

WYROK
z dnia 9 sierpnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 5 sierpnia 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 czerwca 2021 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ROTOMAT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (pełnomocnik) oraz ELEKTROTIM spółka akcyjna z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Wrocław oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji spółka akcyjna z siedzibą we Wrocławiu w imieniu i na rzecz których działają Wrocławskie Inwestycje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w części.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 18 czerwca 2021 roku wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy BRUKPOL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Wielkich.

Nakazuje Zamawiającemu przeprowadzenie badania i oceny ofert oraz przyznanie punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika robót drogowych (D)” zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Warunków Zamówienia tj. przez nieuwzględnianie w ramach oceny ww. kryterium zadania 1 wskazanego w pozycji 1 w tabeli w punkcie 4.5 Formularza oferty, które to zadanie podlega ocenie w ramach oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

2. Kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego – Gminę Wrocław oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji spółka akcyjna z siedzibą we Wrocławiu w imieniu i na rzecz których działają Wrocławskie Inwestycje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ROTOMAT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (pełnomocnik) oraz ELEKTROTIM spółka akcyjna z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego – Gminę Wrocław oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji spółka akcyjna z siedzibą we Wrocławiu w imieniu

i na rzecz których działają Wrocławskie Inwestycje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ROTOMAT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (pełnomocnik) oraz ELEKTROTIM spółka akcyjna z siedzibą we Wrocławiu kwotę 11 333 zł 33 gr (słownie: jedenaście tysięcy trzysta trzydzieści trzy złote trzydzieści trzy grosze) stanowiącą proporcjonalnie do rozpoznania zarzutów koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1862/21

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Wrocław oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji spółka akcyjna z siedzibą we Wrocławiu w imieniu i na rzecz których działają Wrocławskie Inwestycje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym zgodnie pod nazwą 05060 – *Drogi rowerowe na Sądowej - etap I - projekt nr 175 WBO 2018*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 marca 2021 roku pod numerem 16710/01.

23 czerwca 2021 roku Odwołujący w oparciu o art. 513 pkt 1 i 2 oraz art. 514 ust. 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa PZP”) wniósł odwołanie wobec:

1) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę BRUKPOL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piaskach (dalej: BRUKPOL) pomimo, iż oferta tego wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą

w oparciu o wskazane w SWZ kryteria oceny ofert oraz nie spełnia warunku udziału w postępowaniu;

2) nieuprawnionego przyznania BRUKPOL maksymalnej ilości punktów w kryterium doświadczenie kierownika robót drogowych, które zostało określone w pkt 21.2.3. SWZ co miało wpływ na dokonanie wyboru oferty BRUKPOL jako oferty najkorzystniejszej;

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu obrazę następujących przepisów prawa:

1) art. 239 ust. 1 ustawy PZP przez uznanie, iż najkorzystniejszą ofertą na podstawie kryteriów określonych w SWZ jest oferta BRUKPOL, podczas gdy jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta Odwołującego;

2) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt. 5 ustawy PZP przez nieuprawnione przyznanie ofercie BRUKPOL maksymalnej ilości punktów w kryterium doświadczenie kierownika robót drogowych podczas gdy Wykonawca ten w kryterium punktowym wskazał jedynie 2 zadania punktowane zamiast 3 uprawniających do otrzymania maksymalnej ilości punktów w tym kryterium;

3) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt. 5 ustawy PZP przez nieuprawnione przyznanie ofercie BRUKPOL maksymalnej ilości punktów w kryterium doświadczenie kierownika robót drogowych wbrew opisanym w treści SWZ kryteriom jakościowym oceny ofert;

4) art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy PZP przez uznanie, iż oferta odwołującego spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt. 9.1.1.1 SWZ podczas gdy wskazane przez BRUKPOL zadanie nie spełnia warunków udziału

- w postępowaniu określonych we wskazanym pkt. SWZ;
- 5)art. 128 ust. 1 ustawy PZPprzez zaniechanie wezwania BRUKPOL do uzupełnienia doświadczenia na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonym w pkt. 9.1.1.1 SWZ;
- 6)art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZPpoprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieprzejrzysty w następstwie dokonania zaniechania zbadania i oceny ofert w sposób zgodny z warunkami oraz kryteriami oceny ofert określonymi w SWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty BRUKPOL jako najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny ofert. Odwołującywniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa prawnego według spisu przedstawionego na rozprawie.

Odwołujący podał, że mając na uwadze treść postawionych zarzutów, oraz okoliczności faktyczne sprawy wnosząc o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości przez Zamawiającego. Powyższe jest uzasadnione z punktu widzenia ekonomiki postępowania w kontekście czasu trwania postępowania, jak również dodatkowych kosztów jakie będą się wiązały w przypadku przegrania przez Zamawiającego sprawy na skutek niniejszego odwołania co w okolicznościach przywołanych w treści uzasadnienia wydaje się być wysoce prawdopodobne. Naruszenie przez Zamawiającego przywołanych w petitum odwołania przepisów ustawy PZP spowodowało, iż oferta BRUKPOL została wybrana jako najkorzystniejsza w sytuacji w której to oferta Odwołującego w świetle opisanych w SWZ kryteriów oceny ofert oraz warunków udziału w postępowaniu winna zostać oceniona najwyżej i powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. W związku z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący został narażony na poniesienie kosztów związanych ze złożeniem oferty oraz utratą możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia spodziewanych zysków oraz doświadczenia przy realizacji tego zadania.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Pismem z dnia 18.06.2021 r. Zamawiający w wyniku oceny ofert poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty BRUKPOL przyznając tej ofercie maksymalną ilość punktów zgodnie z opisanymi w SWZ kryteriami oceny ofert.

W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonując badania oferty tego Wykonawcy dokonał jej oceny w zakresie kryterium dotyczącego doświadczenia kierownika robót drogowych

w sposób niezgodny z wymaganiami SWZ uznając, iż BRUKPOL wskazał 3 zadania podlegające punktacji co zgodnie z SWZ pozwalało na przyznanie temu oferentowi 20 punktów w tym kryterium podczas gdy ocenie punktowej w zakresie doświadczenia kierownika robót drogowych mogą podlegać jedynie 2 zadania spośród tych wskazanych przez BRUKPOL w pkt. 4.5 formularza oferty, gdyż trzecie zadania dotyczyło warunku udziału w postępowaniu i nie podlegało ocenie punktowej.

Niezależnie od tego dwa spośród zadań wskazanych w pkt. 4.5 formularza ofertowego BRUKPOL nie spełniają wymagań stawianych w SWZ w zakresie kryterium punktowego co w konsekwencji winno skutkować przyznaniem BRUKPOL w kryterium doświadczenia kierownika robót drogowych 0 punktów.

Ponadto zadanie wskazane przez BRUKPOL na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonym w pkt. 9.1.1.1 SWZ nie spełnia stawianych tam wymagań. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący poniżej przedstawi szczegółowe uzasadnienie postawionym zarzutom wraz z przywołaniem dowodów uzasadniających jego twierdzenia.

Zgodnie z pkt. 9.1.2.1 wykonawcy ubiegający się o zamówienie musieli spełnić między innymi warunek udziału w postępowaniu dotyczący kierownika robót drogowych:

9.1.2.1. Kierownik robót drogowych - (1 osoba) posiadający doświadczenie na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót drogowych podczas realizacji: co najmniej jednego zadania w zakresie budowy lub przebudowy lub remontu ulicy klasy co najmniej Z o długości co najmniej 200 m oraz posiadający uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej drogowej, o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2020, poz. 1333 ze zm.) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa, lub uznane przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. 2016 r., poz. 65) lub zgodnie z wcześniej obowiązującymi przepisami dotyczące uznawania kwalifikacji,

W pkt. 21.2.3. SWZ zostały określone kryteria punktowe oceny oferty w zakresie doświadczenia kierownika robót drogowych wraz z wskazaniem sposobu oceny tego doświadczenia oraz miejsca w formularzu ofertowym, w którym należy wskazać przedmiotowe doświadczenie w celu dokonania przez Zamawiającego przyznania punktów w tym kryterium:

21.2.3. W przypadku kryterium „Doświadczenie kierownika robót drogowych (D)”o którym mowa w pkt. 9.1.2.1. oferta otrzyma ilość punktów zgodnie z tabelą przedstawioną poniżej oraz informacjami podanymi w Formularzu ofertowym sporządzonym na podstawie Załącznika nr 1 do IDW. Wykonawca w zakresie powyższego kryterium Pi (D) zobowiązany jest do wskazania w Formularzu ofertowym sporządzonym na podstawie Załącznika nr 1 do IDW w pkt.4.5. wszystkich informacji niezbędnych do oceny spełniania zarówno warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 9.1.2.1. IDW jak i kryterium oceny ofert Pi (D) oraz informacji na temat każdej kolejnej roboty budowlanej, poza jedną stanowiącą potwierdzenie spełniania warunku udziału w f Bartek Skorupa1- imienia i nazwiska wskazanej osoby, zakresu oraz numeru posiadanych uprawnień, wykształcenia, numeru członkowskiego Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa, podstawy do dysponowania ww osobą oraz informacji na temat doświadczenia kierownika robót drogowych wyznaczonego do realizacji zamówienia tj. pełnionej funkcji, nazwy i przedmiotu zadania wraz z podaniem wszystkich informacji wskazanych w tabeli poniżej (przy czym Wykonawca jest zobowiązany wskazać: nazwę zadania, określić czy dotyczyło budowy/przebudowy/remontu ulicy, wskazać długość i klasę ulicy)

W tabeli zamieszczonej w pkt. 22.2.3 SWZ zostały określone ilości punktów jakie zostaną przyznane za wskazane w formularzu ofertowym dodatkowe zadania ponadto wskazane na spełnienie warunku udziału w postępowaniu w następujący sposób:

(w tym miejscu w odwołaniu tabela)

Odwołujący wskazał, że jak wynika z powyżej przywołanych fragmentów SWZ maksymalna ilość punktów w kryterium doświadczenia kierownika robót drogowych zostanie przyznana jeżeli wykonawca wskaże 3 zadania w zakresie budowy lub przebudowy lub remontu ulicy klasy co najmniej Z o długości co najmniej 200 m poza jedną stanowiącą potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Tym samym wskazać należy, iż w formularzu ofertowym w pkt. 4.5 w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie kierownika robót drogowych oraz w celu uzyskania 20 punktów w kryterium doświadczenia kierownika robót

drogowych należało wskazać łącznie 4 zadania - jedno na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz 3 kolejne aby uzyskać 20 punktów w tym kryterium.

Jak wynika z treści formularza ofertowego BRUKPOL, wykonawca ten wskazał w sumie

w pkt. 4.5 formularza ofertowego 3 zadania w tym jedno na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 9.1.2.1:

(w tym miejscu w odwołaniu tabela)

Odwołujący argumentował, że bez dokonywania głębszej analizy treści złożonej przed BRUKPOL oferty w tym weryfikacji zadań dotyczących doświadczenia osoby wskazanej

na stanowisko kierownika robót drogowych wykonawca ten powinien uzyskać w tym kryterium maksymalnie 10 punktów

(o ile wskazane zadania odpowiadają wymaganiom stawianym w kryterium punktowym) gdyż jedynie 2 spośród 3 zadań wskazanych w pkt. 4.5 formularza ofertowego podlegały ocenie w kryterium doświadczenia kierownika robót drogowych.

Trzecie zadanie natomiast stanowiło potwierdzenie spełnienia warunku udziału

w postępowaniu i nie mogło zostać zaliczone na poczet doświadczenia punkowanego.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, iż określony w pkt. 9.1.2.1 warunek udziału

w postępowaniu dotyczący kierownika robót drogowych stanowi minimalne wymaganie które każdy wykonawca winien spełnić by jego oferta nie podlegała odrzuceniu. Określone natomiast w pkt. 21.2.3 SWZ wymagania stanowią kryterium, które jest brane pod uwagę

w celu oceny uzyskania przez wykonawcę dodatkowych punktów w tym kryterium punktowym. Stąd też jasnym jest że nie można dokonać połączenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu czyli absolutnie minimalnego wymagania z wymaganiami jakie zostały określone w części dotyczącej kryterium oceny ofert. Są to wymagania dodatkowe stanowiące podstawę do uznania, iż dany wykonawca powinien otrzymać dodatkową ocenę ponadto to co stanowi minimalny wymóg udziału w postępowaniu. Już choćby z samej konstrukcji SWZ tj. umiejscowienia w różnych częściach SWZ wymagań co do kryterium udziału w postępowaniu oraz co do kryterium punktowego oceny ofert stwierdzić należy,

iż Zamawiający dokonał rozróżnienia tych elementów i nie mogą one być sumowane

w ramach kryterium punktowego dotyczącego doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót drogowych.

Abstrahując od powyższego Odwołujący wskazał, iż w jego ocenie dwa spośród trzech zadań wskazanych w pkt. 4.5 formularza ofertowego BRUKPOL nie spełniają kryterium punktowego określonego w pkt. 21.2.3. W ocenie Odwołującego doświadczenie osoby wskazanej przez BRUKPOL na kierownika robót drogowych pn. „Przebudowa skrzyżowania drogi wojewódzkiej nr 448 (ul. Twardogórska), drogi powiatowej nr 1490D (ul. Sycowska) i drogi gminnej nr 101926 (ul. Rynek) w miejscowości Goszcz na skrzyżowanie typu rondo” - zadanie 1 oraz zadanie pn. „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 340 w zakresie przebudowy skrzyżowania ulicy Milickiej, Roosevelta i H. Brodatego na skrzyżowanie typu rondo w m. Trzebnica” - zadanie 2 nie spełniają wymagania określonego w kryterium punktowym dotyczącym doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót drogowych

tj. w ramach tych zadań w ocenie Odwołującego po przeanalizowaniu dokumentacji projektowej dotyczącej tych zadań nie można stwierdzić by w ich zakresie została zrealizowana budowa lub przebudowa lub remont ulicy klasy co najmniej Z o długości

co najmniej 200 m.

Z pozyskanej od Inwestorów przedmiotowych zadań dokumentów projektowych wynika,

iż długość odcinków drogi klasy Z w ramach tych zadań była krótsza niż 200 m.

Dokonując analizy dokumentacji projektowej, w oparciu o którą były realizowane w/w zadania stwierdzić należy:

W ramach zadania 1 przebudowano następujące drogi:

- droga wojewódzka nr 448 (ul. Twardogórska) - kierunek Twardogóra, klasa techniczna G, pikietaż na projekcie wskazuje długość odcinka to 0+037,54 m - długość odcinka 37,54 m

- droga wojewódzka nr 448 (ul. Twardogórska) - kierunek Milicz, klasa techniczna G, pikietaż na projekcie wskazuje długość odcinka to 0+076,78 m - długość odcinka 76,78 m

- droga powiatowa nr 1490D (ul. Sycowska) klasa techniczna Z, pikietaż na projekcie wskazuje długość odcinka to 0+082,12 m - długość odcinka 82,12 m

- drogi gminnej nr 101926 (ul. Korfantego), klasa techniczna L, pikietaż na projekcie wskazuje długość odcinka to 0+073,46m - długość odcinka 73,46 m

- drogi gminnej nr 101926 (ul. Rynek) klasa techniczna L, pikietaż na projekcie wskazuje długość odcinka to 0+103,49 m - długość odcinka 103,49 m

Łączna długość wszystkich dróg publicznych do przebudowy w ramach tego zadania wynosiła 373 m. W ramach tego zadania dróg o klasie Z i wyższej wykonano łącznie 196,44 m. Droga gminna ul. Korfantego oraz droga gminna ul. Rynek są drogami o klasie L tj. klasie niższej niż klasa techniczna Z jaką wymagał Zamawiający. Stąd też odcinki tych dróg (klasa L) nie mogą być brane pod uwagę w przy określaniu długości drogi o kategorii technicznej min. Z.

W ramach zadania 2 przebudowano następujące drogi o drogi:

- droga wojewódzka nr 340 ulicy Milickiej, klasa techniczna G, długość do osi ronda 70,00 m+ 61 m - długość odcinka wynosi 131 m;

- droga wojewódzka nr 340 w zakresie przebudowy skrzyżowania H. Brodatego, klasa techniczna G - długość odcinka wynosi - 49 m;

- ul. Roosevelta, klasa techniczna L - długość odcinka wynosi 25 m;

- ul. Tadeusza Kościuszki, klasa techniczna L - długość odcinka wynosi 35 m;

Wobec powyższego długość budowy ulicy klasy Z lub wyższej w ramach w/w zadania wynosi łącznie 190 m. Ulica Roosevelta oraz ul. Tadeusza Kościuszki są ulicami o kategorii technicznej L, a więc o kategorii niższej niż kategoria Z i nie mogą być brane pod uwagę

w celu potwierdzenie spełnienia kryterium punktowego w nin. postępowaniu w zakresie długości ulicy o kategorii min. Z.

Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 02.03.1999 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie zostały określone klasy techniczne dróg oraz ich hierarchia: „§ 4. 1. W celu określenia wymagań technicznych i użytkowych wprowadza się następujące klasy dróg oraz ich hierarchię, zaczynając od drogi o najwyższych parametrach:

- 1) autostrady, oznaczone dalej symbolem "A";
- 2) ekspresowe, oznaczone dalej symbolem "S";
- 3) główne ruchu przyspieszonego, oznaczone dalej symbolem "GP";
- 4) główne, oznaczone dalej symbolem "G";
- 5) zbiorcze, oznaczone dalej symbolem "Z";
- 6) lokalne, oznaczone dalej symbolem "L";
- 7) dojazdowe, oznaczone dalej symbolem "D".

odwołujący uzasadniał, że jak wynika z powyższego drogi o kategorii L są drogami klasy niższej niż drogi kategorii Z. Tym samym BRUKPOL wskazując przywołane powyżej zadania nie wykazał, iż spełniają one kryterium punktowe tj. długości min. 200 m ulicy klasy Z co w konsekwencji skutkować winno przyznaniem temu wykonawcy w kryterium doświadczenie kierownika robót drogowych 0 punktów.

Na potwierdzenie powyższego Odwołujący w załączeniu przedkłada dokumentację projektową dotyczącą zadania 1 i zadania 2 ze szczególnym uwzględnieniem map sytuacyjnych w treści których wskazany jest pikietaż dotyczący długości poszczególnych odcinków dróg nie potwierdzający spełnienia wymagań określonych w przedmiotowym postępowaniu.

W celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 9.1.1.1 SWZ tj.:

9.1.1.1. Wykonawca wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną robotę budowlaną, której przedmiotem była budowa lub przebudowa lub remont ulicy klasy co najmniej Z o długości co najmniej 200 m, oraz

BRUKPOL na potwierdzenie spełnienia warunku określonego powyżej w treści Załącznika nr 5 wskazał na następujące zadanie: *Przebudowa skrzyżowania drogi wojewódzkiej nr 448 (ul. Twardogórska). drogi powiatowej nr 1490D (ul. Sycowska) i drogi gminnej nr 101926 (ul. Rynek) w miejscowości Goszcz na skrzyżowanie typu rondo W tym:*

Budowa ulicy klasy Z o długości 300 m oraz przebudowa sieci wodociągowej o średnicy DN160 i długości 303 m.

Odbiorca (nazwa, adres nr telefonu do kontaktu):

Inwestor:

Generalny wykonawca

PUB „BRUKPOL” S.C. Strzelce Wielkie 81c, 63-820 Piaski Tel. 603 954 888

Nazwa wykonawcy:

BRUKPOL Sp. z o.o. Strzelce Wielkie 81c, 63-820 Piaski - podwykonawca

Odwolujący podał, że zadanie wskazane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określone w pkt. 9.1.1.1 SWZ jest tym samym zadaniem wskazanym przez BRUKPOL w pkt. 4.5 formularza ofertowego na potwierdzenie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót drogowych, które to zadanie zgodnie z zarzutami postawionymi wcześniej nie obejmuje budowy drogi kategorii co najmniej Z o długości co najmniej 200 m. Tym samym z uwagi na powyższe zadanie to nie spełnia również warunku określonego w pkt. 9.1.1.1 SWZ.

Dodatkowo wskazał Odwołujący, iż BRUKPOL w treści załącznika nr 5 dot. wykazu robót podał, iż zadanie pn. „Przebudowa skrzyżowania drogi wojewódzkiej nr 448 (ul. Twardogórska), drogi powiatowej nr 1490D (ul. Sycowska) i drogi gminnej nr 101926 (ul. Rynek) w miejscowości Goszcz na skrzyżowanie typu rondo” realizował jako podwykonawca na rzecz Brukpol s.c.. Odwołujący zwrócił się do Inwestora w/w zadania o potwierdzenie czy w ramach przedmiotowego zadania BRUKPOL realizował jakiegokolwiek roboty jako podwykonawca. Z uzyskanych informacji wynika, iż na przedmiotowym zadaniu nie dokonano zgłoszenia żadnych podwykonawców. Tym samym w świetle powyższego stwierdzić należy, iż wystawione przez Brukpol s.c. referencje nie potwierdzają, iż na przedmiotowym zadaniu BRUKPOL wykonywał jakiegokolwiek roboty budowlane. Zwrócić należy uwagę, iż w przypadku zamówień publicznych obowiązkiem każdego wykonawcy jest dokonanie zgłoszenia do inwestora podwykonawców realizujących roboty budowlane.

Nie bez znaczenia dla powyższego pozostaje fakt, iż Brukpol s.c. oraz BRUKPOL

są podmiotami powiązanymi osobowo co wzbudza dużą wątpliwość co do rzetelności przedłożonych referencji w świetle powiązań osobowych pomiędzy tymi podmiotami.

Na potwierdzenie powyższego w załączeniu przedkładamy pismo z dnia 23 czerwca 2021 r. skierowane przez Gminę Twardogóra. W związku z brakiem spełnienia warunku udziału

w postępowaniu określonego w pkt. 9.1.1.1 wykonawca BRUKPOL powinien co najmniej zostać wezwany do uzupełnienia wykazu robót oraz dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm. dalej: „ustawa” lub „ustawa Pzp”).

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 23 czerwca 2021 roku od czynności Zamawiającego, o której powiadomił wykonawców w dniu 18 czerwca 2021. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 nowej ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz

możliwości poniesienia szkody.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Odwołującego i Zamawiającego.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowym z dnia 4 czerwca 2021 roku „Odpowiedź na odwołanie”, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości. Izba dopuściła dowody zawnioskowane i załączone do pisma Zamawiającego.

Izba, w trakcie rozprawy, wydała postanowienie o dopuszczeniu dowodów złożonych i zawnioskowanych na rozprawie przez Odwołującego dowód nr 1, 3 i 5 – w sumie 3 karty, format B5, mapy oraz dowód nr 2 i 4 wyciąg z projektu zagospodarowania terenu oraz wyciąg z Opisu technicznego dla projektu budowlanego w Trzebnicy – w sumie 2 karty.

Izba, w trakcie rozprawy, wydała postanowienie o dopuszczeniu dowodów załączonych do odwołania jedynie w zakresie, jakim były podnoszone w odwołaniu i wnioskowane w trakcie rozprawy.

Izba ustaliła stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

W Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), Zamawiający podał co następuje:

W rozdziale 9. Warunki udziału w postępowaniu:

9.1. Wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne muszą spełniać niżej wymienione warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej tj. muszą:

9.1.1. dysponować zdolnością techniczną i zawodową; aby Zamawiający uznał Wykonawcę za spełniającego warunek dysponowania zdolnością techniczną i zawodową, Wykonawca musi spełniać następujące warunki - w przypadku wspólnego ubiegania się dwóch lub więcej Wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia, oceniany będzie ich łączny potencjał techniczny i zawodowy, w takim przypadku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane wykonają poszczególni wykonawcy – wzór w Załączniku 5). Warunek ten uważa się za spełniony jeśli:

9.1.1.1. Wykonawca wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną robotę budowlaną, której przedmiotem była budowa lub przebudowa lub remont ulicy klasy co najmniej Z o długości co najmniej 200 m, oraz

9.1.2. Wykonawca wskaże do uczestniczenia w wykonaniu niniejszego zamówienia następujące osoby odpowiedzialne za świadczenie usług, kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, wykształcenia i doświadczenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami:

9.1.2.1. Kierownik robót drogowych - (1 osoba) posiadający doświadczenie na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót drogowych podczas realizacji: co najmniej jednego zadania w zakresie budowy lub przebudowy lub remontu ulicy klasy co najmniej Z o długości co najmniej 200 m oraz posiadający uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej drogowej, o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2020, poz. 1333 ze zm.) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa, lub uznane przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. 2016 r., poz. 65) lub zgodnie z wcześniej obowiązującymi przepisami dotyczące uznawania kwalifikacji,

W rozdziale 21. Kryteria oceny ofert:

21.2.3. W przypadku kryterium „Doświadczenie kierownika robót drogowych (D)” o którym mowa w pkt. 9.1.2.1. oferta otrzyma ilość punktów zgodnie z tabelą przedstawioną poniżej oraz informacjami podanymi w Formularzu ofertowym sporządzonym na podstawie Załącznika nr 1 do IDW. Wykonawca w zakresie powyższego kryterium Pi (D) zobowiązany jest do wskazania w Formularzu ofertowym sporządzonym na podstawie Załącznika nr 1 do IDW w pk. 4.5. wszystkich informacji niezbędnych do oceny spełniania zarówno warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 9.1.2.1. IDW jak i kryterium oceny ofert Pi (D) oraz informacji na temat każdej kolejnej roboty budowlanej, poza jedną stanowiącą potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, tj. imienia i nazwiska wskazanej osoby, zakresu oraz numeru posiadanych uprawnień, wykształcenia, numeru członkowskiego Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa, podstawy do dysponowania ww. osobą oraz informacji na temat doświadczenia kierownika robót drogowych wyznaczonego do realizacji zamówienia tj. pełnionej funkcji, nazwy i przedmiotu zadania wraz z podaniem wszystkich informacji wskazanych w tabeli poniżej (przy czym Wykonawca jest zobowiązany wskazać: nazwę zadania, określić czy dotyczyło budowy/przebudowy/remontu ulicy, wskazać długość i klasę ulicy) Doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót drogowych Pi (D) wyznaczonego do realizacji zamówienia będzie punktowane zgodnie z poniższą tabelą:

	Ilość punktów jakie otrzyma oferta "I" za kryterium „Doświadczenie kierownika robót drogowych Pi (D)”
„Doświadczenie kierownika robót drogowych Pi (D)”	

Kierownik robót drogowych • (1 osoba): posiadający doświadczenie na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót drogowych podczas realizacji co najmniej jednego zadania w zakresie budowy lub przebudowy lub remontu ulicy klasy co najmniej Z o długości co najmniej 200 m	0
Kierownik robót drogowych • (1 osoba) posiadający doświadczenie na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót drogowych podczas realizacji dwóch zadań każde w zakresie budowy lub przebudowy lub remontu ulicy klasy co najmniej Z o długości co najmniej 200 m	10
Kierownik robót drogowych - (1 osoba) posiadający doświadczenie na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót drogowych podczas realizacji trzech zadań każde w zakresie budowy lub przebudowy lub remontu ulicy klasy co najmniej Z o długości co najmniej 200 m	20

Zamawiający podał również:

Zamawiający wezwie działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy pzp Wykonawcę do uzupełnienia informacji zawartych w Formularzu ofertowym, sporządzonym zgodnie z Załącznikiem nr 1 do niniejszej IDW tylko w zakresie niezbędnym w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 9.1.2.1. IDW. Zamawiający nie będzie przyznawał punktów za uzupełnione przez Wykonawcę informacje nt. ww. osoby.

Wykonawca winien wskazać wszystkie parametry wynikające z kryterium odrębnie dla każdego zadania wykazanego w celu potwierdzenia doświadczenia. W przypadku podania w Formularzu ofertowym danych dotyczących zadania wykazanego w celu potwierdzenia doświadczenia ww. osób, w sposób uniemożliwiający stwierdzenie, na podstawie informacji podanych w Formularzu ofertowym, spełnienia warunku zdolności zawodowej wskazanych osób (np. m. in. Brak określenia nazwy lub charakterystyki zadania, uniemożliwiający identyfikację zadania, niejasności co do pełnionej funkcji podczas realizacji zadania, rodzaju roboty budowlanej, brak informacji o uprawnieniach oraz doświadczeniu, brak informacji o ulicy, brak wskazania długości i klasy ulicy), Zamawiający nie weźmie pod uwagę takiego zadania przy ocenie ofert w kryterium ofert „Doświadczenie kierownika robót drogowych (D)”

W załączniku nr 1 do IDW – Formularz oferty w punkcie 4.5 Zamawiający podał:

4.5. Oświadczamy, że w realizacji zamówienia będzie uczestniczyć następujący personel, o którym mowa w pkt 9.1.2.1. IDW oraz 21.2.3. IDW:

4.5. Oświadczamy, że w realizacji zamówienia będzie uczestniczyć następujący personel, o którym mowa w pkt 9.1.2.1. IDW oraz 21.2.3. IDW:

Lp.	Imię i nazwisko	Stanowisko	Doświadczenie (na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz stanowiące podstawę do oceny w ramach kryterium oceny ofert dot. personelu)	Wyszkolenie	Kwalifikacje (nr i zakres uprawnień budowlanych, nr członkowski OIB)	Podstawa dysponowania ³
1		Doświadczenie kierownika robót drogowych (D), o którym mowa w punkcie 9.1.2.1. oraz 21.2.3. IDW				

W ofercie wykonawca BRUKPOL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Wielkich (dalej BRUKPOL) podał w punkcie 4.5 Formularz oferty:

BRUKPOL za pismem z dnia 19 maja 2021 roku złożył wymagane dokumenty, w tym Wykaz wykonanych robót zgodnie z Załącznikiem nr 4 do IDW, oraz załączył Referencję:

W zakresie zarzutów odwołania:

W zakresie zarzutów:

•(zarzut 1) naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy przez uznanie, iż najkorzystniejszą ofertą na podstawie kryteriów określonych w SWZ jest oferta BRUKPOL, podczas gdy jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta Odwołującego;

•(zarzut 2) naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt. 5 ustawy przez nieuprawnione przyznanie ofercie BRUKPOL maksymalnej ilości punktów w kryterium doświadczenie kierownika robót drogowych podczas gdy Wykonawca ten w kryterium punktowym wskazał jedynie 2 zadania punktowane zamiast 3 uprawniających do otrzymania maksymalnej ilości punktów w tym kryterium

– Izba uznała zarzuty za zasadne.

Na wstępie Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

–art. 239 ust. 1 ustawy - Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia,

–art. 242 ust. 2 pkt. 5 ustawy - Kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do:

organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

Kluczowym zagadnieniem do rozpoznania przedmiotowych zarzutów odwołania jest wskazanie prawidłowego stanu faktycznego w tej sprawie oraz ocena dokonanych przez Zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Po pierwsze Izba stwierdziła w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że wykonawca składający ofertę obowiązany był do złożenia Formularza ofertowego według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do IDW. Na podstawie informacji zawartych w tym Formularzu ofertowym w punkcie 4.5 wykonawca składał oświadczenie dotyczące personelu uczestniczącego w realizacji zamówienia, które to oświadczenie odnosiło się do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a także do podanych informacji jakie wykonawca wskazywał w celu uzyskania punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika robót drogowych (D)”. W sposób jednoznaczny w ocenie Izby Zamawiający określił, że w tym punkcie 4.5 Formularza oferty, w tabeli jaka została tam przygotowana, należało podać informacje odnoszące do tych dwóch niezależnych elementów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co wynika między innymi z treści Formularza ofertowego, a mianowicie „w realizacji zamówienia będzie uczestniczyć następujący personel, o którym mowa w pkt 9.1.2.1. IDW oraz 21.2.3. IDW”.

Izba wskazuje w tym miejscu, że tabela z pkt 4.5 Formularza oferty nie zawiera żadnej liczby porządkowej poszczególnych wierszy, czy też żadnego ograniczenia co do podawanych informacji. Zawiera natomiast katalog informacji niezbędnych jakie wykonawca miał obowiązek podać dla każdego wskazanego zadania realizowanego przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych.

Zamawiający określił, że dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu niezbędne jest wykazanie się doświadczeniem wskazanego personelu (kierownika robót drogowych)

w realizacji co najmniej jednego zadania w zakresie budowy lub przebudowy lub remontu ulicy klasy co najmniej Z o długości co najmniej 200 m oraz posiadający uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej drogowej, o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (...). Zgodnie

z literalnym brzmieniem SWZ w punkcie 21.2.3 Wykonawca w zakresie powyższego kryterium Pi (D) zobowiązany jest do wskazania w Formularzu ofertowym sporządzonym

na podstawie Załącznika nr 1 do IDW w pkt. 4.5. wszystkich informacji niezbędnych

do oceny spełniania zarówno warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 9.1.2.1. IDW jak i kryterium oceny ofert Pi (D) oraz informacji na temat każdej kolejnej roboty budowlanej, poza jedną stanowiącą potwierdzenie spełnienia warunku udziału

w postępowaniu (...). Z powyższego brzmienia wynika w ocenie Izby w sposób jednoznaczny, że w tabeli w punkcie 4.5 Formularza oferty wykonawca zobowiązany

był podać w pierwszej kolejności (czyli jako pierwszą) informację dotyczące doświadczenia kierownika robót drogowych potwierdzającą spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Na podstawie powyżej przytoczonej treści SWZ można w sposób jednoznaczny odczytać,

że kolejne roboty budowlane – czyli następne po pierwszej wskazanej – poza jedną wskazaną na potwierdzenie spełnienia warunku, będą robotami budowlanymi potwierdzającymi doświadczenie kierownika robót drogowych oceniane w kryterium oceny ofert „Doświadczenie kierownika robót drogowych (D)”. Oznacza to, że w ramach informacji podawanych w Formularzu oferty w punkcie 4.5 wykonawca winien był podać w pozycji pierwszej informację na temat doświadczenia kierownika robót drogowych podlegające ocenie w ramach warunku udziału w postępowaniu, a dopiero licząc od pozycji drugiej (kolejnego wiersza czy też zadania – to w zależności od tego jaki sposób prezentacji informacji przyjął wykonawca), czyli drugiego wskazanego doświadczenia dla kierownika robót drogowych w realizacji zadania określonego przez Zamawiającego tak jak dla warunku udziału w postępowaniu (21.2.3. W przypadku kryterium „Doświadczenie kierownika robót drogowych (D)” o którym mowa w pkt. 9.1.2.1.) informację podlegającą ocenie w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie kierownika robót drogowych (D)”. Tym samym informacje podane od pozycji (wiersza, zadania itp.) drugiego w tabeli w punkcie 4.5 Formularza oferty poddawałaby się ocenie w ramach kryteriów. Wymaga odnotowania w tym miejscu, że tabela z punktu 4.5 Formularza oferty i tabela z punktu 23.2.3 SWZ w żaden sposób nie są ze sobą skorelowane co do przyporządkowania pozycji tych tabel, do tego traktują one zupełnie o innych informacjach jakie się w nich znajdują.

W obliczu powyższego wydaje się jedynie w części zasadne stanowisko Zamawiającego referujące do tego, że to samo doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Kierownika robót drogowych mogło być podane na potwierdzenie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz w zakresie wykazanego doświadczenia w ramach kryteriów oceny ofert. Zamawiający nie ograniczył takiej możliwości, jednakże wymagania jakie sam Zamawiający skonstruował nie pozwalają w ocenie Izby doświadczenia wskazanego w punkcie pierwszym (pozycja, wiersz, zadanie itp.) tabeli w punkcie 4.5 Formularza oferty traktować inaczej jak tylko wskazanie doświadczenia na potwierdzenie spełnienia warunku udziału

w postępowaniu. Tym samym to doświadczenie z pozycji pierwszej nie może podlegać ocenie punktowej w ramach kryteriów oceny ofert, bowiem zgodnie z treścią punktu 23.2.1 SWZ

to ta informacja była składana na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (poza jedną stanowiącą potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu). Izba

nie podziela argumentacji Zamawiającego z pisma procesowego odnoszącej się do sposobu wykładni, rozumienia postanowień SWZ, bowiem nie są one spójne z tym, co w SWZ zostało zawarte. Zamawiający pomija zawarte w SWZ w pkt 23.2.1 wskazanie odnoszące się

do tego, że kolejne informacje podane w tabeli w punkcie 4.5 Formularza oferty będą podlegały ocenie w kryterium oceny ofert, bowiem wynika to z tego jak wskazał sam Zamawiający poza jedną stanowiącą potwierdzenie spełnienia warunku udziału

w postępowaniu.

Izba nie ocenia na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zasadności uregulowań wskazanych w SWZ, Izba ocenia sposób dokonania oceny oferty w świetle tych postanowień. Ocena oferty wykonawcy BRUKPOL w zakresie kryteriów oceny ofert dokonana została w ocenie Izby z odstępniem od zasad opisanych w SWZ. Zamawiający uwzględnił przy ocenie punktowej pierwsze wskazane zadanie w punkcie 4.5 Formularza oferty, gdy tym czasem zgodnie z SWZ pkt 23.2.1 wskazane w pierwszej pozycji doświadczenie podlegało ocenie jedynie w zakresie oceny

spełnienia warunku udziału

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym doszło do nieuprawnionego i niezgodnego z postanowieniami SWZ przyznania wykonawcy BRUKPOL punktów w kryterium oceny ofert „Doświadczenie kierownika robót drogowych (D)” ponieważ uwzględnione w ocenie punktowej zostało doświadczenie z zadania pierwszego wskazanego w tabeli, które podane było jedynie dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co wynika jednoznacznie z postanowień SWZ.

Izba w podsumowaniu tej części stwierdza, że prawidłowa była argumentacja Odwołującego wskazująca, że zgodnie z SWZ w tabeli w punkcie 4.5 Formularza ofert należało wskazać cztery (4) zadania aby móc wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu oraz maksymalną ilość punktów w kryterium oceny ofert. Tym samym, licząc od zadania drugiego wskazane zostały informacje podlegające ocenie w kryteriach oceny ofert i poddające się ocenie zgodnie z wytycznymi z tabeli w punkcie 23.2.1 SWZ, co oznacza, że podanie dwóch zadań – licząc od zadania drugiego i następne - pozwala na uzyskanie maksymalnie 10 punktów. Izba podkreśla również w tym miejscu, że nie można utożsamiać pozycji / wierszy

z tabeli z pkt 23.2.1 SWZ z tabelą zawartą w punkcie 4.5 Formularza oferty. Tabele

te odnoszą się do innych informacji i stanowią zupełnie o innych rzeczach. Fakt, że w tabeli

z punktu 23.2.1 SWZ w wierszu pierwszym podano zadanie i przyznano mu „0” punktów

nie przenosi się w żaden sposób na tabelę w punkcie 4.5 Formularza oferty.

W zakresie zarzutu (3) naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt. 5 ustawy przez nieuprawnione przyznanie ofercie BRUKPOL maksymalnej ilości punktów w kryterium doświadczenie kierownika robót drogowych wbrew opisanym w treści SWZ kryteriom jakościowym oceny ofert – Izba zarzut uznała za niezasadny. Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

–art. 239 ust. 1 ustawy - Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia,

–art. 242 ust. 2 pkt. 5 ustawy - Kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do: organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ

na jakość wykonania zamówienia.

W odniesieniu do argumentacji Odwołującego dotyczącej spełnienia kryterium punktowego wskazanych zadań 1 i 2 w tabeli w punkcie 4.5 Formularza ofert, Izba

w pierwszej kolejności wskazuje mając na uwadze całe powyżej zamieszczone stanowisko, że zadanie 1 wskazane w punkcie 4.5. Formularza oferty nie jest elementem oceny punktowej w kryteriach oceny ofert. Niemniej z uwagi na podniesioną argumentację Odwołującego Izba podda ocenie spełnienie wymagań we wskazanych zadaniach 1 i 2.

W ofercie BRUKPOL w punkcie 4.5 Formularza oferty podano:

- „Przebudowa skrzyżowania drogi wojewódzkiej nr 448 (ul. Twardogórska), drogi powiatowej nr 1490D (ul. Sycowska) i drogi gminnej nr 101926 (ul. Rynek) w miejscowości Goszcz na skrzyżowanie typu rondo” - zadanie 1 oraz

- „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 340 w zakresie przebudowy skrzyżowania ulicy Miłickiej, Roosevelta i H. Brodatego na skrzyżowanie typu rondo w m. Trzebnica” - zadanie 2.

Izba nie uznała argumentacji Odwołującego za zasadną. Stanowisko Odwołującego wskazujące na brak wykonania w ramach powyższych zadań dróg o klasie minimum Z

o długości co najmniej 200 metrów oparte jest na dokumentacji projektowej niezbędnej

do wydania pozwolenia na budowę. W zakresie ww. zadań Zamawiający przedstawił przy piśmie Odpowiedź na odwołanie oświadczenia od inwestorów – tj. Gmina Twardogóra z dnia 11 czerwca 2021 roku oraz Gmina Trzebnica z dnia 10 czerwca 2021 roku. Oba oświadczenia potwierdzają, że w ramach zrealizowanych zadań wykonano przebudowę ulic o klasie co najmniej z i długości co najmniej 200 metrów. Oświadczenia te zostały wydane

po zakończeniu ww. inwestycji, a nie jak w przypadku stanowiska Odwołującego,

nie są oparte na przygotowanych projektach budowlanych, mapach oraz dokumentacji niezbędnej do wydania pozwolenia na budowę. Fakt, że oświadczenia te ogólnie odnoszą się do długości dróg również nie ma żadnego znaczenia ponieważ kluczowym dla oceny jest długość globalna, a nie długość poszczególnych odcinków. Odwołujący wskazując, że nie było wydanych decyzji zamiennej o pozwoleniu na budowę dla wskazanych wyżej inwestycji (zadania 1 i zadanie 2) nie przedstawił informacji z właściwego urzędu o braku wydania takiej decyzji zamiennej.

W obliczu powyższego Izba uznała, że Zamawiający wykazał, że w ramach zadania nr 1

i zadania nr 2 zostały wykonane przebudowy dróg o klasie minimum Z i długości co najmniej 200 metrów. Tym samym w tym zakresie Izba argumentację Odwołującego uznała

za niezasadną.

W zakresie zarzutu

- **(zarzut 4)** naruszenia art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy przez uznanie, iż oferta spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt. 9.1.1.1 SWZ podczas gdy wskazane przez BRUKPOL zadanie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych we wskazanym pkt. SWZ;

- **(zarzut 5)** naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania BRUKPOL

do uzupełnienia doświadczenia na potwierdzenie spełnienia warunku udziału

w postępowaniu określonym w pkt. 9.1.1.1 SWZ;

- Izba uznała zarzuty za zasadne.

Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

–art. 112 ust. 1 ustawy - Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu

w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

–art. 116 ust. 1 ustawy - W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

–art. 128 ust. 1 - Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub

zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

–art. 128 ust. 5 – Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Mając na uwadze oświadczenie z dnia 23 czerwca 2021 roku, które złożyła Gmina Twardogóra Odwołującemu w odpowiedzi na jego wnioski (załączonego do odwołania) Izba uznała, że Zamawiający nie przeprowadził prawidłowo badania i oceny dokumentów złożonych na potwierdzenie wykazania spełnienia warunku opisanego w punkcie 9.1.1.1 SWZ.

Wymaga również odnotowania w tym miejscu, że Zamawiający otrzymując kopię odwołania wraz z załączonym ww. pismem miał możliwość podjęcia działania i zweryfikowania swojego stanowiska. Tym bardziej, że sam Zamawiający wskazał w piśmie Odpowiedź na odwołanie, że realizował wyjaśnienia złożonych dokumentów w oparciu o art. 128 ust. 5 ustawy

w odniesieniu do długości dróg o klasie minimum Z.

Z ww. pisma z dnia 23 czerwca 2021 roku jednoznacznie wynika, że wykonawcą zadania „Przebudowa skrzyżowania drogi wojewódzkiej nr 448 (ul. Twardogórska), drogi powiatowej nr 1490D (ul. Sycowska) i drogi gminnej nr 101926 (ul. Rynek) w miejscowości Goszcz na skrzyżowanie typu rondo” był PUB Brukpol s.c. Wynika również, że „w trakcie realizacji w/w zadania firma nie zgłaszała podwykonawców”.

Natomiast w Wykazie wykonanych robót złożonym według załącznika nr 4 do IDW BRUKPOL podał jako wykonawcę BRUKPOL sp. z o.o., jako generalnego wykonawcę PUB „BRUKPOL” s.c.. Referencje z dnia 1 września 2017 roku zostały wystawione przez PUB „BRUKPOL” s.c. na rzecz BRUKPOL sp. z o.o..

Izba nie podziela argumentacji Zamawiającego z pisma procesowego „Odpowiedź

na odwołanie” opartej na postawionym w piśmie pytaniu (strona 3 pisma ostatni akapit). Zadaniem Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest rzetelne i wnikliwe przeprowadzenie badania ofert i składanych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie powinien zasłaniać się argumentacją, że na etapie oceny dokumentów nie posiadał określonych informacji o realizowanej inwestycji i uzyskał ją dopiero na etapie odwołania. Mógł i powinien był Zamawiający poddać informacje ocenie i zwrócić się do inwestora w trybie art. 128 ust. 5 ustawy o przedstawienie informacji w tym zakresie. Izba nie podziela również argumentacji Zamawiającego referującej do obowiązywania w okresie kontraktowania tj. w 2016 roku dwóch równoległych reżimów prawnych.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 143d ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku Umowa o roboty budowlane zawiera w szczególności postanowienia dotyczące (1) obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, a także projektu jej zmiany, oraz poświadczoną za zgodność z oryginałem kopii zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i jej zmian. Wymaga podkreślenia w tym miejscu, że przepis ten został wprowadzony do ustawy w 2013 roku Ustawą o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 8 listopada 2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 1473), podobnie jak i pozostałe przepisy art. 143a-143d. Izba dodaje w tym miejscu, że każda kolejna nowelizacja z roku 2015, 2017, 2018 czy też 2019 nie zmieniała powyżej opisanego obowiązku. Mając powyższe na uwadze inwestor w przypadku realizacji umowy o roboty budowlane przez podwykonawcę musiałby mieć na ten temat wiedzę i musiałby zostać mu przedłożone projekty umów. Więcej, na podstawie art. 143b ust. 1 ustawy z 2004 roku, który również obowiązuje od roku 2013 - Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane zamierzający zawrzeć umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, jest obowiązany, w trakcie realizacji zamówienia publicznego na roboty budowlane, do przedłożenia zamawiającemu projektu tej umowy, przy czym podwykonawca lub dalszy podwykonawca jest obowiązany dołączyć zgodę wykonawcy na zawarcie umowy o podwykonawstwo o treści zgodnej z projektem umowy. Dodatkowo Izba wskazuje, że zgodnie z art. 143b ust. 5 ustawy z dnia 2004 roku obowiązującego w roku 2016 (aż do 2019) Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane przedkładał zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia. Mając na uwadze powyższe regulacje prawne, Zamawiający / Inwestor Gmina Twardogóra, w przypadku gdy realizacja roboty była prowadzona zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych musiała mieć wiedzę o realizacji zadania przez podwykonawcę, bowiem musiałaby dysponować kopią zawartej umowy podwykonawczej.

W ocenie Izby Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny złożonych dokumentów co do wykonawcy – podwykonawcy realizującego inwestycję w Gminie Twardogóra. Zamawiający nie dokonał sprawdzenia dokonanej przez siebie czynności oceny złożonych przez BRUKPOL dokumentów w wyniku złożenia odwołania oraz informacji od Gminy Twardogóra z dnia 23 czerwca 2021 roku.

Izba - mając na uwadze stanowisko zawarte w rozpoznaniu zarzutu 3, które w tym miejscu

w całości podtrzymuje i nie powielając go uznaje za właściwe do rozpoznania argumentacji Odwołującego w zakresie rozpoznawanych zarzutów – nie uznała stanowiska Odwołującego odnoszącego się do niespełnienia wymagania wykonania w ramach wskazanego zadania

na potwierdzenie warunku co najmniej 200 m dróg klasy minimum Z za prawidłowe. Izba

w tym zakresie oparła się na oświadczeniu Gminy Twardogóra z dnia 11 czerwca 2021 roku przedstawionego za pismem Zamawiającego.

Izba nie nakazała wzywać do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem w pierwszej kolejności Zamawiający musi dokonać badania

i oceny ofert w ramach kryteriów oceny ofert. Dopiero w efekcie dokonanej czynności badania i oceny ofert będzie podejmował decyzje o wezwaniu do złożenia dokumentów

na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia. Izba zaznacza w tym miejscu, że informacje zawarte w Wykazie wykonanych robót sporządzonym na załączniku nr 4 do IDW przez BRUKPOL, a złożone za pismem

z dnia 19 maja 2021 roku nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu (6) naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieprzejrzysty w następstwie dokonania zaniechania zbadania i oceny ofert w sposób zgodny z warunkami oraz kryteriami oceny ofert określonymi w SWZ – Izba uznała zarzut za zasadny.

Zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy Izba podaje podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

Art. 16 - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt

z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych. Jednocześnie właśnie te określone ustawą zasady stanowią gwarancję udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jak również pozwalają na ocenę czynności podmiotów biorących udział w postępowaniu stawiając wszystkie podmioty w równej sytuacji.

Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWZ,

a w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która zostaje oceniona niezgodnie z warunkami określonymi przez Zamawiającego, które to sobie sam Zamawiający zdefiniował w dokumentacji postępowania. To zadaniem wykonawcy składającego ofertę

w postępowaniu jest złożenie oferty zgodnej z wymaganiami Zamawiającego, natomiast Zamawiający winien jest dokonać oceny złożonej oferty, zgodnie z wymaganiami i w duchu ustawy. Każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu chce wygrać zamówienie, chce zawrzeć kontrakt ale nie jest to wystarczającym uzasadnieniem dla sanowania błędów jednego wykonawcy kosztem możliwości uzyskania zamówienia przez innego wykonawcę, bowiem naruszenie zasad określonych w ustawie zawsze należy odnosić do wszystkich podmiotów będących uczestnikami postępowania, bowiem wszystkich zasady te obowiązują.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ

lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu

lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz

w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W rozpoznawanie sprawie odwołanie okazało się zasadne w części, w proporcji 5 zarzutów zasadny do 1 zarzutu niezasadnego.

Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego

w kwocie 10 000 zł oraz koszty pełnomocnika Odwołującego 3 600 zł.

W tym przypadku, zgodnie z § 7 ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) koszty ponosi Zamawiający w wysokości 11 333,33 zł stanowiących 1/5 z 13 600 zł (wpis i koszty zastępstwa).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574

i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu

o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: