

WYROK
z dnia 10 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 września 2021r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26.07.2021 r. przez wykonawcę **ZBD Sp. z o.o. Sp. j. z siedzibą w Nowym Sączu** postępowaniu prowadzonym przez Miasto Nowy Sącz — Miejski Zarząd Dróg w Nowym Sączu przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy ZBD Sp. z o.o. Sp. j. z siedzibą w Nowym Sączu kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze 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:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Miasto Nowy Sącz — Miejski Zarząd Dróg w Nowym Sączu prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2021r. - Prawo zamówień publicznych postępowanie (Dz.U. z 2019r., poz. 2019 ze zm.; dalej: „Pzp”) o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z możliwością przeprowadzenia negocjacji, o którym mowa w art. 275 ust.2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych na roboty budowlane pod nazwą „Przebudowa drogi powiatowej nr 1604K (ul. Nawojowska) w km od 0+000 do 3+255,47 w miejscowości Nowy Sącz, miasto Nowy Sącz.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2021/BZP 00059232 z dnia 202105-19 r.

W dniu 26 lipca 2021r. Odwołujący – ZBD sp. z o.o., sp. j. z siedzibą w Nowym Sączu wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność polegającą na odrzuceniu jego oferty, jako wykonawcy, który nie spełnił warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów, a to:

(a) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. „b” Pzp – poprzez odrzucenie oferty Odwołującego mimo, że spełniał on warunki udziału w postępowaniu;

(b) art. 128 ust. 1 Pzp – poprzez dwukrotne wezwanie Odwołującego do udzielenia wyjaśnień co do tej samej okoliczności oraz sformułowanie wezwania z dnia 15 lipca 2021r. w sposób niejasny, nieprecyzyjny i pozbawiony uzasadnienia – co uniemożliwiało mu odniesienie się do jego istoty;

(c) art. 8 ust. 1 w zw. z art. 65 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 16 pkt 3 oraz art. 112 ust. 1 Pzp – poprzez dokonanie wykładni pkt V.1.2. lit. „c” pkt pierwszy Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) w sposób sprzeczny z zasadą proporcjonalności i uznanie, że posiadane przez Odwołującego zdolności techniczne nie spełniają wymogów opisanych w powołanej części SWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu jego oferty;

- nakazanie Zamawiającemu przywrócenia go do udziału w postępowaniu;

- nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że stosownie do pkt V.1.2. lit. „c” pkt 1 SWZ Zamawiający postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy „Spełniają warunki udziału w postępowaniu, w zakresie:

„c) zdolności technicznej lub zawodowej – należy wykazać, że wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał w sposób należyty oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego oraz zasadami wiedzy technicznej i prawidłowo ukończył co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie/ przebudowie/ remoncie/ modernizacji drogi publicznej klasy Z lub wyższej o długości co najmniej analogicznej w stosunku do przedmiotu zamówienia, tj. 3000 mb, o powierzchni nie mniejszej niż 25 000m² i o wartości co najmniej 12 000 000,00 zł brutto”.

Odwołujący zauważył, że w ramach postępowania powołał się na realizację zadania pod nazwą „Remonty jezdni i chodników o nawierzchni bitumicznej w granicach administracyjnych miasta Nowego Sącza w latach 2015, 2016, 2017”, wykonywanego na rzecz obecnego Zamawiającego na podstawie umowy nr 272/5/2015 z dnia 17 marca 2015 r. (dalej jako „Umowa Remontowa”). Wyjaśnił, że przedmiotem robót wykonywanych na podstawie Umowy Remontowej było – zgodnie z jej § 1 ust. 1 – realizowanie prac określonych jako „remonty jezdni i chodników o nawierzchni bitumicznej w granicach administracyjnych miasta Nowego Sącza”. Podobnie:

a) § 2 ust. 4 zd. 2 Umowy Remontowej wprost odnosi się do „robót remontowych”;

b) § 8 ust. 3 lp. 1, 2, 5, 5a Umowy Remontowej – wskazują, że przedmiotem prac realizowanych przez Odwołującego były właśnie „remonty”. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że jak wprost wynika z załącznika nr 11 do SIWZ do Umowy Remontowej, przewidywane nią zakresy robót remontowych obejmowały dziesiątki tysięcy m² robót, a wynagrodzenie sięgało 22 198 646,51 zł, podczas gdy długość dróg, na których prace te miały być wykonywane, przekraczała kilkadziesiąt kilometrów. Odwołujący wskazał także, że prace te były (i są nadal) przez niego realizowane, a na chwilę obecną Zamawiający (który był również Zamawiającym dla Umowy Remontowej) wypłacił mu wynagrodzenie w wysokości wynoszącej 22 198 646,51 zł.

Kolejno Odwołujący wskazał, że interpretując SWZ nie można badać zamiaru ani intencji jej twórcy (Zamawiającego), lecz winno się stosować metodę zobiektywizowaną, właściwą wykładni dokumentów takich jak akty prawne. Tylko bowiem ta metoda umożliwi zachowanie dwóch z głównych zasad udzielania zamówień, a to zasady uczciwej konkurencji oraz zasad równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 Pzp). W powyższym kontekście należy

wskazać, że spór pomiędzy nim, jako wykonawcą, a Zamawiającym dotyczy tego, czy na gruncie postanowienia pkt V.1.2. lit. „c” ppkt 1 SWZ za spełnienie opisanego tam warunku uznać można tylko wykonanie robót w ramach budowy/ przebudowy/ remontu/ modernizacji jednej drogi, czy też prace te mogły być wykonane w odniesieniu do więcej niż jednej drogi, ale w ramach jednego zadania.

Ponadto podkreślił, że jedną z zasad redagowania dokumentów takich jak akty prawne (a więc również SWZ) jest to, że terminy stosowane w nich w liczbie pojedynczej obejmują swym zakresem normowania również liczbę mnogą. Ponieważ do interpretacji SWZ należy stosować zobiektywizowaną metodę wykładni, właściwą m.in. aktom prawnym, również w odniesieniu do SWZ stosować trzeba zasadę zgodnie z którą pojęcie użyte w liczbie pojedynczej obejmuje swym zakresem również liczbę mnogą – o ile wyrażnie nie postanowiono inaczej. Co więcej, na fakt, iż sam Zamawiający stosuje naprzemiennie dane pojęcia w liczbie pojedynczej i mnogiej – nie przywiązując do tego zbytniej uwagi – wskazuje lektura SWZ, który stanowi, przykładowo, że:

a) „Materiały pochodzące z rozbiórki, wykonawca winien posortować i następnie w obecności i z udziałem Inspektora nadzoru zakwalifikować, jako materiały nadające się do ponownego wykorzystania. Materiały z rozbiórek, tj. przeznaczone do ponownego wykorzystania stanowią własność Zamawiającego” (pkt III.3. SWZ). Gdyby zatem przyjmować – jak stara się to obecnie prezentować Zamawiający – że w ramach SWZ pojęcia ujmowane w liczbie pojedynczej i mnogiej nie są ze sobą utożsamiane, w cytowanym zapisie pkt III.3. SWZ zdanie pierwsze obejmowałoby inne sytuacje niż zdanie drugie, co w oczywisty sposób jawi się jako absurdalne;

b) „Inspektor Nadzoru ze strony Zamawiającego jest uprawniony do dokonywania kontroli, pobierania próbek i badania materiałów w miejscu ich wytwarzania/pozyskiwania” (pkt III.8. zd. pierwsze SWZ). W razie akceptacji sposobu interpretacji prezentowanego obecnie przez Zamawiającego należałoby zatem przyjmować, że zamawiający nie miałby możliwości pobrania jednej próbki lub zbadania jednego materiału, lecz każdorazowo musiałby realizować te uprawnienia w odniesieniu do kilku próbek lub materiałów. Pogląd ten jest jawnie dysfunkcyjny, wobec czego trudno uznać go za zasadny.

c) „Badania dot. zgodności materiałów z normami są ponoszone na koszt Wykonawcy w laboratoriach akredytowanych przez Polskie Centrum Akredytacji” (pkt III.10. zd. ostatnie SWZ). Przy przyjęciu sposobu wykładni prezentowanego obecnie przez MZD zapis ten należałoby zatem wyklądać tak, że jeśli badanie przeprowadzone byłoby w wyłącznie jednym laboratorium, to jego koszt nie obciążałby wykonawcy, gdyż jego obciążać miałyby dopiero koszty badań prowadzonych w co najmniej dwóch „laboratoriach”. Pogląd taki również jawi się jako absurdalny, wobec czego nie może się ostać.

W rezultacie, w ocenie Odwołującego, posłużenie się w pkt V.1.2. lit. „c” ppkt 1 SWZ liczbą pojedynczą jest wyłącznie przejawem określonej konwencji językowej budowy zdania i nie może być traktowane jako argument przemawiający za tym, że do wykazania się przez wykonawcę posiadaniem niezbędnego, wymaganego przez Zamawiającego, doświadczenia, nie można posłużyć się wykonaniem prac remontowych na więcej niż jednej drodze, o ile tylko prace te były realizowane – jak ma to miejsce w przypadku Umowy Remontowej – w ramach jednego zadania.

Również w ocenie Odwołującego odrzucenie jego oferty w wyniku wezwania z dnia 15 lipca 2021 r. było wadliwe, ponieważ:

1) po pierwsze dlatego, że wezwanie to było już drugim wezwaniem skierowanym przez

Zamawiającego w odniesieniu do tych samych okoliczności;

2) po drugie zaś z tej przyczyny, iż wezwanie to było niejasne.

Odwołujący podkreślił, że w doktrynie – w ślad za orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej – ugruntowany jest pogląd, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów (o którym mowa obecnie w art. 128 ust. 1 Pzp) skierowane być może przez Zamawiającego do wykonawcy jednokrotnie. Zamawiający nie może zatem wielokrotnie kierować do wykonawcy tego samego wezwania, przedstawiając za każdym razem inne uzasadnienie. Zdaniem Odwołującego, sprzeczne z powołanym wymogiem jest podejmowanie prób „unieważnienia” wezwania, która to instytucja jest Pzp nieznana, a jej stosowanie prowadziłoby w prostej mierze do obchodzenia wskazanego wyżej nakazu jednokrotności wezwania, wobec czego nie może być uznane za prawnie dopuszczalne.

Według Odwołującego także analiza treści wezwania z dnia 15 lipca 2021 r. jednoznacznie dowodzi, iż nie spełnia ono tych wymogów i to z szeregu względów: po pierwsze Zamawiający nie wyjaśnia w nim z jakich powodów uznaje, że przedstawione przez Odwołującego prace wynikające z Umowy Remontowej są niewystarczające do spełnienia wymogów opisanych w pkt V.1.2. lit. „c” pkt 1 SWZ. Po drugie, w ramach przedmiotowego wezwania Zamawiający posługuje się pojęciem „remontów częściowych” twierdząc, że nie spełniają one wymogów wynikających z SWZ. W tym kontekście należy jednak wskazać, że Zamawiający nie wyjaśnia w żadnej mierze ani tego czym są owe „remonty częściowe”, ani też tego, z jakich powodów uznaje, że prace realizowane przez ZBD na podstawie Umowy Remontowej były właśnie „remontami częściowymi”, mimo że Umowa Remontowa takim pojęciem się nie posługuje. Wreszcie, gdyby nawet uznać, że na podstawie Umowy Remontowej Odwołujący realizował właśnie „remonty częściowe”, to – dokonując wykładni SWZ zgodnie z zasadą *lege non distinguente* – skoro SWZ nie wykluczał wykazania się przez wykonawcę tym, że realizował on „remonty częściowe”, to również i one winny być uznawane za przejaw „remontów”, a więc prac, które spełniają wymóg wynikający z pkt V.1.2. lit. „c” pkt 1 SWZ. Po trzecie wreszcie, wezwanie zawarte w piśmie z dnia 15 lipca 2020 r. nie zawiera jakiegokolwiek uzasadnienia, nie wskazując Odwołującemu jaki był powód wątpliwości Zamawiającego.

Zamawiający oraz Przystępujący w złożonych pismach procesowych wnieśli o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes w wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stwierdzając, iż spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 525 ust. 1-3 Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, a także z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego w tym m.in. z treści załącznika nr 4 stanowiącego wykaz robót budowlanych złożonego w postępowaniu przez Odwołującego, treści wezwań z dnia 29 czerwca 2021r. oraz z dnia 15 lipca 2021r., a także z udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień. Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że stan faktyczny spraw nie jest sporny i został

przedstawiony przez strony adekwatnie do treści przywołanych powyżej dokumentów.

Izba ustaliła:

Zamawiający w piśmie z dnia poinformował Odwołującego, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp odrzuca jego ofertę, jako złożoną przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu powyższej czynności Zamawiający podał: „w rozdziale V ust. 1 pkt 2 lit. c SWZ wskazał, iż wymaga wykazania wykonania co najmniej jednej roboty polegającej na budowie/ przebudowie/ remoncie/ modernizacji drogi publicznej klasy Z lub wyższej o długości co najmniej analogicznej w stosunku do przedmiotu zamówienia, tj. 3000 mb, o powierzchni nie mniejszej niż 25 000m² i o wartości co najmniej 12 000 000,00 zł brutto. — tj. wykonania robót na tę kwotę przy budowie/ przebudowie/ remoncie/ modernizacji tylko i wyłącznie jednej drogi publicznej. Wyklucza to możliwość zsumowania remontów kilkuset dróg czego dokonał Wykonawca. W ramach umowy nr 272/5/2015 z dnia 17.03.2015r. nie istnieje droga publiczna o długości co najmniej 3000 mb, o powierzchni nie mniejszej niż 25 000m², dla której wykonano roboty polegające na budowie/ przebudowie/ remoncie/ modernizacji o wartości co najmniej 12 000 000,00 zł. brutto. Zamawiający wywiódł to z przechowywanych u niego faktur, wystawionych przez Wykonawcę, a więc znajdujących się także w jego posiadaniu.

Przyjmując nawet błędny tok rozumowania Wykonawcy, iż zapis w rozdziale V ust. 1 pkt 2 lit. c SWZ pozwala na sumowanie remontów więcej niż jednej drogi, to suma wszystkich remontów dróg publicznych o klasie Z lub wyższej, o długości co najmniej 3000 mb, o powierzchni nie mniejszej niż 25 000m² wykonywanych na podstawie umowy nr 272/5/2015 nie przekracza kwoty 12 000 000,00 zł brutto.

Należy również nadmienić, iż Zamawiający wymagał wykazania wykonania remontu drogi publicznej, a nie remontu cząstkowego, który swoim przedmiotem obejmuje nieporównywalnie mniejszy zakres prac od przedmiotu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie odpowiada zakresowi zamówienia.

Zamawiający wezwał Wykonawcę w dniu 15 lipca 2021 r. do złożenia uzupełnionego zał. nr 4 stanowiącego wykaz robót wraz z dołączeniem dowodów określających, czy roboty te zostały wykonane należycie.

Wykonawca w piśmie z dnia 19 lipca 2021 r. podniósł, iż wezwanie to było bezprawne, gdyż Zamawiający wzywał już go do uzupełnienia niniejszego braku w toku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wezwanie z dnia 29 czerwca 2021r. zostało unieważnione w dniu 15 lipca 2021 r. ponieważ Zamawiający dopatrywał się błędu z uzasadnieniu faktycznym wezwaniu. Zgodnie z przyjętym poglądem w doktrynie Zamawiający jest obowiązany unieważnić każdą dokonaną czynność jeżeli dokonanie określonej czynności jest obarczone wadą, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Dotyczy to również wezwań do złożenia dokumentów na podst. art. 128 ust. 1 jeśli Zamawiający dopatry się w nich błędu, naruszenia prawa bądź innej nieścisłości, która mogłaby sprawić, iż wybór Wykonawcy nastąpi z naruszeniem ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019r. poz.2019 z późn. zm.).

Za niniejszym poglądem przemawia również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 23 września 2010 r., sygn. KIO 1939/10 stwierdziła, iż Zamawiający ma każdorazowo prawo do samodzielnego podjęcia decyzji o potwierdzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie.

Zamawiający dokonałby złamania zasady jednokrotności wezwania Wykonawcy do złożenia danego dokumentu, gdyby nie dokonał unieważnienia wezwania z dnia 29 czerwca 2021r. w zakresie wezwania do złożenia uzupełnionego zał. nr 4 tj. wykazu robót. Taka czynność została dokonana i wezwanie z dnia 15 lipca 2021 r. jest w pełni skuteczne.

Odnosząc się do meritum pisma Wykonawcy z dnia 19 lipca 2021r. Wykonawca przytaczając skrócony opis przedmiot zamówienia stwierdza, iż dotyczy ono jedynie rozebraniu istniejącej bitumicznej nawierzchni jezdni, chodników z kostki brukowej betonowej i asfaltu lanego oraz rozebraniu krawężników i obrzeży i mechanicznym wykonaniu koryta pod warstwy konstrukcyjne.

Wykonawca pomija wymagane przez Zamawiającego prace przy przebudowie kanału deszczowego, budowie oświetlenia, oznakowaniu poziomym i pionowym, przebudowie sygnalizacji świetlnych, umocnieniu i zabezpieczeniu skarp, wykonania zieleńców.

Świadczy to albo o złej woli wykonawcy, który wyciąga w sposób wyrywkowy część opisu przedmiotu zamówienia by wykazać rzekome podobieństwo między charakterem prac wykonywanych przy bieżących naprawach nawierzchni drogowej albo o tym, iż nie zna całkowitego zakresu robót, którego dotyczy przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i które w rzeczywistości wymaga o wiele większego doświadczenia technicznego, który posiada Wykonawca.

Gdyby Zamawiający uznał jak twierdzi Wykonawca, iż bez znaczenia jest czy wymagane jest doświadczenie przy remontach jednego odcinka drogi czy też kilku, użyłby w SWZ określenia „dróg publicznych” zamiast „drogi publicznej”. Tymczasem zapisy w rozdziale V ust. 1 pkt 2 lit c SWZ są niezwykle precyzyjne i w sposób jasny wskazują jakiego charakteru zdobytego przez Wykonawcę doświadczenia wymaga Zamawiający, a którego Państwo nie posiadają.”

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej polegający na konieczności wykazania się przez wykonawców wykonaniem w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) w sposób należyty oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego oraz zasadami wiedzy technicznej i prawidłowo ukończył co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie/ przebudowie/ remoncie/ modernizacji drogi publicznej klasy Z lub wyższej o długości co najmniej analogicznej w stosunku do przedmiotu zamówienia, tj. 3000 mb, o powierzchni nie mniejszej niż 25 000m² i o wartości co najmniej 12 000 000,00 zł brutto (Rozdział V ust. 1 pkt 2 lit. c) SWZ).

Izba ustaliła także, że Odwołujący w wykazie robót budowlanych, stanowiącym załącznik nr 4 do SWZ podał robotę budowlaną pn. „Remonty jezdni i chodników o nawierzchni bitumicznej w granicach administracyjnych miasta Nowego Sącza w latach 2015, 2016, 2017” o wartości 22 198 646,51 zł realizowaną na rzecz obecnego Zamawiającego.

Ponadto Izba ustaliła, że jak wynika z dokumentacji postępowania, Zamawiający w dniu 15 lipca 2021r. wystosował do Odwołującego pismo o następującej treści: „W związku ze złożoną przez Państwa ofertą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa drogi powiatowej nr 1604K (ul. Nawojowska) w km od 0+000,00 do 3+255,47 w miejscowości Nowy Sącz, miasto Nowy Sącz” wzywam na podst. art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019r. (t. j. Dz. U. z 2019r. poz.2019 z późn. zm.) do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia, wymienionych w rozdziale VII SWZ ust. 3 i 4.

(...) Dostarczony przez Państwa wykaz robót, zgodnie z zał. nr 4 do SWZ, zawiera jedynie wykazaną robotę dot. „Remontu jezdni i chodników o nawierzchni bitumicznej w granicach miasta Nowego Sącza w latach 2015, 2016 i 2017”, wykonywanych dla Miejskiego Zarządu Dróg w Nowym Sączu.

Pierwotne wezwanie Zamawiającego z dnia 29 czerwca 2021r. do uzupełnienia braku w przedmiocie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie posiadało właściwej podstawy faktycznej.

Niezależnie od błędnych wyjaśnień Wykonawcy z dnia 2 lipca 2021r., który przyjmuje jako argument literalne brzmienie umowy nr 272/5/2015 z dnia 17.03.2015r., pomijając w swoich rozważaniach § 1 ust. 1 umowy w którym jest zawarty zwrot o pracach wykonywanych „w ramach bieżącego utrzymania”, Zamawiający jest zobowiązany do oceny przedmiotu umowy zgodnie z charakterem wykonywanych prac. Zakres prac, który był przedmiotem umowy dot. „Remontu jezdni i chodników o nawierzchni bitumicznej w granicach miasta Nowego Sącza w latach 2015, 2016 i 2017”, spełniał w rzeczywistości definicję „remontu” zawartą w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t. j. Dz. U. z 2021r., poz. 11 z późn. zm.), gdyż zgodnie z orzeczeniem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Bydgoszczy z dnia 21 czerwca 2016r. o sygn. II SA/Bd 478/16, fakt odtwarzania stanu pierwotnego przez wymianę określonego elementu stanowi element odróżniający remont od bieżącej konserwacji.

Wobec powyższego Zamawiający unieważnia wezwanie z dnia 29 czerwca 2021 r. w zakresie złożenia uzupełnionego wykazu robót zgodnie z zał. nr 4 do SWZ wraz z dołączeniem dowodów określających, czy roboty te zostały wykonane należycie.

Niezależnie od powyższego złożony przez Wykonawcę zał. nr 4 do SWZ nie zawiera wskazanej roboty, która pozwala wykazać, iż spełnienie Państwo warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej w dokumentacji dostarczonej do Zamawiającego w dniu 29.06.2021 r.

Zamawiający w rozdziale V ust. 1 pkt 2 lit. c SWZ wskazał, iż wymaga wykazania wykonania co najmniej jednej roboty polegającej na budowie/ przebudowie/ remoncie/ modernizacji drogi publicznej klasy Z lub wyższej o długości co najmniej analogicznej w stosunku do przedmiotu zamówienia, tj. 3000 mb, o powierzchni nie mniejszej niż 25 000m² i o wartości co najmniej 12 000 000,00 zł brutto. — tj. wykonania robót na tę kwotę przy budowie/ przebudowie/ remoncie/ modernizacji tylko i wyłącznie jednej drogi publicznej. Wyklucza to możliwość zsumowania remontów kilkuset dróg czego dokonał Wykonawca. W ramach umowy nr 272/5/2015 z dnia 17.03.2015r. nie istnieje droga publiczna o długości co najmniej 3000 mb, o powierzchni nie mniejszej niż 25 000m², dla której wykonano roboty polegające na budowie/ przebudowie/ remoncie/ modernizacji o wartości co najmniej 12 000 000,00 zł. brutto. Zamawiający wywodzi to z przechowywanych u niego faktur, wystawionych przez Wykonawcę, a więc znajdujących się także w jego posiadaniu.

Przyjmując nawet błędny tok rozumowania Wykonawcy, iż zapis w rozdziale V ust. 1 pkt 2 lit. c SWZ pozwala na sumowanie remontów więcej niż jednej drogi, to suma wszystkich remontów dróg publicznych o klasie Z lub wyższej, o długości co najmniej 3000 mb, o powierzchni nie mniejszej niż 25 000m² wykonywanych na podstawie umowy nr 272/5/2015 nie przekracza kwoty 12 000 000,00 zł brutto.

Należy również nadmienić, iż Zamawiający wymagał wykazania wykonania remontu drogi publicznej, a nie remontu częściowego, który swoim przedmiotem obejmuje nieporównywalnie mniejszy zakres prac od przedmiotu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie odpowiada zakresowi zamówienia.

Wobec powyższego wzywam Państwa do złożenia uzupełnionego zał. nr 4 stanowiącego wykaz robót wraz z dołączeniem dowodów określających, czy roboty te zostały wykonane należycie oraz dostarczenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, wymienionych w rozdziale VII SWZ dot. podmiotów trzecich, na których zasoby powołuje się Państwo w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu.”.

Odpowiadając na powyższe wezwanie w piśmie z dnia 19 lipca 2021r. Odwołujący wskazał, że: „skoro bowiem Zamawiający oczekuje wykazania przez wykonawcę posiadania przedmiotowych zdolności jasnym jest, iż w ocenie, czy wymóg ten jest (czy też nie jest) spełniony przez konkretny podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia należy brać pod uwagę właśnie to, czy określona robota – którą wykonał dany wykonawca – wymagała posiadania zdolności technicznych i zawodowych o charakterze i na poziomie analogicznym oraz adekwatnym do tych, które są niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia. Innymi słowy, skoro:

(i) przedmiotem zamówienia jest „realizacja robót budowlanych w zakresie przebudowy drogi powiatowej nr 1604K (ul. Nawojowska) w km od 0+000 do km 3+255,47 w miejscowości Nowy Sącz, miasto Nowy Sącz w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego, na odcinku od skrzyżowania z ulicami Grodzką i Rejtana będącymi drogami powiatowymi o nr 1597K i ulicą Jana Długosza będącą drogą gminną o nr 293076K. Przebudowa polegała będzie na rozebraniu istniejącej bitumicznej nawierzchni jezdni, chodników z kostki brukowej betonowej, z płyt betonowych i asfaltu lanego oraz rozebraniu krawężników i obrzeży i mechanicznym wykonaniu koryta pod warstwy konstrukcyjne”, a jednocześnie

(ii) wykonawca ma wykonać, że: „w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał w sposób należyty oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego oraz zasadami wiedzy technicznej i prawidłowo ukończył co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie/ przebudowie/ remoncie/ modernizacji drogi publicznej klasy Z lub wyższej o długości co najmniej analogicznej w stosunku do przedmiotu zamówienia, tj. 3000 mb, o powierzchni nie mniejszej niż 25 000m² i o wartości co najmniej 12 000 000,00 zł brutto” - jasnym jest, że wymogi w zakresie realizacji prac, o których mowa w ppkt (ii), winny być adekwatne do tych, które są niezbędne do zrealizowania robót objętych ppkt (i).

W powyższym kontekście należy zaznaczyć, że zakres zasobów materialno-technicznych (zdolności technicznych i zawodowych), jakie ZBD musiała (i nadal musi) spełnić by zrealizować przedmiot umowy nr 272/5/2015 z dnia 17.03.2015 r., zawartej pomiędzy ZBD a Miastem Nowy Sącz – Miejskim Zarządem Dróg („Umowa nr 272”) jest w pełni adekwatny do tego, jaki jest niezbędny do zrealizowania prac objętych SWZ, w tym postanowieniem rozdziału V ust. 1 pkt 2 lit. „c” SWZ. Jak bowiem wprost wynika z załącznika nr 11 do Umowy nr 272, przewidywane nią zakresy robót remontowych obejmowały dziesiątki tysięcy m² robót, a wynagrodzenie sięgało 17.300.000 zł, podczas gdy długość dróg klasy „Z”, na których prace te miały być wykonywane, przekraczała 29 km.

Co za tym idzie, zaplecze materialno-techniczne (zdolności techniczne i zawodowe), jakim musiał wykazać się wykonawca realizujący tego rodzaju roboty było zdecydowanie większe, niż to, które jest niezbędne do zrealizowania prac objętych zamówieniem, którego dotyczy obecny SWZ. W rezultacie, w świetle wynikającego z art. 16 pkt 3 PZP wymogu proporcjonalności – rozumianego m.in. jako przystawalność (adekwatność) wymaganego od wykonawcy doświadczenia i zaplecza (zdolności technicznych i zawodowych) do przedmiotu i zakresu zamówienia, które ma zrealizować – jasnym jest, że skoro ZBD, jako wykonawca, wykonała zamówienie wymagające posiadania doświadczenia i zaplecza materialno-technicznego większego niż to, które jest konieczne do wykonania prac objętych SWZ, nie sposób twierdzić, by roboty te nie były wystarczające do wykazania spełnienia wymogu wynikającego z rozdziału V ust. 1 pkt 2 lit. „c” SWZ.”.

Izba zważyła:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, która została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Podkreślić należy na wstępie, że Zamawiający, formując warunki udziału w postępowaniu, zobowiązany jest uczynić to w sposób jasny i precyzyjny, tak, aby wykonawcy weryfikujący, czy są w stanie spełnić warunki i złożyć ofertę w postępowaniu, nie mieli trudności z odczytaniem wymogów Zamawiającego, a także, aby na etapie badania i oceny ofert ograniczyć pole ewentualnych niejasności i nieporozumień. Następstwem ustalenia przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, jest konieczność wskazania jakie środki dowodowe, w postaci oświadczeń i dokumentów, należy złożyć w celu wykazania spełnienia określonego warunku. Niewykazanie natomiast przez wykonawcę posiadania rzeczowej zdolności, jest podstawą do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp.

W ocenie Izby postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej był sformułowany w sposób precyzyjny, jasny i niebudzący żadnych wątpliwości interpretacyjnych co do zakresu doświadczenia jakim muszą wykazać się wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, w tym posiadania doświadczenia przy wykonaniu co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie/ przebudowie/ remoncie/ modernizacji drogi publicznej klasy Z lub wyższej o długości co najmniej analogicznej w stosunku do przedmiotu zamówienia, tj. 3000 mb, o powierzchni nie mniejszej niż 25 000m² i o wartości co najmniej 12 000 000,00 zł brutto. Zamawiający również w sposób niebudzący wątpliwości sformułował wymagania co do sposobu wykazania posiadania takiego doświadczenia.

W ocenie składu orzekającego nie sposób zaakceptować stanowiska Odwołującego, że Zamawiający pomimo użycia liczby pojedynczej „roboty budowlanej” dopuścił tak naprawdę możliwość powoływania się przez wykonawcę na kilka lub nawet kilkadziesiąt robót budowlanych polegających na remontach, jeżeli ich łączna wartość, długości oraz powierzchnia spełni postawione w warunku wymagania i roboty te były wykonywane w ramach jednego zadania. Podkreślić należy, że Zamawiający wprost i w sposób wyraźny wskazał na konieczność wykazania się doświadczeniem zdobytym przy realizacji „co najmniej jednej roboty budowlanej”, a nie przy „robotach budowlanych” polegających na budowie/przebudowie/remoncie/ modernizacji drogi publicznej o określonych w warunku parametrach. Skoro Zamawiający użył i wprost wskazał na „jedną” taką robotę to przyjęcie stanowiska Odwołującego prowadziłoby do absurdu powodującego konieczność przyjęcia, że pomimo, użycia przez Zamawiającego liczebnika „jeden” oraz liczby pojedynczej „roboty budowlanej”, wykonawca mógł - jak twierdzi Odwołujący – i tak wykazać się niezliczoną ilością robót budowlanych, jeżeli tylko były realizowane w ramach jednej umowy i łącznie spełniały określone parametry. Jeszcze raz należy podkreślić, że z treści warunku udziału w postępowaniu w sposób niebudzący żadnych wątpliwości interpretacyjnych wynikało, że roboty budowlane miały polegać na „remoncie” a nie na „remontach” dróg, które w sumie obejmowałyby długość 3000 mb. Warto zauważyć, że Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 6 stycznia 2000r. o sygn. II KZ 124/99 stwierdził, iż „Język polski odróżnia liczbę pojedynczą i mnogą i jeżeli używa się w tekście ustawy określenia w tej pierwszej, (...) to trudno zgodzić się z twierdzeniem, że użycie liczby mnogiej jest zbędne i nie zachodziła potrzeba posłużenia się tą formą językową”. Powyższe potwierdza, że Zamawiający formułując warunek udziału w postępowaniu poprzez użycie zwrotu „jedna robota polegająca na budowie/przebudowie/remoncie/ modernizacji drogi publicznej”, dopuścił tylko i wyłącznie posłużenie się na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu tylko jedną robotą, która spełnia łącznie wszystkie wymagane przez Zamawiającego parametry, a uznanie, iż sformułowanie to obejmuje również liczbę mnogą, jest całkowicie chybione. W ocenie Izby, stanowisko Odwołującego całkowicie wypaczałoby sens postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający oczekiwał bowiem aby wykonawcy zdobyli kompletne doświadczenie przy danego rodzaju robocie budowlanej a nie przy szeregu licznych robót, czasem o niewielkim zakresie wykonywanych prac.

W konsekwencji przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, że skoro Zamawiający wymagał, aby w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych wykonawcy wykazali się doświadczeniem przy wykonaniu co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie/ przebudowie/ remoncie/ modernizacji drogi publicznej klasy Z lub wyższej o długości co najmniej analogicznej w stosunku do przedmiotu zamówienia, tj. 3000 mb, o powierzchni nie mniejszej niż 25 000m² i o wartości co najmniej 12 000 000 zł brutto, to wykazanie się przez Odwołującego doświadczeniem nabytym przy realizacji szeregu prac remontowych na więcej niż jednej drodze słusznie zostało potraktowane przez Zamawiającego jako niespełnienie warunku udziału w postępowaniu, co stanowiło podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp.

Izba w związku z tym oddaliła wnioski dowodowe złożone przez Odwołującego w postaci faktur, książki obmiarów czy rozliczeń remontów, stwierdzając, że powyższe dowody nie mogą stanowić potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem dotyczą kilkudziesięciu robót budowlanych/ remontów dróg publicznych, które jak wskazał Odwołujący, łącznie spełniłyby opisane powyżej parametry.

Odnosząc się do argumentu Odwołującego, że posiada on znacznie szersze doświadczenie niż oczekuje tego Zamawiający to wskazać należy, że zgodnie z treścią SWZ, w niniejszym postępowaniu wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu miał wskazać jedną robotę budowlaną o określonych parametrach, a jak wynika z ustalonego stanu faktycznego takiej roboty Odwołujący Zamawiającemu nie wskazał.

Izba za niezasadny uznała również zarzut dotyczący naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp, poprzez dwukrotne wezwanie Odwołującego do udzielenia wyjaśnień co do tej samej okoliczności. Zauważyć należy, że w wyniku czynności dokonanej w dniu 15 lipca 2021r. Zamawiający unieważnił czynność wezwania z dnia 29 czerwca 2021r., wskazując motywy tej decyzji. Izba w składzie orzekającym w pełni podziela stanowisko prezentowane w wyroku Izby z dnia 24 lipca 2019r., sygn. akt KIO 1312/19, gdzie Izba stwierdziła, że Zamawiający jest uprawniony do korygowania wadliwych czynności w postępowaniu, niezależnie od przyczyn leżących u podstaw takiego działania. Unieważnienie więc wezwania z dnia 29 czerwca 2021r. spowodowało, że jest ono traktowane jak niebyłe i nie wywołujące skutków prawnych, a więc nie można przyjąć, że Zamawiający dwukrotnie dokonał wezwania wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp.

Przewodniczący:.....