

WYROK

z dnia 3 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2022 r. przez wykonawcę ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy N.-Mosty Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 3. petitum odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy N.-Mosty Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 8.6.2. lit. a lp. 4 tabeli specyfikacji warunków zamówienia.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w części % oraz Odwołującego w części 3/4 i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 27 234 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia siedem tysięcy dwieście trzydzieści cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictw;

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3 175 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sto siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonych przez Odwołującego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2391/22

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na budowę nowego przystanku Nowy Sącz Gorzków na linii kolejowej nr

96 w ramach „Rządowego programu budowy lub modernizacji przystanków kolejowych na lata 2021-2025” (znak postępowania: 0333/IZ19GM09185/02574/22/P).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej w dniu 20 maja 2022 r. pod numerem nr 2022/S 098-272143.

W dniu 12 września 2022 r. wykonawca ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 109 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp (zarzut nr 1) poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy N.-Mosty Sp. z o.o. z postępowania a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty N.-Mosty Sp. z o.o. mimo tego, iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdyż na ich podstawie Zamawiający uznał, iż wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu i wybrał ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą, gdyż wykonawca ten oświadczył w złożonym przez siebie wykazie robót budowlanych w pozycji nr 3 załącznika nr 8 do IDW, iż dokonał przebudowy obiektu drogowego - drogowej nawierzchni zatok autobusowych z betonu nawierzchniowego B45 zbrojonego, (załącznik nr 8 do IDW),

podczas gdy nie jest to prawdą: gdyż prace wykonane przez N.-Mosty sp. z o.o. nie mogą być uznane za przebudowę (ani również za budowę bądź remont), co w konsekwencji wprowadziło Zamawiającego w błąd w zakresie uznania, iż wykonawca ten spełnia ww. warunek udziału w postępowaniu, co jednocześnie świadczy o prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasady, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp, a więc zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

2. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut 1a) przez zaniechanie wezwania wykonawcy N.-Mosty

Sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego tj. wykazu robót budowlanych w pozycji nr 3 (załącznik nr 8 do IDW) w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w 8.6.1. lit. b) tomu I SWZ- IDW, co jednocześnie świadczy o prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego niezgodnie z zasadami,

o których mowa w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp;

3. art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp (zarzut nr 2) poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy N.-Mosty Sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci Załącznika nr 9 do IDW - Wykaz osób skierowanych do realizacji Zamówienia, w zakresie pozycji nr 4, tj. doświadczenia Pana J. W., pomimo faktu, iż z treści Wykazu osób skierowanych do realizacji Zamówienia wynika, iż Pan J. W. nie legitymuje się uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej telekomunikacyjnej, a co za tym idzie treść ww. Wykazu osób nie potwierdza, iż Nowak-Mosty sp. z o.o. spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.6.2 lit. a) punkt 4 tabeli tomu I SWZ- IDW, co jednocześnie świadczy o prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego niezgodnie z zasadami, o których mowa w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp;

4. art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp (zarzut nr 3) przez zaniechanie wezwania wykonawcy N.-Mosty sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci polisy OC mimo faktu, iż przedstawiona przez tegoż wykonawcę polisa OC nie pozwala na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa

w 8.6.3 lit b tomu I SWZ - IDW, co jednocześnie świadczy o prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego niezgodnie z zasadami, o których mowa w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości;
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności badania i oceny ofert;
3. przeprowadzenie ponownej oceny ofert, a w jej ramach wykluczenie wykonawcy N.-Mosty Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu a w dalszej konsekwencji odrzucenia oferty N.-Mosty (zarzut 1);

ewentualnie w braku zaistnienia przesłanek do wykluczenia:

a. dokonanie wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu robót budowlanych w pozycji nr 3 (załącznik nr 8 do IDW), w taki sposób, aby potwierdził on spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.6.1. lit. b) tomu I SWZ- IDW (zarzut 1a),

b. dokonanie wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy N.-Mosty sp.

z o.o. do uzupełnienia środka dowodowego w postaci wykazu osób skierowanych do realizacji Zamówienia w zakresie pozycji nr 4, tj. doświadczenia Pana J. W. (załącznik nr 9 do IDW), w taki sposób aby potwierdził on spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.6.2 lit. a) punkt 4 tabeli tomu I SWZ- IDW (zarzut 2),

c. dokonanie wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy N.-Mosty sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci ubezpieczenia OC w taki sposób, aby potwierdził on spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym

mowa w pkt 8.6.3 lit. b) tomu I SWZ - IDW (zarzut 3),

4. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania na fakty tam wskazane;

5. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm prawem przepisanych.

W zakresie zarzutu pierwszego Odwołujący przywołał brzmienie punktu 8.6.1 lit. b) SWZ, wykazu robót budowlanych złożonego przez N.-Mosty Sp. z o.o. poz. 3 oraz referencji.

Odwołujący wskazał, że w przetargu w Sosnowcu Spółka Eurovia Polska S.A. była generalnym wykonawcą, a N.-Mosty Sp. z o.o. zostały zlecone prace podwykonawcze. I to Eurovia Polska S.A. dokonała przebudowy obiektu drogowego, a N.-Mosty sp. z o.o. wykonała jedynie jeden z elementów obiektu (warstwę wierzchnią, ostatnią). Odwołujący przedstawił wycinek z dokumentacji Przetargu w Sosnowcu, na którym widać konstrukcję nawierzchni zatoki autobusowej (dokładniej przekrój ten pokazuje całość obiektu - zatoki autobusowej). Uzasadniał, że zatoka zatem (jako obiekt drogowy) składa się z szeregu warstw (nawierzchni, podsypki, podbudowy etc.). Warstwa wierzchnia (która mogła być albo z kostki kamiennej albo z betonu - akurat w powyższym przykładzie była kostka) stanowi jedynie jeden z elementów obiektu drogowego (zatoki autobusowej) - jej najwyższą warstwę. Aby móc mówić o doświadczeniu w przebudowie, czy też budowie obiektu drogowego (zatoki autobusowej), wykonawca winien wykonać wszystkie warstwy, a nie tylko jedną z nich. W innym przypadku ma jedynie doświadczenie w wykonaniu części obiektu, co nie jest zgodne z tym co było przedmiotem wymogu. Gdyby uznać, że do nabycia doświadczenia w wykonaniu danego obiektu pozwala wykonanie jedynie jednej z jego części - w ten sam sposób musielibyśmy uznać, że w sytuacji np. wymagania doświadczenia

w wykonaniu budynku, wykonawca, który wykonał jedynie fundamenty, albo - co bardziej odnosi się do niniejszej sprawy - postawił na nim dach - posiada wymagane doświadczenie odnośnie danego obiektu.

Zdaniem Odwołującego w sposób oczywisty zatem wykonawca nie może wykazać się spełnieniem warunku, a jego oświadczenie zawarte w wykazie robót (załącznik nr 8), gdzie wskazał, że dokonał on „przebudowy obiektu drogowego” nie polega na prawdzie. Podsumowując, aby można było mówić o posiadaniu wymaganego doświadczenia (oczekiwanego w postępowaniu), N.-Mosty Sp. z o.o. musiałaby wykonać wszystkie

konieczne warstwy a nie tylko najwyższą warstwę drogi (warstwę ściernalną) wraz z podsypką cementowo-piaskową.

W konsekwencji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, gdyż po pierwsze przedstawiono informacje wprowadzające w błąd (a więc informacje nieprawdziwe) - spółka N.-Mosty nie dokonała bowiem na tym zadaniu przebudowy obiektu drogowego w postaci wykonania drogowej nawierzchni zatok autobusowych - Spółka ta wykonała jedynie wierzchnią warstwę nawierzchni zatok autobusowych samego betonu klasy B45, co nie stanowi przebudowy obiektu budowlanego (a stanowi jedynie wykonanie jednej z warstw obiektu). Co więcej z całą pewnością, ww. nieprawdziwe informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku Postępowania - znów warunek ten jest spełniony - jak widać Zamawiający podjął decyzję o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy N.-Mosty Sp. z o.o. po otrzymaniu nieprawdziwego oświadczenia, które spowodowało, iż uznał, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu. Innymi słowy, skoro na podstawie nieprawdziwych informacji nastąpił wybór oferty tegoż wykonawcy jako najkorzystniejszej to z pewnością przesłanka, iż „nieprawdziwe informacje mogły mieć wpływ na decyzje” miała miejsce - Zamawiający wszak wręcz na podstawie tych informacji podjął stosowną decyzję. Po trzecie należy zauważyć, że wykonawca N.-Mosty Sp. z o.o. działa w tym zakresie przynajmniej lekkomyślnie lub niedbale - wszak sam te prace wykonywał, a więc gdyby działał z dochowaniem należytej staranności, nie złożyłby oświadczenia takiej treści. Powyższe przesłanki jednoznacznie wskazują, iż zasadnym jest wykluczenie wykonawcy N.-Mosty Sp. z o.o. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, a w dalszej konsekwencji odrzucenie oferty N.-Mosty Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit. a) ustawy Pzp. Dodatkowo zauważyć należy, iż opisane wyżej zaniechania wykluczenia a w konsekwencji i odrzucenia oferty wykonawcy N.-Mosty Sp. z o.o., dobitnie wskazuje, iż Zamawiający prowadził Postępowanie z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, co uzasadnia naruszenia art. 16 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że gdyby jednak Izba z jakiegokolwiek powodu uznała, że nie można mówić o konieczności zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, wnosząc o nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy N.-Mosty Sp. z o.o. w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu robót budowlanych w pozycji nr 3, w taki sposób, aby potwierdzał on spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.6.1. lit. b) tomu I SWZ-IDW. Uzasadnieniem powyższego są wyżej wskazane okoliczności potwierdzające, że N.-Mosty sp. z o.o. nie posiada w tym zakresie wymaganego doświadczenia.

W zakresie zarzutu drugiego Odwołujący przywołał brzmienie warunku udziału

w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 8.6.2. lit. a punkt 4 SWZ oraz oświadczenie Przystępującego złożone w załączniku nr 9 celem wykazania ww. warunku. Uzasadniał, że zakres uprawnień Pana J. W. obejmuje uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych wyłącznie w zakresie telekomunikacji przewodowej, bez uprawnień obejmujących telekomunikację bezprzewodową. Sformułowanie w SWZ w punkcie 8.6.2 lit. a) punkt 4 tabeli, iż Zamawiający wymaga, aby osoba wskazana na stanowisko kierownika robót telekomunikacyjnych posiadała uprawnienia „bez ograniczeń” wskazuje na konieczność posiadania przez osobę tą zarówno uprawnienia w zakresie telekomunikacji przewodowej jak i bezprzewodowej. Co również istotne, Zamawiający na stronie 16 SWZ wskazał, iż: „Przez ww. uprawnienia budowlane Zamawiający rozumie uprawnienia budowlane, o których mowa w ustawie z dnia 07 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t. j. Dz.U. z 2021 r. poz.2351) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa”. Zgodnie natomiast z treścią Ustawy prawo budowlane, art. 15a punkt 18 Uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną oraz telekomunikacji bezprzewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Nie ma zatem wątpliwości, iż w rozumieniu ustawy, a i tym samym w

rozumieniu Zamawiającego, koniecznym jest aby osoba wskazana na stanowisko kierownika robót telekomunikacyjnych posiadała uprawnienia zarówno w zakresie telekomunikacji przewodowej jak i bezprzewodowej. N.-Mosty Sp. z o.o. wskazała jedynie, że p. J. W. posiada uprawnienia w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji wyłącznie przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą. N.-Mosty Sp. z o.o. wskazała równocześnie, iż osoba ta posiada uprawnienia budowlane nadane w dniu 30 sierpnia 1996 r. W dacie tej obowiązywało rozporządzenie Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym (Dz.U. Nr 120, poz. 581), które w § 2 określało zakres uprawnień budowlanych w telekomunikacji: § 2 Uprawnienia budowlane w telekomunikacji są udzielane w specjalnościach instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń dla: 1) telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, 2) telekomunikacji radiowej. A zatem na czas udzielenia uprawnień budowlanych na mocy ww. rozporządzenia, p. J. W. mógł uzyskać uprawnienia budowlane w zakresie 1) telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą oraz 2) telekomunikacji radiowej. Pozyskanie przez niego uprawnień w obu powyższych zakresach prowadziłoby do uznania, że posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej telekomunikacyjnej. Jednakże tak się nie stało, osoba p. J. W. wskazana na stanowisko kierownika robót telekomunikacyjnych uzyskała uprawnienia budowlane nr 0127/96/U wyłącznie do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej. Brak tutaj jest mowy o specjalnościach instalacyjnych w zakresie telekomunikacji radiowej, czy też zgodnie z treścią aktualnie obowiązującej ustawy Prawo budowlane, w zakresie telekomunikacji bezprzewodowej. W takiej sytuacji Zamawiający obowiązany był na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do wezwania do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci Załącznika nr 9 do IDW - Wykaz osób skierowanych do realizacji Zamówienia, w zakresie pozycji nr 4, tj. doświadczenia Pana J. W., gdyż treść ww. Wykazu osób nie potwierdza, iż N.-Mosty sp. z o.o. spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.6.2 lit. a) punkt 4 tabeli tomu I SWZ- IDW.

Odwołujący na potwierdzenie ww. stanowiska przywołał wyrok KIO sygn. akt: 452/21 oraz KIO 2263/21.

W zakresie zarzutu trzeciego Odwołujący wskazał na brzmienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 8.6.3. lit. b SWZ, przedmiot zamówienia zawarty na str. 9 pkt 2 PFU pkt 3.7. PFU oraz treść polisy OC złożonej przez N.-Mosty Sp. z o.o. Wskazał, że polisa przedstawiona przez N.-Mosty sp. z o.o. ważna w okresie od 1.04.2022 r. do 31.03.2023 r. ma bardzo wąski zakres objęty ubezpieczeniem. Z polisy OC wykonawcy N.-Mosty sp. z o.o. jasno wynika, że przedmiotem ubezpieczenia objęto jedynie roboty budowlane związane ze wznoszeniem budynków mieszkalnych i niemieskalnych, roboty związane z budową dróg i autostrad, roboty związane z budową mostów i tuneli, jak i prace związane z rozbiórką i burzeniem obiektów budowlanych. W szczególności zatem ubezpieczeniem nie objęto m.in. prac projektowych, czy prac torowych, wykonania budowli, szeregu rodzaju prac elektroenergetycznych (związanych chociażby z zasilaniem trakcyjnym etc.) itd., a więc prac objętych zamówieniem. Dochodzimy zatem do tego, że przedstawione przez wykonawcę N.-Mosty sp. z o.o. ubezpieczenie OC nie pozwala na spełnienie warunku. Brak jest ubezpieczenia w zakresie jaki jest wymagany. Przedstawione OC w istocie nie odnosi się do prac, jakie mają być wykonane w ramach zamówienia. W takiej sytuacji powinnością Zamawiającego było wezwanie wykonawcy N.-Mosty sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego przez wezwanie go w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do przedstawienia podmiotowego środka dowodowego w postaci polisy OC (zgodnie z pkt 9.6.7 tomu I SWZ) aktualnego na dzień złożenia, który potwierdzałby, że już w dacie składania ofert wykonawca ten spełniał warunek udziału w postępowaniu.

Odwołujący uzasadniał, że postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu wykonawcy muszą spełniać przez cały czas trwania postępowania, a więc już od wyznaczonego przez Zamawiającego dnia składania ofert (tak np. wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2022 r., sygn. KIO 3753/21 oraz KIO z dnia 18 listopada 2021 r., sygn. KIO 322/21).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 września 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie zarzutu pierwszego Zamawiający podniósł w szczególności, iż wymagał realizacji roboty drogowej dotyczącej budowy, przebudowy lub remontu obiektu drogowego bez określenia szczegółowego zakresu robót w danym obiekcie. Zgodnie z zapisami Ustawy Prawo budowlane poprzez przebudowę należy rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego

obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego, natomiast poprzez remont należy rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym. Uzasadniał, że w obu przypadkach mamy do czynienia z faktem wykonania robót budowlanych w obiekcie drogowym, co nie stanowi wskazania, że prace mają dotyczyć każdej części i warstwy obiektu. Zważywszy na powyższe i przedstawione przez Wykonawcę firmę N.-Mosty Sp. z o.o. zapisy w pkt. 3 wykazu robót oraz referencje, Zamawiający nie miał podstawy uznać wskazanej roboty drogowej jako niespełniającej warunków udziału w postępowaniu. Tym bardziej, że Wykonawca jasno zaznaczył, że wykonał konkretny zakres robót drogowych, czego potwierdzeniem były załączone referencje. Zamawiający tym samym przyjął przedstawione podmiotowe środki dowodowe jako właściwe i zgodne z zapisami SWZ Tom I IDW.

W zakresie zarzutu drugiego Zamawiający wskazał, że w SWZ Tom I IDW pkt 9.6.4. — wykaz osób — zawarł wymóg przedstawienia wyłącznie informacji dot. kwalifikacji zawodowych oraz uprawnień. Wykonawca wskazał Pana J. W. jako osobę posiadającą adekwatne uprawnienia budowlane i potwierdził spełnienie wymagań IDW. Zważywszy, że uprawnienia budowlane pana J. W. zostały wydane w 1996 r., a Wykonawca nie miał w obowiązku przedstawienia materiałów w postaci decyzji o nadanych uprawnieniach

zawodowych, Zamawiający na podstawie wskazanych informacji w wykazie osób, uznał przedstawione uprawnienia jako właściwe i adekwatne do zakresu robót budowlanych w branży telekomunikacyjnej.

Odnosnie zarzutu trzeciego Zamawiający wskazał, że zarzut Odwołującego ZUE S.A. jest bezzasadny. Zamawiający zaprzeczył, że: przedstawione przez Wykonawcę N.-Mosty Sp. z o.o. ubezpieczenie OC nie pozwala na spełnienie warunku, brak jest ubezpieczenia w zakresie jaki jest wymagany, przedstawione OC w istocie nie odnosi się do prac, jakie mają być wykonane w ramach zamówienia. Zamawiający wskazał, że przedmiotowa polisa OC Wykonawcy N.-Mosty Sp. z o.o. w załączniku nr 1 do polisy zawierała klauzule dodatkowe ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności i posiadanego mienia tj. Klauzule OC projektanta.

Zamawiający podał nadto, że według postanowień SWZ Tom II warunki umowy, tj. § 36 ust. 1 określa zakres i warunki na których Wykonawca ubezpieczy na własny koszt i zapewni ciągłość ubezpieczenia (lub spowoduje taki stan) na wszelkie podane w warunkach umowy ryzyka tam wymienione (polisa do kontaktu -umowy). Zamawiający przywołał brzmienie § 36 ust. 2 - 7 umowy.

Zamawiający wskazał, że przedłożona do oferty Wykonawcy N.-Mosty Sp. z o.o. na etapie postępowania przetargowego polisa ubezpieczenia OC spełniała warunki przetargu, przedłożony środek dowodowy postaci Polisy OC wraz z załącznikiem nr 1 do polisy, aneksem oraz dowodem opłacenia składki ubezpieczeniowej, potwierdzał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.6.3 lit b tomu I SWZ - IDW.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę N.-Mosty Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej [dalej „Przystępujący” lub „N.-Mosty”] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu wraz ze zmianami, specyfikację warunków zamówienia wraz

z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Przystępującego wraz z uzupełnieniami oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępującego złożone ustnie i pisemnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 28 września 2022 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego, tj. wyciąg z dokumentacji technicznej dotyczącej inwestycji pn. „Modernizacja infrastruktury autobusowo-tramwajowej na terenie Sosnowca - Budowa i rozbudowa małych węzłów przesiadkowych i łączących je ścieżek rowerowych, budowa buspasów w ciągu ul. 3 maja pomiędzy małymi węzłami przesiadkowymi” oraz Przystępującego, tj.: wyciąg z dokumentacji projektowej dotyczącej inwestycji pn. „Modernizacja infrastruktury autobusowo-tramwajowej na terenie Sosnowca - Budowa i rozbudowa małych węzłów przesiadkowych i łączących je ścieżek rowerowych, budowa buspasów w ciągu ul. 3 maja pomiędzy małymi węzłami przesiadkowymi” i zlecenie Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich z dnia 10 kwietnia 2018 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 2 PFU, przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie oraz budowa nowego przystanku kolejowego z dwoma peronami jednokrawędziowymi w Nowym Sączu na linii nr 96 Tarnów - Leluchów w km ok. 86,000 - 86,200 wraz z wykonaniem odwodnienia, dojściem do peronów, przejściem podziemnym dostosowanym do warunków lokalnych oraz innymi niezbędnymi robotami w branżach towarzyszących, a także wymianą nawierzchni torowej i warstwy ochronnej podtorza wraz z budową odwodnienia torowiska.

Zamówienie obejmuje zaprojektowanie i wykonanie robót zakresu peronu i przejścia podziemnego, oraz robót towarzyszących w zakresie branży:

- Torowej
- Odwodnienia
- Drogi i przejazdu kolejowe
- Obiekty inżynieryjne
- Branży Obiektów obsługi podróżnych i małej architektury
- Sterowania ruchem kolejowym
- Sieci trakcyjnej
- Linii potrzeb nietrakcyjnych
- Elektroenergetyki do 1 kV
- Systemu telekomunikacji
- Branża geotechniczna
- Usunięcia kolizji z infrastrukturą.

Zgodnie z punktem 3.7. PFU, zakres robót budowlanych koniecznych do wykonania w podziale branżowym:

- 1) nawierzchnia kolejowa;
- 2) podtorze;
- 3) obiekty inżynieryjne;
- 4) budowle i obiekty obsługi podróżnych;
- 5) urządzenia sterowania ruchem kolejowym;

- 6) telekomunikacja;
- 7) elektroenergetyka trakcyjna;
- 8) elektroenergetyka nietrakcyjna;
- 9) kolizje z sieciami zewnętrznymi;
- 10) inne roboty, wg. potrzeb (np. usunięcie drzew i krzewów, rozbiórki, chodniki, wygradzenia, ogrodzenia itp.).

Zgodnie z punktem 8.6.1. SWZ, w zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.4 IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał o łącznej wartości minimum 12 000 000,00 PLN (słownie: dwanaście

milionów złotych 00/100):

a) co najmniej 2 (dwie) roboty polegające na budowie lub przebudowie (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) kolejowych obiektów budowlanych. Wśród wskazanych musi znaleźć się co najmniej:

- 1 (jeden) obiekt obsługi podróżnych - peron wraz z infrastrukturą towarzyszącą (na przykład: dojście, branża: energetyczna, sanitarna, srk, telekomunikacyjna),
- 1 (jeden) obiekt budowlany - most, wiadukt, przepust, ściana oporowa, tunel liniowy i nadziemne lub podziemne przejście dla pieszych.

b) co najmniej 1 (jedną) robotę polegającą na budowie lub przebudowie lub remoncie (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) obiektu drogowego, parkingu lub miejsc postojowych.

c) co najmniej 1 (jedną) dokumentację projektową dla robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie infrastruktury kolejowej.

Dokumentacja projektowa powinna obejmować min. branże: kolejową, obiekty obsługi podróżnych - perony. Na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej uzyskano ostateczne decyzje pozwolenia na budowę (stosowne pozwolenia wynikające z Ustawy Prawo budowlane).

Zgodnie z punktem 8.6.2. lit. a pkt 4 tabeli SWZ, w zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.4 IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę: że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia, zgodnie z poniższym wyszczególnieniem:

Kierownikiem robót telekomunikacyjnych - co najmniej 1 osoba, która posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej telekomunikacyjnej.

Zamawiający wskazał, iż przez ww. uprawnienia budowlane rozumie uprawnienia budowlane, o których mowa w ustawie z dnia 07 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t. j. Dz.U. z 2021 r. poz. 2351) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa lub odpowiednich przepisów obowiązujących na terenie kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, uznanych przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (t. j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1646).

Zgodnie z punktem 8.6.3. lit. b SWZ, w zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3 IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, iż znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie Zamówienia, tj.: jest ubezpieczony od

odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną w wysokości minimum 8 000 000,00 PLN (słownie: osiem milionów złotych 00/100).

Zgodnie z punktem 8.7. SWZ, z postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający

wykluczy wykonawcę, wobec którego zachodzi podstawa wykluczenia wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10 Ustawy (podstawy wykluczenia fakultatywne).

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia złożono 4 oferty.

Pismem z dnia 18 lipca 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę N.-Mosty Sp. z o.o. do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym:

1. wykazu robót budowlanych (załącznik nr 8 do IDW) wraz z dowodami określającymi, czy roboty budowlane wymienione w wykazie zostały wykonane należycie;
2. wykazu osób (załącznik nr 9 do IDW);
3. polisy ubezpieczeniowej lub innych dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony o odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego wraz z dowodem opłacenia składki.

Wykonawca N.-Mosty Sp. z o.o. w odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego złożył m.in.:

1. wykaz robót budowlanych (załącznik nr 8 do IDW), w którym w poz. 3. wskazał inwestycję pn. „Modernizacja infrastruktury autobusowo-tramwajowej na terenie Sosnowca - budowa i rozbudowa małych węzłów przesiadkowych i łączących je ścieżek rowerowych - Budowa buspas-ów w ciągu ul. 3 Maja w Sosnowcu” w ramach której wykonano „Przebudowę obiektu

drogowego - wykonanie drogowej nawierzchni zatok autobusowych z betonu nawierzchniowego B45 zbrojonego” o wartości 192 664,51 zł oraz referencje wystawione przez Eurovia Polska S.A. z dnia 17 stycznia 2020 r.;

2. wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia (załącznik nr 9), w którym na stanowisko kierownika robót telekomunikacyjnych wskazał p. J. W. podając, że osoba ta posiada „Uprawnienia budowlane nr 0127/96/U z dn. 30.08.1996 do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych oraz stacyjnych”;

3. polisę OC nr 13005585, z której wynika, iż działalność objęta ochroną ubezpieczeniową to:

- 41.20.Z Roboty budowlane związane ze wnoszeniem budynków mieszkalnych i niemieszkalnych;
- 42.11.Z Roboty związane z budową dróg i autostrad;
- 42.13.Z Roboty związane z budową mostów i tuneli;
- 43.11.Z Rozbiórka i burzenie obiektów budowlanych z wyłączeniem z ochrony ubezpieczeniowej działalności związanej z budową tuneli, tam oraz używaniem i przechowywaniem materiałów wybuchowych;
- załącznik nr 1 do polisy obejmujący klauzulę OC projektanta dotyczącą szkód powstałych z tytułu niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania polegającego na projektowaniu budowlanym i sprawowaniu nadzoru autorskiego.

W dniu 2 września 2022 r. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy N.-Mosty Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy N.-Mosty Sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci załącznika nr 9 do IDW - Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia w zakresie pozycji nr 4 dotyczącej uprawnień p. J. W. .

Stosownie do art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty oraz proporcjonalny.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w podmiotowych środkach 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 wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Powyższy przepis nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia m.in. oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp lub podmiotowych środków dowodowych w sytuacji gdy, wykonawca nie złożył wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, lub gdy są one niekompletne bądź zawierają błędy, z zastrzeżeniem dwóch przypadków przewidzianych przepisem. Wskazać należy, iż z dokumentem/oświadczeniem zawierającym błędy będziemy mieć do czynienia, w sytuacji gdy ich treść nie będzie potwierdzała spełnienia określonych przez zamawiającego w SWZ wymagań. Tym samym, gdy złożone przez wykonawcę dokumenty np. wykaz robót budowlanych, polisa OC itp. nie będą potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to po stronie zamawiającego co do zasady będzie aktualizował się obowiązek wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia.

W zakresie ww. zarzutu Odwołujący podnosił, że skierowany przez Przystępującego do realizacji zamówienia p. J. W. nie legitymuje się uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej telekomunikacyjnej, ponieważ posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych oraz stacyjnych, a co za tym idzie treść wykazu osób nie potwierdza, iż N.-Mosty Sp. z o.o. spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.6.2 lit. a) lp. 4 tabeli SWZ.

Izba podzieliła dokonaną przez Odwołującego ocenę. Niewątpliwie zgodnie z wymogami SWZ wykonawca winien wykazać, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym co najmniej 1 kierownikiem robót telekomunikacyjnych posiadającym uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej telekomunikacyjnej. Co istotne, w postanowieniach SWZ Zamawiający podał, że przez ww. uprawnienia budowlane rozumie uprawnienia budowlane, o których mowa w ustawie z dnia 07 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t. j. Dz.U. z 2021 r. poz. 2351) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa lub odpowiednich przepisów obowiązujących na terenie kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, uznanych przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1646). Zgodnie natomiast z art. 15a ust. 18 ustawy Prawo budowlane, uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną oraz telekomunikacji bezprzewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Tym samym na gruncie ustawy Prawo budowlane oraz wymogów specyfikacji, osoba dedykowana na stanowisko kierownika robót telekomunikacyjnych winna posiadać uprawnienia w zakresie telekomunikacji przewodowej i bezprzewodowej. Z kolei dedykowany do realizacji zamówienia p. J. W., jak wynika z wykazu osób, posiada uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych oraz stacyjnych, a zatem w ograniczonym zakresie.

Dalej wskazać należy, iż w dacie uzyskania uprawnień budowlanych przez p. Janusza Wilczka (30 sierpnia 1996 r.) obowiązywało rozporządzenie Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym (Dz.U. Nr 120, poz. 581), które w § 2 określało zakres uprawnień budowlanych w telekomunikacji. Zgodnie z ww. przepisem, uprawnienia budowlane w telekomunikacji są udzielane w specjalnościach instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń dla: 1) telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, 2) telekomunikacji radiowej. Tym samym na moment uzyskania uprawnień budowlanych w telekomunikacji p. J. W. mógł uzyskać uprawnienia w zakresie obu ww. specjalności. Jednakże, jak wynika z treści oświadczenia Przystępującego zawartego w wykazie osób, p. W. posiada uprawnienia wyłącznie do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz

z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych oraz stacyjnych. Nie posiada zatem uprawnień do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w zakresie telekomunikacji radiowej, czy też zgodnie z treścią obowiązującej ustawy Prawo budowlane, w zakresie telekomunikacji bezprzewodowej.

Uzupełniająco podnieść trzeba, iż nie umknęło uwadze Izby, że Zamawiający oraz Przystępujący nie twierdzili w toku rozprawy, że posiadane przez p. W. uprawnienia legitymują go do kierowania robotami budowlanymi w zakresie telekomunikacji przewodowej i bezprzewodowej. Nie zasługiwało na aprobatę stanowisko Zamawiającego oraz Przystępującego, którzy twierdzili, że posiadane przez p. W. uprawnienia są adekwatne do przedmiotu zamówienia, ponieważ - jak podniósł Przystępujący - z PFU nie wynika, aby w zakres zadania wchodziły prace dotyczące telekomunikacji bezprzewodowej. Powyższa okoliczność nie ma żadnego znaczenia na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na wiążący, zarówno Zamawiającego oraz Wykonawców, charakter postanowień SWZ.

W świetle powyższego nie można uznać, iż wykonawca N.-Mosty wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący personelu. W konsekwencji Zamawiający winien wezwać Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 8.6.2. lit. a lp. 4 tabeli specyfikacji warunków zamówienia.

Za niewykazany Izba uznała zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy N.-Mosty Sp. z o.o. z postępowania, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty ww. Wykonawcy mimo tego, iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jak również zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy N.-Mosty Sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu robót budowlanych.

Odwołujący stał na stanowisku, że oświadczenie Przystępującego zawarte w wykazie robót budowlanych w pozycji nr 3 jakoby w ramach inwestycji pn. „Modernizacja infrastruktury autobusowo-tramwajowej na terenie Sosnowca - budowa i rozbudowa małych węzłów przesiadkowych i łączących je ścieżek rowerowych - Budowa buspasów w ciągu ul. 3 Maja w Sosnowcu”, wykonawca N.-Mosty Sp. z o.o. wykonał „Przebudowę obiektu drogowego - wykonanie drogowej nawierzchni zatok autobusowych z betonu nawierzchniowego B45 zbrojonego” jest nieprawdziwe, gdyż prace wykonane przez Przystępującego nie mogą być uznane za przebudowę (ani również za budowę bądź remont).

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę: a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Odnosząc się do zarzutu odwołania na wstępie wskazać należy, iż stanowisko Odwołującego, który ewentualne niewykazanie przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 8.6.1. lit. b IDW wiązał z zaistnieniem fakultatywnej podstawy wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, a w konsekwencji zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy, jest nieprawidłowe. Podkreślenia wymaga, iż niewykazanie warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę nie implikuje automatycznie konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, w konsekwencji odrzucenia jego oferty. Wykluczenie wykonawcy na wskazanej wyżej podstawie prawnej wymaga rozważenia całokształtu okoliczności danego przypadku, w tym w szczególności związanych ze złożeniem przez wykonawcę oświadczenia danej treści.

Następnie zauważyć należy, że w warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 8.6.1. lit. b) SWZ Zamawiający nie skonkretyzował zakresu robót budowlanych jakim miał legitymować się wykonawca, w szczególności w przypadku przebudowy lub remontu obiektu drogowego, parkingu lub miejsc postojowych, by warunek udziału

w postępowaniu został spełniony.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał postawionego zarzutu, bowiem stanowisko Wykonawcy było lakoniczne, pozbawione rzeczowej argumentacji i gołosłowne. Podkreślenia wymaga, iż Odwołujący poprzestał na ogólnym twierdzeniu, że wskazana przez Przystępującego referencyjna robota budowlana polegająca na wykonaniu drogowej nawierzchni zatok autobusowych z betonu nawierzchniowego B45 zbrojonego, nie stanowi przebudowy ani budowy obiektu drogowego, ponieważ - zdaniem Odwołującego - wykonawca N.-Mosty Sp. z o.o. wykonał jedynie wierzchnią warstwę nawierzchni zatok autobusowych, a aby można było mówić o doświadczeniu w przebudowie czy budowie zatoki autobusowej wykonawca winien wykonać wszystkie warstwy nawierzchni zatoki. Zdaniem Izby zabrakło rzeczowej, technicznej argumentacji, w tym na gruncie przepisów ustawy Prawo budowlane pozwalającej jednoznacznie przesądzić, że przebudowa zatoki autobusowej musi obejmować wszystkie warstwy nawierzchni, czemu z kolei przeczył Zamawiający. Zamawiający w toku rozprawy uzasadniał, że gdyby uznać, iż przebudowa obiektu drogowego dotyczy wszystkich warstw nawierzchni, to mielibyśmy do czynienia z budową.

Jednocześnie zauważyć trzeba, iż stanowisko Odwołującego było niespójne. Jakkolwiek w petitum odwołania Odwołujący podniósł, że wykonane przez Przystępującego prace dotyczące drogowej nawierzchni zatok autobusowych z betonu nawierzchniowego B45 zbrojonego nie mogą być uznane za przebudowę ani za budowę bądź remont, tak w uzasadnieniu zarzutu nie twierdził już, że remont nawierzchni zatoki autobusowej musi objąć wszystkie jej warstwy.

Ponadto wbrew regule dowodowej określonej art. 534 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających forsowaną tezę, iż przebudowa zatoki autobusowej winna dotyczyć wszystkich warstw nawierzchni.

Mając na uwadze powyższe Izba doszła do przekonania, iż Odwołujący nie podważył prawdziwości oświadczenia wykonawcy N.-Mosty zawartego w punkcie 3. wykazu robót budowlanych. Wobec tego zarzuty naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy N.-Mosty Sp. z o.o. z postępowania z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji dotyczących doświadczenia Wykonawcy oraz art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania ww. Wykonawcy do uzupełnienia wykazu robót budowlanych nie mogły zostać uwzględnione.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy N.-Mosty Sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci polisy OC.

Zdaniem Odwołującego polisa OC przedstawiona przez Przystępującego ma bardzo wąski zakres objęty ubezpieczeniem. Odwołujący wskazywał, że ubezpieczeniem nie objęto w szczególności prac projektowych, czy prac torowych, wykonania budowli, szeregu rodzaju prac elektroenergetycznych (związanych chociażby z zasilaniem trakcyjnym etc.) itd., a więc prac objętych zamówieniem.

Odnosząc się do zarzutu odwołania Izba wskazuje, iż zgodnie z § 8 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415), w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać, w szczególności, dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia. Celem żądania przez zamawiającego od wykonawców dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności jest wykazanie warunku w przedmiocie zdolności ekonomicznej i finansowej, tj. wykazanie, że wykonawca jest w dobrej kondycji finansowej i jest w stanie ponieść ciężar opłaty składki ubezpieczeniowej. Zakres ubezpieczenia winien być związany z przedmiotem zamówienia, a nie tożsamy (identyczny, niczym się nie różniący, taki sam) z przedmiotem zamówienia. Ponadto wskazać trzeba, iż dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie należy utożsamiać z ubezpieczeniem działalności wykonawcy na etapie realizacji kontraktu, ponieważ obydwa dokumenty mają zupełnie inne znaczenie i cele.

Uwzględniając powyższe rozważania prawne Izba wskazuje, iż złożona przez

Przystępującego polisa OC spełnia wymogi określone przez Zamawiającego w specyfikacji, w tym jest związana z przedmiotem niniejszego zamówienia, bowiem obejmuje m.in. tzw. klauzulę OC projektanta dotyczącą szkód powstałych z tytułu niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania polegającego na projektowaniu budowlanym i sprawowaniu nadzoru autorskiego, rozbiórki i burzenie obiektów budowlanych, roboty związane z budową dróg oraz roboty budowlane związane ze wnoszeniem budynków niemieszkalnych, co koresponduje z przedmiotem zamówienia opisanym w PFU w szczególności w punkcie 2 i 3.7 (postępowanie prowadzone jest w formule zaprojektuj i wybuduj, obejmuje m.in. roboty budowlane w zakresie budowli i obiektów obsługi podróży, rozbiórki, chodniki itp.). Na powyższe rodzaje prac wskazywał Zamawiający oraz Przystępujący, co nie było podważane przez Odwołującego. Podsumowując, w ocenie Izby, okoliczność, iż złożona przez Przystępującego polisa ubezpieczeniowa, nie obejmuje zakresem ubezpieczenia całego przedmiotu zamówienia, nie świadczy o jej wadliwości.

Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy N.-Mosty Sp. z o.o. do uzupełnienia polisy OC nie potwierdził się.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b oraz d oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Biorąc powyższe pod uwagę Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego w części 1/4 i Odwołującego w części 3/4. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 20 000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3 600 zł oraz koszty poniesionego przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3 600 zł oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw w kwocie 34 zł (łącznie 27 234 zł). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 23 600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 20 425,50 zł (27 234 zł x 3/4). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3 175 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący: .....