

Sygn. akt: KIO 325/18
KIO 331/18

WYROK
z dnia 7 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Niedziałek-Bujak**

Członkowie: **Emilia Garbala**

Aneta Mlącka

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 marca 2018 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 22 lutego 2018 r. przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Eurovia Polska Spółka Akcyjna** z siedzibą w Bielanach Wrocławskich przy ul. Szwedzkiej 5 (55-040 Kobierzyce), **Remost Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Dębicy przy ul. Przemysłowej 10 (39-200 Dębica) (sygn. akt KIO 325/18);
- B) w dniu 22 lutego 2018 r. przez Wykonawcę **Keller Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim przy ul. Poznańskiej 172 (05-850 Ożarów Mazowiecki) (sygn. akt KIO 331/18)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad**, ul. Wronia 53 (00-874 Warszawa), Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, ul. Moglińska 25 (31-542 Kraków)

przy udziale

Wykonawcy **Keller Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim przy ul. Poznańskiej 172 (05-850 Ożarów Mazowiecki) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 325/18 po stronie Odwołującego

Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „IMB Podbeskidzie” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Skoczowie przy ul. Górny Bór 31a (43-430 Skoczów), **Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe LIMDROG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Limanowej przy ul. M.B. Bolesnej 87 (34-600 Limanowa) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO325/18 oraz KIO 331/18 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1

- A.** Oddala odwołanie wniesione przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Eurovia Polska S.A., Remost Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 325/18);
 - B.** Oddala odwołanie wniesione przez Wykonawcę Keller Polska Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 331/18).
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Eurovia Polska S.A., Remost Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 325/18) oraz Wykonawcę Keller Polska Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 331/18) i:
- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40.000 zł 00 gr.** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Eurovia Polska S.A., Remost Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 325/18) oraz Wykonawcę Keller Polska Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 331/18) tytułem wpisu od odwołań;
 - 2.2 zasądza odpowiednio od Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Eurovia Polska S.A., Remost Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 325/18) oraz Wykonawcę Keller Polska Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 331/18) na rzecz Zamawiającego kwotę **7.200 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 325/18 oraz KIO 331/18, w tym:
 - 2.2.1 od Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Eurovia Polska S.A., Remost Sp. z o.o. kwotę **3.600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) (sygn. akt KIO 325/18);
 - 2.2.2 od Wykonawcę Keller Polska Sp. z o.o. kwotę **3.600 zł. 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) (sygn. akt KIO 331/18).

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 325/18
KIO 331/18

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie w trybie przetargu nieograniczonego dla zadania *rozbudowa drogi krajowej nr 75 od km 51+600,00 do km 53+320,00 w miejscowości Tęgoborze wraz z odwodnieniem osuwiska* (nr postępowania: O.KR.D-3.2411.27.2018), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2017/S 216-448158 w dniu 10 listopada 2017 r., wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, zostały wniesione w dniu 22 lutego 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania wykonawców: konsorcjum Eurovia Polska S.A. i Remost Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 325/18), Keller Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim (sygn. akt KIO 331/18).

O czynnościach Zamawiającego Wykonawcy zostali poinformowani w dniu 12 lutego 2018 r. w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum IMB.

I. Sygn. akt KIO 325/18

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 325/18 Odwołujący – konsorcjum Eurovia S.A. i Remost Sp. z o.o. (dalej zwani Konsorcjum Eurovia) zarzucił Zamawiającemu dokonanie z naruszeniem przepisów Ustawy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „IMB-Podbeskidzie” Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe LIMDROG Sp. z o.o. (zwani Konsorcjum IMB), podlegającego wykluczeniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 Ustawy poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum IMB w sytuacji, gdy Konsorcjum IMB podlega wykluczeniu;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum IMB w sytuacji, gdy Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie Konsorcjum IMB, powtórzenie czynności badania i oceny ofert na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy wezwanie wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, do złożenia wymaganych oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust.1 Ustawy.

Warunkiem udziału w postępowaniu opisanym w pkt 7.2.3 lit. b IDW w zakresie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia było wskazanie osoby pełniącej funkcję Kierownika Budowy (oraz osoby proponowanej do pełnienia funkcji Kierownika Robót Geotechnicznych), *legitymującej się kwalifikacjami zawodowymi, doświadczeniem i wykształceniem odpowiednim do funkcji (...) – minimum 24 miesiące doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. G o łącznej wartości zadań co najmniej 20 mln PLN netto, w tym co najmniej 1 zadania obejmującego zabezpieczenie osuwiska przy drodze lub ulicy klasy min. G na stanowisku/stanowiskach Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych lub Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej.*

Zamawiający określił co rozumie przez wykonanie zadania i jest nim doprowadzenie do wystawienia Świadcstwa Przejęcia wg Klauzuli 10.1 WK FIDIC (dla Kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC), protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadcstwa Przejęcia).

Jednym z kryteriów oceny ofert było doświadczenie zawodowe Kierownika Budowy (waga 12%), w którym Zamawiający przyznawał punkty w skali 0 do 12 na podstawie oferty – formularza 2.17 „Kryteria pozacenowe”. Brak tego formularza w ofercie skutkować miał przyznaniem 0 pkt. Wzór formularza zamieszczony został w rozdziale 2 tom I siwz. W rozdziale tym zamieszczony został także formularz 3.4 „Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji mówienia publicznego” zawierający oświadczenie odsyłające do oceny ofert na podstawie ustalonych kryteriów oceny ofert. Zawierał on tabelę częściowo wypełnioną już przez Zamawiającego – obejmującą jedną pozycję „Kierownik Budowy”, potwierdzającą spełnienie wymagań podmiotowych wobec osoby wskazanej do pełnienia tej funkcji. Formularz ten, zgodnie z uwagą, należało przedłożyć jeżeli składany był formularz 2.17, co jest dopuszczalne na podstawie art. 26 ust 2f Ustawy. Ponieważ na etapie oceny ofert (przy tzw. procedurze odwróconej) zbędna była weryfikacja wymagań w odniesieniu do Kierownika Robót Geotechnicznych, ocena spełnienia warunku w tym zakresie miała być dokonana w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej, po wezwaniu w trybie art. 26 ust. 1 Ustawy.

W sytuacji braku złożenia w ofercie formularza 2.17 oferta nie byłaby oceniona w kryterium „doświadczenie zawodowe Kierownika Budowy”, a ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu na tym etapie byłaby zbędna i nie należało przedkładać wraz z ofertą formularza 4.3. Ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu w takiej sytuacji miała się odbyć po wezwaniu w trybie art. 26 ust. 1 Ustawy na podstawie wypełnionego formularza zawierającego informacje dotyczące zarówno Kierownika Budowy, jak i Kierownika Robót Geotechnicznych.

Jeżeli wykonawca złożył formularz 2.17, a Zamawiający dokonując oceny oferty uznał, że wskazane doświadczenie Kierownika Budowy nie pozwala na przyznanie ofercie punktów w kryterium oceny, to ponieważ na tym etapie postępowania Zamawiający zobowiązany był dokonać oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego Kierownika Budowy, to oceny tej należało dokonać z zastosowaniem przepisów art. 26 ust. 3 i 4 Ustawy oraz, gdy zachodziła taka konieczność, ze skutkiem w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Konsorcjum IMB załączyło do oferty formularze 2.17 i 3.4, w których wskazana została jedna osoba do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, legitymująca się uprawnieniami oraz posiadająca doświadczenie zdobyte przy realizacji dwóch zadań: „Pawłowice” oraz „1444K”. Pismem z dnia 17.01.2018 r., na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy Zamawiający wezwał Konsorcjum IMB do uzupełnienia lub poprawienia oświadczenia w zakresie niezbędnym do oceny oferty na podstawie kryterium „doświadczenie zawodowe Kierownika Budowy”, gdyż informacje podane w formularzu 3.4 nie potwierdzają w sposób jednoznaczny spełnienia warunków z pkt 7.2.3.b.I IDW. Zamawiający wezwał do złożenia nowego wykazu w odniesieniu do proponowanej w formularzu 2.17 osoby do pełnienia funkcji Kierownika Budowy – nie zostało bowiem wykazane 24 miesięczne doświadczenie, a ponadto zadanie 1444K, zgodnie z wiedzą Zamawiającego, dotyczy drogi kategorii Z. Konsorcjum IMB pismem z dnia 19.01.2018 r. udzieliło wyjaśnień, załączając opis techniczny projektu architektoniczno-budowlanego dla drogi 1444K oraz z ostrożności złożyło poprawiony wykaz osób, w którym doprecyzowało daty oraz wskazało nowe zadanie na potwierdzenie doświadczenia (zadanie DK 81 Katowice-Skoczów).

Zamawiający w dniu 31.01.2018r., działając na podstawie art. 26 ust. 1 wezwał Konsorcjum IMB do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Konsorcjum IMB przy piśmie z dnia 1.02.2018 r. złożyło wymagane dokumenty, w tym wypełniony formularz 2.17, zawierający nazwiska trzech osób skierowanych do pełnienia funkcji Kierownika Robót Geotechnicznych wraz ze wskazaniem ich kompetencji.

Zamawiający poinformował o wyborze oferty Konsorcjum IMB, przedstawiając przyznaną punktację, w której oferta Odwołującego została sklasyfikowana na czwartym miejscu (nie złożył formularza 2.17 i w kryterium „doświadczenie Kierownika Budowy” uzyskał 0 pkt).

W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób błędny ocenił dwa zadania potwierdzające doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, tj. „zadanie Pawłowice” i „zadanie 1444K”. Przy „zadaniu Pawłowice” funkcję Kierownika Budowy osoba ta pełniła w okresie od 15.12.2014 r. do 19.05.2016 r. Zgodnie z informacją uzyskaną od

Zamawiającego osoba ta pełniła funkcje do 12.05.2016 r., a budowa była realizowana do 15.10.2016 r. i nie była Kierownikiem Budowy do zakończenia budowy w październiku 2016 r. W okresie w jakim pełniła funkcja nie zostało wystawione świadectwo przejęcia, czy też protokół odbioru robót. Tym samym Kierownik Budowy nie doprowadził do wystawienia dokumentów, a więc Konsorcjum IMB tym zadaniem nie potwierdziło doświadczenia.

Pozostały zatem dwa zadania, które łącznie nie dają wartości co najmniej 20 mln PLN nett. (19.409.757,93 zł), co oznacza brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu i stanowi podstawę do wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy. Ponadto, co budziło wątpliwość Zamawiającego, zadanie 1444K obejmowało dwie drogi: nr 1444K na odcinku Uszew – Nowy Wiśnicz – Nieznanowice oraz nr 2084K na odcinku Sobolów – Zawada, która posiada klasę Z. Również droga 1444K posiada klasę Z chociaż została na odbudowanym odcinku zaprojektowana z parametrami klasy G. Czym innym jest „droga klasy G”, a czym innym droga „z parametrami klasy G”, która nie jest drogą „zaprojektowaną jako droga klasy G”.

Złożone przez Konsorcjum IMB wyjaśnienia z 19.01.2018 r. wskazują, że przedmiotem robót było odtworzenie zniszczonej nawierzchni drogi, co potwierdza także opis z siwz na wykonanie zadania 1444K „Zakres przedmiotu zamówienia obejmuje roboty w zakresie zabezpieczenia drogi powiatowej nr 1444K i nr 2084K, w tym odtworzenie zniszczonej nawierzchni drogi dla parametrów klasy G, ruch KR2, obciążenie 100 kN/oś wraz z wymianą gruntu do głębokości 3,0 m i zabezpieczeniem konstrukcji podbudowy przez powstawaniem różnic w niejednorodnym osiadaniu”. Wskazany opis zdaniem Odwołującego pozwala przyjąć, iż przedmiotem robót był remont w rozumieniu przepisów ustawy Prawo budowlane, a nie budowa lub przebudowa (zdefiniowana w art. 3 pkt 6).

Konsorcjum IMB nie może być ponownie wezwane w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, gdyż w ramach oceny spełniania warunku wobec Kierownika Budowy Zamawiający już raz stosował przepis art. 26 ust. 3 Ustawy.

Do postępowania odwoławczego przystąpiło po stronie Zamawiającego Konsorcjum IMB, a po stronie Odwołującego Wykonawca Keller Polska Sp. z o.o.

I. Sygn. akt KIO 331/18

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 331/18 Odwołujący – Keller Polska Sp. z o.o. zarzucił Zamawiającemu dokonanie z naruszeniem przepisów Ustawy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej – konsorcjum Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „IMB” Podbeskidzie Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe LIMDROG Sp. z o.o. (Konsorcjum IMB):

- 1) art. art. 24 ust. 5 pkt 2 Ustawy poprzez jego niezastosowanie pomimo wystąpienia przesłanek w stosunku do wybranej oferty;
- 2) art. 24 ust. 5 pkt 4 poprzez jego niezastosowanie pomimo wystąpienia przesłanek w stosunku do oferty złożonej przez Konsorcjum IMB;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy poprzez zaniechanie jego zastosowania w stosunku do oferty Konsorcjum IMB;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy poprzez zaniechanie jego zastosowania mimo, że złożona oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

co łącznie skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum IMB, a w konsekwencji zaniechaniem wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, wykluczenie Konsorcjum IMB z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Ustawy, ewentualnie odrzucenie oferty Konsorcjum IMB na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 i 4 Ustawy, dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

Podstawę do wykluczenia Konsorcjum IMB z postępowania Odwołujący wywodzi z faktu wskazania w formularzu JEDZ oświadczenia wskazującego na sytuację, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem i zostało nałożone odszkodowanie w postaci zryczałtowanej. Jednocześnie IMB Podbeskidzie nie zaoferowało Zamawiającemu żadnych dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności stosowanie do art. 24 ust. 8 Ustawy. W stosunku do Konsorcjum IMB zachodziła podstawa z art. 24 ust. 5 pkt 4 do wykluczenia z postępowania. Wykonawca przy wyjaśnieniu okoliczności związanych z rozwiązaniem umowy z Miejskim Zarządem Dróg i Komunikacji w Radomiu ograniczył się do polemiki ze stanowiskiem MZDiK, co nie pozwala na stwierdzenie dokonania samooczyszczenia. Konsorcjum nie wskazało ani jednego środka, który mógłby zmniejszyć ryzyko powtórzenia rozwiązania umowy o udzielenie zamówienia publicznego w przyszłości. Jedynymi działaniami, jakie podejmował były kolejne postępowania sądowe. Niezależnie od przekonania Zamawiającego co do słuszności stanowiska strony sporu, nie może on odstąpić od wykluczenia Wykonawcy z postępowania.

Na dzień wniesienia odwołania w sprawie o zasądzenie odszkodowania nie zapadł jeszcze wyrok, natomiast postępowanie o ustalenie bezskuteczności odstąpienia od umowy zostało rozstrzygnięte przez Sąd pierwszej instancji – oddalające pozew wykonawcy IMB (wniesiono apelację).

Z okoliczności sporu stron rozwiązanej umowy wynika jednoznacznie, że IMB Podbeskidzie, po zawarciu umowy o udzielenie zamówienia publicznego, jednostronnie uznało, że część przewidzianych w niej robót budowlanych zostanie wykonana inaczej (zmiana zasad organizacji ruchu), a część wcale, co było niezgodne z PFU. Pomimo trwających 1,5 miesiąca negocjacji, IMB Podbeskidzie nie podjęło się realizacji zamówienia i w takich okolicznościach MZDIK w Radomiu zmuszony był odstąpić od umowy, za co odpowiedzialność ponosi wykonawca. Fakt zasądzenia przez sąd na rzecz IMB Podbeskidzie wynagrodzenia za roboty wcześniej wykonane nie odnosi się do oceny skuteczności odstąpienia od umowy. Sąd rozpoznając wniosek IMOB Podbeskidzie o zabezpieczenie roszczenia w uzasadnieniu postanowienia o jego częściowym udzieleniu wskazał, że „Wymóg uprawdopodobnienia roszczenia oznacza konieczność uprawdopodobnienia faktów, z których jest ono wywodzone. Uprawdopodobnienie roszczenia w rozumieniu 730 par. 1 kpc nie jest równoznaczne z jego udowodnieniem i nie można oczywiście wykluczyć, że po przeprowadzeniu postępowania dowodowego sąd uzna ostatecznie roszczenie wierzyciela za nieusprawiedliwione”.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający niesłusznie odstąpił od wyjaśnienia okoliczności naruszenia przez Konsorcjum IMB obowiązków zawodowych i nienależytego wykonania umowy. Ponieważ w sprawie o zasądzenie zapłaty naliczonych kar umownych (o zasądzenie odszkodowania w rozumieniu art. 24 ust. 5 pkt 4), nie zapadł jeszcze prawomocny wyrok, nieuzasadnione byłoby powoływanie się na dyspozycję art. 24 ust. 3 Ustawy Pzp, tj. upływ 3 lat od daty zdarzenia. Literalne brzmienie przepisu nie rozstrzyga sytuacji, w której dane naruszenie obowiązków przez wykonawcę odnosi dwojaki skutek, tj. prowadzi zarówno do rozwiązania umowy, jak i do zasądzenia odszkodowania. Oczywistym jest, że oba skutki nie wystąpią na ogół równocześnie. Podobnie w przedmiotowej sprawie – o ile do odstąpienia od umowy już doszło (i ewentualnie uwzględnienie powództwa o ustalenie prowadzić może do zmiany ex nunc decyzji Zamawiającego), to obowiązek zapłaty odszkodowania (w postaci zryczałtowanej – tj. w postaci kary umownej) jeszcze nie został zasądzony. Na dzień wniesienia odwołania w sprawie o zasądzenie odszkodowania nie zapadł jeszcze wyrok, natomiast postępowanie o ustalenie bezskuteczności odstąpienia od umowy zostało rozstrzygnięte przez Sąd pierwszej instancji. Bieg terminu 3 lat nie rozpoczął się wobec braku zasądzenia odszkodowania, co może rodzić negatywne skutki w przyszłych postępowaniach. Przyjmując odmienną wykładnię przepisów, w kontekście przewlekłości sporów sądowych, wykonawca zainteresowany uzyskaniem kolejnego zamówienia, celowo prowadziłby do zwłoki w postępowaniu o zasądzenie odszkodowania, aby mimo jego merytorycznej zasadności, mógł w dalszym ciągu ubiegać się o uzyskiwanie zamówień publicznych. W sytuacji, w której pomiędzy stronami istnieje spór o to czy doszło do

odstąpienia odmowy oraz czy MZDiK w Radomiu zasadnie naliczył kary umowne, Zamawiający nie może w sposób arbitralny rozstrzygnąć, że takie zdarzenie miało miejsce i wskazać jego daty.

Podstawą kolejnego zarzutu – rażąco niskiej ceny w ofercie Konsorcjum IMB i zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1 i 3 Pzp, jest wycena poz. 2.2, ppkt 1.9 formularza – „Koszt inwentaryzacji oraz dokumentacji z oceny stanu technicznego dróg po zakończeniu prowadzenia ruchu technologicznego i koszt napraw wynikający z ustaleń z administratorami dróg publicznych, po których Wykonawca prowadził transport technologiczny dla potrzeb budowy” – dokonana w kwocie 20.000 zł. Pozycja ta powinna być traktowana jako istotna część przedmiotu zamówienia, jako jedyna odnosząca się do prac naprawczych po ukończeniu inwestycji. Porównując z kwotami przyjętymi przez pozostałych wykonawców (Odwołujący wskazał 118.000 zł), nie pozwala ona pokryć kosztów dokumentacji oraz późniejszych prac. W związku z robotami budowlanymi wyłączona z ruchu zostanie droga krajowa na okres 22 tygodni, co spowoduje że na innych drogach publicznych wystąpi znaczne zwiększenie ruchu, które może prowadzić do uszkodzeń i konieczności wykonania prac naprawczych przywracających ich stan do istniejącego przed inwestycją. Przedmiotowe zamówienia dotyczy robót budowlanych, w tym – po ich zakończeniu – przywrócenia należytego stanu technicznego dróg wykorzystywanych przez wykonawcę. Sporządzenie inwentaryzacji oraz dokumentacji stanu technicznego dróg publicznych stanowi istotny dokument, który ma dostarczyć wiedzy w zakresie skutków zlecanej inwestycji dla administratorów dróg publicznych. Wycena tej pozycji kosztorysowej przekłada się w sposób oczywisty na ocenę całkowitej ceny. Mimo, iż łączna cena oferty Konsorcjum IMB nie odbiega znacznie od średniej arytmetycznej cen złożonych w postępowaniu ofert, czy od szacunkowej wartości zamówienia, to w pozycji 1.9 zawiera ogromną dysproporcję w wycenie (sześciokrotnie niższa od wyceny Odwołującego). Zamawiający w tej sytuacji powinien był wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, zwłaszcza w kontekście treści JEDZ, która może wskazywać na brak zamiaru realizacji tej części zamówienia. Konsekwencją naruszenia art. 90 ust. 1 Ustawy jest dalsze naruszenie przepisów, tj. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum IMB mimo, iż oferta zawiera rażąco niską cenę (istotnej części składowej ceny całkowitej).

W ocenie Odwołującego, Konsorcjum IMB z zamiarem dokonało manipulacji cenami jednostkowymi, tak aby zaoferować atrakcyjną cenę za całość z pominięciem części kosztów, co jako niedozwolona optymalizacja wskazywać ma na popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji.

Do postępowania odwoławczego przystąpiło po stronie Zamawiającego Konsorcjum IMB.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Izba nie dopatrzyła się przesłanek do odrzucenia odwołań, które zostały skierowane na rozprawę. Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron Izba rozpoznała negatywnie wniosek Przystępującego do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 331/18 o odrzucenie odwołania wniesionego przez Keller Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Ustawy. Przystępujący wniosek ten opierał na okoliczności braku wskazania w treści odwołania, iż jest ono wnoszone przez konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Ponieważ odwołanie wniósł Keller Polska Sp. z o.o., a ofertę w postępowaniu złożył wspólnie z innym podmiotem, odwołanie nie mogło być uznane za skuteczne, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony i powinno być odrzucone.

Oddalając wniosek Izba uwzględniła treść pełnomocnictwa złożonego w ofercie z dnia 13.12.2017 r., w którego treści Keller Polska Sp. z o.o. ustanowiony został liderem konsorcjum z zakresem umocowania obejmującym korzystanie z środków ochrony prawnej. Współkonsorcjant – Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych S.A. udzielił Liderowi Konsorcjum prawa do reprezentowania jego interesów w postępowaniu z tytułu złożonej wspólnie oferty, w tym wnoszenia odwołań na czynności Zamawiającego podjęte w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie Izby, odwołanie wniesione przez Lidera Konsorcjum, chociaż nie wskazywało w treści na taką rolę, faktycznie było odwołaniem podmiotu działającego w zakresie umocowania udzielonego wcześniej. Samo stwierdzenie, że sposób oznaczenia Wykonawcy nie był poprawny, gdyż obok spółki Keller Polska Sp. z o.o. powinien być wskazany Partner Konsorcjum, nie było dostateczną podstawą do uznania, iż Keller Polska Sp. z o.o. nie był uprawniony do złożenia odwołania. Skoro konsorcjum w obrocie prawnym traktowane jest, jako umowa podmiotów zawarta w celu złożenia wspólnej oferty, to podobnie jak przy spółce cywilnej, wspólnicy uprawnieni są do działania w imieniu spółki w celu realizacji wspólnego przedsięwzięcia gospodarczego. W niniejszej sprawie rozstrzygającym była treść pełnomocnictwa udzielonego Liderowi, który złożył odwołanie na czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu, w związku ze złożoną ofertą. Brak wskazania w odwołaniu, że działa jako Lider w imieniu i na rzecz Konsorcjum nie oznacza, że zmienia się jego rola w postępowaniu odwoławczym, które jest postępowaniem prowadzonym w celu wzruszenia niekorzystnej dla Konsorcjum decyzji Zamawiającego o

wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołanie zostało przez Lidera opłacone, co w świetle treści pełnomocnictwa mieściło się w zakresie umocowania do wniesienia środka ochrony prawnej. Skoro działanie w zakresie umocowania obejmowało nie tylko złożenie oferty, ale również korzystanie z środków ochrony prawnej, brak wskazania w treści odwołania, iż działania spółki związane są z faktem złożonej wspólnie z drugim podmiotem oferty, stanowiło jedynie o niepełnym określeniu Wykonawcy.

Skuteczność złożonego w ten sposób przez lidera konsorcjum odwołania można porównać do innej czynności dotyczącej oferty wspólnej, jaką jest wniesienie wadium w formie gwarancji wadialnej, w której treści nie zostali wskazani wszyscy współkonsorcjanci. Najnowsze orzeczenie Sądu Najwyższego z 15.02.2018 r., IV CSK 86/17 rozwiewa wątpliwości, jakie na tym tle prowadziły do sporu o skuteczność takiego zabezpieczenia oferty wspólnej. Skoro możliwe jest zabezpieczenie oferty wspólnej wadium wystawionym tylko na jeden z podmiotów, to również nie powinno rodzić wątpliwości (w kontekście zakresu umocowania lidera konsorcjum), iż odwołanie wniesione przez lidera składającego ofertę wspólną jest odwołaniem wniesionym przez podmiot uprawniony.

Rozpoznając odwołania Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy w kopii poświadczoną za zgodność przez Zamawiającego, w tym specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz), protokół wraz z załącznikami, ofertę IMB oraz przedłożone na rozprawie dowody i stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła.

Część dotycząca ustalenia stanu faktycznego jest wspólna dla obu rozpoznawanych odwołań, w których zarzuty dotyczą oceny oferty wybranej złożonego przez konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „IMB-Podbeskidzie” Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe LIMDROG Sp. z o.o. (dalej zwani Konsorcjum IMB).

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są roboty budowlane dotyczące inwestycji pn. „Rozbudowa drogi krajowej nt 75 od km 51+600,00 do km 53+320,00 w miejscowości Tęgoborze wraz z odwodnieniem osuwiska”. Oceniając oferty Zamawiający stosował, tzw. „procedurę odwróconą” określoną w przepisach art. 24aa ust. 1 Ustawy, w której najpierw oceniał oferty pod kątem przedmiotowym, w celu ustalenia rankingu ofert niepodlegających odrzuceniu, a następnie przystąpił do weryfikacji wykonawcy, którego ofertę ocenił najwyżej. Ofertą tą była oferta Konsorcjum IMB. Zgodnie z siwz dla oceny oferty pod względem przedmiotowym decydującym były elementy wskazane jako kryteria oceny ofert. Jednym z kryteriów było doświadczenie Kierownika Budowy, oceniane na podstawie formularza 2.17 – kryteria

pozacenowe oraz 3.4 – wykaz osób. W sytuacji, gdy wykonawca nie wypełnił formularza 2.17 do oferty nie musiał składać formularza 3.4, który miał być złożony na wezwanie Zamawiającego wyłącznie przez wykonawcę, którego ofertę Zamawiający oceniłby najwyżej.

Zamawiający wymagał na potwierdzenie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej wskazania osób stanowiących personel kluczowy, legitymujących się kwalifikacjami zawodowymi, doświadczeniem i wykształceniem odpowiednim do funkcji. Do pełnienia funkcji Kierownika Budowy wskazana miała być 1 osoba z doświadczeniem zawodowym min. 24 miesięcy przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. G o łącznej wartości zadań co najmniej 20 mln PLN netto, w tym co najmniej 1 zadania obejmującego zabezpieczenie osuwiska przy drodze lub ulicy klasy min. G na stanowisku/stanowiskach: kierownika budowy lub kierownika robót drogowych lub inspektora nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej. Zamawiający jako *wykonanie zadania* rozumiał *doprowadzenie do wystawienia świadectwa Przejęcia wg Klauzuli 10.1 WK FIDIC (dla Kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC), Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień) w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia. Za drogę lub ulicę Zamawiający uzna drogę lub ulicę w rozumieniu Ustawy z dnia 21 marca 1985 roku o drogach publicznych (Dz. U. z 2016 r., poz. 1440 ze zm.).*

Konsorcjum IMB przedłożyło w ofercie formularz 2.17, w którym przedstawiło doświadczenie zawodowe Kierownika Budowy, zdobyte na czterech zadaniach: „Zabezpieczenie osuwiska zlokalizowanego przy przepuście nr 6 drogi krajowej nr 28 w km około 3+625 w gminie Mucharz”, „Przebudowa drogi krajowej nr 81 Katowice-Skoczów, związana z usunięciem skutków powodzi na odcinku od km 59+750 do km 60+200”, „Budowa Północno-Wschodniej Obwodowej miasta Bielsko-Biała od węzła „Komorowice” do węzła „Mikuszowice” (Żywiecka/Bystrzańska)”, „Budowa obwodnicy miejscowości Lubień w ciągu drogi ekspresowej S-7 Kraków-Rabka od km 710+145 do km 714+119”. Ponieważ dla przyznania punktów konieczne było wykazanie, że osoba wskazana na stanowisko Kierownika Robót spełnia warunek udziału w postępowaniu Konsorcjum IMB wraz z ofertą złożyło wypełniony formularz 3.4. Zawierał on opis dwóch zadań, niezbędnych do oceny oferty na podstawie ustalonych kryteriów oceny ofert, przy których Kierownik Budowy miał zdobyć wymagane doświadczenie opisane w pkt 7.2.3 lit. b ppkt 1 IDW. Zadania te dotyczyły budowy: obwodnicy miejscowości Pawłowice o wartości 64.644.751,29 zł. oraz zabezpieczenia i stabilizacji osuwiska wraz z usunięciem skutków w ciągu drogi powiatowej nr 1444K Ukszew – Nowy Wiśnicz – Nieznanowice i 2084K Sobolów-Zawada o wartości 3.102.920,23 zł.

W formularzu JEDZ Konsorcjum IMB złożyło oświadczenie, w którym potwierdziło wystąpienie sytuacji, w której *wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym została*

rozwiązana przed czasem, dotyczy to zadania pn.: „Przebudowa drogi krajowej nr 9 – ul. Żółkiewskiego w Radomiu” oraz przedsięwzięte środki w celu wykazania rzetelności (samooczyszczenie). Wykonawca opisał konflikt z zamawiającym, który doprowadził do złożenia przez zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Przyczyna dotyczyła sposobu przeprowadzenia organizacji ruchu – prowadzenia objazdów na czas budowy, co miało odbyć się po drogach w centrum miasta, natomiast wykonawca zamierzał utrzymać ruch na istniejącym moście bez konieczności prowadzenia objazdów. Zamawiający nie zaakceptował takiego rozwiązania i zerwał umowę z winy wykonawcy. Na tle tych zdarzeń doszło do dalszych sporów przed sądem (łącznie trzy wytoczone powództwa: o zabezpieczenie powództwa poprzez zakaz z korzystania gwarancji; o stwierdzenie nieważności odstąpienia i przywrócenie do wykonywania robót; o zapłatę za wykonane roboty). Wykonawca uzyskał pełne zabezpieczenie (podtrzymane przez sąd drugiej instancji), a sprawa o stwierdzenie nieważności odstąpienia toczy się obecnie w drugiej instancji. Wyjaśnienia te Wykonawca składał w celu uniknięcia wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy.

Część IV Kryteria kwalifikacji zawierała oświadczenie ogólne dotyczące wszystkich kryteriów kwalifikacji, w którym Wykonawca potwierdził, iż spełnia wszystkie wymagane kryteria (część a).

Zamawiający pismem z dnia 17.01.2018 r. wezwał Konsorcjum IMB na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczenia, o którym mowa w pkt 9.7.1)b) IDW, w zakresie niezbędnym do oceny oferty na podstawie kryterium „Doświadczenie zawodowe Kierownika Budowy”. Zamawiający wskazał, iż informacje podane w formularzu 3.4 nie potwierdzają w sposób jednoznaczny spełniania warunku, bądź zawierają braki. Zastrzeżenia Zamawiającego dotyczyły braku wykazania 24 miesięcznego doświadczenia, gdyż okresy w jakim pełnił funkcje na dwóch wskazanych zadaniach (12.2014 – 05.2016; 09.2013-05.2014) nie pozwalają na dokonanie rzetelnej oceny. Ponadto, Zamawiający wymagał doświadczenia zawodowego zdobytego na drogach lub ulicach klasy min. G, tymczasem zgodnie z jego wiedzą drugie wykazane zadanie (droga powiatowa nr 1444K) dotyczy drogi kategorii Z. Ponieważ kryterium „Doświadczenie zawodowe Kierownika Budowy” stanowi jednocześnie kryterium pozacenowe (rozpatrywane na podstawie informacji zawartych w formularzu 2.17), a formularz 2.17 nie należy do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy nie ma do niego zastosowania art. 26 ust. 3 i 4 Ustawy, w przypadku zmiany osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, niespełniającej warunków udziału w postępowaniu na inną, spełniającą warunki, oferta otrzyma 0 pkt w tym kryterium.

W odpowiedzi na wezwanie Konsorcjum IMB przedłożyło nowy formularz 3.4 opisujący doświadczenie tej samej osoby wskazanej w formularzu 2.17 do pełnienia funkcji Kierownika Budowy. W formularzu sprecyzowano okresy dla dwóch wskazanych wcześniej zadań: „zadanie Pawłowice” – „15.12.2014 – 19.05.2016” oraz „zadanie nr 1444K” – „09.09.2013 – 30.05.2014”. Dodatkowo wskazane zostało jeszcze jedno zadanie dotyczące przebudowy drogi krajowej nr 81 Katowice – Skoczów realizowane w okresie 29.12.2011 – 15.11.2012 (ponad 11 miesięcy), uwzględniające zabezpieczenie osuwiska przy drodze klasy GP oraz budowę drogi klasy GP o wartości 16.306.837,70 zł netto.

W postępowaniu złożone zostały cztery oferty z cenami przewyższającymi środki jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 42.514.509,46 zł. Zamawiający nie prowadzić postępowania mającego na celu wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust. 1 Ustawy) wobec żadnej z ofert.

Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum IMB.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

Oba odwołania podlegają oddaleniu.

Odwołanie sygn. akt KIO 325/18.

Zarzuty podniesione w odwołaniu sprowadzały się do zakwestionowania doświadczenia wskazanej przez Konsorcjum IMB osoby do pełnienia funkcji Kierownik Budowy, która wprawdzie wykonywała funkcje techniczne odpowiadające wymaganiom opisanym w siwz, jednak nie brała udziału w końcowych pracach, które związane były z doprowadzeniem do wystawienia świadectwa przejęcia (wg FIDIC), protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia). Odwołujący nie kwestionował przy tym faktu, iż trzy zadania opisane w uzupełnionym formularzu 3.4 zostały wykonane w rozumieniu, jakie określił Zamawiający w siwz.

Zamawiający dokonując pozytywnej oceny kwalifikacji zawodowych/technicznych Konsorcjum IMB uwzględnił przy ocenie zadania nr 1 i 3, czyli nie brał pod uwagę zadania „1444K”, co do którego Odwołujący zgłaszał również zastrzeżenia związane z kategorią dróg, na których prowadzone były prace oraz ich rodzaj (remont, a nie budowa czy przebudowa).

O uwzględnieniu odwołania zdecydowała odmienna ocena stanu faktycznego, dla której zasadniczym okazały się zapisy siwz, odmiennie interpretowane przez strony sporu. Odwołujący stawiając tezę braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w którym wymagane było minimum 24 miesięczne doświadczenie przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic

klasy min. G o łącznej wartości zadań co najmniej 20 mln PLN netto, w tym co najmniej 1 zadanie obejmujące zabezpieczenie osuwiska przy drodze lub ulicy klasy min. G, na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych lub Inspektora Nadzoru specjalności inżynieryjne drogowej – oceniał doświadczenie w kontekście opisu dotyczącego *wykonania zadania*. Konsekwencją takiej wykładni warunku było przyjęcie przez Odwołującego, iż udział osoby w pracach dotyczących zadań w których pełniła wskazane funkcje miało obejmować również doprowadzenie do wystawienia Świadectwa Przejęcia, protokołu odbioru lub innego równoważnego dokumentu.

W ocenie Izby prezentowana przez Odwołującego wykładnia siwz prowadziła do modyfikacji wymagania związanego z doświadczeniem osób, w którym brak było wskazania, iż 24-miesięczne doświadczenie *przy realizacji* zadań na stanowisku/stanowiskach: kierownik budowy lub kierownik robót drogowych lub inspektor nadzoru, oznacza konieczność udziału w czynnościach związanych z doprowadzeniem do wystawienia dokumentów potwierdzających wykonanie zadania. Takiej wykładni stałoby na przeszkodzie nie tylko przypisanie szerszego znaczenia dla określenia *przy realizacji*, które wskazuje na udział w realizacji bez dookreślenia momentu w jakim ulega on zakończeniu, ale także wskazanie w opisie warunku na rodzaj stanowisk, do których nie są przypisane czynności związane z doprowadzeniem do wystawienia dokumentów stwierdzających wykonanie zadania. Konkluzja do jakiej doszedł Odwołujący na rozprawie, iż nawet nieracjonalny warunek w momencie oceny ofert wiązał Zamawiającego, wskazuje na dążenie do wypaczenia treści siwz na potrzeby podważenia prawidłowości oceny oferty wybranej. Próba narzucenia wykładni, która stała w sprzeczności z celem weryfikacji doświadczenia, jakie zdobywa się przy realizacji inwestycji budowlanej na poszczególnych jej etapach, na obecnym etapie postępowania, nie mogła być skuteczna. Odwołujący nie przedstawił żadnych racjonalnych argumentów, które pozwalałyby na wykładnię warunku prezentowaną w odwołaniu i na rozprawie. Wręcz przeciwnie konkluzja, iż skutkiem tej wykładni byłoby wypaczenie istoty oceny doświadczenia, które mogło być zdobyte przy realizacji 1 lub 2 zadań wykonanych, czyniła wywód Odwołującego bezpodstawnym. W ocenie Izby, wskazanie przez Zamawiającego poniżej opisu warunku na definicje *wykonania zadania* należało interpretować w ten sposób, iż zadania na których osoba zdobyła doświadczenie związane z pełnieniem funkcji na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych lub Kierownika Nadzoru w specjalności inżynieryjnej drogowej miały być zadaniami wykonanymi. Nie można byłoby zatem przyjąć doświadczenia spełniającego warunek 24 miesięcy prac przy realizacji robót, jeżeli dotyczyłoby ono zadania, dla którego nie zostałyby wystawione Świadectwo Przejęcia, protokół odbioru lub inny równoważny dokument.

Ponieważ Odwołujący nie przedstawił dowodów, które potwierdzałyby brak uzyskania dokumentów potwierdzających zakończenie zadań nr 1 i 3 z formularza 3.4 oraz podważałyby okresy wskazane dla stanowisk: kierownik budowy oraz kierownik robót drogowych, Izba uznała, iż Zamawiający prawidłowo ocenił doświadczenie osoby przedstawionej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy. Dowodem potwierdzającym prawdziwość oświadczeń Wykonawcy były przedłożone na rozprawie przez Przystępującego dokument - kopia dziennika budowy dla „zadania Pawłowice” (wydany 15.12.2014 r.) z wpisem z dnia 19.05.2016 r. o przejęciu obowiązków Kierownika Budowy przez kolejną osobę.

Odwołujący nie kwestionował zakresu zadań jak i ich wartości, zatem Konsorcjum IMB wykazało doświadczenie zdobyte przy realizacji 2 zadań obejmujących budowę/przebudowę dróg klasy min. G o wartości łącznej większej niż 20 mln PLN netto, w tym związane z zabezpieczeniem osuwiska przy drodze klasy GP.

W tym stanie rzeczy, ocena trzeciego zadania „1444K” nie miała wpływu na decyzję o uznaniu Konsorcjum IMB za Wykonawcę posiadającego wymagane zdolności techniczne lub zawodowe. Izba pozostawiła zatem bez rozstrzygnięcia kwestie dotyczące tego zadania i zarzutów kierowanych wobec zakresu robót (charakteru). Ponadto, ponownie należy wskazać że Zamawiający nie uwzględnił tej roboty przy ocenie doświadczenia Kierownika Budowy potwierdzonego dwoma wcześniej wskazanymi zadaniami i nie miała ona wpływu na wynik oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W świetle powyższego Odwołanie zostało oddalone.

Sygn. akt KIO 331/18.

Zasadniczą kwestią jaka powstała w związku z zarzutami zaniechania wykluczenia Konsorcjum IMB z postępowania było ustalenie, czy w świetle oświadczenia złożonego w JEDZ o wystąpieniu sytuacji, w której wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym została wypowiedziana przez zamawiającego, ziściły się przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Ustawy, określające tzw. fakultatywne przesłanki wykluczenia z postępowania.

Drugi zarzut dotyczył natomiast oceny merytorycznej oferty Konsorcjum IMB, pod kątek zaoferowania rażąco niskiej ceny w pozycji 1.9 formularza, co ma wypełniać przesłankę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i 3 Ustawy.

Odnosząc się do pierwszej podstawy zarzutów należy zauważyć, iż przesłanki określone przepisem art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Ustawy dotyczą sytuacji związanych z nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem innej umowy w sprawie zamówienia publicznego, które można określić, jako „zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych” (pkt 2) oraz

tych, które doprowadziły do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania (pkt 4). Uzupełnieniem dla tych dwóch podstaw wykluczenia z postępowania jest przepis art. 24 ust. 7 pkt 3 Ustawy, którym wprowadzono termin zawity do zastosowania sankcji wobec takiego wykonawcy - wynoszący 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Na tle niniejszej sprawy wyłoniło się zagadnienie prawne związane ze wskazaniem zdarzenia, które wyznacza początek biegu terminu 3 lat, w którym wykonawca może być wykluczony z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (jeżeli zamawiający przewidują podstawy do wykluczenia opisane w ust. 5). W ocenie Odwołującego, termin ten nie mógł rozpocząć biegu z uwagi na spór sądowy, jaki powstał pomiędzy stronami rozwiązywanej umowy, dotyczący między innymi ustalenia braku podstaw do odstąpienia od umowy z winy wykonawcy. W sprawie okolicznością bezsporną opisaną w oświadczeniu JEDZ jest zdarzenie prawne wynikające z oświadczenia zamawiającego MZDiK w Radomiu (Gminy Miasta Radom) o odstąpieniu od umowy z dnia 04.04.2014r. nr 9/IN/2014 zawartej dla zadania „Przebudowa drogi krajowej nr 9 – ul. Żółkiewskiego w Radomiu”. W dniu 22.08.2014 r. zamawiający złożył wykonawcy oświadczenie o odstąpieniu od umowy z wyłącznej winy wykonawcy, które wywołało wystąpienie przez tego wykonawcę z dwoma powództwami do sądów powszechnych. Na dzień wniesienia odwołania prawomocnym był wyrok zabezpieczający powództwo o stwierdzenie nieważności odstąpienia i przywrócenie do wykonywania robót, w którym sąd zakazał zamawiającemu korzystania z gwarancji wniesionej tytułem zabezpieczenia do umowy (postanowienie Sądu Okręgowego w Lublinie z 24.09.2014 r., sygn. akt IX GCo 120/14 oraz postanowienie Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 30.06.2015 r., sygn. akt I Acz 467/15). Na potrzeby postępowania zabezpieczającego roszczenie wnioskodawcy Sąd uznał za uprawdopodobnione stanowisko, iż odstąpienie przez obowiązane od przedmiotowej umowy było bezskuteczne. W związku z zapadłym postanowieniem Gmina Miasta Radom nie była uprawniona do naliczenia kary umownej. W sprawie rozwiązywanej umowy nie doszło do zasądzenia odszkodowania na rzecz żadnej ze stron.

Odnosząc ten stan faktyczny do wskazanych dwóch podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, powiązanych z brakiem wykonania lub nienależytym wykonaniem zamówienia, Izba doszła do wniosku, iż w dacie dokonywania czynności oceny wiarygodności Konsorcjum IMB Zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia wystąpienia przesłanek opisanych w art. 24 ust. 5 i 4 Ustawy. Zasadniczym w sprawie było ustalenie, czy w świetle toczącego się sporu sądowego o skuteczność odstąpienia od umowy, Zamawiający mógł powołać się na stan zawinionej przez wykonawcę braku wykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, a jeżeli tak to czy termin 3 lat, w jakim można wykluczyć Wykonawcę powinien być liczony od zdarzenia, jakim jest fakt

niewykonania/nienależytego wykonania, czy też jego skutków w postaci rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Odnosząc się do pierwszej kwestii należy zauważyć, iż Zamawiający miał prawo i obowiązek dokonać analizy oświadczenia złożonego w JEDZ, wraz z orzeczeniami zapadłymi w sprawach, które prezentowały okoliczności, w jakich doszło do rozwiązania umowy w skutek oświadczenia o odstąpieniu przez zamawiającego od umowy. To bowiem na Zamawiającym spoczywałby ciężar wykazania podstawy do zastosowania przesłanki ustawowej opisanej w pkt 2 i 4 Ustawy. Obie przesłanki referują do zdarzenia zawinonego przez wykonawcę, co odnosi się do zachowania prowadzącego do stwierdzenia „poważnego naruszenia obowiązków zawodowych” oraz niewykonania lub nienależytego wykonania w istotnym stopniu wcześniejszej umowy. W świetle prezentowanych ocen, w szczególności uzasadnienia sądowego, Zamawiający miał możliwość oceny własnej stanu zaistniałego w toku realizacji umowy o roboty budowlane. W ocenie Izby, Zamawiający mógł mieć wątpliwość co do obu podstaw wykluczenia z postępowania, gdyż o rozwiązaniu umowy nie przesądzał sposób prowadzenia robót budowlanych, ale kwestia organizacji ruchu pojazdów na czas prowadzonych robót. Umowa z dnia 4.04.2014 r. rozwiązana została oświadczeniem zamawiającego o odstąpieniu z dnia 22.08.2014 r., a zatem trudno jest przesądzić, czy leżąca u podstaw wypowiedzenia kwestia ustalenia organizacji ruchu pojazdów wymagała podjęcia takich kroków prawnych, w kontekście ustalonych zasad i odpowiedzialności Wykonawcy. Spór jaki toczą strony wskazuje jednocześnie, że decyzja o uznaniu wyłącznej winy wykonawcy, mogłaby prowadzić do pokrzywdzenia praw wykonawcy ubiegającego się o kolejne zamówienie. W niniejszej sprawie to jednak nie ocena stopnia zawinienia wykonawcy decydowała o oddaleniu zarzutów. Izba stanęła bowiem przed koniecznością oceny, czy nie doszło do upływu okresu 3 lat, w którym Zamawiający uprawniony byłby do zastosowania sankcji prawnej w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania. Dokonując rozstrzygnięcia w tym zakresie Izba uznała, iż zdarzenie, o jakim mowa w art. 24 ust. 7 pkt 3 w odniesieniu do podstawy wykluczenia z ust. 5 pkt 2 i 4, stanowi zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych, w szczególności określane przez brak wykonania lub nienależyte wykonanie zamówienia. Wątpliwości można byłoby mieć w przypadku podstawy wykluczenia objętej pkt 4, gdzie dodatkowo wskazane zostały czynności prawne, jakimi są rozwiązanie umowy lub zasądzenie odszkodowania. W ocenie Izby, gdyby wolą ustawodawcy było przypisanie początku biegu terminu do tych zdarzeń, to w opisie normy zawartej w ust. 7 pkt 3 znalazłoby się odesłanie, co najmniej do orzeczenia zasądającego to odszkodowanie (podobnie jak ma to miejsce w pkt 1,2,4 i 5, gdzie wskazuje się na prawomocne wyroki). Z uwagi na skutek przepisu ustalającego okres w jakim możliwe jest wykluczenie wykonawcy z postępowania, przepisy Ustawy powinny być precyzyjne, tak aby nie prowadzić do niepewności obrotu prawnego. Skoro zatem brak jest odesłania w przepisie

do wyroków, jakie na tle braku wykonania lub nienależytego wykonania zamówienia mogłyby zapaść, Izba uznała, iż zdarzeniem od którego należy liczyć okres 3 lat jest fakt niewykonania lub nienależytego wykonania, a nie skutki do jakich może prowadzić taki stan realizacji zamówienia. Przy odmiennej ocenie zdarzenia, mogłoby się okazać iluzorycznym wykluczenie z udziału wykonawcy, który nie zrealizował wcześniejszego zamówienia, a z uwagi na czas potrzebny do uzyskania orzeczenia sądu mógłby skutecznie ubiegać się o kolejne zamówienia.

Odwołujący prezentując własną koncepcję liczenia terminu (który miał jeszcze nie rozpocząć się) pominął kwestię, że nawet przyjmując, iż zdarzeniem od którego rozpocząć miałby się jego bieg nie powinno być niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia, to niewątpliwie rozwiązanie umowy nastąpiło w okresie dalszym niż 3 lata licząc od dnia wszczęcia postępowania. W niniejszej sprawie nie było potrzeby rozstrzygnięcia, czy postawa do wykluczenia z postępowania miałyby miejsce, gdyby upływ terminu 3 lat nastąpił w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie rodziło zatem wątpliwości stwierdzenie, iż w momencie składania oferty Konsorcjum IMB mogło jedynie z ostrożności przedstawić informacje dotyczące innego zamówienia, co nie oznaczało jednocześnie, iż koniecznym było wykazanie środków pozwalających potwierdzić rzetelność Wykonawcy. Skoro upływ okresu 3 lat powoduje ten skutek, że wykonawca nie może być wykluczony, nie ma konieczności podejmowania działań w ramach „samoczyszczenia”. Procedura opisana w art. 24 ust. 8 Ustawy została bowiem przewidziana dla tych wykonawców, którzy podlegają wykluczeniu. Skoro zatem podstawa wykluczenia odpadła na skutek upływu terminu 3 lat od dnia zaistnienia zdarzenia, sama procedura traci na znaczeniu.

W świetle powyższego Izba uznała za bezzasadny zarzut zaniechania wykluczenia Wykonawcy z postępowania, co wymagało rozpoznania zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy IMB na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i 3 Ustawy.

Ponieważ Zamawiający nie prowadził postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy, to na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania istnienia okoliczności pozwalających na stwierdzenie, że wycena jednej pozycji stanowi o rażąco niskiej cenie. Uzasadnienie dla postawionego zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum IMB zawierało się w założeniu ograniczenia tej oceny do pozycji 1.9 *Kosztów ogólnych*, jako zawierającej istotny element prac, którego wycena prowadzi do tego, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odnosząc się zatem do tego stanowiska Izba uznała, iż Odwołujący nie podolał ciężarowi dowodowemu wykazania, iż kalkulacja Wykonawcy nie pozwala na wykonanie prac związanych z inwentaryzacją oraz przygotowaniem dokumentacji z oceny stanu technicznego dróg po zakończeniu prowadzenia ruchu technologicznego, w tym napraw

wynikający z ustaleń z administratorami dróg publicznych, po których wykonawca prowadził transport technologiczny dla potrzeb budowy. Zestawienie jakie przygotował Przystępujący prezentowało wszystkie pozycje *Kosztów ogólnych* przyjętych w poszczególnych ofertach, które w kilku pozycjach różniły się znacznie pomiędzy wykonawcami również w takim układzie, w którym oferta najdroższa Konsorcjum Eurovia, w stosunku do oferty Konsorcjum IMB, była wielokrotnie niższa (poz. 1.1; 1.4, 1.5, 1.6, 1.7, 1.14.). Ponadto, zsumowane *Koszty ogólne* przyjęte w ofercie Odwołującego Keller (764.170,45 zł netto) są 2-krotnie niższe, niż w ofercie Konsorcjum IMB (1.480.680,00 zł neto). Wnioski Odwołującego o możliwym braku wykonania robót przywracających stan dróg publicznych po jakich odbywać miałby się ruch pojazdów, nie przystawały do zakresu pozycji, którą kwestionował. Poz. 1.9 dotyczy bowiem ruchu technologicznego dla potrzeb budowy, co nie jest tożsame z ruchem pojazdów organizowanym na czas robót budowlanych w Projekcie Tymczasowej Organizacji Ruchu. Odwołujący formułował daleko idące wnioski w oparciu o okoliczności dotyczące innego zamówienia, co Izba pominęła, jako niezwiązane z treścią złożonej w niniejszym postępowaniu oferty. Podsumowując, Izba uznała, iż porównanie kosztów przyjętych tylko w jednej pozycji *Kosztów ogólnych* wypaczało ocenę oferty, która zawierała pozycje powiązane, w których Wykonawca mógł uwzględnić pozostałe koszty, co nie stanowiło o manipulacji ceną ofertową. Z tej samej przyczyny przyjęte założenie co do charakteru tej pozycji, jako prezentującej wycenę elementu istotnego oferty, nie znalazło potwierdzenia w stanie faktycznym. Przedstawione na rozprawie wyjaśnienia Konsorcjum IMB mające oparcie w treści oferty, wskazywały na możliwy sposób rozłożenia kosztów i uwzględnienia ich również w innych pozycjach, m.in. poz. 1.15. Ponieważ Odwołujący nie przedstawił uzasadnienia, które wskazywałoby na konieczność indywidualnej oceny poz. 1.9, Izba uznała iż wymiernym dla porównania ofert byłoby uwzględnienie wartości zsumowanej dla *Kosztów ogólnych*. Te wskazywały natomiast, że to oferta Odwołującego prezentowała najniższy ich poziom. Również różnica w cenie całkowitej złożonych ofert nie budziła podejrzania zaferowania rażąco niskiej ceny, a w zestawieniu z niższą kwotą przeznaczoną przez Zamawiającego na realizację zamówienia, dodatkowo przeczyła twierdzeniom Odwołującego o istnieniu podstawy do odrzucenia oferty najkorzystniejszej.

Oparty na tej samej podstawie faktycznej zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji również nie mógł odnieść skutku. Odwołujący nie udowodnił zasadności zarzutu, który wynikał z samego przyjęcia, iż wycena jednej z pozycji miała wypełniać czyn nieuczciwej konkurencji, którego Odwołujący nawet nie sprecyzował.

W świetle powyższego również odwołanie oznaczone sygn. akt KIO 331/18 podlegało oddaleniu w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 w zw. z § 6 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.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy wniesione w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania przez obu Odwołujących oraz koszty Zamawiającego związane z reprezentacją w obu sprawach na podstawie przedłożonych rachunków obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....