Sygn. akt: KIO 280/23

WYROK

z dnia 15 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 13 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2023 r. przez wykonawcę A. G., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. G. Zakład Handlu i Usług "ARKA" z siedzibą w Gubinie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Dąbie

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo usługowe TORFEX K. G., P. L., D. O. Sp. J. z siedzibą w Krośnie Odrzańskim zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - A. G., prowadzącego działalność

gospodarczą pod firmą A. G. Zakład Handlu i Usług "ARKA" z siedzibą w Gubinie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

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

Sygn. akt: KIO 280/23

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Dąbie, ul. Szeroka 4, 66-615 Dąbie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Przebudowa drogi gminnej wraz z odwodnieniem ul. Podgórna w m. Połupin, Gmina Dąbie” (nr : RŚ.272.7.2022.KSZ). Ogłoszono w BZP: 2022/BZP 00458518/01.

Odwołujący: A. G., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A. G. Zakład Handlu i Usług "ARKA", z siedzibą przy ul. Kresowej 3/1, 66-620 w Gubin, wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu oraz na zaniechanie czynności, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy. Zaniechania czynności Zamawiającego, którym Odwołujący zarzuca niezgodność z przepisami ustawy, to: zaniechanie czynność odrzucenia oferty wykonawcy PHU TORFEX SP. J. z siedzibą w Połupinie.

Czynnościom i zaniechaniom czynności Zamawiającego Odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PHU TORFEX SP. J. z siedzibą w Połupinie, podczas gdy z oferty i załączników złożonych przez tego wykonawcę wynika, że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdyż nie posiada zdolności technicznej lub zawodowej do zrealizowania zamówienia, bowiem nie spełnia warunku w zakresie doświadczenia opisanego w rozdziale VII punkt 1a SWZ.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy PHU TORFEX SP. J. z siedzibą w Połupinie.

UZASADNIENIE

Zamawiający w rozdziale VII pkt 1a SWZ jasno wskazał, że warunek w zakresie doświadczenia zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca w okresie ostatnich 5 lat wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub remoncie lub przebudowie i remoncie drogi o wartości nie mniejszej niż 1.000.000 zł brutto (jeden milion zł brutto )".

W załączniku nr 7 do SWZ – Wykazie robót budowlanych, wykonawca PHU TORFEX SP. J. wskazał niezgodnie z prawdą, że wykonał dla BUDIMEX S.A. jedną robotę budowlaną w okresie od 04.05.2021 do 25.11.2022 r. o nazwie: Budowa autostrady A18 Olszyna – Golnice (przebudowa jezdni południowej) odcinek 3 od km 33+760 do km 50+000 o wartości 3.409.659,93 zł netto. Natomiast na stronie tego kontraktu: w tabeli Monitoring podwykonawców w wierszu 4 wskazano: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Torfex” K.

G., P. L., D. O. jako podwykonawcę z zakresem robót „Wykonanie robót przygotowawczych oraz ziemnych”. Wynika to

również z załączonych do oferty referencji wystawionych Wykonawcy przez BUDIMEX S.A, gdzie jest mowa o wykonywaniu przez PHU TORFEX SP. J. „robót drogowych" przy realizacji zadania "Budowa autostrady A18 Olszyna – Golnice (przebudowa jezdni południowej) odcinek 3 od km 33+760 do km 50+000".

Nie może być jednak mowy o tym, że wykonawca PHU TORFEX SP. J. wykonał samodzielnie robotę polegającą na "Budowie autostrady A18 Olszyna – Golnice (przebudowa jezdni południowej) odcinek 3 od km 33+760 do km 50+000", gdyż taką robotę wykonał dla GDDKiA BUDIMEX S.A. Natomiast PHU TORFEX SP. J. wykonywał przy tym kontrakcie jedynie roboty przygotowawcze oraz ziemne. Co prawda wartość tych robót była znaczna z uwagi na długość odcinka. Nie była to jednak samodzielna budowa, przebudowa lub remont drogi.

Wykonawca PHU TORFEX SP. J. nie wykonał więc w okresie ostatnich 5 lat samodzielnej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie lub remoncie lub przebudowie i remoncie drogi o wartości nie mniejszej niż 1.000.000 zł brutto, a zatem nie spełnia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia opisanego w rozdziale VII punkt 1a SWZ. Wykaz załączników:

4) załącznik nr 7 do SWZ – Wykaz robót budowlanych PHU TORFEX SP. J.

5) wydruk strony

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie zarzutów w całości.

Wskazał następujące twierdzenia i dowody do zarzutu.

Zgodnie z twierdzeniem Odwołującego:

„Czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, którym Odwołujący zarzuca niezgodność z przepisami ustawy, to: zaniechanie czynność odrzucenia oferty wykonawcy PHU TORFEX SP. J. z siedzibą w Połupinie.

Czynnościom i zaniechaniom czynności Zamawiającego Odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PHU TORFEX SP. J. z siedzibą w Połupinie, podczas gdy z oferty i załączników złożonych przez tego wykonawcę wynika, że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdyż nie posiada zdolności technicznej lub zawodowej do zrealizowania zamówienia, bowiem nie spełnia warunku w zakresie doświadczenia opisanego w rozdziale VII punkt 1a SWZ."

Ustosunkowując się do ww. twierdzenia Zamawiający wyjaśnia, co następuje:

Stosownie do zapisów Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) rozdział VII Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia pkt 1) ppkt 1a) oraz ogłoszenia o zamówieniu na zadanie: Przebudowa drogi gminnej wraz z odwodnieniem ul. Podgórna, Gmina Połupin (numer ogłoszenia BZP - 2022/BZP 00458518) z dnia 25 listopada 2022 r. „W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Warunek w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat liczonych wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert

(a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub remoncie lub przebudowie i remoncie drogi o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł brutto (słownie: jeden milion złotych). Przez jedną robotę budowlaną rozumie się roboty wykonywane na podstawie jednej umowy. Wykonawca nie może sumować robót budowlanych o mniejszej wartości celem spełnienia wymaganego warunku przez Zamawiającego."

W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych Wykonawca: Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe "TORFEX" K. G., P. L., D. O. Spółka Jawna miał obowiązek złożyć podmiotowy środek dowodowy tj.: wykaz robót budowlanych (załącznik nr 7 do SWZ). Przedmiotowy wykaz został złożony i w ocenie Zamawiającego Wykonawca PHU "TORFEX" Sp. J. potwierdził spełnienie powyższego warunku. Wykonawca wykazał się doświadczeniem (wykaz robót budowlanych z dnia 02.01.2023 r.) przy „Budowie autostrady A18 Olszyna - Golnice (przebudowa jezdni południowej) odcinek 3 od km 33 + 760 do km 50+000 na wartość wykonanych robót budowlanych 3 409 652,93 zł netto w terminie od dnia 04.05.2021 – 25.11.2022 r. na rzecz podmiotu BUDIMEX Sp. z o.o." oraz potwierdził ich należyte wykonanie środkiem dowodowym w postaci referencji z dnia 14.12.2022 r. (list referencyjny), że wykazane przez niego roboty budowlane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu zostały wykonane należycie „prace zostały wykonane terminowo, zgodnie z ustaleniami i dokumentacją techniczną. Nadzór nad prowadzonymi pracami był nienaganny i bezkonfliktowy".

Wykonawca prawidłowo wykazał spełnienie powyższego warunku udziału w postępowaniu i prawidłowo jego oferta została przez Zamawiającego wybrana, jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający, stawiając warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia skonstruował zakres tego warunku bez wskazywania wszystkich prac wchodzących w zakres robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie lub remoncie lub przebudowie i remoncie drogi niezbędnych do wykonania obiektu budowlanego (obiektu liniowego) – drogi.

Zarzuty Odwołującego polegające na twierdzeniu, że nabyte doświadczenie nie odpowiada warunkowi udziału w postępowaniu są nieprawidłowe.

Analogiczną sytuacje oceniała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 787/20 „Odwołujący nadmieniał, że roboty, które wykonał przystępujący w ramach tej inwestycji są tylko częścią prac naprawczych elewacji południowej i wschodniej, które z kolei są częścią całej inwestycji. (…) Bez znaczenia z punktu widzenia spełniania przywołanego warunku udziału w postępowaniu pozostawała okoliczność, że wydzielone i odebrane przez generalnego wykonawcę, inwestora i nadzór konserwatorski roboty budowlane stanowiły element większej i niezakończonej jeszcze inwestycji pn. „Modernizacja dawnego kościoła NMP – obecnie siedziby Sztuki Galeria EL w Elblągu". Skoro zakres robót, na który powołał się przystępujący, został wyodrębniony, wykonany i odebrany przez generalnego wykonawcę, inwestora i konserwatora zabytków oraz wpisywał się treść warunku udziału w postępowaniu, to brak było podstaw do jego kwestionowania. (…) Z dokumentu tego wynikało, że wykonane prace stanowiły 100 % etapu powierzonego przystępującemu jako podwykonawcy. Potwierdzeniem prawdziwości zaświadczenia złożonego przez przystępującego zamawiającego okazało się także zaświadczenie wystawione prze samego inwestora w dniu 17 czerwca 2020 r. (załącznik do pisma procesowego przystępującego z 18 czerwca 2020 r.). Z zaświadczenia tego również wynikało, że przystępujący wykonał wydzielony zakres przedmiotu zamówienia w zakresie robót budowlano-konserwatorskich przy ścianach ceglanych. Ponadto z dokumentu również wynikało, że prace zostały odebrane przez samego inwestora jak i nadzór konserwatorski. Zgadza się także wartość robót odebranych do 31.01.2020 r. na kwotę 1.141.540 zł brutto. Potwierdzeniem uznania robót za należycie wykonane robót są także faktury wystawione przez przystępującego generalnemu wykonawcy oraz towarzyszące im dowody ich opłacenia przez P.B.O. Przemysłówka 03. Z powyższym dowodów wynikało zatem jednoznacznie, że część zadania inwestycyjnego odpowiadająca treści warunku niewątpliwie została zatem wyodrębniona, a następnie wykonana należycie przez przystępującego, prawidłowo ukończona, odebrana przez generalnego wykonawcę, inwestora i nadzór konserwatorski, a należności z tytułu wykonania robót zostały zapłacone."

Gdyby Zamawiającemu zależało na konkretnym doświadczeniu wówczas dookreśliłby warunek np. poprzez wymaganie „budowy, przebudowy lub modernizacji drogi, której obligatoryjnym elementem byłyby podbudowy i roboty bitumiczne". Każde inne wnioskowanie w przedmiotowym zakresie prowadziłoby do absurdalnych konsekwencji gdyż Zamawiający musiałby dysponować określonym katalogiem robót składających się na budowę dróg i pozwalałoby odrzucać oferty wykonawców, którzy na potwierdzenie warunku spełnienia udziału w postępowaniu dysponowaliby doświadczeniem w budowie kompletnej drogi, ale np. bez wykonania oznakowania poziomego i pionowego. Tym samym rozważania należy ograniczyć tylko i wyłącznie do potwierdzenia czy roboty przygotowawcze i roboty ziemne wchodzą w zakres określony pojęciem budowa drogi.

Roboty ziemne i roboty przygotowawcze są częścią robót budowlanych związanych z budową drogi. Roboty ziemne obejmują prace związane z przygotowaniem terenu pod budowę drogi, takie jak wykopywanie, wyrównywanie i niwelacja terenu. Z kolei roboty przygotowawcze to usunięcie darniny i ziemi roślinnej, wycinanie starodrzewu, karczowanie pni i krzewów, wytyczanie budowli ziemnych, odprowadzenie wód opadowych, czasowe obniżenie poziomu wód gruntowych, spulchnianie gruntu spoistego, roboty ziemne porządkowe. Roboty ziemne i roboty przygotowawcze są niezbędne do zapewnienia, że budowa drogi jest możliwa i trwała, a także do zapewnienia bezpieczeństwa i wygody dla kierowców i innych użytkowników drogi. Nie ma też wątpliwości, że roboty te charakteryzują się określoną specyfiką, co z kolei prowadzi do wniosku, że stanowią kluczowy element budowy drogi jako całości.

Wobec powyższego zarzut postawiony przez Odwołującego nie znajduje swojego uzasadnienia.

Mając na uwadze powyższe warunek udziału w postępowaniu został potwierdzony prawidłowo, a tym samym Zamawiający nie miał podstaw prawnych do odrzucenia oferty ww. Wykonawcy.

W związku z powyższym Zamawiający wnioskuje o oddalenie odwołania A. G. Zakład Handlu i Usług „ARKA" w całości jako niezasadnego.

Załączniki:

1) Specyfikacja Warunków Zamówienia; 2) Ogłoszenie o zamówieniu nr 2022/BZP

00458518; Wykaz robót budowlanych; referencje;

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Stanowisko przystępującego:

Stosownie do zapisów ogłoszenia w postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Warunek w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat liczonych wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub remoncie lub przebudowie i remoncie drogi o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł brutto (słownie: jeden milion złotych). Przez jedną robotę budowlaną rozumie się roboty wykonywane na podstawie jednej umowy. Wykonawca nie może sumować robót

budowlanych o mniejszej wartości celem spełnienia wymaganego warunku przez

Zamawiającego. Wykonawca prawidłowo wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu i prawidłowo jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu.

Zarzuty Odwołującego polegające na twierdzeniu, że nabyte doświadczenie nie odpowiada warunkowi udziału w postępowaniu są nieprawidłowe.

Analogiczną sytuacje oceniała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 787/20 z dnia 23 czerwca 2022 r. „Odwołujący nadmieniał, że roboty, które wykonał przystępujący w ramach tej inwestycji są tylko częścią prac naprawczych elewacji południowej i wschodniej, które z kolei są częścią całej inwestycji. (…) Bez znaczenia z punktu widzenia spełniania przywołanego warunku udziału w postępowaniu pozostawała okoliczność, że wydzielone i odebrane przez generalnego wykonawcę, inwestora i nadzór konserwatorski roboty budowlane stanowiły element większej i niezakończonej jeszcze inwestycji pn.

„Modernizacja dawnego kościoła NMP – obecnie siedziby Sztuki Galeria EL w Elblągu". Skoro zakres robót, na który powołał się przystępujący, został wyodrębniony, wykonany i odebrany przez generalnego wykonawcę, inwestora i konserwatora zabytków oraz wpisywał się treść warunku udziału w postępowaniu, to brak było podstaw do jego kwestionowania. (…) Z dokumentu tego wynikało, że wykonane prace stanowiły 100 % etapu powierzonego przystępującemu jako podwykonawcy.

Potwierdzeniem prawdziwości zaświadczenia złożonego przez przystępującego zamawiającego okazało się także zaświadczenie wystawione prze samego inwestora w dniu 17 czerwca 2020 r. (załącznik do pisma procesowego przystępującego z 18 czerwca 2020 r.). Z zaświadczenia tego również wynikało, że przystępujący wykonał wydzielony zakres przedmiotu zamówienia w zakresie robót budowlano-konserwatorskich przy ścianach ceglanych. Ponadto z dokumentu również wynikało, że prace zostały

odebrane przez samego inwestora jak i nadzór konserwatorski. Zgadza się także wartość robót odebranych do 31.01.2020 r. na kwotę 1.141.540 zł brutto. Potwierdzeniem uznania

robót za należycie wykonane robót są także faktury wystawione przez przystępującego generalnemu wykonawcy oraz towarzyszące im dowody ich opłacenia przez P.B.O. Przemysłówka 03. Z powyższym dowodów wynikało zatem jednoznacznie, że część zadania inwestycyjnego odpowiadająca treści warunku niewątpliwie została zatem wyodrębniona, a następnie wykonana należycie przez przystępującego, prawidłowo ukończona, odebrana przez generalnego wykonawcę, inwestora i nadzór konserwatorski, a należności z tytułu wykonania robót zostały zapłacone."

A contrario w przypadku gdy Zamawiający formułuje warunek udziału w sposób ogólny należy stwierdzić, że wszystkie roboty stricte związane z budową drogi stanowią doświadczenie w budowie drogi.

Gdyby Zamawiającemu zależało na konkretnym doświadczeniu wówczas dookreśliłby warunek np. poprzez wymaganie „budowy, przebudowy lub modernizacji drogi, której obligatoryjnym elementem byłyby podbudowy i roboty bitumiczne". Każde inne wnioskowanie w przedmiotowym zakresie prowadziłoby do absurdalnych konsekwencji gdyż Zamawiający musiałby dysponować określonym katalogiem robót składających się na budowę dróg i pozwalałoby odrzucać oferty wykonawców, którzy na potwierdzenie warunku spełnienia udziału w postępowaniu dysponowaliby doświadczeniem w budowie kompletnej drogi, ale np. bez wykonania oznakowania poziomego i pionowego. Tym samym rozważania należy ograniczyć tylko i wyłącznie do potwierdzenia czy roboty przygotowawcze i roboty ziemne wchodzą w zakres określony pojęciem budowa drogi.

Roboty ziemne i roboty przygotowawcze są częścią robót budowlanych związanych z budową drogi. Roboty ziemne obejmują prace związane z przygotowaniem terenu pod budowę drogi, takie jak wykopywanie, wyrównywanie i niwelacja terenu. Z kolei roboty przygotowawcze to usunięcie darniny i ziemi roślinnej, wycinanie starodrzewu, karczowanie pni i krzewów, wytyczanie budowli ziemnych, odprowadzenie wód opadowych, czasowe obniżenie poziomu wód gruntowych, spulchnianie gruntu spoistego, roboty ziemne porządkowe. Roboty ziemne i roboty przygotowawcze są niezbędne do zapewnienia, że budowa drogi jest możliwa i trwała, a także do zapewnienia bezpieczeństwa i wygody dla kierowców i innych użytkowników drogi. Nie ma też wątpliwości, że roboty te charakteryzują się określoną specyfiką, co z kolei prowadzi do wniosku, że stanowi kluczowy element budowy drogi jako całości.

Mając na uwadze powyższe warunek udziału w postępowaniu został potwierdzony prawidłowo, a tym samym Przystępujący wnioskuje o oddalenie odwołania A. G. Zakład Handlu i Usług ARKA w całości jako niezasadnego.

Strony i uczestnik postępowania odwoławczego przedstawili stanowiska na rozprawi.:

Odwołujący sprecyzował żądanie wnosząc o o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego.

Wskazał na załącznik do odwołania – wykaz podwykonawców, gdzie w poz. 4 wskazano Przystępującego z rodzajem prac jako wykonanie robót przygotowawczych oraz ziemnych. Zakres ten nie pozwala na stwierdzenie, że wykonawca ten wykonał budowę drogi zgodnie z wymogiem SWZ. Złożył pismo GDDKiA z 14 lutego br. precyzujący rodzaj przedmiotowych prac w 4 punktach. Złożył część I STWiORB, wskazując na pkt 1.4.4 – definicje. Przypomniał treść warunku udziału w pkt VII.1a, którego niespełnienie zarzuca wykonawcy. Wskazał także na zawarte w specyfikacji definicje budowy, przebudowy i remontu stosownie do przepisów prawa budowlanego. Przypomniał także ustawowe definicje drogi, przebudowy i remontu drogi z ustawy o drogach publicznych (art. 4) oraz rozporządzenie wykonawcze. Stwierdził, że wykonane czynności, potwierdzone pismem GDDKiA, nie są budową lub przebudową drogi w rozumieniu specyfikacji i przypomnianych przepisów prawa. Ocenia, że doświadczeniem w budowie i przebudowie wymaganym w zakresie tej budowy mógłby się legitymować generalny wykonawca Budimex. Obecne stanowisko Zamawiającego uznaje za niezgodne z treścią jasno określonego warunku specyfikacji i przywołanych przepisów prawa. Wskazał na treść wykazu robót złożonego z ofertą przystępującego, w którym wpisano, jako przedmiot robót „budowa autostrady…".

Zamawiający podtrzymał stanowisko z pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Stwierdził, że nie precyzował w specyfikacji szczegółowo rodzaju robót, które miałyby być uznawane na potwierdzenie spełnienia warunku, w tym zakresie również

nie składano pytań. Uznaje, że przyjęcie stanowiska Odwołującego prowadziłoby do ograniczenia konkurencji wykonawców i dostępu do zamówienia. Na obecnym etapie nie ma przesłanek do uznawania, jakiego rodzaju roboty przy budowie drogi mają znaczenie kluczowe, decydujące o dopuszczeniu, a także jednoczesnym wyeliminowaniu potencjalnych wykonawców wykazującymi się danymi robotami.

Przystępujący stwierdził, że roboty przygotowawcze i ziemne mają charter specjalistyczny i wymagają specjalistycznej wiedzy, stanowią też istotny element budowy niezbędny do zbudowania drogi. Znaczenie tych prac nie może być pomniejszane w sposób prezentowany przez Odwołującego. Przypomniał definicję wymaganego doświadczenia według SWZ, tj. budowa, przebudowa, remont, czyli dopuszczono także prace o niższym stopniu skomplikowania niż przedstawione przez Przystępującego z ofertą jako referencyjne. Stwierdził że warunek specyfikacji nie oznaczał wymogu sporządzenia zamkniętej całości.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu odwołania na rozprawie z udziałem stron i uczestnika stwierdza, co następuje.

Za niesporny i nie kwestionowany w sprawie uznać należy zakres, wartość i charakter prac referencyjnych przedstawionych przez przystępującego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia technicznego i zawodowego. Prace te zostały wyspecyfikowane w piśmie inwestora – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze z dnia 13 lutego 2023 r., złożonego przez odwołującego do akt w poczet materiału dowodowego. Z pisma wynika, że przedsiębiorstwo przystępującego jako podwykonawca firmy Budimex S.A. wykonywało roboty przygotowawcze w zakresie robót ziemnych na zadaniu pn. Budowa autostrady A18 Olszyna-Golnice (przebudowa jezdni południowej) odcinek 3 km 33+760 do km 50+000 polegające na zdjęciu warstwy humusu nadającego się do zakładania zieleni, wykonaniu wykopów w gruntach nieskalistych z transportem urobku na nasyp, wykonaniu wykopów w gruntach nieskalistych z transportem urobku na odkład i wykonaniu nasypu z gruntu uzyskanego z wykopu.

Stosownie do zapisów ogłoszenia i SWZ warunek w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub remoncie lub przebudowie i remoncie drogi o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł brutto. Przez jedną robotę budowlaną rozumie się roboty wykonywane na podstawie jednej umowy.

W sprawie niesporna jest wartość umowy przekraczająca kwotę 3 mln zł.

Wykonawca prawidłowo wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu i prawidłowo jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu.

Zarzuty Odwołującego polegające na twierdzeniu, że nabyte doświadczenie nie odpowiada warunkowi udziału w postępowaniu są nieprawidłowe.

Oczywiste jest, że roboty, które wykonał przystępujący w ramach inwestycji referencyjnej są tylko częścią prac przebudowy drogi - całej inwestycji, w której generalnym wykonawcą był Budimex S.A., a przystępujący jednym z kilkudziesięciu podwykonawców. Wykonane przez niego roboty, jednoznacznie wyspecyfikowane i odebrane stanowiły niezbędny etap przed kolejnym pracami przebudowy drogi.

Sformułowany przez zamawiającego warunek doświadczenia jest stosunkowo ogólny i nie może oznaczać wymogu realizacji całej inwestycji drogowej przez jeden podmiot. W takim hipotetycznym rozumieniu, jak się wydaje, sugerowanym przez odwołującego, żaden z podmiotów uczestniczących w wykonawstwie opisanym wyżej, nie mógłby się legitymować żądanym doświadczeniem, zapewne także generalny wykonawca.

Zważywszy, że warunek nie był rygorystyczny, skoro dopuszczano także prace polegające na przebudowie, a nawet remoncie drogi, nieracjonalne byłoby w sprawie uznanie za niewystarczające wykazanie się pracami przedstawionymi w ofercie przystępującymi, które to prace bez wątpienia stanowią istotny i niezbędny etap i element budowy lub przebudowy drogi.

Roboty ziemne i roboty przygotowawcze są częścią robót budowlanych związanych z budową drogi. Roboty ziemne obejmują prace związane z przygotowaniem terenu pod budowę drogi, takie jak wykopywanie, wyrównywanie i niwelacja terenu. Kolejne to roboty przygotowawcze niezbędne do zrealizowania inwestycji drogowej.

Roboty ziemne i roboty przygotowawcze są niezbędne do zapewnienia, że budowa drogi jest możliwa i trwała, niezbędna do zapewnienia bezpieczeństwa ruchu drogowego. Nie ma też wątpliwości, że roboty te charakteryzują się określoną specyfiką, co z kolei prowadzi do wniosku, że stanowią kluczowy element budowy drogi jako całości. Wobec powyższego zarzut postawiony przez Odwołującego nie jest uzasadniony.

Mając na uwadze powyższe, warunek udziału w postępowaniu został potwierdzony prawidłowo, a tym samym Zamawiający nie miał podstaw prawnych do odrzucenia oferty ww. wykonawcy.

Wobec powyższego stwierdza się, że zamawiający w prowadzonym postępowaniu, którego efektem jest wybór oferty złożonej przez przystępującego, nie naruszył przepisów ustawy wskazanych przez odwołującego w petitum odwołania. Z tego względu 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. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze

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). Nie uwzględniono w orzeczeniu wniosku zamawiającego o zasądzenie kosztów wg norm przepisanych wobec nieprzedstawienia stosownych rachunków wymaganych przepisami § 5 rozporządzenia wskazanego w zdaniu poprzednim.

Przewodniczący: ……..