Sygn. akt: KIO 2433/21

WYROK

z dnia 1 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie 29 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 sierpnia 2021 roku przez Strabag Infrastruktura Południe spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Powiat Bolesławiecki z siedzibą w Bolesławcu,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutów wskazanych w pkt I.2. dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 litera b) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1, 2, 3 ustawy Pzp oraz pkt I.4. dotyczącego naruszenia art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp wobec ich wycofania przez Odwołującego.

2. Oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), 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 2433/21

UZASADNIENIE

Powiat Bolesławiecki z siedzibą w Bolesławcu (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Budowę dróg dojazdowych do obozowisk Trzebień Mały oraz Pstrąże wraz z budową dwóch mostów na rzece Bóbr i skrzyżowań z DW 297.", Numer postępowania: WIZ.272.1.5.2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23 kwietnia 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 079-199217.

Postępowanie to prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia z dnia 11 września 2019 r., tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129) - dalej: „ustawa Pzp".

W postępowaniu tym wykonawca Strabag Infrastruktura Południe spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący") 16 sierpnia 2021 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w od:

1) wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia N.-

Mosty Sp. z o.o. Lider Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „LARIX" Sp. z o.o.

(dalej: Konsorcjum „N.-Mosty") mimo, że oferta ta powinna zostać odrzucona w

związku z faktem, że złożona została przez wykonawcę, który nie spełnił warunków udziału w Postępowaniu w zakresie posiadania potencjału kadrowego wymaganego

w SWZ oraz podlegał wykluczeniu z Postępowania,

2) zaniechania odrzucenia ofert i wykluczenia z postępowania także wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia RUBAU Polska Sp. z o.o. i Construcciones RUBAU S.A. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal Kielce S.A. i Sudeckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. mimo, że oferty zostały złożone przez wykonawców, którzy nie spełnili warunków udziału w postępowaniu oraz podlegali wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) i b) PZP w zw. z art. 16 ust. 1, 2 i 3 PZP poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty N. - Mosty, pomimo, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie posiadania kandydata do pełnienia funkcji Kierownika Budowy zgodnie z wymogami SWZ, a co za tym idzie jego oferta powinna zostać odrzucona,

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) PZP w zw. z art. 16 ust. 1, 2 i 3 PZP poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia ofert także

a) Konsorcjum firm: RUBAU Polska Sp. z o.o. i Construcciones RUBAU S.A.

b) Konsorcjum firm: Mostostal Kielce S.A. i Sudeckie Przedsiębiorstwo Robót

Drogowych Sp. z o.o.,

mimo, że wykonawcy ci nie wykazali spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie posiadania kandydata do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, w związku z czym ich oferty podlegały odrzuceniu,

3) ewentualnie z ostrożności prawnej zarzucam naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy PZP wyjaśniania treści oferty przez N.-Mosty lub li art. 128 ust. 4 ustawy PZP poprzez brak jego zastosowania i zaniechanie zażądania wyjaśnień od wykonawcy N.-Mosty dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w Postępowaniu w zakresie braku wykazania doświadczenia Kierownika Budowy I. D. na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu odpowiednio do literalnego brzmienia punktu 11.7. podpunkt 4) b) tiret trzeci SWZ, tj. posiadania przez ww. osobę doświadczenia zawodowego obejmującego sprawowanie funkcji kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (definicja wykonania zadania: protokół odbioru lub równoważny dokument), przy realizacji co najmniej 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie drogi PUBLICZNEJ (odpowiadającej

przedmiotowi zamówienia) klasy G o długości min. 5 km.

4) alternatywnie przepisu art. 240 ust. 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 16 ust. 1 PZP poprzez niejednoznaczny opis pozacenowych kryteriów oceny ofert i pozostawienie sobie (Zamawiającemu) nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty z pominięciem oceny braku posiadania doświadczenia zawodowego w realizacji robót przez wskazanych przez w ofertach kandydatów z pkt 1 i 2 w pozacenowym kryterium drogi klasy G o długości min. 5 km, pomimo, że został jednoznacznie opisany.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Konsorcjum firm N.-Mosty Sp. z o.o. (Lider) i Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „LARIX" Sp. z o.o. (Partner) jako najkorzystniejszej,

2) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert:

a) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia N.-Mosty Sp. z o.o.

— Lider i Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „LARIX" Sp. z o.o.

b) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia RUBAU Polska Sp. z o.o. i Construcciones RUBAU S.A..

c) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal Kielce

S.A. i Sudeckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o.,
oraz wykluczenie ww. wykonawców z postępowania wobec braku wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu,

3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i badania ofert

4) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty

Odwołującego na podstawie oceny warunków udziału w Postępowaniu zgodnie z treścią opracowanego przez Zamawiającego SWZ,

5) ewentualnie o unieważnienie postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący wyjaśnił, że na skutek uchybień Zamawiającego, które stanowią przedmiot niniejszego odwołania, oferta Odwołującego uplasowała się na 4 miejscu w rankingu oceny ofert. Odwołujący wskazuje, że gdyby Zamawiający działał w sposób zgodny z przepisami ustawy PZP oraz dokonał oceny spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w sposób, który ustanowił w SWZ, który nie budził żadnych wątpliwości Odwołującego, to wówczas winien odrzucić oferty wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wymaganego personelu (kadry) na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, a oferta Odwołującego uznana zostałaby za najkorzystniejszą ofertę spośród ofert złożonych i nie podlegających odrzuceniu.

W ocenie Odwołującego czynności i zaniechania Zamawiającego objęte niniejszym odwołaniem nie tylko naruszają powołane na wstępie przepisy Pzp, ale także ograniczają konkurencyjność i szeroko rozumiany dostęp do zamówienia, zwłaszcza przez uniemożliwienie Odwołującemu realizacji zamówienia i uznanie, niezgodnie z zasadami oceny spełnienia warunków udziału opracowanymi przez samego Zamawiającego w SWZ, że wskazani w odwołaniu oferenci/wykonawcy wykazali spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, w sytuacji gdy treść złożonych ofert nie potwierdza ich spełnienia.

Odwołujący wskazał, że w punkcie II.7. podpunkt 4) b) tiret trzeci SWZ, na podstawie art. 116 ustawy PZP, Zamawiający określił warunki udziału w Postępowaniu dotyczące zdolności zawodowej Wykonawcy, który obowiązany jest dysponować osobą przewidzianą do pełnienia funkcji KIEROWNIKA BUDOWY, posiadającą:
— uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w

specjalności inżynieryjnej drogowej, doświadczenie zawodowe obejmujące sprawowanie funkcji kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (definicja wykonania zadania: protokół odbioru lub równoważny dokument), przy realizacji co najmniej 1 zadania polegających na budowie lub przebudowie drogi PUBLICZNEJ (odpowiadającej przedmiotowi zamówienia) klasy G o długości min. 5 km.

Dodatkowo w punkcie 111.4 SWZ Zamawiający określił kryteria oceny ofert, w tym: cenę - 60% oraz kryteria poza cenowe - 40%.

Na kryteria pozacenowe składały się następujące podkryteria:

a) Podkryterium nr 1 — doświadczenie projektanta specjalności drogowej — 10% - max 10 pkt.

b) Podkryterium nr 2 — doświadczenie projektanta specjalności mostowej — 10% - max 10 pkt.

c) Podkryterium nr 3 — doświadczenie Kierownika Budowy — 10% - max 10 pkt.

d) Kryterium 3 — przedłużenie okresu gwarancji — 10% - max 10 pkt.

Odwołujący wskazał, że w ramach podkryterium personelu wykonawcy w zakresie dotyczącym Kierownika Budowy Zamawiający sformułował następujące wymagania:

- w przypadku gdy Wykonawca wykaże, że osoba wskazana na stanowisko Kierownika budowy posiada doświadczenie zawodowe obejmujące sprawowanie funkcji kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (definicja wykonania zadania: protokół odbioru lub równoważny dokument), przy realizacji jednego zadania polegającego o na budowie lub przebudowie drogi PUBLICZNEJ (odpowiadającej przedmiotowi zamówienia) o klasie G, o długości min 5 km — otrzyma 0 pkt (warunek i pozacenowe kryterium),

- w przypadku gdy Wykonawca wykaże, że osoba wskazana na stanowisko Kierownika budowy posiada doświadczenie zawodowe obejmujące sprawowanie funkcji kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (definicja wykonania zadania: protokół odbioru lub równoważny dokument), przy realizacji więcej niż jednego zadania polegającego na budowie lub przebudowie drogi PUBLICZNEJ (odpowiadającej przedmiotowi zamówienia) o klasie G, o długości min. 5 km — otrzyma za każde dodatkowe zadanie spełniające warunki opisane powyżej- 2 pkt.

Wykonawca maksymalnie może otrzymać łącznie 10 pkt. W celu otrzymania 10 pkt, Wykonawca powinien wskazać, iż osoba wskazana na stanowisko Kierownika budowy posiada doświadczenie zawodowe w kierowaniu łącznie 6 zadaniami polewającymi na budowie lub przebudowie drogi PUBLICZNEJ (odpowiadającej przedmiotowi zamówienia) o klasie G, o długości min. 5 km każda.

1 zadanie = 0 pkt;

5 dodatkowych zadań (5 x 2 pkt) = 10 pkt;".

W zakresie spełnienia wymogów w części zdolności zawodowej personelu do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, warunkujących możliwość przystąpienia do niniejszego Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, opisanych w SWZ 11.7. podpunkt 4) b) tiret trzeci, a także ewentualnego pozyskania dodatkowych punktów w ramach podkryterium pozacenowym nr 3 oceny ofert, wykonawcy, zostały nieprawidłowo ocenione i winny zostać odrzucone, a wykonawcy wykluczeni z Postepowania zgodnie z żądaniami odwołania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) ustawy PZP. I tak Odwołujący wskazuje, że wykonawcy powołali się na następujące doświadczenie :

A. Konsorcjum N.-Mosty (Oferta tego wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą):

Doświadczenie osoby wyznaczonej na stanowisko Kierownika Budowy - I. D., posiadający

uprawnienia budowlane nr MAP/0070/OWOD/04 z dnia 04 czerwca 2004r. do kierowania

robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej

Doświadczenie ww. osoby wyznaczonej na stanowisko Kierownika Budowy wykonawca wskazał na podstawie zadań:

- 4 zadania dotyczące budowy/przebudowy drogi klasy GP, oraz

• 2 zadania dotyczące budowy drogi klasy A:

1. Budowa drogi ekspresowej S-7 Kraków — Rabka Zdrój na odcinku Lubień — Naprawa. droga klasy GP Długość budowanej drogi 7,6 km;

2. Rozbudowa drogi krajowej nr 8 do parametrów drogi ekspresowej na odcinku Wyszków - granica województwa podlaskiego, odcinek la — Wyszków węzeł Poręba z węzłem S8. droga klasy GP. Długość przebudowanej drogi 13,1 km;

3. Budowa Autostrady A4 węzeł Szarów — węzeł Brzesko A4. droga klasy A Długość

budowanej drogi 22,4 km;

4. Budowa Autostrady A4 węzeł Wielicka — węzeł Szarów A4. droga klasy A Długość

budowanej drogi 24,1 km;

5. Budowa drogi ekspresowej SI Bielsko Biała - Skoczów — Cieszyn. Dokończenie

budowy obwodnica Skoczowa 5,5 km — przebudowa jednojezdniowej drogi na

dwujezdniową drogę ekspresową Klasy GP;

6. Wzmocnienie nawierzchni Drogi Krajowej nr 4 odcinek Kraków — Targowisko. droga klasy GP Długość przebudowanej drogi 24 km;

B. Konsorcjum Rubau:

Doświadczenie osoby wyznaczonej na stanowisko Kierownika Budowy wskazano na podstawie zadań:

• 1 zadanie dotyczące przebudowy drogi klasy GP,

• 3 zadania dotyczące budowy/ rozbudowy/przebudowy drogi klasy S,
• 2 zadania dotyczące budowy drogi klasy A:

1. . Rozbudowa Drogi Krajowej nr 8 do parametrów drogi ekspresowej S-8 na odcinku od granicy woj. mazowieckiego do obwodnicy Zambrowa. droga klasy S Długość budowanej drogi 14,91 km;

2. Budowa drogi SI Pyrzowice — Podwarpie (III etap z wyłączeniem odcinka I w.

„Pyrzowice" — w. „Lotnisko") droga klasy S . Długość budowanej drogi 9,7 km;

3. Budowa Autostrady A-1 Stryków — węzeł Tuszyn na odcinku od km 295+850 (od

węzła Stryków I bez węzła) do km 334+937,65. droga klasy A Długość budowanej drogi 40 km;

4. Budowa Autostrady A4 węzeł Szarów — węzeł Brzesko km na sekcji od km 461 +998 — 467+518. droga klasy A Długość budowanej drogi 6 km;

5. Przebudowa drogi krajowej nr 7 Kraków — Chyżne na odcinku Kraków - Myślenice. Droga klasy GP Długość przebudowanej drogi 29,9 km

6. Przebudowa drogi krajowej nr 7 Kraków — Chyżne na drogę ekspresową nr 7 na odcinku Myślenice — Pcim. droga klasy S Długość przebudowanej drogi 12 km;

C. Konsorcjum Mostostal Kielce:

Doświadczenie osoby wyznaczonej na stanowisko Kierownika Budowy — K. J. — (Podmiot udostępniający Zasoby — firma ROAD-TECH).

Doświadczenie osoby wyznaczonej na stanowisko Kierownika Budowy wskazano na podstawie zadań:

• 5 zadań dotyczących budowy/przebudowy drogi klasy S,

• 1 zadanie dotyczące budowy drogi klasy A:

1 Przebudowa drogi krajowej nr 7 do parametrów drogi ekspresowej Grójec Białobrzegi. droga klasy S Długość przebudowanej drogi 17,834 km;

2 Budowa Obwodnicy Mińska Mazowieckiego na parametrach autostrady w ciągu drogi krajowej nr 2 na odcinku Choszczówka — węzeł Ryczołek od km 520+400 do km 541 +249 droga klasy A . Długość budowanej drogi 20,85 km;

3 Przebudowa drogi krajowej nr 16 na odcinku Barczewo — Kromerowo — Biskupiec w

km 170+634 do km 180+353. droga klasy S Długość przebudowanej drogi 9,719 km; 4. Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-3 Nowa Sól — Legnica (A4), odcinek

węzeł Gaworzyce do węzła Kaźmierzów. droga klasy S Długość budowanej drogi 16,4 km;

5. Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej nr S-3 Nowa Sól — Legnica (A4) Odcinek — węzeł Gaworzyce do Nowa Sól Południe (16,397 km). droga klasy S Długość

budowanej drogi 16,397 km;

6. Projekt i budowa drogi ekspresowej nr S-5 na odcinku Nowe Marzy — Bydgoszcz na

odcinku nr 1 od węzła Nowe Marzy (bez węzła) do węzła Dworzysko (z węzłem) o długości ok. 23,3 km. Droga klasy S Długość budowanej drogi 23,3 km

Odwołujący podnosi, że na podstawie przedłożonych oświadczeń i dowodów - ofert, złożonych przez w/w wykonawców w toku badania ofert przez Zamawiającego, oferty ww. wykonawców powinny zostać odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a lub b ustawy PZP, ze względu na brak spełnienia wymogu posiadania zdolności personalnych dla funkcji Kierownika Budowy. Należy podkreślić, że wskazany przez Zamawiającego warunek możliwości przystąpienia do postępowania przez Oferentów w zakresie dysponowania osobą z doświadczeniem Kierownika Budowy został określony jednoznacznie, w sposób nie budzący wątpliwości, a posiadać miał doświadczenie w realizacji zadania polegającego na budowie lub przebudowie drogi PUBLICZNEJ (odpowiadającej przedmiotowi zamówienia) o klasie G, o długości min 5 km na stanowisku Kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru.

W powyższym zakresie żaden z trzech oferentów, nie wykazał spełnienia jednoznacznego wymogu posiadania tego doświadczenia dla wypełnienia ww. wymogu Kierownika Budowy z doświadczeniem w budowie lub przebudowie drogi PUBLICZNEJ (odpowiadającej przedmiotowi zamówienia) o klasie G, o długości min 5 km. Wskazywane przez ww. oferentów w ofertach kandydatury nie odpowiadają wymogowi posiadania doświadczenia w budowie drogi klasy G. Skoro warunek ten nie był kwestionowany przez żadnego z ww. wykonawców oraz nie budził żadnych wątpliwości, to Zamawiający nie mógł odstąpić dokonania oceny z uwzględnieniem nie budzącej żadnych wątpliwości treści tego wymogu i wykazania posiadania przez Kierownika Budowy doświadczenia w budowie drogi klasy innej niż G.

Tymczasem Zamawiający w toku Postepowania w odniesieniu do ww. wykonawców zaniechał zastosowania oceny spełniania posiadania personelu z wymaganym doświadczeniem w budowie drogi klasy G i uznał odmiennie i wbrew treści temu co sam opisał w SWZ, że ww. wykonawcy wykazali spełnienie warunków udziału w Postępowaniu.

Dodatkowo, zgodnie z SWZ, pkt 111.4, ww. doświadczenie Kierownika budowy w realizacji drogi klasy G, za każde następne zadanie (aż do maksymalnie 5 dodatkowych zadań), związane było z budową lub przebudową drogi PUBLICZNEJ (odpowiadającej przedmiotowi zamówienia) o klasie G, o długości min 5 km, i uprawniało do uzyskania dodatkowej punktacji oferty.

Odwołujący wskazuje, że według złożonych oświadczeń — ofert w/w oferenci nie tylko nie spełniają kryterium dodatkowych punktów, lecz nie wykazali wymaganej przez Zamawiającego w SWZ zdolności personalnej. Żaden z w/w oferentów w części dotyczącej personelu — Kierownika Budowy, nie wykazał żadnego doświadczenia osoby proponowanej na stanowisko Kierownika Budowy na zadaniu dotyczącym budowy lub przebudowy drogi klasy G długości 5 km. Każdy z w/w oferentów wykazał się wyłącznie doświadczeniem na inwestycjach obejmujących odmienne klasy dróg, niż wprost i literalnie wymagana klasa drogi G w SWZ, przez Zamawiającego, a zatem oferty wykonawców - konsorcjów:

Konsorcjum firm: N.-Mosty
Konsorcjum firm: RUBAU
Konsorcjum firm: Mostostal Kielce

powinny zostać odrzucone, a wykonawcy wykluczeni, jako że nie wykazali spełnienia jednoznacznie wyartykułowanych w SWZ wymagań Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że wymóg dysponowania przez osobę wyznaczoną na Kierownika Budowy doświadczenia z realizacji wyspecyfikowanej klasy G drogi, był proporcjonalny, przejrzysty i adekwatny i nie budził wątpliwości, gdyż odpowiada charakterowi realizacji przedmiotu zamówienia pod względem technicznym i warunków realizacyjnych dla zaprojektowania i realizacji dróg dojazdowych w klasie G (drogi powiatowe) do obozowisk w Trzebieniu Małym i Pstrążu. Z ostrożności prawnej, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że ww. zarzut jest zbyt daleko idący na tym etapie postępowania odwoławczego, co do zaistnienia przesłanek odrzucenia oferty i wykluczenia ww. wykonawcy N.-Mosty lub/i pozostałych wykonawców, Odwołujący podnosi wobec Zamawiającego zarzut naruszenia przepisu art. 223 ust. 1 ustawy PZP lub/i art. 128 ust. 4 ustawy PZP w zakresie braku żądania wyjaśnień dotyczących braku wykazania w ofercie/ofertach wymaganego na stanowisko Kierownika Budowy doświadczenia w zakresie opisanego w SWZ warunku tj. doświadczenia w budowie drogi klasy G o długości min. 5 km. Konstrukcja przyznawania dodatkowych punktów za każde dodatkowe doświadczenie osoby delegowanego kandydata referowała także do drogi klasy G (drogi powiatowe).

Z ww. przyczyn Zamawiający, opisując i określając warunki udziału w Postępowaniu w zakresie posiadania Kierownika Budowy z doświadczeniem w budowie lub przebudowie drogi klasy G o długości min. 5 km, winien odpowiednio do treści przepisu art. 16 ustawy PZP dokonywać oceny treści złożonych przez oferentów/wykonawców ofert i wykazania spełnienia tego warunku udziału w Postępowaniu w zakresie tak literalnie skonstruowanego wymogu SWZ.

Odwołujący wskazał, że w związku z faktem, że Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu protokołu postępowania (pomimo złożenia wniosku) dot. oferty zwycięskiej, Odwołujący alternatywnie zarzuca naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, w zakresie sposobu prowadzenia Postępowania przez Zamawiającego tj. m.in. poprzez zaniechanie wezwania wybranego wykonawcy N.-Mosty do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty, w zakresie braku wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, tak jak opisał i uczynił to Zamawiający w SWZ. Odwołujący wskazał na pogląd prezentowany w orzecznictwie KIO, które zachowują aktualność także w obecnie obowiązującym stanie prawnym, zgodnie z którym wezwanie takie winno być obligatoryjne.

Odwołujący wskazał, że różnice pomiędzy rodzajem, zakresem i warunkami wykonywania budowy/ przebudowy drogi powiatowej lub wojewódzkiej klasy G, w stosunku do realizacji wyższych klas dróg A, S, GP, wynikają wprost z Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie. Odwołujący wskazał, że normatywne zróżnicowanie klas dróg, a także zakres i charakter robót wynika z odmiennego przyporządkowania odpowiednich parametrów technicznych wynikających z jej/ich cech funkcjonalnych. Uwzględniając zgoła odmienny sposób realizacji inwestycji wynikający z parametrów technicznych dróg poszczególnych klas. m.in.: szerokości pasa drogowego, warunkującego organizację sposobu pracy; dostępności do drogi, tj. odległości i ilości zjazdów indywidualnych i publicznych; rodzaju i odległości występowania skrzyżowań jednopoziomowych z istniejącą infrastrukturą; usytuowania dodatkowych dróg obsługujących, ścieżek i chodników, oraz na podstawie jednoznacznego opisanego wymogu doświadczenia personelu określonego w pkt 11.7 podpunkt 4) c) SWZ, Odwołujący wskazał na nieadekwatne do ww. zrozumiałego wymogu, nie potwierdzające spełniania stawianych warunków doświadczenie Kierownika Budowy w w/w ofercie zwycięskiej Nowak-Mosty, jak i

pozostałych oferentów/wykonawców. Zatem w ocenie Odwołującego nie budzi wątpliwości fakt, że zdolność personelu z wymaganym doświadczeniem w realizacji budowy lub przebudowy drogi klasy G o długości min. 5 km, tak jak wskazał to wprost w nie budzącej wątpliwości Odwołującego treści SWZ, nie zostały wykazane i nie zostały potwierdzone w

ofertach przez:

Konsorcjum N.-Mosty
Konsorcjum RUBAU
Konsorcjum Mostostal Kielce

Zdaniem Odwołującego, skoro doświadczenie KIEROWNIKA BUDOWY wymagane w

SWZ, to rzecz faktu, a nie prawa — to wskazane w ofertach doświadczenie Kierownika Budowy tych oferentów nie odpowiada treści wymogu warunku SWZ zamówienia w zakresie przedmiotowego Postępowania. Treść warunku i wymóg doświadczenia dla Odwołującego nie budziła wątpliwości. Odwołujący podkreślił, że jako jedyny z pośród wykonawców złożył ofertę i wykazał spełnienie ww. warunku, również odpowiednio do wymogów art. 116 ust. 1 ustawy PZP. Pozostałe oferty powinny być odrzucone przez Zamawiającego, a wykonawcy wykluczeni ze względu na brak wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu.

Odwołujący podniósł, w ślad za ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby

Odwoławczej, że: „postępowanie o udzielnie 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.(.. .)" 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 odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SW/Z, a w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego, które to sobie sam Zamawiający zdefiniował w dokumentacji postępowania. Każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu chce wygrać zamówienie, chce zawrzeć kontrakt ale nie jest to wystarczającym uzasadnieniem dla sanowania błędów w ofercie jednego wykonawcy kosztem możliwości uzyskania zamówienia przez innego wykonawcę, bowiem naruszenie zasad (w tym art. 7 ust. 1 ustawy) określonych w ustawie zawsze należy odnosić do wszystkich podmiotów będących uczestnikami postępowania, bowiem wszystkich zasady te obowiązują. (.. .)" Odwołujący wskazał, że Zmawiający nie zdecydował się na stosowanie procedury z art. 139 ust. 1 Pzp w przedmiotowym Postępowaniu. Na potwierdzenia spełnienia warunku udziału Zamawiający wskazał, w pkt 11.10 pkt 10 IDW WYKAZU OSÓB. Skoro, co wykazano, oferta wykonawcy N.-Mosty nie potwierdzała spełnienia warunku udziału winna zostać odrzucona, a wykonawca wykluczony z udziału w Postepowaniu. O ile Zamawiający zaniechał jej odrzucenia i wykluczenia ww. Wykonawcy, to przed podjęciem takiej decyzji winien zażądać wyjaśnień, czego także nie uczynił.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z przepisem art. 57 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy (1) nie podlegają wykluczeniu i (2) spełniają warunki udziału w Postępowaniu. Warunki te zostały określone jednoznacznie przez Zamawiającego w SWZ. W ocenie Odwołującego zarzuty odwołania mają uzasadnienie w stanie faktycznym niniejszej sprawy, a ich uwzględnienie (w części lub w całości) ma uzasadnienie w art. 554 ust 1 pkt 1 ustawy PZP. Na podstawie art. 573 ustawy PZP Odwołujący wnosi także o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 nowej ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia i ma interes w jego uzyskaniu.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze

uczestnika postępowania zgłosiła N. - Mosty spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej. Izba ustaliła, że podmiot ten nie jest wykonawcą w tym postępowaniu. Z dokumentacji postępowania wynika, co zostało również potwierdzone przez Strony postępowania jak i pełnomocnika podmiotu zgłaszającego przystąpienie, że w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertę złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia N. - Mosty spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (lider) oraz Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowym „LARIX" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublińcu. Z tych względów zgłoszenie przystąpienia nie mogło zostać uznane za skuteczne.

Izba wzięła pod uwagę stanowiska pisemne Stron zawarte w złożonych przez Zamawiającego odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym Odwołującego złożonym na posiedzeniu z udziałem Stron.

W tym miejscu izba wskazuje, że wobec wycofania przez Odwołującego zarzutów odwołania wskazanych w pkt I.2. oraz I.4. petitum odwołania, Izba postanowiła umorzyć w tym zakresie postepowanie odwoławcze.

W pozostałym zakresie, podtrzymanym przez Odwołującego, odwołanie zostało rozpoznane.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Stan faktyczny nie jest sporny, został przez Odwołującego adekwatnie przedstawiony w treści odwołania i z tego powodu Izba nie widzi konieczności jego ponownego przytaczania.

Odwołanie podlegało oddaleniu z następujących powodów.

Spór dotyczył sposobu rozumienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, zgodnie z treścią którego wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia mieli wykazać, że dysponują lub będą dysponować osobami, które wykonawca skieruje do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności: „- minimum 1 osobą, która będzie pełniła funkcję KIEROWNIKA BUDOWY - przedstawiciela Wykonawcy, posiadającą

• uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej drogowej,
• doświadczenie zawodowe obejmujące sprawowanie funkcji kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (definicja wykonania zadania: protokół odbioru lub równoważny dokument), przy realizacji co najmniej 1 zadania polegających na budowie lub przebudowie drogi PUBLICZNEJ (odpowiadającej przedmiotowi zamówienia) klasy G o długości min. 5 km.”

Istota sporu dotyczyła sposobu rozumienia użytego w opisie ww. warunku określenia „klasy G”, które według Zamawiającego należy rozumieć w ten sposób, że jest to wymóg minimalny, czyli wykonawca mógł również na ww. stanowisko przedstawić osobę posiadającą doświadczenia w budowie lub przebudowie drogi publicznej klasy wyższej niż G, tj. np. GP, S lub A. Natomiast Odwołujący prezentował stanowisko, zgodnie z którym warunek ten jest opisany w sposób jasny i Odwołujący nie miał wątpliwości, że Zamawiającemu chodziło o doświadczenie zdobyte przy budowie lub przebudowie drogi publicznej tylko klasy G.

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie z następujących powodów. Po pierwsze, samo określenie „klasy G” nie przesądza w ocenie Izby, że należy przedstawić doświadczenie w budowie lub przebudowie drogi publicznej wyłącznie w tej klasie. Sporny fragment brzmi „klasy G”, nie zaś „tylko klasy G” albo „wyłącznie klasy G”. Można więc przyjąć, że Zamawiający co najmniej nie sprecyzował, że wymagał doświadczenia w budowie lub przebudowie drogi tylko klasy G. Po drugie, należy pamiętać, że celem i istotą warunku udziału w postępowaniu jest wyznaczenie minimalnego poziomu wymagań wobec wykonawcy, który musi być przez niego spełniony aby uznać, że wykonawca taki daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Gdyby więc zastosować podejście prezentowane przez Odwołującego należało by uznać, że osoba wskazana na stanowisko kierownika budowy posiadająca doświadczenie w budowie lub przebudowie drogi klasy GP, S, czy A, tj. dróg o wyższych klasach wobec drogi klasy G nie ma wystarczającego doświadczenia, aby brać udział w budowie lub przebudowie drogi klasy G.

Innymi słowy, efektem przyjęcia interpretacji zaprezentowanej przez Odwołującego byłaby konieczność uznania, że kierownik budowy mający doświadczenie w budowie lub przebudowie drogi klasy GP, S lub A nie ma jednocześnie wystarczającego doświadczenia aby brać udział w budowie lub przebudowie drogi klasy G, co jest w ocenie Izby wnioskiem absurdalnym. Izba wskazuje w tym miejscu, że choć w pierwszej kolejności stosować należy wykładnię literalną, to należy od niej odstąpić w sytuacji, gdy wynikające z jej zastosowania wnioski prowadzą do absurdu. Ponadto jak już wcześniej zostało wskazane, zdaniem Izby sam fakt użycia zwrotu „klasy G” nie przesądza jeszcze o tym, że można to rozumieć jako „wyłącznie/tylko klasy G”.

Dodatkowo wskazać należy, że jak wynika z rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie z dnia 2 marca 1999 r. tj. z dnia 23 grudnia 2015 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 124), pod pojęciem „klasa drogi” rozumie się „przyporządkowanie drodze odpowiednich parametrów technicznych, wynikających z jej cech funkcjonalnych”. Różnice sprowadzają się więc zasadniczo, co przyznał również w trakcie rozprawy sam Odwołujący, do różnic o charakterze technicznym, tj. im wyższa klasa drogi tym ma ona wyższe parametry, większą dopuszczalną prędkość, czy szerszy pas jezdni. Każda z dróg łączy się również z innymi drogami i inną infrastrukturą stąd też argument Odwołującego jakoby budowa drogi klasy G cechowała się większym stopniem skomplikowania niż budowa drogi wyższej klasy, z uwagi na miejsce budowy (np. w mieście) nie przekonał Izby.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 w związku z § 2 ust. 2 pkt 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: .....