

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 4 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Magdalena Rams**

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 4 stycznia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 grudnia 2023 r. przez wykonawcę Baudziedzic Sp. z o.o., sp.k., z siedzibą w Głogowie Małopolskim, w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Wrocław – Zarząd Inwestycji Miejskich,

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze.
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Baudziedzic Sp. z o.o., sp.k., z siedzibą w Głogowie Małopolskim kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu od odwołania.

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.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

W dniu 15 grudnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Baudziedzic Sp. z o.o., sp.k., z siedzibą w Głogowie Małopolskim (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Gminie Wrocław – Zarząd Inwestycji Miejskich (dalej „Zamawiający”) naruszenie:

1) art. 112 ust. 1 w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 oraz art. 117 ust. 1 Pzp poprzez ustalenie warunku określonego w Rozdz. VIII ust. 2 pkt 2.4.2. i ust. 3 i ust. 4 SWZ dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wymaganego doświadczenia w sposób nieprecyzyjny, niezrozumiały, pozwalający na przyjęcie różnych interpretacji jego brzmienia, a w szczególności

a) po pierwsze w sposób umożliwiający przyjęcie, że treść warunku nakazuje by wykonawca (wykonawca występujący samodzielnie, jeden z członków tzw. konsorcjum, wykonawca poprzez jeden podmiot udostępniający zasoby) wykazał się obligatoryjnie wykonaniem dwóch robót budowlanych, z których każda polegać powinna na budowie obiektu użyteczności publicznej lub obiektu zamieszkania zbiorowego (w tym jednego z halą/halą sportową) oraz jednocześnie budowie lub przebudowie drogi wraz z opisaną w warunku infrastrukturą techniczną w sytuacji, gdy taki warunek/takie rozumienie warunku jest nieproporcjonalne względem przedmiotu zamówienia, nadmierne, nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego oraz wykracza poza minimalne poziomy zdolności, jak również cel warunku, jakim jest umożliwienie oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia;

b) po drugie w sposób umożliwiający przyjęcie, że treść warunku jest różna w zależności od tego, czy wykonawca składa ofertę sam, czy w ramach tzw. konsorcjum, względnie, czy wykazuje warunek udziału w postępowaniu samodzielnie czy w tzw. konsorcjum, czy za pośrednictwem potencjału podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, co na gruncie ustawy Pzp jest niedopuszczalne, co w konsekwencji stanowi naruszenie

2) art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców prowadząc od ograniczenia dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do realizacji zamówienia oraz proporcjonalności poprzez zastosowanie środków dyskryminujących oraz nadmiernych i wykraczających poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia celu jakim służyć warunek udziału w postępowaniu; przejrzystości poprzez określenie warunków w sposób umożliwiający różne jego interpretacje, a więc uniemożliwiający dokonanie przez wykonawcę samodzielnej oceny, na etapie przygotowywania oferty, czy spełnia warunek;

3) art. 239 ust. 2 w zw. z 240 ust. 2 w zw. z art. 241 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 oraz art. 17 ust. 1 Pzp poprzez określenie w ramach kryterium pn.: Kierownik budowy (Db) (Rozdział XIII ust. 2 pkt 2.2.1. SWZ), wymogów odnoszących się do doświadczenia (jako kierownik budowy) w realizacjach obejmujących kumulatywnie roboty budowlane polegające na budowie obiektu użyteczności publicznej lub obiektu zamieszkania zbiorowego z niezbędną infrastrukturą i zagospodarowaniem terenu, oraz

- budowę lub przebudowę drogi wraz z infrastrukturą;
- odwodnieniem,
- siecią wodociągową,

- siecią kanalizacji sanitarnej
- oświetleniem,
- siecią telekomunikacyjną, tj. robót odnoszących się do różnych branż, które to roboty w praktyce profesjonalnej realizowane są najczęściej w odrębnych inwestycjach (dotyczących budowy obiektów kubatorowych oraz budowy dróg), co powoduje, że możliwość pozyskania doświadczenia w zakresie kierowania robotami budowlanymi obejmującymi łącznie budowę budynku i budowę/przebudowę drogi z pełną infrastrukturą obejmującą m.in. sieć wodociągową i kanalizacyjną jest mocno ograniczona,
- oraz nadanie tak określonego kryterium pn.: Kierownik budowy (Db) wagi 20%, co w konsekwencji powoduje, że podmioty dysponujące kierownikiem budowy posiadającym adekwatne do przedmiotu zamówienia doświadczenie, jednak nie obejmujące 5 robót opisanych w kryterium, w praktyce nie mogą złożyć konkurencyjnej oferty i są wyłączone z możliwości uzyskania zamówienia. Uwzględniając okoliczność, że w branży robót budowlanych stosuje się marże na poziomie ok. 5-8%, brak dysponowania kierownikiem budowy posiadającym doświadczenie w rzadkich na rynku realizacjach obejmujących łącznie budowę budynku i budowę/przebudowę drogi z pełną infrastrukturą obejmującą m.in. sieć wodociągową i kanalizacyjną, nawet całkowita rezygnacja z zysku nie umożliwia uzyskania zamówienia. Sformułowanie kwestionowanego kryterium w sposób zakładający punktowanie realizacji obejmujących łącznie budowę budynku i budowę/przebudowę drogi z ww. infrastrukturą powoduje, że tylko największe firmy – duże przedsiębiorstwa – posiadające najbardziej zróżnicowane portfolio - mogą potencjalnie dysponować kierownikami budowy posiadającymi opisane w ramach kryterium doświadczenie. Powyższe skutkuje tym, że sposób skonstruowania przedmiotowego kryterium narusza zasadę:
- uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, prowadząc do realnego wyłączenia możliwości ubiegania się o zamówienie małym i średnim przedsiębiorstwom posiadającym adekwatne do przedmiotu zamówienia doświadczenie i dysponujące personelem odpowiednim do realizacji zamówienia, a także
- proporcjonalności i efektywności poprzez opisanie treści i przypisanie wagi kryterium w sposób nieadekwatny do ewentualnych korzyści dla realizacji zamówienia, jakie wynikać mogą z pozyskania kierownika budowy spełniającego wymogi kryterium w stosunku do realizacji zamówienia z udziałem kierownika, który posiada adekwatne, ale nie podlegające punktacji doświadczenie, a więc w sposób nie zapewniający najlepszej jakości robót budowlanych w stosunku do środków na realizację zamówienia.

Odwołujący wnioskował o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SWZ, w sposób wskazany w odwołaniu.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Izba ustaliła, iż w dniu 29 grudnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Zmawiającego z oświadczeniem o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, z wnioskiem o umorzenie postępowania odwoławczego.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu, a do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca, gdyż tylko wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego - zgodnie z art. 522 ust. 2 ustawy Pzp - może wnieść sprzeciw co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez Zamawiającego, Izba stwierdziła, że zaszły przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego zgodnie z art. 522 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.)

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 574 i art. 576 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca:

.....