

WYROK

Warszawa, dnia 14 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 20 maja 2024 r. przez odwołującego: Budrim spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kunicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Legnica z siedzibą w Legnicy przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: Budromos J.T. Bieńkowscy spółka jawna z siedzibą w Legnicy

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

1.1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie w trybie art. 128

ust. 1 Pzp wykonawcy Budromos J.T. Bieńkowscy spółka jawna z siedzibą

w Legnicy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału dotyczącego

zdolności technicznych lub zawodowych określonego

w punkcie VI.2 ppkt 2.1.1 IDW.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga

za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący

Uzasadnienie

Gmina Legnica z siedzibą w Legnicy (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie podstawowym pn.: „Budowa ul. Wiślanej w Legnicy” (Numer referencyjny: IM.RZP.271.6.1.365.5.2024), zwane dalej postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 3 kwietnia 2024 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2024/BZP 00269879/01.

20 maja 2024 r. wykonawca Budrim spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kunicach (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu:

1. art. 239 ust. 1 Pzp przez uznanie, że najkorzystniejszą ofertą na podstawie kryteriów określonych w IDW oraz ofertą spełniającą warunki udziału w postępowaniu jest oferta wykonawcy Budromos J.T. Bieńkowscy spółka jawna z siedzibą w Legnicy (dalej: Przystępujący) podczas gdy oferta ta nie spełniała warunków udziału w postępowaniu;

2. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp przez uznanie, że oferta odwołującego spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt. 2 ppkt. 2.1.1 IDW podczas gdy wskazane przez Przystępującego zadania nie spełniały warunków udziału w postępowaniu określonych we wskazanym pkt. IDW;

3. art. 128 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do uzupełnienia doświadczenia na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonym w punkcie 2 ppkt 2.1.1 IDW;

4.art. 16 pkt 1 i 2 Pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia

w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieprzejrzysty w następstwie dokonania zaniechania zbadania i oceny ofert w sposób zgodny z warunkami określonymi w IDW.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny ofert,

2.wezwania Przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia przez Przystępującego dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału określonego w pkt. 2 ppkt. 2.1.1 IDW.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał m. in.:

Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 2 ppkt. 2.1.1 IDW. Warunek ten dotyczył wykazania się doświadczeniem w zrealizowaniu dwu zadań polegających na budowie lub przebudowie drogi klasy min. D, o nawierzchni z betonowej kostki brukowej, o długości w jednym ciągu min. 150 mb wraz z uzbrojeniem.

W ocenie Odwołującego warunek był jasny i nie budził wątpliwości. Tymczasem Przystępujący

na potrzeby wykazania się spełnieniem ww. warunku powołał się na realizację zadań nie odpowiadających wymogom IDW.

Roboty te dotyczyły dróg z nawierzchni asfaltowej oraz chodników z betonowej ostki brukowej.

Wskazane przez Przystępującego zadania w pkt. 2 i 3 wykazu robót nie mogły spełniać warunku udziału w postępowaniu, gdyż w ramach żadnego z tych zadań na odcinku drogi minimum 150 mb nie wykonano nawierzchni z betonowej kostki brukowej. Próba wykazywania przez Przystępującego, że w ramach tych zadań były realizowane chodniki, nie mogła stanowić o potwierdzeniu, że wykonawca ten dysponuje doświadczeniem przy realizacji drogi klasy D o nawierzchni z betonowej kostki brukowej, gdyż w obu tych zadaniach droga przeznaczona dla ruchu pojazdów została wykonana z nawierzchni bitumicznej.

Należy zwrócić uwagę na treść rozporządzenia Ministra Infrastruktury w prawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych z 24 czerwca 2022 r. Zgodnie z § 11 tego rozporządzenia drogi dzielą się na klasy, które są oznaczone symbolem literowym

lub opisowo:

- 1)A – autostrada;
- 2)S – ekspresowa;
- 3)GP – główna ruchu przyspieszonego;
- 4)G – główna;
- 5)Z – zbiorcza;
- 6)L – lokalna;
- 7)D – dojazdowa.

Zgodnie z § 13 ust. 2 w/w rozporządzenia:

Ulicę projektuje się w taki sposób, że prędkość do projektowania przyjmuje się w zależności od klasy drogi:

- 1)dla klasy GP – standardowo 70 km/h, dopuszcza się 60 lub 80 km/h;
- 2)dla klasy G – standardowo 60 km/h, dopuszcza się 50 lub 70 km/h;
- 3)dla klasy Z – standardowo 50 km/h, dopuszcza się 30 lub 40 km/h;
- 4)dla klasy L – standardowo 40 km/h, dopuszcza się 30 lub 50 km/h;
- 5)dla klasy D – 30 km/h.

Natomiast zgodnie z § 17 ust. 1 rozporządzenia:

Szerokość pasa ruchu na jezdni z co najmniej dwoma pasami ruchu, w zależności od klasy drogi, wynosi:

- 1)standardowo 3,75 m, w trudnych warunkach dopuszcza się 3,50 m – w przypadku klasy A;
- 2)standardowo 3,50 m, dopuszcza się 3,75 m, w trudnych warunkach 3,25 m –
w przypadku klasy S;
- 3)standardowo 3,50 m, w trudnych warunkach dopuszcza się 3,25 m – w przypadku klasy GP;
- 4)standardowo 3,50 m, w trudnych warunkach dopuszcza się 3,25 lub 3,00 m –
w przypadku klasy G;
- 5)standardowo 3,00 m, dopuszcza się 3,25 lub 3,50 m, w trudnych warunkach 2,75 m – w przypadku klasy Z;
- 6)standardowo 2,75 m, dopuszcza się 3,00, 3,25 lub 3,50 m, w trudnych warunkach 2,50 m – w przypadku klasy L;
- 7)standardowo 2,50 m, dopuszcza się 2,75, 3,00, 3,25 lub 3,50 m, w trudnych warunkach 2,25 m – w przypadku

klasy D.

Droga klasy D musi spełnić między innymi wyżej wymienione warunki/parametry. Droga tej klasy przede wszystkim jest projektowana na określoną prędkość tj. do 30 km oraz posiada minimalne szerokości pasa ruchu. Powyższe potwierdza, iż chodnik prezentowany przez BUDROMOS w treści zadań wskazanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie może być uznany za spełniający warunek udziału w postępowaniu, gdyż nie spełnia on choćby warunków dotyczących prędkości jak również minimalnej szerokości jak dla drogi klasy D.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie, ale w toku rozprawy wniósł o jego oddalenie.

W ocenie Zamawiającego zadania na realizację których powołał się Przystępujący spełniały wymogi SWZ. Zamawiający wskazał, że istotny był sam fakt wykazania się realizacją nawierzchni z betonowej kostki brukowej, natomiast nie miało większego znaczenia,

czy nawierzchnia taka została wykonana jako jezdnia czy stanowiące element drogi chodniki

i ścieżki rowerowe. Zamawiający podkreślił przy tym, że warunek udziału w postępowaniu został skonstruowany bez konkretyzacji jaka część drogi ma zostać wykonana z kostki betonowej. Tym samym realizacji chodnika o określonych parametrach w należyty sposób potwierdzała spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności

treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego zawarte w odwołaniu i piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając,

że zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami,
2. oferty Przystępującego wraz z załącznikami,
3. dokumentów wskazanych i powołanych przez uczestników postępowania.

Izba nie znalazła podstaw do odmowy przeprowadzenia któregokolwiek z wnioskowanych dowodów.

Izba ustaliła, co następuje:

Stan faktyczny sprawy był niesporny między stronami. Istotą sporu była ocena czy zadania na które powołał się Przystępujący wpisywały się w treść warunku udziału w postępowaniu.

Określony w Instrukcji dla wykonawców warunek udziału w postępowaniu, który stał się podstawą sporu w sprawie brzmi:

„VI. Warunki udziału w postępowaniu: (...)

2. Spełniają warunki udziału w postępowaniu tj:

2.1. Posiadają zdolności techniczne lub zawodowe:

2.1.1. Wykonawca, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał min. dwa zadania obejmujące budowę lub przebudowę drogi klasy min. D, o nawierzchni z betonowej kostki brukowej, o długości w jednym ciągu min. 150 mb wraz z uzbrojeniem: kanalizacją deszczową, oświetleniem ulicznym, budową kanału technologicznego/ kanalizacją teletechniczną i przebudową kolidujących urządzeń i sieci, w terenie zabudowy – każde;

- wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów,

na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należyście, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty (...).”

W celu wykazania spełnienia ww. warunku Przystępujący w wykazie robót wskazał następujące zadania:

1. Zagospodarowanie terenów publicznych w centrum miejscowości Wilkszyn usytuowanych w krainie Łęgów

Odrzańskich – wykonanie drogi klasy L o długości 320 m w terenie zabudowy:

- wykonanie drogi dla ruchu pojazdów o nawierzchni z kostki betonowej – 3.413 m²
- wykonanie drogi dla ruchu pieszego o nawierzchni z kostki betonowej – 1.132 m²
- wykonanie kanalizacji deszczowej z rur DN 200 i DN 300 długości 52,8m wraz z montażem studni rewizyjnych DN 1000 kpl. 6 oraz studni DN500 kpl. 10
- montaż słupów oświetleniowych – 6 kpl.
- budowa kanałów (przepustów) z rur SRS 110 dla kabli energetycznych
- usunięcie kolizji kabli elektrycznych z rurociągami poprzez osłonięcie kabli rurami

2. Budowa ul. T. Gumińskiego w Legnicy – budowa drogi klasy L o długości 471,4m w terenie zabudowy:

- wykonanie drogi dla ruchu pieszego o nawierzchni z kostki betonowej – 1.803,4 m²
- budowa kanalizacji deszczowej – montaż rur PVC fi 200-400 oraz GRP fi 600-1000 długości 1.100,45m wraz z montażem wpustów ulicznych kpl. 47 oraz studni betonowych kpl. 22
- budowa oświetlenia ulicznego – montaż latarni oświetleniowych – 20 kpl.
- budowa sieci telekomunikacyjnej
- usunięcie kolizji wysokościowej pomiędzy istniejącą siecią wodociągową a projektowaną siecią kanalizacji deszczowej

3. Rozbudowa przejścia dla pieszych na drodze powiatowej nr 2269D w miejscowości Krzywa – przebudowa drogi klasy Z na długości 200m w terenie zabudowy:

- wykonanie drogi dla ruchu pieszego o nawierzchni z kostki betonowej – 511 m²
- wykonanie odwodnienia drogi – budowa wpustów deszczowych kpl. 4, studni rewizyjnych DN1000 kpl. 3, montaż rur DN200 – 136m, DN 160 – 13m
- montaż słupów oświetleniowych zasilanych solarem – szt.2
- usunięcie kolizji istniejących kabli telekomunikacyjnych oraz budowa kanalizacji teletechnicznej poprzez osłonięcie kabli rurami

Wykaz robót został złożony przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 24 kwietnia 2024 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający nie wzywał Przystępującego do uzupełnienia tych środków w trybie art. 128

ust. 1 Pzp.

Odwolujący zakwestionował zadania wskazane w wykazie w punkcie 2 i 3 i wskazał, że obowiązkiem Zamawiającego było wezwanie Przystępującego do uzupełnienia wykazu robót.

13 maja 2024 r. Zamawiający wybrał ofertę Przystępującego jako najkorzystniejszą w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny Izba uznała, że powyższa czynność była nieprawidłowa ze względu na to, że Przystępujący nie wykazał spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę brzmienie przytoczonego wyżej warunku nie budzi wątpliwości, że został on skonstruowany w sposób precyzyjny i nie dający podstaw do rozbieżności interpretacyjnych.

Przedmiotem warunku było zatem:

- 1.dwa zadania
- 2.obejmujące budowę lub przebudowę
- 3.drogi klasy min. D, o nawierzchni z betonowej kostki brukowej,
- 4.o długości w jednym ciągu min. 150 mb.

Zamawiający twierdził, że droga składa się z kilku elementów, w tym chodników i ewentualnie ścieżek rowerowych, zatem nawierzchnia drogi nie musi być nawierzchnią jezdni, a zatem wystarczające będzie wykonanie nawierzchni chodnika lub ścieżki rowerowej.

W ocenie Izby taka interpretacja warunku jest nielogiczna. O ile prawdą jest, że nawierzchnia nie musi być każdorazowo nawierzchnią jezdni, o tyle Zamawiający określił minimalną klasę drogi oraz jej uzbrojenie (które również należy rozumieć jako minimalne): kanalizację deszczową, oświetlenie uliczne, budowę kanału technologicznego/kanalizację teletechniczną oraz przebudowę kolidujących urządzeń i sieci. Zamawiający nie wskazał chodników czy ścieżek rowerowych jako niezbędnego elementu drogi w rozumieniu ww. warunku udziału w postępowaniu. Droga klasy D to najniższa klasa drogi publicznej według podziału wprowadzonego przez Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie. Jest

to tzw. droga dojazdowa, a zatem jej elementami nie muszą być chodniki. Tym samym nie sposób uznać, że powołanie się na budowę chodnika wzdłuż drogi odpowiadało wymogom określonym w warunku udziału w postępowaniu. Dlatego w ocenie Izby w przypadku tego warunku nawierzchnią drogi należało utożsamiać z nawierzchnią jezdni.

Przystępujący musiał być również tego świadomy – w toku rozprawy Przystępujący wprost powoływał się na budowę chodników wzdłuż drogi. Natomiast w treści wykazu robót mowa jest o budowie dróg dla pieszych. W ocenie Izby taki zabieg językowy daje podstawę do uznania, że Przystępujący mógł próbować ukryć rzeczywisty charakter elementów wykonanych z betonowej kostki brukowej, wobec oczywistej niezgodności z warunkiem udziału w postępowaniu zadań z pozycji 2 i 3 wykazu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

Przewodniczący