

WYROK
z dnia 20 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2022 r. przez odwołującego: wykonawcę Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Miasto Szczecin

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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 2021 r. poz. 1129, 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:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Miasto Szczecin - w imieniu której działa Tramwaje Szczecińskie Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Przebudowa ul. Szafera (od al. Wojska Polskiego do ul. Sosabowskiego) etap realizacyjny II i III”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 maja 2022r. (Dz.U./S S98) pod nr 267256-2022-PL.

I. W dniu 30 maja 2022 r. wykonawca Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie (odwołujący) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji warunków zamówienia („SWZ”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”:

- art. 242 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 239 ust. 2 ustawy Pzp poprzez sformułowanie w SWZ i ogłoszeniu jako kryterium oceny ofert doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy nabytego w zw. z pełnieniem funkcji kierownika budowy przy realizacji (wykonaniu) roboty w pasie drogowym polegającej na budowie lub przebudowie lub modernizacji lub remoncie torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsytkowej długości min 500 mtp. wraz z jednym węzłem rozjazdowym tramwajowym zawierającym min. 3 zwrotnice najazdowe z napędem elektrycznym, podczas gdy doświadczenie takie nie ma znaczącego wpływu na jakość wykonania zamówienia, rozumianego jako całość zadania, w którym wartość robót objętych warunkiem stanowi ok. 10% wartości zamówienia, a tym samym nie może prowadzić do wyboru oferty najkorzystniejszej (pkt I. 1a), ewentualnie:
- art. 242 ust. 2 pkt 5, art. 239 ust. 2 ustawy Pzp w zw. art. 16 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez sformułowanie w SWZ i ogłoszeniu jako kryterium oceny ofert doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy nabytego w zw. z pełnieniem funkcji kierownika budowy przy realizacji (wykonaniu) roboty w pasie drogowym polegającej na budowie lub przebudowie lub modernizacji lub remoncie torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsytkowej długości min 500 mtp. wraz z jednym węzłem rozjazdowym tramwajowym zawierającym min. 3 zwrotnice najazdowe z napędem elektrycznym, podczas gdy jeżeli uznamy, że takie doświadczenie przekłada się znacząco na jakość wykonania zamówienia to takie samo doświadczenie nabywa

się pełniąc funkcję kierownika robót drogowych lub torowych przy realizacji (wykonaniu) roboty w pasie drogowym polegającej na budowie lub przebudowie lub modernizacji lub remoncie torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsypkowej długości min 500 mtp. wraz z jednym węzłem rozjazdowym tramwajowym zawierającym min. 3 zwrotnice najazdowe z napędem elektrycznym) tj. sformułowanie kryterium oceny ofert w sposób nadmierny i nieproporcjonalny, a w konsekwencji nie prowadzący do wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu i naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców (pkt I. 1b),

- art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jako że kryteria wskazane powyżej naruszają obowiązek udzielenia zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość usług, uzasadnioną charakterem zamówienia w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację (pkt 2).

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: na wypadek uwzględnienia zarzutu w pkt I. 1a) i 2: zmiany w pkt XIV SWZ pkt. 1 ppkt. 3 oraz Sekcja II.2.4. Ogłoszenia poprzez usunięcie kryterium doświadczenia kierownika budowy i zwiększenia znaczenia kryterium rękopisami do 40%, ewentualnie, na wypadek uwzględnienia zarzutu z pkt I. 1b) i 2: zastąpienie zwrotu „(...) przy realizacji (wykonaniu) roboty w pasie drogowym polegającej na budowie lub przebudowie lub modernizacji lub remoncie torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsypkowej długości min 500 mtp. wraz z jednym węzłem rozjazdowym tramwajowym zawierającym min. 3 zwrotnice najazdowe z napędem elektrycznym (...)” zwrotem „(...) przy realizacji (wykonaniu) na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót drogowych roboty w pasie drogowym polegającej na budowie lub przebudowie lub modernizacji lub remoncie torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsypkowej długości min 500 mtp. wraz z jednym węzłem rozjazdowym tramwajowym zawierającym min. 3 zwrotnice najazdowe z napędem elektrycznym (...)” . W formularzu oferty w pkt 2 w Uwadze należy dodać „(...) lub kierownika robót drogowych (...)”.

II. Pismem z dnia 13 czerwca 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. 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.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 242 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 239 ust. 2 ustawy Pzp poprzez sformułowanie w SWZ i ogłoszeniu jako kryterium oceny ofert doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy nabytego w zw. z pełnieniem funkcji kierownika budowy przy realizacji (wykonaniu) roboty w pasie drogowym polegającej na budowie lub przebudowie lub modernizacji lub remoncie torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsytkowej długości min 500 mtp. wraz z jednym węzłem rozjazdowym tramwajowym zawierającym min. 3 zwrotnice najazdowe z napędem elektrycznym, podczas gdy doświadczenie takie nie ma znaczącego wpływu na jakość wykonania zamówienia, rozumianego jako całość zadania, w którym wartość robót objętych warunkiem stanowi ok. 10% wartości zamówienia, a tym samym nie może prowadzić do wyboru oferty najkorzystniejszej (pkt I. 1a). Izba uznała zarzut za niezasadny. Odwołujący oparł go na błędnym założeniu, że udział procentowy prac, do których odnosi się treść kryterium oceny ofert, o którym mowa w art. 245 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, ma decydujące znaczenie w kontekście dopuszczalności ustanowienia takiego kryterium. Zgodnie z przepisem art. 245 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do: organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Niewątpliwie prace dotyczące wykonania torowiska tramwajowego mają istotne znaczenie w kontekście realizacji całego zamówienia. Nienależyta realizacja tej części zamówienia będzie dla zamawiającego oznaczać nienależyte wykonanie całego zamówienia. Jak bowiem wskazał zamawiający ostatecznym celem inwestycji jest wykonanie drogi dwupasowej oraz jezdni wraz z torowiskiem, gdzie docelowo mają poruszać się tramwaje oraz autobusy komunikacji miejskiej.

Mając na uwadze powyższe Izba za niezasadny uznała również zarzut naruszenia art. 242 ust. 2 pkt 5), art. 239 ust. 2 ustawy Pzp w zw. art. 16 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez sformułowanie w SWZ i ogłoszeniu jako kryterium oceny ofert doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy nabytego w zw. z pełnieniem funkcji kierownika budowy przy realizacji (wykonaniu) roboty w pasie drogowym polegającej na budowie lub przebudowie lub modernizacji lub remoncie torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsytkowej długości min 500 mtp. wraz z jednym węzłem rozjazdowym tramwajowym zawierającym min. 3 zwrotnice najazdowe z napędem elektrycznym, podczas gdy jeżeli uznamy, że takie doświadczenie przekłada się znacząco na jakość wykonania zamówienia to takie samo doświadczenie nabywa się pełniąc funkcję kierownika robót drogowych lub torowych przy realizacji (wykonaniu) roboty w pasie drogowym polegającej na budowie lub przebudowie lub modernizacji lub remoncie torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsytkowej długości min 500 mtp. wraz z jednym

węzłem rozjazdowym tramwajowym zawierającym min. 3 zwrotnice najazdowe z napędem elektrycznym) tj. sformułowanie kryterium oceny ofert w sposób nadmierny i nieproporcjonalny, a w konsekwencji nie prowadzący do wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu i naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców (pkt I. 1b). Jak stwierdził zamawiający w odpowiedzi na odwołanie: *„kierownik budowy jest osobą odpowiedzialną za prowadzoną inwestycję w każdym aspekcie, technicznym i formalnym. Doświadczenie zdobyte na stanowisku kierownika robót nie jest tożsame z doświadczeniem zdobytym na stanowisku kierownika budowy, który koordynuje prace, sprawuje pieczę nad prawidłowym przebiegiem całej inwestycji pod względem prawidłowości prowadzonych prac, procesem ich odbioru, kontroluje jakość i poprawność wykonywanych prac. Zamawiający kładzie szczególny nacisk na osobę kierownika budowy ze względu na zakres i specyfikę prac budowlanych, które należy wykonać na zadaniu. (...) Kierownik budowy jako koordynator wszystkich robót jest w stanie ze względu na swoje doświadczenie, zdobytą wcześniej wiedzę przy realizacji na stanowisku kierownika budowy przewidywać i wychwycić pewne problemy przy realizacji robót na tyle wcześnie aby wykonać te roboty bez szkody dla Zamawiającego dla jakości wykonania prac czy dla terminu realizacji zadania. Celem inwestycji w znacznym stopniu jest uruchomienie transportu komunikacji miejskiej a do tego celu muszą zostać wykonane prawidłowo roboty wielu branż i tak aby uruchomić linię tramwajową należy prawidłowo wykonać słupy trakcyjne, sieć trakcyjną, odpowiednio doprowadzić zasilanie do elementów infrastruktury informacji pasażerskiej, tablice informacyjne czy biletomaty, wykonać sieć kanalizacji deszczowej aby odwodnić torowisko, następnie przechodzimy do warstw podłoża wzmocnienie gruntu, warstwy podbudowy z kruszywa, warstwy materiałów antywibracyjnych, dopiero przechodzimy do właściwej warstwy płyty podtorowej z którą są zespolone szyny tramwajowe a następnie należy wykonać jeszcze nawierzchnię torowiska z warstw bitumicznych. Perony autobusowo tramwajowe również stanowią część niezbędną do sprawnego funkcjonowania komunikacji miejskiej. W związku z tym Zamawiający potrzebuje na stanowisko kierownika budowy osoby posiadającej wiedzę w odniesieniu do wszystkich w/w elementów robót aby osoba ta potrafiła ocenić czy są prawidłowo wykonywane. Kierownik robót nie oceni tych robót właściwie jego doświadczenie dotyczy jak sam Odwołujący podnosi jednej branży. Natomiast celem danej inwestycji jest ostatecznie wykonanie torowiska umożliwiającego poruszanie się komunikacji miejskiej co wiąże się ze zrealizowaniem w prawidłowy sposób robót wielu branż.”* Mając zatem na uwadze, po pierwsze, cel i zakres przedmiotowy inwestycji objętej zamówieniem publicznym, a po drugie, różnice w zakresie pełnionych ról oraz doświadczenia zawodowego zdobywanego przez kierownika budowy oraz kierownika robót (w tym zakresie skład orzekający podzieliła stanowisko przedstawione przez zamawiającego), Izba uznała, że ww. zarzut nie podlega uwzględnieniu.

W konsekwencji powyższego Izba uznała, że nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba 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 pkt 1 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: