Sygn. akt: KIO 3111/23

WYROK
z dnia 3 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Beata Pakulska-Banach

Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 października 2023 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych ERTER Sp. z o.o. z siedzibą w Jędrzejowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Powiatowy Zarząd Dróg w Bochni z siedzibą w Nowym Wiśniczu**

przy udziale: wykonawcy **K. K.,** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **K. K. KAM-TRANS-KOP,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy K. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K. K. KAM-TRANS-KOP, z uwagi na nie spełnianie warunku opisanego w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit. a) SWZ.
2. Uwzględnia odwołanie w pozostałym zakresie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy K. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K. K. KAM-TRANS-KOP do wyjaśnień – na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych - w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, opisanego w rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit. a) SWZ.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Kamila Krupę, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K. K. KAM-TRANS-KOP, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, i:
   3.1. 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;
   3.2. zasądza od wykonawcy: K. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K. K. KAM-TRANS-KOP, na rzecz odwołującego: Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych ERTER Sp. z o.o. z siedzibą w Jędrzejowie kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych w związku z uiszczonym wpisem od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605, ze 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 3111/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – Powiatowy Zarząd Dróg w Bochni z siedzibą w Nowym Wiśniczu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp" na realizację zadania pn.: *Wykonanie prac rekultywacyjnych, wykonania dróg i przepustów w ramach zadania pn.: ,,Scalenie i wymiana gruntów w obrębie Rzezawa, Gmina Rzezawa"*, numer referencyjny: ZP.271.15.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 września 2023 r., numer 2023/BZP 00400648. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 20 października 2023 roku wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych ERTER Sp. z o.o. z siedzibą w Jędrzejowie (zwany dalej: „odwołującym"), wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań czynności zamawiającego polegających na:

1) wyborze oferty KAM-TRANS-KOP, nie spełniającej warunku VIII.2.4)a SWZ z dnia 18.09.2023 r. oraz ogłoszenia n 2023/BZP 00400648/01 z dnia 2023-09-18;
2) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy – KAM-TRANS-KOP, którego oferta: nie spełniała warunku o warunku VIII.2.4)a SWZ z dnia 18.09.2023 r. oraz ogłoszenia nr 2023/BZP 00400648/01 z dnia 2023-09-18;
3) zaniechaniu uzyskania rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień od KAM-TRANS-KOP w sprawie przedstawionego doświadczenia tj. wykazania wykonania nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przed upływem terminu składania ofert wykonał należycie co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie i/lub przebudowie i/lub rozbudowie drogi publicznej o wartości brutto min. 1.000.000,00 zł w ramach jednej umowy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek wyboru wykonawcy, który zaoferował cenę rażąco niską i poprzez złożenie oferty dokonał czynu nieuczciwej konkurencji, przede wszystkim polegającego na wykluczeniu innych wykonawców z dostępu do rynku;
2) art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami Pzp, w szczególności wskutek zaniechania uzyskania od wykonawcy rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny realizacji usługi, a tym samym oparcie decyzji ws. wyboru oferty na danych (wyjaśnieniach), które nie pozwalają w obiektywny sposób ocenić zasadności i rynkowości zaoferowanej ceny;
3) art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uzyskania od KAM-TRANS-KOP rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie złożonej oferty;
4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;
5) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku.

Odwołujący wnosił o:
1) uwzględnienie odwołania w całości;
2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty;
3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności:
– badania i oceny ofert,
– wyboru oferty najkorzystniejszej;
4) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez KAM-TRANS-KOP i wykluczenie tego wykonawcy z postępowania.

Ponadto, odwołujący wnosił o dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania na fakty szczegółowo opisane w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił co następuje.

W pierwszej kolejności odwołujący wyjaśnił, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia mogli się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, przy czym warunek ten zostanie spełniony, gdy wykonawca:
„a) wykaże wykonanie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przed upływem terminu składania ofert wykonał należycie co najmniej jedną robotę budowlaną polegająca na budowie i/lub przebudowie i/lub rozbudowie drogi publicznej o wartości brutto min. 1.000.000,00 zł w ramach jednej umowy; b) wykaże dysponowanie min. 1 osobą na stanowisku Kierownika budowy, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej drogowej lub odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów".
Odwołujący wskazał, że wykonawca KAM-TRANS-KOP, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, złożył załącznik nr 8 do SWZ tj. wykaz robót budowalnych oraz referencje - wydane przez Powiatowy Zarząd Dróg w Tarnowie z siedzibą w Zgłobicach i podał informacje:
nazwa zadania: Budowa i przebudowa dróg wraz z rowami, przepustami i rekultywacjami w ramach zadania pn. „Zagospodarowanie poscaleniowe w obrębie ewidencyjnym Stare Żukowice, gmina Lisia Góra".
Zakres prac: - roboty drogowe - roboty przygotowawcze, rozbiórkowe, ziemne, wykonanie odwodnienia, nawierzchni z kruszywa i betonu asfaltowego, roboty wykończeniowe - roboty rekultywacyjne- roboty przygotowawcze, karczowanie drzew, krzaków i poszycia, zdjęcie warstwy humusu, roboty ziemne, wykonanie odwodnienia, roboty wykończeniowe - roboty zabezpieczające sieć elektryczną.

Odwołujący zauważył, że robota ta została wykonana w ramach zamówienia publicznego pn. Budowa i przebudowa dróg wraz z rowami, przepustami i rekultywacjami w ramach zadania pn. „Zagospodarowanie poscaleniowe w obrębie ewidencyjnym Stare Żukowice, gmina Lisia Góra".

Odwołujący podniósł, iż z projektu budowlanego dla zadania: Budowa siedmiu odcinków dróg o nawierzchni z kruszywa na działkach nr: 4128, 4781, 4766, 4811, 4839, 4586, 4366, 4704, 4902 w obrębie Stare Żukowice, gm. Lisia Góra w ramach zadania pn.: ,,Zagospodarowanie poscaleniowe w obrębie ewidencyjnym Stare Żukowice gmina Lisia Góra", wykonanego przez projektanta branży drogowej wynika (punkt 1.3), iż forma architektoniczna przewidziana dla projektowanej do budowy dróg przyjęto parametry techniczne jak dla drogi wewnętrznej. Projektowane drogi nie będą drogami publicznymi. Założenia projektowe dla przedmiotowych dróg wewnętrznych przyjęto parametry jak dla drogi o klasie technicznej– D (dojazdowa).

Odwołujący podkreślił, że powyższe potwierdza także opis techniczny do dokumentacji technicznej do zgłoszenia robót budowlanych przebudowa dróg D-1_1, D-2, D-3_2, D-5, D-6_1, D-7, D-8, D-9_1, D-10_2, D-12, D-13, D-14, D-15, D-16 na działkach ewidencyjnych nr 4108, 4128, 4766, 4781, 4828, 4839, 4717, 4487, 4586, 4366, 4704, 4672, 4673, 4902, 4657, 4449, 2055/5 w obrębie Stare Żukowice gminie Lisia Góra dla zadania pn.: ,,Zagospodarowanie poscaleniowe w obrębie Stare Żukowice gmina Lisia Góra". Stwierdził, iż funkcją i głównym zadaniem przebudowywanych dróg dojazdowych będzie poprawa stanu nawierzchni istniejących dróg dojazdu do gruntów rolnych i do zabudowań poszczególnych uczestników scalenia w celu stworzenia korzystniejszych warunków gospodarowania w rolnictwie. Projektowana droga D-16 jest drogą publiczną, natomiast pozostałe drogi to wewnętrzne.

Zdaniem odwołującego, powyższe przesądza o tym, że oferta podlega odrzuceniu, gdyż wykonawca KAM-TRANS-KOP nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Dalej odwołujący odniósł się do ogólnych zasad obowiązujących na gruncie przepisów ustawy Pzp wskazując, że katalog przesłanek odrzucenia oferty jest katalogiem zamkniętym, a jednocześnie w przypadku zaistnienia którejkolwiek z przesłanek zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia danej oferty. Jednocześnie odwołujący, powołując się na orzecznictwo Izby, wskazywał, że sposób określenia warunków udziału w postępowaniu ma na celu doprowadzenie do wyboru wykonawcy, który obiektywnie jest zdolny do należytego wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Jednocześnie określenie warunków udziału w postępowaniu powinno zostać dokonane precyzyjnie i jednoznacznie.

Odwołujący wywodził, że skoro wykonawca KAM-TRANS-KOP nie posiada zdolności technicznej lub zawodowej, to nie może realizować przedmiotowego zamówienia. Tym samym po stronie zamawiającego zaistniał obowiązek odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, gdyż oferta została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił jak na wstępie.

Pismem z dnia 26 października 2023 r. wykonawca K. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K. K. KAM-TRANS-KOP (zwany dalej: „KAM-TRANS-KOP" lub „zgłaszającym przystąpienie") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba uznała, że zgłoszenie przystąpienia ww. wykonawcy spełnia wymogi formalne, określone w przepisach art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i tym samym stwierdziła, że wykonawca KAM-TRANS-KOP stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W dniu 31 października 2023 roku zamawiający przekazał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której – powołując się na przepis art. 522 ust. 2 ustawy Pzp - oświadczył, iż:
„1. wnoszę o oddalenie odwołania z dnia 19.10.2023 r. wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych ERTER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą: ul. Mieszka I 10a/32, 28 - 300 Jędrzejów w części dotyczącej zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy – KAM-TRANS-KOP, którego oferta wedle odwołania: – miałaby nie spełniać warunku opisanego w VIII.2.4)a SWZ z dnia 18.09.2023 r. oraz ogłoszenia nr 2023/BZP 00400648/01 z dnia 2023-09-18;
2. oświadczam, iż Zamawiający uwzględnia odwołanie w pozostałej części a zatem co do zarzutu, iż:
1) błędnie dokonano wyboru oferty K. K. KAM-TRANS-KOP – mimo, iż nie spełniała ona warunku opisanego w VIII. 2.4) SWZ z dnia 18.09.2023 r. oraz ogłoszenia nr 2023/BZP 00400648/01 z dnia 2023-09-18;
2) zaniechano uzyskania rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień od K. K. KAM-TRANS-KOP w sprawie przedstawionego wraz z ofertą doświadczenia tj. wykazania wykonania należycie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przed upływem terminu składania ofert co najmniej jednej roboty

budowlanej polegającej na budowie i/lub przebudowie i/lub rozbudowie drogi publicznej o wartości brutto min. 1.000.000,00 zł w ramach jednej umowy – z nakierowaniem na temat doświadczenia uzyskanego podczas robót budowlanych realizowanych w obrębie dróg publicznych".

W dniu 2 października 2023 roku odwołujący złożył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenie – działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp – o częściowym wycofaniu odwołania, tj. odwołujący oświadczył, iż:
„cofam odwołanie w części dotyczącej zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy – KAM-TRANS-KOP, którego oferta wedle odwołania: – miałaby nie spełniać warunku opisanego w VIII.2.4)a SWZ z dnia 18.09.2023 r. oraz ogłoszenia nr 2023/BZP 00400648/01 z dnia 2023-09-18.
Wnoszę umorzenie postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy.".

Uzasadniając swoje oświadczenie odwołujący podnosił, że:
„Zamawiający uwzględnił odwołanie w pozostałej części a zatem co do zarzutu, iż: 1) błędnie dokonano wyboru oferty K. K. KAM-TRANS-KOP – mimo, iż nie spełniała ona warunku opisanego w VIII. 2.4) a SWZ z dnia 18.09.2023 r. ora ogłoszenia nr 2023/BZP 00400648/01 z dnia 2023-09-18; zaniechano uzyskania rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień od K. K. KAM-TRANS-KOP w sprawie przedstawionego wraz z ofertą doświadczenia tj. wykazania wykonania należycie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przed upływem terminu składania ofert co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie i/lub przebudowie i/lub rozbudowie drogi publicznej o wartości brutto min. 1.000.000,00 zł w ramach jednej umowy – z nakierowaniem na temat doświadczenia uzyskanego podczas robót budowlanych realizowanych w obrębie dróg publicznych. W związku z powyższym brak jest podstaw do kontynuacji postępowania".

W dniu 3 października 2023 roku w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego wykonawca KAM-TRANS-KOP, zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec częściowego uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest: wykonanie prac rekultywacyjnych, wykonanie dróg i przepustów w ramach zadania pn.: ,,Scalenie i wymiana gruntów w obrębie Rzezawa, Gmina Rzezawa"(Rozdział IV Specyfikacji Warunków Zamówienia – dalej jako „SWZ", Opis Przedmiotu Zamówienia).

W rozdziale VIII SWZ *Warunki udziału w postępowaniu* w ust. 2 pkt 4 lit. a) SWZ zamawiający wskazał, że:
„2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:
1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym:
Zamawiający nie stawia warunku w powyższym zakresie.
2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów:
Zamawiający nie stawia warunku w powyższym zakresie.
3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej:
Zamawiający nie stawia warunku w powyższym zakresie.
4) zdolności technicznej lub zawodowej:
Warunek ten zostanie spełniony, gdy Wykonawca:
a) wykaże wykonanie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przed upływem terminu składania ofert wykonał należycie co najmniej jedną robotę budowlaną polegająca na budowie i/lub przebudowie i/lub rozbudowie drogi publicznej o wartości brutto min. 1.000.000,00 zł w ramach jednej umowy".

W rozdziale X SWZ w ust. 1, 3 i 4 w pkt 3 zamawiający wskazał, że:
1. Do oferty Wykonawca zobowiązany jest dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia z postępowania – zgodnie z załącznikiem nr 2 i 3 do SWZ.
(…)
3. Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.
4. Podmiotowe środki dowodowe wymagane od Wykonawcy obejmują:
(…)
3) wykaz robót budowlanych, zgodny ze wzorem zamieszczonym w załączniku nr 8 do SWZ,

wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert,
a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, 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 należycie, 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".

Pismem z dnia 11.10.2023 r. zamawiający wezwał wykonawcę KAM-TRANS-KOP do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym:
„wykaz robót budowlanych, zgodny ze wzorem zamieszczonym w załączniku nr 8 do SWZ,
wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert,
a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną robotę budowlaną polegająca na budowie i/lub przebudowie i/lub rozbudowie drogi publicznej o wartości brutto min. 1.000.000,00 zł w ramach jednej umowy 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 należycie, 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 odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca KAM-TRANS-KOP złożył:
1) Wykaz robót budowlanych (Załącznik nr 8 do SWZ) – podając następujące informacje:
Rodzaj robót budowlanych – informacje potwierdzające spełnienie warunku:
Nazwa zadania:
Budowa i przebudowa dróg wraz z rowami, przepustami i rekultywacjami w ramach zadania pn. „Zagospodarowanie poscaleniowe w obrębie ewidencyjnym Stare Żukowice, gmina Lisia Góra"
Zakres prac:
- roboty drogowe- roboty przygotowawcze, rozbiórkowe, ziemne, wykonanie odwodnienia, nawierzchni z kruszywa i betonu asfaltowego, roboty wykończeniowe
- roboty rekultywacyjne- roboty przygotowawcze, karczowanie drzew, krzaków i poszycia, zdjęcie warstwy humusu, roboty ziemne, wykonanie odwodnienia, roboty wykończeniowe
- roboty zabezpieczające sieć elektryczną
Wartość robót (w zł brutto) – Wartość zadania: *9 643 746,67zł*
Data realizacji robót i podmiot, na rzecz którego roboty zostały wykonane:
od 29.06.2022r. do 29.05.2023r Powiatowy Zarząd Dróg w Tarnowie z siedzibą w Zgłobicach.

Ponadto, zostały złożone referencje z dnia 20 września 2023 roku pochodzące od Powiatowy Zarząd Dróg w Tarnowie, w których podmiot ten potwierdził, że:
„KAM-TRANS-KOP K. K(…) zrealizowała na rzecz Powiatu Tarnowskiego - Powiatowego Zarządu Dróg Powiatowych w Tarnowie z siedzibą w Zgłobicach zadanie pn.: Budowa i przebudowa dróg wraz z rowami, przepustami i rekultywacjami w ramach zadania pn. ,,Zagospodarowanie poscaleniowe w obrębie ewidencyjnym Stare Żukowice, gmina Lisia Góra.". Zakres prac obejmował:
a) Roboty drogowe w tym: roboty przygotowawcze (wyznaczenie trasy i punktów sytuacyjno-wysokościowych w terenie, karczowanie drzew, krzaków i poszycia, zdjęcie warstwy humusu) roboty rozbiórkowe (rozbiórka nawierzchni z tłucznia, prefabrykowanych elementów betonowych, ogrodzeń z siatki, przepustów z rur żelbetowych, ścianek czołowych przepustów), roboty ziemne, odwodnienie korpusu drogowego, wykonanie podbudowy, wykonanie nawierzchni z kruszywa i betonu asfaltowego, roboty wykończeniowe: umocnienia skarp, rowów i ścieków, przepusty pod zjazdami i drogami, oczyszczenie rowów z namułu z profilowaniem skarp i dna rowu, urządzenia bezpieczeństwa ruchu - ustawienie ogrodzenia z siatki metalowej;
b) Roboty rekultywacyjne w tym: roboty przygotowawcze, wyznaczenie trasy i punktów sytuacyjno-wysokościowych w terenie, karczowanie drzew, krzaków i poszycia, zdjęcie warstwy humusu, roboty ziemne, odwodnienie korpusu drogowego, roboty wykończeniowe w tym: oczyszczanie rowów z namułu z profilowaniem skarp i dna rowu, nasadzenia drzew;
c) Roboty zabezpieczające sieć elektryczną.

Termin realizacji zadania: 29.06.2022 r. - 29.05.2023 r.
Wartość robót brutto: 9 643 746,67 zł

Wszystkie roboty budowlane zostały wykonane należycie, w terminie, zgodnie z dokumentacją projektową, z przepisami

prawa budowlanego, zasadami wiedzy i sztuki budowlanej. Wykonawca wykazał się dobrą organizacją pracy, doświadczeniem zawodowym i zaangażowaniem w realizację podjętych działań.”.

Pismem z dnia 18 października 2023 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez wykonawcę KAM-TRANS-KOP K. K..

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uwzględniając stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Ponadto Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy K. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K. K. KAM-TRANS-KOP, z uwagi na nie spełnianie warunku opisanego w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit. a) SWZ, ze względu na wycofanie odwołania w tym zakresie przez odwołującego (co znalazło odzwierciedlenie w punkcie 1 sentencji wyroku).

Ponadto, Izba uznała, że odwołujący omyłkowo umieścił w *petitum* odwołania zarzuty opisane w punkcie 1, 2 i 5, a odnoszące się do ceny oferty wykonawcy KAM-TRANS-KOP, w związku z czym nie rozstrzygała w tym zakresie. Powyższy wniosek wynika z następujących okoliczności:

- brak jakiegokolwiek uzasadnienia, czy choćby jednozdaniowego odniesienia do tych zarzutów w uzasadnieniu odwołania, które wyłącznie odnosi się do kwestii braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia;
- wskazując w *petitum* odwołania niezgodne z przepisami czynności zamawiającego oraz zaniechania odwołujący wyłącznie odnosił się do kwestii braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę KAM-TRANS-KOP oraz zaniechania uzyskania wyczerpujących wyjaśnień w tym zakresie;
- wreszcie w oświadczeniu o cofnięciu odwołania w części odwołujący wskazał, że cofa odwołanie w części dotyczącej zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy KAM-TRANS-KOP, którego oferta miałaby nie spełniać warunku udziału w postępowaniu i wskazywał, że w pozostałej części zamawiający uwzględnił odwołanie (tj. w części co do zarzutu, iż błędnie dokonano wyboru oferty KAM-TRANS-KOP, mimo iż nie spełniała ona warunku udziału w postępowaniu oraz zaniechano uzyskania rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień w sprawie przedstawionego doświadczenia). Wobec powyższego, odwołujący wskazywał, że brak jest podstaw do kontynuacji postępowania. Brak odniesienia w tym oświadczeniu do pozostałych zarzutów (dotyczących ceny oferty wykonawcy KAM-TRANS-KOP) wskazuje na to, że odwołujący uważa, że te zarzuty nie zostały postawione (nie istnieją).

Wobec powyższego Izba nie rozstrzygała w zakresie ww. zarzutów.

Natomiast w zakresie zarzutu, który został uwzględniony przez zamawiającego i wobec którego to uwzględnienia wykonawca KAM-TRANS-KOP, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw tj. zarzutu, iż:

1) błędnie dokonano wyboru oferty K. K. KAM-TRANS-KOP – mimo, iż nie spełniała ona warunku opisanego w VIII. 2.4) SWZ z dnia 18.09.2023 r. oraz ogłoszenia nr 2023/BZP 00400648/01 z dnia 2023-09-18;
2) zaniechano uzyskania rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień od K. K. KAM-TRANS-KOP w sprawie przedstawionego wraz z ofertą doświadczenia tj. wykazania wykonania należycie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przed upływem terminu składania ofert co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie i/lub przebudowie i/lub rozbudowie drogi publicznej o wartości brutto min. 1.000.000,00 zł w ramach jednej umowy – z nakierowaniem na temat doświadczenia uzyskanego podczas robót budowlanych realizowanych w obrębie dróg publicznych”,

- odwołanie podlegało rozpoznaniu na rozprawie.

Izba uznała, że odwołanie w tym zakresie należało uwzględnić.

Na wstępie należy zauważyć, że odwołujący w podstawach prawnych zarzutów powołał przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wskazując, że zamawiający zaniechał uzyskania od KAM-TRANS-KOP rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień treści oferty. Przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do merytorycznej, przedmiotowej strony oferty, a nie do wyjaśnień dotyczących złożonych podmiotowych środków dowodowych. Tymczasem, z treści uzasadnienia

zarzutów wynika, że odwołujący zarzucał zamawiającemu wyłącznie zaniechanie uzyskania rzetelnych wyjaśnień od wykonawcy KAM-TRANS-KOP w kwestii powoływanego doświadczenia.

Zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Warunkiem udziału w postępowaniu było legitymowanie się doświadczeniem w zakresie wykonania należytego co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie i/lub przebudowie i/lub rozbudowie drogi publicznej o wartości brutto min. 1.000.000,00 zł w ramach jednej umowy.

Wykonawca KAM-TRANS-KOP przedstawił dokumenty wymagane przez zamawiającego, tj. wykaz robót oraz referencje potwierdzające należyte ich wykonanie. Powołał się na inwestycję: *Budowa i przebudowa dróg wraz z rowami, przepustami i rekultywacjami w ramach zadania pn. „Zagospodarowanie poscaleniowe w obrębie ewidencyjnym Stare Żukowice, gmina Lisia Góra".*

Jako zakres prac wymienił:
- roboty drogowe - roboty przygotowawcze, rozbiórkowe, ziemne, wykonanie odwodnienia, nawierzchni z kruszywa i betonu asfaltowego, roboty wykończeniowe
- roboty rekultywacyjne - roboty przygotowawcze, karczowanie drzew, krzaków i poszycia, zdjęcie warstwy humusu, roboty ziemne, wykonanie odwodnienia, roboty wykończeniowe
- roboty zabezpieczające sieć elektryczną.

Wartość zadania wykonawca określił na: 9 643 746,67 zł, termin: od 29.06.2022 r. do 29.05.2023 r.

Ani wykaz robót, ani złożone referencje nie wskazywały jakie rodzaje dróg obejmowała referencyjna inwestycja.

Tymczasem odwołujący powołał się w odwołaniu na dokumentację dotyczącą postępowania o udzielenie zamówienia na zadanie pn.: Budowa i przebudowa dróg wraz z rowami, przepustami i rekultywacjami w ramach zadania pn. „Zagospodarowanie poscaleniowe w obrębie ewidencyjnym Stare Żukowice, gmina Lisia Góra", realizowanego na rzecz Powiatu Tarnowskiego. Odwołujący powołał się m.in. na projekt budowlany i na opis techniczny do dokumentacji technicznej do zgłoszenia robót budowlanych. Z dokumentów tych wynikało, że przedmiotem inwestycji jest budowa dróg wewnętrznych, pełniących funkcje dróg transportu rolnego w obrębie Stare Żukowice, gm. Lisia Góra w ramach zagospodarowania poscaleniowego.

Niewątpliwie zaś warunek udziału w postępowaniu dotyczył doświadczenia w zakresie budowy i/lub przebudowy i/lub rozbudowy drogi publicznej.

Przedstawione przez odwołującego dowody wzbudzają uzasadnione wątpliwości czy w istocie referencyjna inwestycja, na którą powoływał się zgłaszający przystąpienie na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, swoim zakresem obejmowała budowę /przebudowę lub rozbudowę drogi publicznej o wartości minimum 1.000.000 zł brutto.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że potwierdził się zarzut odwołania, iż zamawiający zaniechał uzyskania rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień od wykonawcy K. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: K. K. KAM-TRANS-KOP w sprawie przedstawionego wraz z ofertą doświadczenia tj. wykazania wykonania należycie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przed upływem terminu składania ofert co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie i/lub przebudowie i/lub rozbudowie drogi publicznej o wartości brutto min. 1.000.000,00 zł w ramach jednej umowy.

W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy K. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K. K. KAM-TRANS-KOP do wyjaśnień – na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych - w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, opisanego w rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit. a) SWZ.

Odnosząc się do dowodów złożonych przez wykonawcę zgłaszającego przystąpienie przy piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia, tj. uzupełnienia referencji, jak i kosztorysu ofertowego i powykonawczego, to należy zauważyć, że nie były one przedmiotem badania przez zamawiającego. Izba nie może uprzedzać oceny tych dokumentów.

Zamawiający wobec istniejących wątpliwości winien wezwać wykonawcę do wyjaśnień /ewentualnie do dalszego uzupełnienia dokumentów i przeprowadzić stosowną analizę, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu czy też nie.

Wspomnieć należy, że zgłaszający przystąpienie w swoim piśmie dość szeroko odniósł się w swojej argumentacji do kwestii różnicy znaczeniowej pomiędzy wyrażeniem „wartość robót brutto" a „uzyskanym przez wykonawcę wynagrodzeniem brutto", wskazując przy tym na spełnienie warunku w zakresie przebudowy drogi publicznej o wartości brutto powyżej 1 mln zł (w tym zakresie powoływał się na kosztorys powykonawczy). Zgłaszający przystąpienie wywodził, że referencyjna inwestycja oprócz budowy dróg wewnętrznych, obejmowała również przebudowę drogi publicznej o wartości ponad 1 mln zł.

Wszystkie wątpliwości w powyższym zakresie winny zostać wyjaśnione przez zamawiającego w ramach powtórzonej czynności badania i oceny ofert.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania Izba orzekła stosownie do wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp i w oparciu o § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego Izba obciążyła kosztami postępowania uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego i zasądziła na rzecz odwołującego koszty postępowania odwoławczego związane z uiszczonym wpisem od odwołania (10 000 zł)

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący:……