Sygn. akt KIO 1701/22

WYROK

z dnia 20 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Członkowie: Irmina Pawlik

Piotr Kozłowski

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2022 r. przez wykonawcę Himmel i Papesch Opole Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu, przy udziale wykonawcy - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BANIMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Będzinie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1701/22 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1) Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 1 petitum odwołania i nakazuje Zamawiającemu - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu:

   a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

   b) dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

2) Oddala zarzut zawarty w punkcie 2 petitum odwołania.

3) Kosztami postępowania odwoławczego obciąża w całości Zamawiającego - Generalną

Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu i:

a) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę Himmel i Papesch Opole Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu tytułem wpisu od odwołania,

b) zasądza od Zamawiającego - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu na rzecz Odwołującego - wykonawcy Himmel i Papesch Opole Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika procesowego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych 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: .....

Członkowie: .....

Sygn. akt KIO 1701/22

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu, zwana dalej „Zamawiającym”,

działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „rozbudowę drogi krajowej nr 40 w m. Głuchołazy”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 marca 2022 r., Nr 2022/S 060-153812.

W dniu 27 czerwca 2022 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca Himmel i Papesch Opole Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

1) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BANIMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Będzinie (zwanego dalej jako „wykonawca BANIMEX”),

2) zaniechania wezwania wykonawcy BANIMEX do poprawienia Wykazu Osób w zakresie informacji dotyczących doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

a) art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy BANIMEX, która to oferta nie powinna otrzymać maksymalnej punktacji, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości,

b) art. 128 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy BANIMEX do poprawienia Wykazu Osób w zakresie informacji dotyczących doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy.

W konsekwencji powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienia odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

3) wezwanie wykonawcy BANIMEX do poprawienia Wykazu Osób w zakresie informacji dotyczących doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy,

4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Następnie w piśmie z dnia 17 lipca 2022 r. Odwołujący doprecyzował, że wnosi także o nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownego przeliczenia punktów przyznanych wykonawcy BANIMEX w ramach pozacenowych kryteriów oceny oferty najkorzystniejszej z tytułu doświadczenia osoby na stanowisko kierownika budowy.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP Odwołujący wskazał, że w świetle treści art. 239 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, natomiast w przedmiotowym postępowaniu - stosownie do rozdziału 21.1. Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ") - „Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosować będzie następujące kryteria oceny ofert:

- Cena (C) - 60 %,
- Doświadczenie osoby na stanowisko kierownika budowy (D) - 20 %,
- Wydłużenie okresu gwarancji (L) - 20 % (...)".

Ponadto Odwołujący zauważył, że Zamawiający w jednym z pozacenowych kryterium oceny ofert przewidzianym w rozdziale 21.1.2. SWZ opisał, że ocena w kryterium D („Doświadczenie osoby na stanowisko kierownika budowy" z wagą 20%) będzie odbywać się w oparciu o przekazany wraz z ofertą Formularz 2.3. pod nazwą: „Kryteria pozacenowe" - „Informacje dotyczące doświadczenia osoby na stanowisko kierownika budowy", w którym wykonawca wskaże osobę do pełnienia funkcji kierownika budowy posiadającą doświadczenie w realizacji zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub remont (z wyłączeniem remontów

cząstkowych) dróg lub ulic klasy min. G i kategorii ruchu min. KR4 o długości min. 0,9 km od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku kierownika budowy. Jako wykonanie zadania należy rozumieć wystawienie co najmniej świadectwa przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub podpisanie protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się świadectwa przejęcia). Liczba punktów w ramach kryterium D - „Doświadczenie osoby na stanowisko kierownika budowy" zostanie przyznana w następujący sposób:

- doświadczenie w realizacji 1 zadania - 0 pkt,

- doświadczenie w realizacji 2 zadań - 50 pkt,

- doświadczenie w realizacji 3 zadań - 100 pkt.

Odwołujący dodał też, że Zamawiający w odpowiedzi na pytania do rozdziału 8.2.4. pkt 2 lit. a) oraz rozdziału 21.1.2. SWZ wyjaśnił, że - w odniesieniu do doświadczenia osoby na stanowisko kierownika budowy - „Pod pojęciem rozpoczęcia robót rozumie się wpis w dzienniku budowy o przejęciu obowiązków kierownika budowy lub zgłoszenie rozpoczęcia robót do WINB, pod pojęciem wykonania zadania rozumie się datę podpisania protokołu odbioru końcowego lub świadectwa przejęcia robót (dla kontraktów FIDIC) lub innego równoważnego dokumentu".

Odwołujący wskazał również, że pojęcie „rozpoczęcia budowy" posiada swoją legalną definicję

w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz. U. z dnia 20 grudnia 2021 r., poz. 2351, ze zm.), o czym świadczą wyróżnione fragmenty przepisów tej ustawy:

- art. 41 ust. 1 ustawy - Rozpoczęcie budowy następuje z chwilą podjęcia prac przygotowawczych na terenie budowy,

- art. 41 ust. 4 ustawy - Inwestor jest obowiązany zawiadomić organ nadzoru budowlanego oraz projektanta sprawującego nadzór nad zgodnością realizacji budowy z projektem o zamierzonym terminie rozpoczęcia robót budowlanych (...),

- art. 41 ust. 4a ustawy - Do zawiadomienia organu nadzoru budowlanego o zamierzonym terminie rozpoczęcia robót budowlanych inwestor dołącza: 1) informację wskazującą imiona i nazwiska osób, które będą sprawować funkcję: a) kierownika budowy - w przypadku robót budowlanych wymagających ustanowienia kierownika budowy (...),

- art. 45 ust. 7 ustawy - Przed rozpoczęciem robót budowlanych należy dokonać w dzienniku budowy wpisu osób, które pełnią funkcje kierownika budowy i inspektora nadzoru inwestorskiego. Osoby te są obowiązane potwierdzić podpisem przyjęcie powierzonych im funkcji.

Przechodząc do meritum uzasadnienia pierwszego zarzutu odwołania Odwołujący wskazał, że doświadczenie kierownika budowy wytypowanego przez wykonawcę BANIMEX - p. D. T. nabyte podczas realizacji jednej z inwestycji (o nazwie „Budowa węzła drogowego na skrzyżowaniu drogi krajowej nr 47 z drogą wojewódzką nr 961 w Poroninie") z całą pewnością nie obejmowało okresu od rozpoczęcia robót do wykonania zadania, albowiem inwestycja drogowa w Poroninie rozpoczęła się w dniu 10 października 2016 r., natomiast p. D. T. przejął obowiązki kierownika budowy dopiero w dniu 17 stycznia 2018 r.

Dodatkowo Odwołujący zauważył, że wykonawca BANIMEX stara się forsować rozszerzającą interpretację wyjaśnień SWZ, która prowadzi do absurdalnych wniosków, iż rozpoczęcie robót na trwającej już od ponad półtora roku inwestycji może nastąpić niespełna pół roku przed jej zakończeniem, natomiast przepisy ustawy Prawo budowlane oraz aktów wykonawczych do tej ustawy odróżniają objęcie funkcji kierownika budowy (art. 45 ust. 7 ustawy) od zmiany na tym stanowisku, która następuje już w trakcie trwania budowy, albowiem zgodnie z regulacją § 6 ust. 4 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 26 czerwca 2002 r. w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia (Dz. U. z dnia 22 maja 2018 r., poz. 963, ze zm.): Jeżeli w trakcie wykonywania robót budowlanych następuje zmiana kierownika budowy,

kierownika robót, inspektora nadzoru inwestorskiego lub projektanta sprawującego nadzór autorski, w dzienniku budowy dokonuje się wpisu określającego stan zaawansowania i zabezpieczenia przekazywanej budowy, rozbiórki lub montażu. Wpis ten potwierdza się datą i podpisami osoby przekazującej i przejmującej obowiązki.

Zdaniem Odwołującego nie ulega wątpliwości, że objęcie funkcji kierownika budowy w trakcie realizacji robót - jako trzecia z kolei zmiana na tym stanowisku - nie można utożsamiać z pełnieniem funkcji kierownika budowy od początku robót i przy uwzględnieniu przywołanych przepisów ustawy Prawo budowlane takiego wniosku nie można też logicznie wyprowadzić z udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień SWZ.

Poza tym Odwołujący uważa, że wykonawca BANIMEX już przed złożeniem oferty powziął wątpliwości odnośnie sytuacji p. D. T. oraz tego, czy zakres jego doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy odpowiada wymaganiom Zamawiającego, oraz w związku z tym mógł zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ w tym zakresie.

Dla Odwołującego bezspornym dowodem na niewłaściwość argumentacji wykonawcy BANIMEX odnośnie rzekomego pełnienia przez p. D. T. funkcji kierownika budowy dla inwestycji w Poroninie od rozpoczęcia robót aż do jej zakończenia jest jego wpis z dnia 17 stycznia 2018 r. znajdujący się na str. 14 Dziennika Budowy nr 7 o następującej treści: „Z dniem dzisiejszym przejmuję obowiązki kierownika budowy. Stan budowy zgodnie z wpisami w dzienniku budowy. Obiekt WK 3 - uzyskano pozwolenie na użytkowanie i jest eksploatowany". Z powyższego wynika, że według wykonawcy BANIMEX rozpoczęcie budowy może nastąpić nie tylko w jej zaawansowanym stadium, ale nawet po jej częściowym zakończeniu i przekazaniu obiektu do użytkowania i eksploatacji.

W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał oceny punktowej oferty wykonawcy BANIMEX z rażącym naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy PZP, albowiem brak było jakichkolwiek podstaw aby uznać, że oferta wykonawcy BANIMEX powinna uzyskać maksymalną liczbę punktów w kryterium „D". Wykonawca BANIMEX zdołał wykazać doświadczenie p. D. T. w pełnieniu funkcji kierownika budowy „od rozpoczęcia robót do wykonania zadania" jedynie dla dwóch inwestycji: w Nowym Sączu oraz w Oświęcimiu i Bobrku. W związku z tym dokonując prawidłowej oceny oferty wykonawcy BANIMEX, zgodnie z kryteriami oceny ofert opisanymi w SWZ, Zamawiający powinien był przyznać jedynie 50 pkt w kryterium „D" (o wadze 20 %), a łączna punktacja oferty wykonawcy BANIMEX powinna wynosić 90 pkt, a nie 100 pkt.

Podsumowując uzasadnienie tego zarzutu Odwołujący podkreślił, że dokonanie nieprawidłowej oceny oferty wykonawcy BANIMEX przez Zamawiającego stanowiło zastosowanie kryterium oceny oferty nieujawnionego ani w SWZ, ani w Ogłoszeniu o zamówieniu. Doprowadziło to do nieuzasadnionego faworyzowania wykonawcy BANIMEX względem wszystkich pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Według Odwołującego skoro Zamawiający za miarodajne uznaje jedynie „doświadczenie w realizacji zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub remont (z wyłączeniem remontów cząstkowych) dróg lub ulic klasy min. G i kategorii ruchu min. KR4 o długości min. 0,9 km od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku kierownika budowy", to nie powinien był uznawać doświadczenia p. D. T., który na trzeciej ze wskazanych inwestycji (w Poroninie) z całą pewnością nie był na stanowisku kierownika budowy od rozpoczęcia robót.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy PZP Odwołujący podał, że w odniesieniu do zawartego w przedłożonym przez wykonawcę BANIMEX Wykazie Osób opisu doświadczenia p. D. T. w zakresie inwestycji w Poroninie zmaterializowała się przesłanka określona w art. 128 ust. 1 ustawy PZP, albowiem przedłożony Wykaz Osób zawiera błędy w opisie okresu pełnienia funkcji kierownika budowy przez p. D. T., natomiast dokonanie w dniu 17 stycznia 2018 r. wpisu w dzienniku budowy nie może być utożsamiane z rozpoczęciem robót (tym bardziej, iż niektóre roboty zostały już do tego czasu zakończone i uzyskano już na nie pozwolenie na użytkowanie).

Zdaniem Odwołującego Zamawiający z niejasnych powodów nie wezwał wykonawcy BANIMEX do poprawienia złożonego Wykazu Osób, zachowując przy tym w obrocie prawnym dokument zawierający ewidentnie błędne informacje. Art. 128 ust. 1 ustawy PZP zawiera dyspozycję „zamawiający wzywa", która jest obligatoryjna i nie pozwala na żadną uznaniowość w działaniu, w związku z czym mamy do czynienia z zaniechaniem Zamawiającego. Tego rodzaju działanie Zamawiającego stanowi również przejaw nierównego traktowania wykonawców oraz braku zapewnienia uczciwej konkurencji między wykonawcami. Skoro Zamawiający postawił w SWZ określone wymogi względem osób mających pełnić funkcję kierownika budowy, to powinien ich skrupulatnie przestrzegać w trakcie badania i oceny ofert.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, w tym w szczególności postanowienia SWZ razem z załącznikami, oferty złożone przez Odwołującego i wykonawcę BANIMEX, pytania wykonawcy BANIMEX do SWZ i wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 12 kwietnia 2022 r. oraz pismo Zamawiającego z dnia 31 maja 2022 r. i odpowiedź wykonawcy BANIMEX z dnia 3 czerwca 2022 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron

oraz Uczestnika postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikająca z art. 528 ustawy PZP.

Izba stwierdziła też, że wypełnione zostały wskazane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz

możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów.

Izba stwierdziła również skuteczność zgłoszenia przystąpienia wykonawcy BANIMEX do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego, albowiem jego przystąpienie zostało zgłoszone w ustawowym terminie i w przewidzianej przez przepisy prawa formie.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią

odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia

w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła również stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony i Uczestnika

postępowania odwoławczego oraz uwzględniła stanowisko prezentowane przez Odwołującego

w dalszym piśmie z dnia 17 lipca 2022 r., stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie stanowiącym odpowiedź na odwołanie, które zostało złożone w dniu 11 lipca 2022 r.,

oraz stanowisko prezentowane przez Uczestnika postępowania odwoławczego w jego piśmie z dnia 15 lipca 2022 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z dokumentacji sprawy odwoławczej oraz dokumentów stanowiących załączniki do pism złożonych przez Strony oraz dokumentu złożonego przez Uczestnika postępowania odwoławczego na rozprawie, tj.:

- Skanu Dziennika budowy, rozbiórki, montażu Nr 1/2017 wydanego dnia 17 października 2017 r., część I,

- Skanu Dziennika budowy Nr 1/2016 wydanego dnia 24 maja 2016 r., oznaczonego jako „Drogi - Tom I",

- Skanów Dziennika budowy inwestycji w Poroninie z lat 2016-2017 (Nr od 1 do 13),

- Dyplomu o nazwie „Inżynier Roku - 2018" otrzymanego przez Pana mgr inż. D. T. od Śląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa za realizację Węzła drogowego w Poroninie.

Izba uznała wiarygodność i moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej oraz dokumentów złożonych przez Strony na rozprawie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

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

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „rozbudowę drogi krajowej nr 40 w m. Głuchołazy". Numer referencyjny zamówienia to O.OP.D-3.2411.01.2022.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 marca 2022 r., Nr 2022/S 060-153812.

W rozdziale 8.2.4. SWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do zdolności technicznej lub zawodowej, gdzie w pkt 2 lit. a) w odniesieniu do osób określił, że wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca, na funkcję kierownika budowy, wskaże osoby, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania:

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności drogowej bez ograniczeń lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów,

- doświadczenie zawodowe - co najmniej 5 lat od uzyskania uprawnień,

- doświadczenie przy realizacji co najmniej jednego zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub remont (z wyłączeniem remontów cząstkowych) dróg lub ulic o klasie min. G , kategorii ruchu min. KR4 i długości min. 0,9 km od rozpoczęcia robót do wykonania zadania, na stanowisku kierownika budowy.

W rozdziale 21.1. SWZ Zamawiający określił, że przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosować będzie następujące kryteria oceny ofert:

- Cena (C) - 60 %
- Doświadczenie osoby na stanowisku Kierownika Budowy (D) - 20 %
- Wydłużenie okresu gwarancji (L) - 20 %

Badaniu w kryteriach oceny ofert podlegać będą oferty niepodlegające odrzuceniu.

W podrozdziale 21.1.2. SWZ zostało uszczegółowione, że ocena w ramach kryterium „Doświadczenie osoby na stanowisko kierownika budowy" (D) o wadze 20% będzie odbywać się w oparciu o przekazany wraz z ofertą Formularz 2.3. pod nazwą: „Kryteria pozacenowe" - „Informacje dotyczące doświadczenia osoby na stanowisko kierownika budowy", w którym wykonawca wskaże osobę do pełnienia funkcji kierownika budowy posiadającą doświadczenie w realizacji zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub remont (z wyłączeniem remontów cząstkowych) dróg lub ulic klasy min. G i kategorii ruchu min. KR4 o długości min. 0,9 km od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisko kierownika budowy. Jako wykonanie zadania należy rozumieć wystawienie co najmniej świadectwa przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub podpisanie protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się świadectwa przejęcia).

Liczba punktów (D) w ramach kryterium „Doświadczenie osoby na stanowisko kierownika budowy" zostanie przyznana w następujący sposób:

- Doświadczenie osoby na stanowisko kierownika budowy: doświadczenie w realizacji 1 zadania - 0 pkt,
- Doświadczenie osoby na stanowisko kierownika budowy: doświadczenie w realizacji 2 zadań - 50 pkt
- Doświadczenie osoby na stanowisko kierownika budowy: doświadczenie w realizacji 3 zadań - 100 pkt.

W tym kryterium można uzyskać maksymalnie 100 pkt.

Dodatkowo Zamawiający zastrzegł, że:

1) Wykaz „Informacje dot. doświadczenia osoby na stanowisko kierownika budowy" (formularz 2.3.) do oceny w kryterium „Doświadczenie osoby na stanowisko kierownika budowy" składa się wraz z ofertą. Nie stanowi on podmiotowego środka dowodowego i nie podlega uzupełnieniu.

2) Maksymalna ilość zadań brana pod uwagę przy ocenie (punktowana) - 3.

3) W sytuacji nie złożenia wykazu, nie wskazania żadnego zadania spełniającego wymagania, nie wskazania imienia i nazwiska osoby oferta wykonawcy w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie osoby na stanowisko kierownika budowy" otrzyma 0 pkt.

Wykonawca BANIMEX skierował do Zamawiającego dwa pytania do treści SWZ dotyczące m. in. rozdziału 8.2.4. pkt 2 lit. a) SWZ oraz rozdziału 21.1.2. SWZ - w zakresie odnoszącym się do doświadczenia osoby na stanowisku kierownika budowy wykonawca ten wniósł o:

- doprecyzowanie co Zamawiający rozumie pod pojęciem rozpoczęcia robót

i wykonania zadania, tj. konkretnie data dokonania jakiej czynności lub wystąpienie jakiego zdarzenia w toku realizacji zadania polegającego na wykonaniu robót budowlanych będzie determinować moment rozpoczęcia robót i wykonania zadania - pytanie nr 3,

- doprecyzowanie i potwierdzenie, że pod pojęciem rozpoczęcia robót i wykonania

zadania Zamawiający rozumie odpowiednio wpis w dzienniku budowy o przejęciu

obowiązków kierownika budowy lub zgłoszenie rozpoczęcia robót do WINB (rozpoczęcie) oraz datę zakończenia robót wg protokołu odbioru końcowego lub świadectwa przejęcia robót (dla kontraktów FIDIC) lub innego równoważnego dokumentu (zakończenie) - pytanie nr 4.

W dniu 12 kwietnia 2022 r. Zamawiający na obydwa zadane przez wykonawcę BANIMEX pytania do SWZ udzielił odpowiedzi, że pod pojęciem rozpoczęcia robót rozumie się wpis w dzienniku budowy o przejęciu obowiązków kierownika budowy lub zgłoszenie rozpoczęcia robót do WINB, pod pojęciem wykonania zadania rozumie się datę podpisania protokołu odbioru końcowego lub świadectwa przejęcia robót (dla kontraktów FIDIC) lub innego równoważnego dokumentu.

W dniu 26 kwietnia 2022 r. wykonawca BANIMEX w celu potwierdzenia doświadczenia osoby wyznaczonej do realizacji przedmiotowego zamówienia załączył do swojej oferty wymagany przez Zamawiającego Formularz 2.3. (kryteria pozacenowe), w którym jako osobę kierownika budowy wyznaczył p. D. T., wskazując iż wykonywał on poniższe zadania (od rozpoczęcia robót do wykonania zadania) na stanowisku kierownika budowy:

1) Przebudowa układu komunikacyjnego ulic Krakowska, Legionów, Bulwar Narwiku w Nowym Sączu w ciągu dróg krajowych nr 75 i 28,

2) Obwodnica Oświęcimia od ronda ul. Chemików i ul. Fabrycznej w Oświęcimiu do DW nr 33 w m. Bobrek - opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót,

3) Budowa węzła drogowego na skrzyżowaniu drogi krajowej nr 47 z drogą wojewódzką nr 961 w Poroninie.

Pismem z dnia 31 maja 2022 r. Zamawiający w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP zwrócił się do wykonawcy BANIMEX o złożenie wyjaśnień na jakiej podstawie w ofercie złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Rozbudowa drogi krajowej nr 40 w m. Głuchołazy" podano, że p. D. T. pełnił funkcję kierownika budowy (od rozpoczęcia robót do wykonania zadania) na zadaniu „Budowa węzła drogowego na skrzyżowaniu drogi krajowej nr 47 z drogą wojewódzką nr 961 w Poroninie" w sytuacji, gdy z dziennika budowy wynika, że od dnia 24 maja 2016 r. kierownikiem budowy był mgr inż. P. O., a od dnia 28 października 2016 r. obowiązki te przejął p. G. R., natomiast p. D. T. był kierownikiem robót drogowych (od dnia 18 czerwca 2017 r. lub 18 sierpnia 2017 r. - nieczytelna data) i do dnia 20 czerwca 2018 r. dokonywał wpisuw dzienniku budowy jako kierownik robót. Dopiero od dnia 22 czerwca 2018 r. jego wpisy opatrzone są pieczęcią „KIEROWNIK BUDOWY".

W piśmie z dnia 3 czerwca 2022 r. wykonawca BANIMEX wskazał m. in. iż zgodnie z wpisami do dziennika budowy prowadzonego w związku z robotami budowlanymi pn.: „Budowa węzła drogowego na skrzyżowaniu drogi krajowej nr 47 z drogą wojewódzką nr 961 w Poroninie", Pan D. T. przejął obowiązki kierownika budowy dla całego zadania w dniu 17 stycznia 2018 r. i pełnił tą funkcję aż do wykonania zadania, tj. do daty podpisania protokołu odbioru końcowego z dnia 30 listopada 2018 r. Powyższe potwierdza szereg wpisów do dziennika budowy, m. in.: DB nr 2 z 2016 r. (str. 7), DB nr 3 z 2016 (str. 19); DB nr 4 z 2016 r. (str. 27); DB nr 5 z 2016 r. (str. 12); DB nr 6 z 2016 r. (str. 12); DB nr 7 z 2016 r. (str. 14); DB nr 8 z 2016 r. (str. 7); DB nr 9 z 2016 r. (str. 7); DB nr 10 z 2017 r. (str. 1); DB nr 11 z 2017 r. (str. 1); DB nr 12 z 2017 r. (str. 1), jak również treść poświadczenia z dnia 17 stycznia 2019 r. wystawionego dla przedmiotowego zadania - wymienione dokumenty wykonawca załączył do swojego pisma jako

dowody.

W dniu 15 czerwca 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej. Wykonawcy BANIMEX przyznano maksymalną liczbę punktów (100 pkt), w tym także w kryterium pozacenowym „Doświadczenie osoby na stanowisko kierownika budowy" i to jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Z kolei oferta Odwołującego została oceniona przez Zamawiającego jako druga w kolejności i przyznano jej łącznie 97,85 pkt.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Izba uznała odwołanie za uzasadnione w części, tj. w zakresie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 ustawy PZP Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów prawa, wobec tego zarzut ten został oddalony.

Zgodnie z regulacją art. 559 ust. 2 ustawy PZP uzasadnienie orzeczenia Izby zawiera wskazanie podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa.

Według art. 239 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Art. 16 ustawy PZP stanowi zaś, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,

2) przejrzysty.

Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie Zamawiający niewątpliwie dokonał oceny ofert niezgodnie z ustalonymi przez siebie kryteriami i niesłusznie przyznał wykonawcy BANIMEX maksymalną punktację w kryterium „Doświadczenie osoby na stanowisko kierownika budowy". W rozdziale 21.1.2. SWZ Zamawiający wyraźnie wymagał od wykonawców, że osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika budowy powinna posiadać odpowiednie doświadczenie w realizacji zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub remont (z wyłączeniem remontów cząstkowych) dróg lub ulic klasy min. G i kategorii ruchu min. KR4 o długości min. 0,9 km od rozpoczęcia robót do wykonania zadania. Ze zgromadzonej w sprawie odwoławczej dokumentacji, w tym zwłaszcza z wpisów w dziennikach budowy prowadzonych dla inwestycji drogowej w Poroninie wynika, że wytypowany przez wykonawcę BANIMEX jako osoba na stanowisko kierownika budowy (p. D. T.) - z racji pełnienia funkcji kierownika budowy na inwestycjach drogowych w Nowym Sączu oraz Oświęcimiu i Bobrku - posiadał wymagane przez Zamawiającego doświadczenie obejmujące cały okres od rozpoczęcia robót do wykonania zadania, natomiast w przypadku inwestycji drogowej w Poroninie pełnił on funkcję kierownika budowy przez okres mniejszy niż połowa czasu trwania tego zadania. Z wpisów w dzienniku budowy prowadzonego dla tej inwestycji drogowej w Poroninie wyraźnie wynika, że budowa rozpoczęła się w dniu 10 października 2016 r., zakończyła się w dniu 30 listopada 2018 r., natomiast wskazany przez wykonawcę BANIMEX p. D. T. objął funkcję kierownika budowy dopiero w dniu 17 stycznia 2018 r., czyli dopiero w momencie, kiedy prace budowlane na tej budowie znajdowały się już w zaawansowanym stadium.

W ocenie Izby w przypadku pojęcia „rozpoczęcie robót” może być mowa jedynie o jednym terminie rozpoczęcia robót, a nie kilku terminach rozpoczęcia robót związanych z każdorazowym przejęciem obowiązków kierownika budowy przez nową osobę posiadającą odpowiednie uprawnienia budowlane. Nie zasługuje zatem na aprobatę argumentacja prezentowana w pismach i na rozprawie przez Zamawiającego i Uczestnika postępowania odwoławczego zmierzająca do wykazania, że „rozpoczęcie robót” można również identyfikować z przejęciem obowiązków przez nowego kierownika budowy. Rację ma przy tym Odwołujący, że mówienie o kilku momentach „rozpoczęcia robót” jest nie tylko nielogiczne, ale nie znajduje też oparcia w przepisach ustawy Prawo budowlane oraz w zwykłej językowej wykładni tego pojęcia.

Dokonując wykładni postanowień SWZ nie można zatem abstrahować od zasad logiki, dyrektyw wykładni językowej, jak również przepisów prawa powszechnie obowiązującego, które znajdują zastosowanie w konkretnej dziedzinie życia gospodarczego. Zdaniem Izby również z wyjaśnień Zamawiającego udzielonych w odpowiedzi na pytania nr 3 i nr 4 zadane przez wykonawcę BANIMEX logicznie wynika, że Zamawiający - pisząc o wpisie w dzienniku budowy o przejęciu obowiązków kierownika budowy lub zgłoszeniu rozpoczęcia robót do WINB - ewidentnie wiąże pojęcie „rozpoczęcia robót” z początkową fazą robót budowlanych, a nie z dalszymi etapami robót budowlanych. Wskazać należy, że w praktyce budowlanej bardzo często zgłoszenie robót do właściwego inspektoratu nadzoru budowlanego i pierwszy wpis w dzienniku budowy o przejęciu obowiązków kierownika budowy następują tego samego dnia lub w odstępie jednego dnia. W tych okolicznościach Izba stwierdziła, iż argumentacja przeciwna prezentowana przez cały czas postępowania odwoławczego przez Zamawiającego i Uczestnika postępowania odwoławczego była sformułowana jedynie na potrzeby tego postępowania przed Izbą.

W tych okolicznościach zdaniem Izby Zamawiający dokonując oceny ofert niezgodnie z ustalonymi przez siebie kryteriami i przyznając niesłusznie wykonawcy BANIMEX maksymalną punktację w kryterium „Doświadczenie osoby na stanowisko kierownika budowy” jednocześnie naruszył podstawowe zasady ustawy PZP określone w art. 16 tej ustawy, tj. zasadę zachowania uczciwej konkurencji, zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę przejrzystości.

Mając powyższe na względzie Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP.

Izba uznała z kolei za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy PZP. Przepis ten stanowi, że 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.

W ocenie Izby na obecnym etapie postępowania nie ma podstaw do wzywania wykonawcy BANIMEX w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów dotyczących doświadczenia p. D. T. jako osoby pełniącej funkcję kierownika

budowy podczas innych inwestycji drogowych, albowiem ze zgromadzonego

w sprawie materiału dowodowego nie wynika, aby były one niekompletne lub zawierały błędy.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała zatem za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy PZP.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i art. 576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 5 w zw. z § 5 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). Izba przyjęła, że z uwagi na rodzaj zarzutów uwzględnionych przez Izbę i ich wagę dla rozstrzygnięcia odwołania Zamawiającego należy obciążyć w całości kosztami postępowania odwoławczego i zasądzić od niego na rzecz Odwołującego zwrot kwoty 23 600 zł 00 gr.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie: