Sygn. akt: KIO 1578/23

WYROK
z dnia 19 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Małgorzata Matecka
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2023 r. przez wykonawcę M. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Drogowo-Transportowy M. L. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Białystok

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego 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 art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, 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 1578/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Miasto Białystok (dalej: „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Utrzymanie ulic/dróg o nawierzchniach gruntowych na terenie miasta Białegostoku w rejonie Dojlidy" (dalej: „Postępowanie"). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 29 maja 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00236179/01.

I. W dniu 2 czerwca 2023 r. wykonawca M. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Drogowo-Transportowy M. L. (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ") opublikowanych w ww. Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 112 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.; dalej: „ustawa Pzp") w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącego doświadczenia wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, co stanowi przejaw naruszenia zasady uczciwej konkurencji i zasady proporcjonalności.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści sekcji V pkt 5.4.) ppkt 1 lit. a) ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziału V pkt 1 ppkt 4 lit. a) SWZ - poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącego doświadczenia wykonawcy w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podniósł m.in.:

Zamawiający w sekcji V pkt 5.4.) ppkt 1 lit. a) Ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale V pkt 1 ppkt 4 lit. a) SWZ określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczący doświadczenia wykonawcy o następującej treści:

a)wykonanie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym

okresie :

- co najmniej 2-ch robót budowlanych polegających na budowie i/lub przebudowie i/lub remoncie dróg/ulic o nawierzchni twardej o wartości min. 300 000,00 zł brutto każda robota,

  lub

- co najmniej 2-ch robót budowlanych polegających na budowie i/lub przebudowie i/lub remoncie i/lub bieżącej konserwacji dróg/ulic o nawierzchni gruntowej i/lub zagospodarowaniu poscaleniowym dróg o nawierzchni gruntowej, o wartości min. 300 000,00 zł brutto każda robota.

Zdaniem Odwołującego przytoczona treść pozostaje w oczywistej opozycji do istoty przedmiotu zamówienia, który jak wykazano powyżej dotyczy wykonywania robót budowlanych wyłącznie w ramach dróg/ulic o nawierzchni gruntowej. Innymi słowy legitymowanie się przez wykonawcę doświadczeniem w zakresie robót budowlanych dotyczących dróg o nawierzchni twardej nie przejawia żadnego związku z charakterystyką i specyfiką przedmiotu zamówienia, a także zakresem zamówienia i warunkami jego realizacji. W ocenie Odwołującego przytoczona powyżej treść warunku dot. dróg o nawierzchni twardej winna zostać całkowicie usunięta z opisu warunku udziału w postępowaniu. Następnie Odwołujący zauważył, że Przedmiot zamówienia nie obejmuje robót polegających na budowie lub przebudowie dróg, bowiem w ich wyniku następuje wytworzenie nowej drogi o zmienionych parametrach użytkowych lub technicznych względem dotychczasowych. Prace te charakteryzują się zupełnie inną specyfiką i zakresem. W związku z tym Odwołujący uznał, że legitymowanie się przez wykonawcę doświadczeniem w zakresie robót budowlanych polegających na budowie dróg lub ich przebudowie nie przejawia żadnego związku z charakterystyką i specyfiką przedmiotu zamówienia, a także zakresem zamówienia i warunkami jego realizacji. Odnośnie doświadczenia w zagospodarowaniu poscaleniowym dróg o nawierzchni gruntowej Odwołujący stwierdził, że również w tym przypadku zakres doświadczenia jest nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Odwołujący powołał się na treść art. 1 ust. 2 pkt 9 ustawy z dnia 26 marca 1982 r. o scalaniu i wymianie gruntów (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1223). W jego ocenie analiza definicji zagospodarowania poscaleniowego prowadzi do oczywistej konkluzji, że roboty budowlane dotyczące dróg w ramach zagospodarowania poscaleniowego polegają na budowie lub przebudowie tych dróg, nie zaś na ich bieżącym utrzymaniu, a tym samym pozostają bez związku z zakresem prac składających się na przedmiot niniejszego zamówienia, czyli z pracami polegającymi na bieżącej naprawie i konserwacji dróg. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący stwierdził, że z treści kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu winien zostać usunięty zakres doświadczenia w realizacji robót budowlanych polegających na budowie i/lub przebudowie dróg a także w zakresie zagospodarowania poscaleniowego dróg. Ponadto, Odwołujący zauważył, że w treści warunku opisanego w sekcji V pkt 5.4.) ppkt 1 lit. a) Ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale V pkt 1 ppkt 4 lit. a) SWZ Zamawiający wskazał, że wartość referencyjna doświadczenia winna wynosić nie mniej niż 300 000 tys. zł brutto w odniesieniu do każdej roboty budowalnej. Zdaniem Odwołującego określenie wskazanej wartości na poziomie 300 000 zł nie znajduje żadnego uzasadnienia w zakresie ilościowym przedmiotu zamówienia ani jego wartości szacunkowej i w związku z tym powinna zostać zwiększona do kwoty 500 000 zł. Odwołujący zauważył również, że bieżąca naprawa i konserwacja dróg o nawierzchni gruntowej cechuje się określoną charakterystyką. Wymaga dysponowania specjalistycznym sprzętem dostosowanym do określonego typu nawierzchni, tj. dróg o nawierzchni gruntowej, dysponowania wykwalifikowaną kadrą zdolną do obsługi tych maszyn. Istotnym jest również, że prace polegające na bieżącej naprawie i konserwacji dróg, w odróżnieniu od robót inwestycyjnych polegających na budowie lub przebudowie czy zagospodarowaniu poscaleniowym - wymagają zdolności do pozostawiania w stanie ciągłej gotowości celem niezwłocznego reagowania na bieżące zlecenia Zamawiającego.

II. Zamawiający nie udzielił pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Przedstawiając stanowisko ustne na rozprawie Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Zgodnie z art. 57 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zmówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Z przepisu tego wynika, że zamawiający ma swobodę decydowania o tym, czy warunki udziału w postępowaniu zostaną w ogóle ustanowione. Określając warunki udziału w postępowaniu zamawiający musi uwzględnić obowiązujące w tym zakresie przepisy prawa, np. art. 112 ust. 2 ustawy Pzp wskazujący czego mogą dotyczyć ustanowione w postępowaniu warunki. Mając jednak na uwadze regulację art. 57 pkt 2 ustawy Pzp należy stwierdzić, że ustanowienie warunków umożliwiających wzięcie udziału w postępowaniu możliwie najszerszemu kręgowi wykonawców co do zasady należy uznać za dopuszczalne na gruncie przepisów ustawy Pzp – skoro ustawa dopuszcza możliwość w ogóle odstąpienia od ustalania warunków udziału w postępowaniu. Jak wskazano w Komentarzu do Prawa Zamówień Publicznych pod red. H. Nowaka i M. Winiarza (Urząd Zamówień Publicznych,

Warszawa 2021, str. 244): „*W odróżnieniu od podstaw wykluczenia, które są określone ustawowo, warunki udziału w postępowaniu są kształtowane przez samego zamawiającego z uwzględnieniem jego potrzeb. Swoboda określenia przez zamawiających warunków zamówienia obejmuje nie tylko swobodę kształtowania treści warunków, ale również swobodę decydowania, czy warunki zostaną w ogóle określone. Zgodnie bowiem z art. 57 pkt 2 Pzp o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Zamawiający zatem może, ale nie musi, określać warunki udziału w postępowaniu.*" W związku z powyższym przepis art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności, należy interpretować przede wszystkim jako zakaz ustanawiania zbyt rygorystycznych warunków udziału w postępowaniu. Warunki powinny być określone na minimalnym poziomie, wystarczającym do należytego zrealizowania zamówienia. Natomiast zdolności wykraczające poza ten minimalny poziom mogą być przedmiotem kryteriów oceny ofert.

Przedmiotem zamówienia, na które prowadzone jest Postępowanie, jest utrzymanie ulic/dróg o nawierzchniach gruntowych na terenie miasta Białegostoku w rejonie Dojlidy. Roboty budowlane polegające na remoncie i/lub bieżącej konserwacji dróg/ulic o nawierzchni gruntowej stanowią wymagane doświadczenie objęte opisem warunku udziału w postępowaniu. Ponadto, Zamawiający wskazał również inne roboty budowlane, na które może powołać się wykonawca celem wykazania posiadania wymaganego doświadczenia do realizacji zamówienia. W ramach opisu warunku Zamawiający wskazał zatem szerszy zakres doświadczenia wykonawcy względem przedmiotu zamówienia - roboty budowlane polegające na budowie i/lub przebudowie i/lub remoncie dróg/ulic o nawierzchni twardej, roboty budowlane polegające na budowie i/lub przebudowie dróg/ulic o nawierzchni gruntowej i/lub zagospodarowaniu poscaleniowym dróg o nawierzchni gruntowej zostały wskazane dodatkowo względem (a nie zamiast) robót budowlanych polegających na remoncie i/lub bieżącej konserwacji dróg/ulic o nawierzchni gruntowej. Mając na uwadze przedstawione powyżej stanowisko prawne, sformułowanego przez Zamawiającego opisu warunku zamówienia nie można uznać za niezgodny z przepisami ustawy Pzp. Odmiennej oceny należałoby dokonać, gdyby te ostatnie z ww. robót budowlanych (tj. polegające na remoncie i/lub bieżącej konserwacji dróg/ulic o nawierzchni gruntowej) nie były objęte opisem warunku udziału w postępowaniu.

Nawet, gdyby jako zasadne należało przyjąć odmienne stanowisko, należy zauważyć, że na rozprawie Zamawiający wskazał, że wykonawca, który ma doświadczenie w budowie drogi o nawierzchni twardej ma również doświadczenie w budowie drogi o nawierzchni gruntowej. Wyjaśnił, że droga składa się z wielu warstw - nawet ośmiu, natomiast co najmniej sześć z nich jest takich samych jak w przypadku nawierzchni gruntowych. Wyjaśnił również, że dopuścił także zagospodarowanie poscaleniowe dróg o nawierzchni gruntowej jako wymagane doświadczenie, gdyż jego zdaniem wykonawca takich robót nabywa doświadczenie wystarczające do realizacji przedmiotu zamówienia. Wskazał na tożsamy zakres czynności tych prac, tj. korytowanie, wykonanie podbudowy, wbudowanie mieszanki kruszywowej, nadanie jej spadku, zagęszczenie. Z kolei budowa drogi to zespół określonych czynności, jak np. korytowanie, profilowanie, nadawanie spadku. Odwołujący nie zaprzeczył powyższym twierdzeniom Zamawiającego. W związku z tym Izba nie znajduje argumentów za uznaniem, że wykonawca robót budowlanych polegających na budowie i/lub przebudowie i/lub remoncie dróg/ulic o nawierzchni twardej, robót budowlanych polegających na budowie i/lub przebudowie dróg/ulic o nawierzchni gruntowej i/lub zagospodarowaniu poscaleniowym dróg o nawierzchni gruntowej nie będzie posiadał wymaganych zdolności do realizacji zamówienia, na które prowadzone jest Postępowanie. Za niemające w tym zakresie znaczenia należy uznać argumenty, że bieżąca naprawa i konserwacja dróg o nawierzchni gruntowej wymaga dysponowania specjalistycznym sprzętem dostosowanym do określonego typu nawierzchni, tj. dróg o nawierzchni gruntowej, dysponowania wykwalifikowaną kadrą zdolną do obsługi tych maszyn (warunki dotyczące sprzętu czy personelu ustanawiane są oddzielnie od warunku dotyczącego doświadczenia), oraz że prace polegające na bieżącej naprawie i konserwacji wymagają zdolności do pozostawiania w stanie ciągłej gotowości celem niezwłocznego reagowania na bieżące zlecenia zamawiającego (nie jest to zdolność nabywana poprzez doświadczenie tylko kwestia organizacji pracy wykonawcy).

Takie samo stanowisko należy zająć w odniesieniu do postawionego przez Odwołującego zarzutu dotyczącego wskazania przez Zamawiającego zbyt niskiej wartości referencyjnych robót. Jedynie dodatkowo należy zauważyć, że Odwołujący nie wyjaśnił czym miałoby się w tym przypadku różnić doświadczenie zdobyte przy realizacji robót budowlanych o wartości 500 000 zł od tego zdobytego przy realizacji robót budowlanych o wartości 300 000 zł.

Wymaga dodania, że zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu powinni również mieć na uwadze przepisy regulujące gospodarowanie środkami publicznymi. Zgodnie z art. 44 ust. 3 pkt 1) i 2) ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o

finansach publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1634, ze zm.) wydatki publiczne powinny być dokonywane: 1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów; 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań. Jednakże należy przypomnieć, że Izba dokonuje oceny czynności i zaniechań zamawiających na gruncie przepisów ustawy Pzp (art. 513 ustawy Pzp).

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i w związku z tym orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: **……....**