenie W. I. sp. z o.o. z dnia 25 września 2017r. o wykonaniu przez P. T. B. sp. z o.o.(podmiot udostępniający zasób Przystępującemu) w ramach zadania „Przebudowa ul. (...) wraz z budową przystanków tramwajowych na ul. (...) we W.” drutu jezdni 1x250m + 1x300m, co łącznie odpowiada wymaganej przez Zamawiającego wartości granicznej 400m.

Jeżeli chodzi o kolejny zarzut dotyczący kryterium oceny ofert osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych, to według zapatrywania Izby, Przystępujący wykazał przy zadaniu „Rewitalizacja linii kolejowej nr 62 na odcinku S. D. – S. G. w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Udrożnienie podstawowych ciągów wywozowych w ruchu towarowym na terenie Ś., etap IV”, że nastąpiła zmiana parametrów charakterystycznych obiektu budowlanego, co świadczy o tym, że nie ma podstawy przypisywać tej inwestycji miana przebudowy, lecz stanowi ona budowę.

Powyższe potwierdza oświadczenie z dnia 26 maja 2017r.projektanta firmy M. J. R., z którego wynika, że parametry techniczne obiektu tymczasowego i nowo wybudowanego różnią się w sposób istotny(szerokość obiektu – 5,97 m była, 7,15 m jest, rozpiętość obiektu – 25,0 m była, 20,4 m jest, długość przęsła – 25, 8 m była, 21, 0 m jest, długość całkowita – 34, 85 m była, 35, 64 m jest, wysokość konstrukcyjna 0,9 m była, 2,17 m jest.

Stosownie do przepisu art 3 pkt 7a ustawy Prawa budowlanego przez przebudowę należy rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji, w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego.

Z powyższych względów Izba uznała, że sporny obiekt został wybudowany, a nie przebudowany.

W odniesieniu do pojęcia konstrukcji stalowej – z racji braku definicji legalnej tego pojęcia, a także braku jego określenia w SIWZ, należało przyjąć, że konstrukcje stalowo-betonowe również mieściły się w tym wymaganiu.

Izba w powyższym zakresie oparła się również o argumentację i wnioski z opinii dr. hab. inż. W. L., dr inż. M. K., jako dokumentu prywatnego z publikacji Nowoczesne konstrukcje stalowe i betonowe obiekty mostowe, praca zbiorowa pod kierunkiem prof. J. R., IBDiM, W. 2016.

Natomiast, nie kwestionując charakteru naukowego opinii prof. J. R. z dnia 3 października 2017r., jako dokumentu prywatnego, która powstała znacznie później w stosunku do powyższego opracowania dr. hab. inż. W. L., dr inż. M. K., Izba uznała, że przedstawia ona stanowisko strony, które nie jest wiążące dla Izby.

To samo dotyczy opinii technicznej dotyczącej kwalifikacji przebudowy mostu z dnia 29 września 2017r.

Izba nie podzieliła również argumentacji Odwołującego w części dotyczącej zarzutu w kryterium oceny ofert dotyczącego osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót elektrycznych Wojciecha Dzikowskiego, przyjmując dowody Przystępującego.

Prowadzone przez Odwołującego i Zamawiającego postępowanie wyjaśniające doświadczenie tej osoby było chybione, bowiem zarówno jeden, jak i drugi nie uwzględnili okoliczności, że wskazane przez Przystępującego zadanie „Przebudowa skrzyżowania ul. (...) G. w K.” Przedmiot zadania - kable SN, nN, oraz sygnalizacja świetlna i oświetlenia drogowego wraz z szafą SOU i zasilaniem” mogło być realizowane przez inne instytucje niż M.Z. U. i M.w K. (vide: pismo MZUiM K. z dnia 6 października 2017r.



Dowody przedstawione w tej mierze przez Przystępującego świadczą o tym, że zadanie „budowa linii SN pomiędzy stacjami transformatorowymi K823-K766 w K. przy ulicach (...), (...), Odrowążów wraz z przebudową kolizji linii niskiego napięcia, sygnalizacji świetlnej i oświetlenia drogowego” było wykonywane przez firmę PW ETA sp.j. na rzecz T. D. S.A. Oddział w Gliwicach, gdzie obowiązki kierownika budowy pełnił W. D. (vide: oświadczenie W. D. z dnia 29 maja 2017r., referencje PW ETA sp.j. z dnia 3 października 2017r., informacja z dnia 9 października 2017r. T. D. S. A. Oddział w G.).

Na powyższe okoliczności zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący nie złożył żadnego przeciwdowodu.

W kontekście powyższego, dowody Odwołującego na okoliczność braku wykonania czynności kierownika robót osoby wskazanej przez Przystępującego w inwestycjach MZUiM K., jako bezsporna, nie wymagała przeprowadzenia postępowania dowodowego.

Ostatecznie, w związku z powyższym stanowiskiem Izby, należało oddalić zarzut podania nieprawdziwych informacji na zasadzie przepisu art.24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp.

Stosownie do brzmienia tego przepisu 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.

Jako, że Odwołujący nie udowodnił, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Przystępujący złożył w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, należało uznać ten zarzut za bezzasadny.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

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

**Przewodniczący:.....**