

POSTANOWIENIE

z dnia 17 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron postępowania odwoławczego **17 sierpnia 2022 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **28 lipca 2022 r.**

przez wykonawcę: **Warszawskie Przedsiębiorstwo Mostowe Mosty sp. z o.o. Budownictwo sp.k. z siedzibą w Warszawie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Remont wiaduktu im. Ks. J. Poniatowskiego w Warszawie* (nr ZDM/UM/DZP/62/PN/13/22)

prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie** [„Zamawiający”]

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez niego tytułem wpisu od odwołania.**
- 3. Znosi wzajemnie pomiędzy stronami pozostałe koszty postępowania odwoławczego.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Remont wiaduktu im. Ks. J. Poniatowskiego w Warszawie* (nr ZDM/UM/DZP/62/PN/13/22). Ogłoszenie o tym zamówieniu 18 lipca 2022 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2022/S_136 pod poz. 387881. Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

28 lipca 2022 r. Warszawskie Przedsiębiorstwo Mostowe Mosty sp. z o.o. Budownictwo sp.k. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Odwołujący”} wniosło odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji warunków zamówienia {dalej: „SWZ”} w zakresie objętym poniższymi zarzutami:

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 204 ust. 1 oraz art. 242 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 oraz w zw. z art. 17 ust. 1 – przez nieprawidłowe ukształtowanie kryterium oceny ofert pn. „doświadczenie kierownika budowy” (pkt 16.2.3. SWZ), którego zastosowanie nie prowadzi do wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż zakłada premiowanie doświadczenia kierownika budowy zdobytego przy pełnieniu wyłącznie funkcji kierownika budowy lub kierownika robót – z pominięciem funkcji inspektora nadzoru, podczas gdy zakres uprawnień, doświadczenia i zaangażowania inspektora nadzoru w proces budowlany jest co najmniej na tożsamym poziomie, jak w przypadku kierownika budowy lub kierownika robót, inspektor nadzoru w procesie budowlanym pełni funkcję o wyższej randze niż kierownik budowy i kierownik robót, a dodatkowo praktyką rynkową jest traktowanie doświadczenia inspektora nadzoru, kierownika budowy oraz kierownika robót na równi - oraz jednocześnie zakłada premiowanie doświadczenia w zakresie prac wykonanych przy jedynie niektórych obiektach inżynierskich (obiekt mostowy) lub niektórych kolejowych obiektach inżynierskich (most, wiadukt lub nadziemne przejście dla pieszych), co nie ma przełożenia na jakość wykonania zamówienia, a zarazem prowadzi do ograniczenia i zakłócenia konkurencji, gdyż Zamawiający faworyzuje w ten sposób konkretny rodzaj i zakres doświadczenia kierownika budowy lub kierownika robót, w sytuacji gdzie nie ma to uzasadnienia.
2. Art. 112 ust. 1 oraz art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 – przez określenie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do doświadczenia wykonawcy (pkt 7.2.2.1.

SWZ) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz ograniczający konkurencję w postępowaniu – w zakresie, w jakim Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał się doświadczeniem jedynie w okresie 5 lat, jedynie przy wykonywaniu prac polegających na remoncie lub przebudowie oraz przy wykonaniu prac dotyczących jedynie niektórych drogowych obiektów inżynierskich (obiekt mostowy) lub niektórych kolejowych obiektów inżynierskich (most, wiadukt lub nadziemne przejście dla pieszych) - co prowadzi do ograniczenia konkurencji, gdyż eliminuje z udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

3. Art. 112 ust. 1 oraz art. 115 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 – przez ich niewłaściwe zastosowanie i określenie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności ekonomicznej lub finansowej wykonawcy (pkt 7.2.1.2. SWZ) w sposób nieproporcjonalny i nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia – w zakresie, w jakim Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem niniejszego zamówienia na sumę gwarancyjną na poziomie nie mniejszym niż 15.000.000,00 zł, podczas gdy Zamawiający sformułował równoległe warunki udziału w postępowaniu odnoszący się do zdolności ekonomicznej lub finansowej (pkt 7.2.1.1. SWZ), aby wykonawca uzyskał średni przychód za ostatnie 3 lata obrotowe w wysokości nie mniejszej niż 30.000.000,00 zł – co powoduje bezzasadność wymogu, aby wartość sumy gwarancyjnej w ramach warunku udziału, o którym mowa w pkt 7.2.1.2 SWZ wynosiła nie mniej niż 15.000.000,00 zł oraz pozostaje wystarczające do potwierdzenia zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania powyższe zarzuty zostały dodatkowo sprecyzowane przez podanie okoliczności faktycznych i prawnych, które zdaniem Odwołującego uzasadniają wniesienie odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany brzmienia zaskarżonych postanowień w sposób opisany w odwołaniu.

17 sierpnia 2022 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na powyższe odwołanie (datowana na 16 sierpnia 2022 r.), w której Zamawiający poinformował o zmianach treści SWZ dokonanych 12 sierpnia 2022 r. w ramach częściowego uwzględnienia zarzutów nr 1 i 2. W pozostałym zakresie oraz w odniesieniu do zarzutu nr 3 wniósł o oddalenie odwołania, podając uzasadnienie dla takiego stanowiska.

17 sierpnia 2022 r. wpłynęło również do Izby pismo Odwołującego, w którym

poinformował o wycofaniu zarzutu nr 3 oraz podtrzymaniu odwołania w pozostałym zakresie, w jakim nie zostało uwzględnione przez Zamawiającego.

17 sierpnia 2022 r. na posiedzeniu z udziałem Stron Zamawiający podał do protokołu, że uwzględnia zarzuty nr 1 i 2 oraz związane z nimi żądania w takim zakresie, że nada zakwestionowanym postanowieniom następujące brzmienie:

1. [pkt 16.2.3. SWZ] *W zakresie kryterium „doświadczenie kierownika budowy” – oferta może uzyskać maksymalnie 10 punktów. Ocena punktowa dokonana zostanie na podstawie oświadczenia Wykonawcy – załącznik nr 9 do SWZ, które należy wypełnić i załączyć do formularza oferty. Oświadczenie powinno być podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osoby umocowane, z zastrzeżeniem pkt 8.2.1.2. SWZ. Wykonawca otrzyma:*
 - *0 punktów otrzyma kierownik budowy wykonawcy, który nie wykaże dodatkowego doświadczenia przy wykonywaniu robót antykorozyjnych*
 - *10 punktów otrzyma kierownik budowy wykonawcy, który wykaże dodatkowe doświadczenie nabyte w ostatnich 7 latach przy wykonywaniu robót antykorozyjnych elementów stalowych lub betonowych obiektu inżynierskiego w postaci obiektu mostowego, konstrukcji oporowej lub tunelu służącego do przeprowadzenia samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo-rowerowego (w rozumieniu rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie) lub kolejowego obiektu inżynierskiego w postaci mostu, wiaduktu, nadziemnego i podziemnego przejścia dla pieszych lub ściany oporowej (w rozumieniu rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10 września 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie), wpisanego do rejestru zabytków lub zlokalizowanego w obszarze wpisanym do rejestru zabytków lub do ewidencji zabytków, o ile inwestycja została zrealizowana na podstawie pozwolenia na prowadzenie prac konserwatorskich, o powierzchni robót antykorozyjnych min. 25.000 m², pełniąc funkcję kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru.*
2. [pkt 7.2.2.1. SWZ] *Wykonawca nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat licząc od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał zamówienie obejmujące roboty budowlane w rozumieniu przepisów ustawy Prawo budowlane (Dz.U. z 2021 r., poz. 2351) i jednocześnie prace konserwatorskie w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz.U. z 2022 r., poz. 840) tj.: roboty budowlane*

polegające na remoncie, przebudowie lub budowie drogowego obiektu inżynierskiego w postaci obiektu mostowego, konstrukcji oporowej lub tunelu służącego do przeprowadzenia samodzielnego ciągu pieszego lub pieszorowerowego (w rozumieniu rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie) lub kolejowego obiektu inżynierskiego w postaci mostu, wiaduktu, nadziemnego i podziemnego przejścia dla pieszych lub ściany oporowej (w rozumieniu rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10 września 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie), wpisanego do rejestru zabytków lub zlokalizowanego w obszarze wpisanym do rejestru zabytków lub do ewidencji zabytków, o ile inwestycja została zrealizowana na podstawie pozwolenia na prowadzenie prac konserwatorskich, przy czym wartość remontu, przebudowy lub budowy wyniosła co najmniej 15.000.000,00 zł brutto;

albo

wykonał zamówienia obejmujące roboty budowlane w rozumieniu przepisów ustawy Prawo budowlane (Dz.U. z 2021 r., poz. 2351) i jednocześnie prace konserwatorskie w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz.U. z 2022 r., poz. 840) tj.: roboty budowlane polegające na remoncie, przebudowie lub budowie co najwyżej 5 (pięciu): drogowych obiektów inżynierskich w postaci obiektów mostowych, konstrukcji oporowych lub tuneli służących do przeprowadzenia samodzielnego ciągu pieszego lub pieszorowerowego, (w rozumieniu rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie) lub kolejowych obiektów inżynierskich w postaci mostu, wiaduktu, nadziemnego i podziemnego przejścia dla pieszych lub ściany oporowej (w rozumieniu rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10 września 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie), wpisanych do rejestru zabytków lub zlokalizowanych w obszarze wpisanym do rejestru zabytków lub do ewidencji zabytków, o ile inwestycje zostały zrealizowane na podstawie pozwolenia na prowadzenie prac konserwatorskich, przy czym łączna wartość remontów, przebudów lub budów wyniosła co najmniej 15.000.000,00 zł brutto.

W odpowiedzi na powyższe stanowisko Odwołujący oświadczył do protokołu, że wycofuje odwołanie w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego w tej sprawie nie zgłoszono żadnego przystąpienia.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 522 ust. 3 pzp 3. w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Ponieważ zaistniała sytuacja opisana w hipotezie przywołanego przepisu, Izba zobligowana jest do umorzenia postępowania odwoławczego w tej sprawie bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Z tych względów – działając na podstawie art. 568 pkt 3 ustawy pzp – Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 575 ustawy pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b 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. poz. 2437), nakazując zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu oraz znosząc wzajemnie między stronami pozostałe koszty.