

Sygn. akt: KIO 2118/19

WYROK
z dnia 5 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PBW INŻYNIERIA J. G. oraz Probudowa.com Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Miasto Szczecin

przy udziale wykonawcy: INTOP Skarbimierzyce spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Skarbimierzycach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:
 - 2.1. 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;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz wykonawcy INTOP Skarbimierzyce spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Skarbimierzycach kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Remont mostu nad Jeziorem Rusałka w parku im. Jana Kasprowicza w Szczecinie”, znak: BZP/60/19. Wartość ww. zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 14 sierpnia 2019 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 585911-N-2019.

I. W dniu 21 października 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PBW INŻYNIERIA J. G. oraz Probudowa.com Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od:

1. czynności wyboru przez zamawiającego oferty złożonej przez wykonawcę INTOP Skarbimierzycze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Skarbimierzycach jako najkorzystniejszej z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp;
2. czynności zamawiającego polegającej na ocenie oferty wykonawcy INTOP Skarbimierzycze Sp. z o.o. niezgodnie z przyjętymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”) warunkami udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a w konsekwencji braku odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz jego wykluczenia z postępowania;
3. czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy INTOP Skarbimierzycze Sp. z o.o. mimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;
4. czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy INTOP Skarbimierzycze Sp. z o.o. i zaniechania przez zamawiającego wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia oferty mimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim personelem.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, że wykonawca INTOP Skarbimierzycze Sp. z o.o. spełnił warunek posiadania odpowiednich zdolności technicznych lub

zawodowych wskazanych w rozdziale V pkt 2 ppkt 2a SIWZ, podczas gdy jak wynika z treści odwołania oferta ta nie spełniła stawianych w tym zakresie warunków określonych w SIWZ;

2. art. 22a ust. 2 i 4 ustawy Pzp przez błędne przyjęcie, że wykonawca INTOP Skarbimierzyce Sp. z o.o., który polega na zdolnościach lub sytuacji innego podmiotu, udowodnił zamawiającemu, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu, w sytuacji gdy nie przedstawił wystarczającego zobowiązania tego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia;
3. art. 25a ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że wykonawca INTOP Skarbimierzyce Sp. z o.o. złożył skutecznie oświadczenie o tym, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz dysponuje odpowiednim personelem;
4. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy INTOP Skarbimierzyce Sp. z o.o. do uzupełnienia wykazu personelu w zakresie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót, z którego to wykazu wynika, iż osoba tam wskazana nie posiada doświadczenia zawodowego przy kierowaniu minimum 2 robotami budowlanymi polegającymi na budowie, przebudowie lub remoncie obiektu mostowego o wartości robót nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto każda;
5. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 25a ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy INTOP Skarbimierzyce Sp. z o.o. z postępowania z uwagi na niespełnienie przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 2 ppkt 2a SIWZ;
6. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy INTOP Skarbimierzyce Sp. z o.o. w wyniku przeprowadzonej procedury badania i oceny ofert jako oferty, której treść nie odpowiada SIWZ;
7. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego odrzuceniu.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości poprzez nakazanie zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę INTOP Skarbimierzyce Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej;
2. wykluczenie wykonawcy INTOP Skarbimierzyce Sp. z o.o. z postępowania z uwagi na fakt, iż jego oferta nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 2 ppkt 2a SIWZ;

3. dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert i wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
ewentualnie
4. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert, a w tym wezwanie wykonawcy INTOP Skarbimierzyce Sp. z o.o. do złożenia dodatkowych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący stwierdził w szczególności, co następuje:

Odwołujący wskazał, iż już z treści nazwy samego rozporządzenia (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) przywołanego w SIWZ w ramach definicji „obiekty mostowe” podanej w uzupełnieniu opisu warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej wynika, iż w tym zakresie zamawiający oczekiwał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wykazania się doświadczeniem podmiotu i personelu, które zostało zdobyte przy realizacji robót budowlanych związanych z drogowymi obiektami mostowymi, co biorąc pod uwagę, iż przedmiotem zamówienia są roboty budowlane dotyczące obiektu drogowego a nie kolejowego jest oczekiwaniem w pełni zrozumiałym i uzasadnionym. Natomiast podane przez wykonawcę INTOP Skarbimierzyce Sp. z o.o. w wykazie robót zadanie pn. „Modernizacja mostu w km 211,657 linii kolejowej nr 2 Warszawa - Terespol” na potwierdzenie warunku wskazanego w rozdział V pkt 2 ppkt 2a SIWZ nie odpowiada stawianemu przez zamawiającego w SIWZ wymogowi. Z treści wykazu robót w sposób niebudzący wątpliwości wynika, iż obiekt o którym mowa powyżej jest obiektem kolejowym, a nie obiektem mostowym zgodnym z definicją wskazaną w ww. rozporządzeniu. Odwołujący stwierdził, iż warunku wskazanego w rozdział V pkt 2 ppkt 2a SIWZ nie spełnia także trzecie zadanie przedstawione w ramach uzupełnionego wykazu robót (Wykonanie robót budowlanych realizowanych w ramach zadania Likwidacja wąskich gardeł poprzez poprawę stanu technicznego obiektów inżynierskich – most na linii kolejowej nr 281 Oleśnica – Chojnice w km 110,586), a ponadto zauważył, iż jak wynika z treści dokumentu zawierającego oświadczenie INTOP Warszawa Sp. z o.o. o oddaniu do dyspozycji wykonawcy INTOP Skarbimierzyce Sp. z o.o. swoich zasobów na potrzeby wykonania zamówienia dwa nowe zadania przedstawione w uzupełnionym wykazie nie zostały objęte treścią ww. zobowiązania podmiotu trzeciego.

Ponadto odwołujący wskazał, iż w wykazie osób na stanowisko kierownika robót w celu wypełnienia warunku z rozdziału V pkt 2 ppkt 2b wskazany został Pan M. L. . Na potwierdzenie posiadanego przez niego doświadczenia powołano m.in. zadanie pn. „Likwidacja wąskich gardeł poprzez poprawę stanu technicznego obiektów inżynierskich Modernizacja mostu w km 208,211 linii nr 351 Poznań - Szczecin Gł.”, dodając, iż w ramach tego zadania były

wykonywane prace związane z przebudową mostu kolejowego w Szczecinie w km 208,211 linii kolejowej nr 351. Zdaniem odwołującego z powyższego w sposób jednoznaczny wynika, iż wykonawca INTOP Skarbimierzyce Sp. z o.o. nie wykazał się posiadaniem przez wskazanego kierownika robót minimum dwóch robót budowlanych w zakresie obiektu mostowego zgodnie z definicją przywołaną w treści SIWZ.

Odnosząc się do dokumentu zawierającego oświadczenie INTOP Warszawa Sp. z o.o. o oddaniu do dyspozycji wykonawcy INTOP Skarbimierzyce Sp. z o.o. swoich zasobów na potrzeby wykonania zamówienia nie wynika w jaki sposób podmiot ten będzie brał udział w realizacji zamówienia. Zawarte w treści ww. oświadczenia stwierdzenie, iż wykorzystanie udostępnionego zasobu będzie polegało na: „bezpośrednim zaangażowaniu w toku realizacji zamówienia” nie potwierdza, iż podmiot ten będzie brał faktyczny udział w realizacji zamówienia, tak by udzielona przez niego zdolność techniczna lub zawodowa została wykorzystana w sposób realny. Powyższe zdaniem odwołującego oznacza, iż wykonawca INTOP Skarbimierzyce Sp. z o.o. nie udowodnił udzielenia mu potencjału przez podmiot trzeci.

Mając na uwadze powyższe odwołujący stwierdził, iż oferta wykonawcy INTOP Skarbimierzyce Sp. z o.o. nie spełnia wymagań w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej określonych w rozdział V pkt 2 ppkt. 2a i jako taka w świetle art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp winna zostać odrzucona, a wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania. Dodatkowo odwołujący zauważył, iż wykonawca INTOP Skarbimierzyce Sp. z o.o. został już raz wezwany przez zamawiającego do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, między innymi o zakres w jakim zobowiązanie to jest udzielane oraz sposób jego wykorzystania. Z tych też względów brak jest możliwości dokonania powtórnego wezwania tego wykonawcy o uzupełnienie zobowiązania podmiotu trzeciego, co w konsekwencji prowadzi do braku możliwości sanowania treści złożonego oświadczenia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Dodatkowe stanowisko w sprawie odwołujący przedstawił na rozprawie oraz w piśmie przygotowawczym z dnia 4 listopada 2019 r. Odwołujący wskazał w szczególności, iż regulację § 15 ust. 1 pkt 3 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, na którą powoływał się wykonawca INTOP Skarbimierzyce Sp. z o.o. w swoim stanowisku, należy odnosić do pojazdów szynowych w postaci tramwajów, z kolei rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10 września 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie nie znajduje zastosowania do linii tramwajowych (§ 1 ust. 2 pkt 1 tego rozporządzenia).

II. W dniu 25 października 2019 r. do Prezesa Izby wpłynęło pismo zamawiającego zawierające oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania. Na rozprawie zamawiający wyjaśnił, iż na etapie sporządzania SIWZ, jak i na dalszym etapie postępowania aż do wniesienia odwołania, nie różnicował obiektów mostowych drogowych i kolejowych, gdyż nie wiedział, iż takie zróżnicowanie wprowadza ustawodawca. O okoliczności tej dowiedział się z treści odwołania i wobec tego uwzględnił w całości wniesione odwołanie.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 25 października 2019 r. wykonawca INTOP Skarbimierzyce Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. W ww. piśmie przystępujący przedstawił swoje stanowisko w odniesieniu do zarzutów podniesionych w odwołaniu stwierdzając w szczególności, co następuje:

W ocenie przystępującego odwołujący oparł swoje zarzuty na nieprawidłowo dokonanej wykładni definicji „obiekt mostowy”, o której mowa w § 3 pkt 1 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. Odwołujący dokonując nieprawidłowej wykładni ww. definicji pomija treść § 15 ust. 1 pkt 3 tego rozporządzenia, zgodnie z którym mosty w zależności od ich przeznaczenia i od przeszkody terenowej powinny zapewnić w szczególności bezpieczny ruch pojazdów kołowych lub szynowych. Tym samym obiektem mostowym jest każdy mosty służący zapewnieniu bezpiecznego ruchu pojazdu szynowego. Pojazd kolejowy jest pojazdem szynowym. Zgodnie z zasadami logiki formalnej, każdy most „kolejowy” jest obiektem mostowym, o którym mowa w ww. rozporządzeniu. Zdaniem przystępującego odwołujący błędnie odwołuje się do treści rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10 września 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie. Przystępujący zauważył, iż obydwa rozporządzenia posługują się pojęciem „most”, przy czym to rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie uszczegółowia pojęcie „most”. Natomiast żadne z rozporządzeń nie rozróżnia „*mostu kolejowego*” czy „*mostu drogowego*”. Innymi słowy: każdy most (kolejowy lub drogowy, pieszy) to obiekt mostowy. Przystępujący stwierdził, iż odwołujący pomija treść zobowiązania podmiotu trzeciego z treści którego wprost wynika, że będzie on zaangażowany bezpośrednio przez cały okres realizacji inwestycji.

W dniu 31 października 2019 r. do Prezesa Izby wpłynęło pismo przystępującego zawierającego oświadczenie o wniesieniu sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Dodatkowe stanowisko w sprawie przystępujący przedstawił na rozprawie i w piśmie przygotowawczym z dnia 5 listopada 2019 r. Przystępujący wskazał w szczególności, iż z definicji obiektu mostowego zawartej w § 3 pkt 1 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 wynika, że obiektem mostowym jest (każda) budowla przeznaczona do przeprowadzenia również innego rodzaju komunikacji gospodarczej (innego niż wyraźnie wymienione w tym przepisie) nad przeszkodą terenową – w szczególności most, wiadukt, estakada, kładka. Z ostrożności przystępujący dodał, iż w sytuacji uznania przez Izbę, iż wskazane przez przystępującego dwa pierwsze zadania nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale V pkt 2 ppkt 2a SIWZ, zastosowanie winien znaleźć przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że odwołujący jest legitymowany zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia odwołania, co nie było sporne.

Na podstawie dokumentacji Postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

Zgodnie z postanowieniem zawartym w rozdziale V pkt 2 ppkt 2) a) SIWZ zamawiający wymagał od wykonawców potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia w wykonaniu minimum dwóch robót budowlanych, polegających na budowie, przebudowie lub remoncie obiektu mostowego o wartości co najmniej 1.500.000,00 zł każda. Natomiast zgodnie z postanowieniem zawartym w rozdziale V pkt 2 ppkt 2) b2) SIWZ zamawiający wymagał od wykonawców potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie personelu, tj. dysponowania minimum jedną osobą, która będzie pełniła funkcję Kierownika robót, posiadającą doświadczenie w kierowaniu minimum 2 robotami budowlanymi polegającymi na budowie, przebudowie lub remoncie obiektu mostowego, o wartości robót nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł brutto każda. Powyższa treść opisu warunków udziału w postępowaniu została uzupełniona dodatkowym postanowieniem, zgodnie z którym przez „obiekt mostowy” należy rozumieć obiekt mostowy 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.

W ramach złożonej oferty przystępujący wskazał, iż w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 2 ppkt 2a) SIWZ będzie polegał na zasobach INTOP Warszawa Sp. z o.o. (Oświadczenie wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i podmiotach trzecich) oraz złożył dokument zawierający oświadczenie INTOP Warszawa Sp. z o.o. o oddaniu do dyspozycji przystępującego swoich zasobów na potrzeby wykonania zamówienia: „Remont mostu nad Jeziorem Rusałka w parku im. Jana Kasprówicza w Szczecinie”. W treści ww. dokumentu został wskazany następujący sposób wykorzystania udostępnionych zasobów: „wykorzystanie wiedzy i doświadczenia przy realizacji zadania”. Natomiast jako zakres robót budowlanych, które zostaną zrealizowane przez ww. podmiot wskazano: „roboty budowlane”.

Pismem z dnia 20 września 2019 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień m.in. odnośnie zakresu robót budowlanych, jaki zostanie powierzony podwykonawcy INTOP Warszawa Sp. z o.o. Odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący udzielił pismem z dnia 26 września 2019 r. Przystępujący złożył między innymi:

- Wykaz robót budowlanych, w którym wskazał następujące roboty: 1) Wykonanie robót budowlanych realizowanych w ramach zadania *Modernizacja mostu w km 211,657 linii kolejowej nr 2 Warszawa – Terespoł*; zadanie polegało na wykonaniu modernizacji mostu kolejowego nad rzeką Bug; 2) Wykonanie robót budowlanych realizowanych w ramach zadania *Przebudowa wiaduktu w ulicy Chociebuskiej we Wrocławiu*; zadanie polegało na wykonaniu przebudowy wiaduktu;
- Wykaz osób, w którym jako Kierownik Robót został wskazany Pan M. L.; na potwierdzenie wymaganego doświadczenia wskazano m.in.: „Kierownik budowy na zadaniu pn.: *Likwidacja wąskich gardeł poprzez poprawę stanu technicznego obiektów inżynierskich – Modernizacja mostu w km 208,211 linii nr 351 Poznań – Szczecin Gł.*”; w tym zakresie wykonywane były prace związane z przebudową mostu kolejowego w Szczecinie w km 208, 211 linii kolejowej nr 351;
- dokument zawierający oświadczenie INTOP Warszawa Sp. z o.o. o oddaniu do dyspozycji przystępującego swoich zasobów na potrzeby wykonania zamówienia: „Remont mostu nad Jeziorem Rusałka w parku im. Jana Kasprówicza w Szczecinie”. Zgodnie z ww. oświadczeniem: a) przystępującemu został udostępnione zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia, które uzyskał przy realizacji 2 robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie lub remoncie obiektu mostowego o wartości co najmniej 1 500 000,00 zł brutto każda w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, tj.: 1. Wykonanie robót budowlanych realizowanych w ramach zadania

„Modernizacja mostu w km 211,657 linii kolejowej nr 2 Warszawa – Terespol” oraz 2. Wykonanie robót budowlanych realizowanych w ramach zadania „Przebudowa wiaduktu w ulicy Chociebuskiej we Wrocławiu”; b) jako sposób wykorzystania udostępnionych zasobów wskazano: „bezpośrednie zaangażowanie w toku realizacji zamówienia”; d) jako zakres robót budowlanych, do zrealizowania których zobowiązał się podmiot INTOP Warszawa Sp. z o.o., wskazano: „roboty mostowe – w tym roboty budowlane związane z wykonaniem napraw ustroju nośnego konstrukcji kładki oraz napraw elementów architektonicznych na kładce”.

Pismem z dnia 1 października 2019 r. zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do „uzupełnienia oferty o informacje pozwalające uznać, że podmiot trzeci INTOP Warszawa Sp. z o.o. wykonał pracę polegającą na budowie, przebudowie lub remoncie obiektu mostowego o wartości co najmniej 1.500.000,00 zł brutto” – wezwanie dotyczyło robót budowlanych wykonanych na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. o wartości 29.889.296,69 zł brutto. Zamawiający dodał, iż „w przypadku gdyby nie było to możliwe należy uzupełnić wykaz robót budowlanych o nową pracę spełniającą wymogi określone w siwz.”

Odpowiedzi na ww. pismo zamawiającego przystępujący udzielił pismem z dnia 7 października 2019 r. Przystępujący wyjaśnił, iż INTOP Warszawa sp. z o.o., zgodnie z umową konsorcjum przekazaną PKP PLK S.A., realizowała 50% zamówienia publicznego pn. „Modernizacja mostu w km 211,657 linii kolejowej nr 2 Warszawa – Terespol”. Uwierzytelniony odpis ww. umowy konsorcjum przystępujący złożył wraz z ww. pismem. Dodatkowo przystępujący złożył wykaz robót budowlanych uzupełniony o następujące pozycje (roboty budowlane): 1) Wykonanie robót budowlanych realizowanych w ramach zadania Likwidacja wąskich gardeł poprzez poprawę stanu technicznego obiektów inżynierskich – most na linii kolejowej nr 281 Oleśnica – Chojnice w km 110,586; zadanie polegało na przebudowie mostu w zakresie dostosowania istniejących podpór oraz wykonaniu nowego ustroju nośnego mostu o długości 303,17 mb; 2) Wykonanie robót budowlanych realizowanych w ramach zadania pn. Przebudowa mostu w km 0+686 drogi powiatowej nr 1636 O w miejscowości Śliwice; zadanie polegało na przebudowie mostu o długości 142,92 mb, wykonanie nowej płyty żelbetowej, nowych izolacji, nawierzchni bitumicznych oraz przebudowa dojazdów.

Pismem z dnia 14 października 2019 r. zamawiający zawiadomił o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba uznała, iż przedstawiony przez przystępującego jako dowód dokument specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, gdyż dotyczy innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba zważyła, co następuje:

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów, z zachowaniem regulacji art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, należy wskazać, co następuje:

W zakresie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 2 ppkt 2a) SIWZ zamawiający wymagał od wykonawców potwierdzenia posiadania doświadczenia w wykonaniu minimum dwóch robót budowlanych, polegających na budowie, przebudowie lub remoncie obiektu mostowego o wartości co najmniej 1.500.000, zł każda. Powyższa treść warunku została uzupełniona dodatkowym postanowieniem, zgodnie z którym przez „obiekt mostowy” należy rozumieć obiekt mostowy 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. Zgodnie z § 3 pkt 1) tego rozporządzenia ilekroć w rozporządzeniu jest mowa o: obiekcie mostowym - rozumie się przez to budowlę przeznaczoną do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo-rowerowego, szlaku wędrówek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji gospodarczej nad przeszkodą terenową, a w szczególności: most, wiadukt, estakadę, kładkę. Zaprezentowany przez przystępującego sposób rozumienia ww. warunku udziału w postępowaniu Izba uznała za uzasadniony z następujących powodów. W szczególności należy zauważyć, iż w opisie ww. warunku zamawiający nie wskazał wprost, iż wymagane doświadczenie dotyczy wyłącznie zrealizowania budowy, przebudowy lub remontu drogowego obiektu mostowego, a zatem nie dotyczy kolejowego obiektu mostowego - w treści opisu warunku zamawiający posłużył się określeniem „obiekt mostowy”. Wprawdzie w dalszym postanowieniu SIWZ zamawiający odsyła do przepisu 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, należy jednak wziąć pod uwagę, iż definicji pojęcia „obiekt mostowy” nie zawiera rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie. Mając na uwadze ww. sposób dokonania opisu warunku udziału w postępowaniu treść tego opisu sformułowana w rozdziale V pkt 2 ppkt 2a) SIWZ – wobec dodatkowego postanowienia zawartego w SIWZ – uległa poszerzeniu o samą definicję obiektu mostowego zawartą we wskazanym przez zamawiającego rozporządzeniu. Ponadto w ocenie Izby należy podzielić stanowisko przystępującego co do szerokiej wykładni definicji pojęcia obiekt mostowy zawartej w pierwszym z wymienionych rozporządzeń. W ocenie Izby odwołujący nie przedstawił przekonującej argumentacji na potwierdzenie wąskiej interpretacji pojęcia „innego rodzaju komunikacji gospodarczej”, w tym nie wskazał przepisów, z których jednoznacznie wynikałoby wyłączenie z zakresu tego pojęcia torów kolejowych. Dokonywanie zatem rozszerzającej wykładni warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale V

pkt 2 ppkt 2a) SIWZ należy uznać za nieuprawnione. Ponadto przyjęty przez przystępującego sposób rozumienia ww. warunku jest zgodny z intencją zamawiającego przy konstruowaniu postanowień SIWZ. Powyższe wynika ze sposobu procedowania zamawiającego w toku postępowania, wyrażającego się w akceptowaniu w tym zakresie przedstawionego przez przystępującego wykazu robót (co nie miałoby żadnego znaczenia w przypadku jednoznacznego wskazania w treści warunku, iż zamawiający oczekuje od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wykazania się doświadczeniem podmiotu i personelu, które zostało zdobyte przy realizacji robót budowlanych związanych z drogowymi obiektami mostowymi), jak również ze stanowiska zamawiającego przedstawionego na rozprawie, zgodnie z którym nie różnicował obiektów mostowych i drogowych aż do zapoznania się z treścią odwołania, co skutkowało złożeniem oświadczenia o jego uwzględnieniu.

Mając na uwadze powyższe, zarzuty odnoszące się do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadanego doświadczenia w zakresie zawartego w opisie tego warunku pojęcia „obiekt mostowy” Izba uznała za niezasadne. W konsekwencji takie samo stanowisko przyjęła w odniesieniu do zarzutów dotyczących warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego personelu wykonawcy (Kierownika robót).

W odniesieniu do zarzutów dotyczących złożonego przez przystępującego oświadczenia o zobowiązaniu podmiotu trzeciego do udostępnienia przystępującemu swoich zasobów należy wskazać, iż w treści ww. dokumentu po pierwsze zostało wskazane, iż INTOP Warszawa Sp. z o.o. zrealizuje roboty mostowe, w tym roboty budowlane związane z wykonaniem napraw ustroju nośnego konstrukcji kładki oraz napraw elementów architektonicznych na kładce, a po drugie jako sposób wykorzystania udostępnionych zasobów wskazano: „bezpośrednie zaangażowanie w toku realizacji zamówienia”. W ocenie Izby z powyższej treści oświadczenia jednoznacznie wynika, iż udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego będzie polegać na zrealizowaniu robót mostowych. W związku z powyższym Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż przedstawione przez przystępującego oświadczenie o zobowiązaniu podmiotu trzeciego „nie potwierdza, iż podmiot ten będzie brał faktyczny udział w realizacji zamówienia tak by udzielona przez niego zdolność techniczna lub zawodowa została wykorzystana w sposób realny”.

Kwestia wskazania wyłącznie dwóch robót pierwotnie zawartych w wykazie robót w treści oświadczenia o zobowiązaniu podmiotu trzeciego utraciła znaczenie dla niniejszej sprawy w konsekwencji stanowiska Izby przyjętego w odniesieniu do sposobu rozumienia pojęcia „obiekt mostowy” w kontekście postawionych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w punkcie pierwszym sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: