

Sygn. akt: KIO 891/20

WYROK

z dnia 10 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 czerwca 2020 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 kwietnia 2020 r.** przez wykonawcę **ROKOM Sp. z o. o., ul. Karnicka 20, 03-162 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa - Dzielnica Mokotów, ul. Rakowiecka 25/27, 02-517 Warszawa**

przy udziale wykonawców **Konsorcjum firm: 1) J. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: BIS WOD-KAN Roboty Inżynieryjno Budowlane J. C., ul. Kwiatowa 8, 05-090 Raszyn; 2) G. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: IKB G. C., ul. Kwiatowa 8, 05-090 Raszyn** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 20.04.2020 r. **Konsorcjum firm: 1) J. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: BIS WOD-KAN Roboty Inżynieryjno Budowlane J. C., ul. Kwiatowa 8, 05-090 Raszyn; 2) G. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: IKB G. C., ul. Kwiatowa 8, 05-090 Raszyn**, jak i nakazuje przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, w ramach którego nakazuje Zamawiającemu wykluczenie z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych - **Konsorcjum firm: 1) J. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: BIS WOD-KAN Roboty Inżynieryjno Budowlane J. C., ul. Kwiatowa 8, 05-090 Raszyn; 2) G. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: IKB G. C., ul. Kwiatowa 8, 05-090 Raszyn** i

uznanie jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, z uwagi na potwierdzenie się zarzutów zawartych w odwołaniu.

2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Stołeczne Warszawa - Dzielnica Mokotów, ul. Rakowiecka 25/27, 02-517 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ROKOM Sp. z o. o., ul. Karnicka 20, 03-162 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Miasta Stołecznego Warszawa - Dzielnica Mokotów, ul. Rakowiecka 25/27, 02-517 Warszawa** na rzecz **ROKOM Sp. z o. o., ul. Karnicka 20, 03-162 Warszawa** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone trybie przetargu nieograniczonego na: „*Remont dziedzińca, patio oraz ciągów pieszych w Szkole Podstawowej nr 69 przy ul. Wiktorskiej 73 w Warszawie*”, Znak sprawy UD-IV-WZP.271.21.2020.DKO zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 522538 - N - 2020, data zamieszczenia 12.03.2020 r. przez Miasto Stołeczne Warszawa - Dzielnica Mokotów, ul. Rakowiecka 25/27, 02-517 Warszawa zwane dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 20.04.2020 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej - Konsorcjum firm: 1) J. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: BIS WOD-KAN Roboty Inżynieryjno Budowlane J. C., ul. Kwiatowa 8, 05-090 Raszyn; 2) G. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: IKB G. C., ul. Kwiatowa 8, 05-090 Raszyn reprezentowane przez J. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: BIS WOD-KAN Roboty Inżynieryjno Budowlane J. C. z adresem na rzecz reprezentanta konsorcjum: ul. Kwiatowa 8, 05-090 Raszyn zwane dalej: „Konsorcjum BIS WOD-KAN” albo „BIS WOD-KAN” albo „Przystępującym”. Druga pozycje w rankingu zajęła oferta: ROKOM Sp. z o. o., ul. Karnicka 20, 03-162 Warszawa zwana dalej: „ROKOM Sp. z o. o.” albo „Odwołującym”

W dniu 27.04.2020 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) ROKOM Sp. z o. o. wniosła odwołanie na w/w czynność z 20.04.2020 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał 27.42.2020 r. (e-mailem). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. 24 ust 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) zwanej dalej: „*Pzp*” poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy BIS WOD-KAN pomimo, że ten nie udowodnił spełnienia warunku udziału w postępowaniu,
2. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy BIS WOD-KAN jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik Postępowania,
2. wykluczenie z postępowania Wykonawcy BIS WOD-KAN,
3. powtórzenia czynności oceny ofert w postępowaniu, co spowoduje wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zarzut niespełnienia warunku udziału w postępowaniu BIS WOD-KAN. Przedmiot zamówienia obejmuje zgodnie z SIWZ remont dziedzińca, patio oraz ciągów pieszych

w Szkole Podstawowej nr 69 przy ul. Wiktorskiej 73 w Warszawie. Warunek udziału dotyczący wymaganego doświadczenia zawodowego wykonawcy. Zgodnie z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, Zamawiający określił warunki szczegółowe udziału w postępowaniu. W szczególności SIWZ przewiduje następujący warunek udziału dotyczący wymaganego doświadczenia zawodowego wykonawcy (po modyfikacji z 23.02.2020 r.): *„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy na potwierdzenie zdolności zawodowej: w zakresie doświadczenia - wykażą, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonanie co najmniej trzech robót budowlanych o wartości nie mniejszej niż 300 000 zł brutto każda, polegających na wykonaniu ciągów pieszojezdnych wraz z urządzeniem zieleni”.*

W zakresie definicji pojęcia „ciąg pieszojezdny” obowiązujące przepisy określają je w sposób jednoznaczny. Definicja legalna ciągu pieszojezdnego. Zgodnie z definicją wskazaną w treści obowiązującego Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (tj. Dz.U. 2019 poz. 1065 Obwieszczenie Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 8 kwietnia 2019 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie). Rozdział 2 Dojścia i dojazdy - § 14. 2. Dopuszcza się zastosowanie dojścia i dojazdu do działek budowlanych w postaci ciągu pieszo-jezdnego, pod warunkiem że ma on szerokość nie mniejszą niż 5 m, umożliwiającą ruch pieszy oraz ruch i postoi pojazdów.

Zatem za spełniające warunek udziału w postępowaniu można uznać wyłącznie takie trzy roboty budowlane, których przedmiot każdej z nich obejmował wykonanie ciągów pieszojezdnych wraz z urządzeniem zieleni a zatem takich dojść, dojazdów, które umożliwiają ruch i postój pojazdów. Powyższe oznacza wprost że nie spełniają warunku udziału w postępowaniu roboty, których przedmiot obejmował ciągi piesze - chodniki, (*„co najmniej trzech robót budowlanych o wartości nie mniejszej niż 300 000 zł brutto każda, polegających na wykonaniu ciągów pieszojezdnych wraz z urządzeniem zieleni”*) Także wartość zamówień referencyjnych odnosi się wyłącznie do ciągów pieszojezdnych z urządzeniem zieleni.

Ciągi pieszojezdne w związku z ich przeznaczeniem w postaci umożliwienia ruchu oraz postoi pojazdów mają specjalną, odpowiednio wzmocnioną do takiego ruchu i postojów konstrukcję i szerokość. Odwołujący wobec pierwszego w postępowaniu wyboru oferty najkorzystniejszej z 15.04.2020r. (anulowanego przez samego Zamawiającego przed upływem terminu na wniesienie odwołania) wniósł do Zamawiającego w kolejności, w dniu 17.04.2020 r. umotywowane zastrzeżenia m.in. w zakresie niespełniania warunku udziału

przez wybranego wykonawcę. Odwołujący następnie w dniu 20.04.2020 r. (dzień upływu terminu na odwołanie) mając zamiar wnieść odwołanie do KIO, przekazał Zamawiającemu kopię odwołania. Bezpośrednio po otrzymaniu kopii odwołania, a przed jego wniesieniem do KIO Odwołujący utrzymał od Zamawiającego decyzję o anulowaniu rozstrzygnięcia postępowania, którego dotyczyło odwołanie. W tej sytuacji wobec braku w postępowaniu czynności, której miało dotyczyć odwołanie, Odwołujący nie złożył już do KIO odwołania w dniu 20.04.2020 r. Zamawiający, jak wynika z udostępnionej Odwołującemu po ponownym wyborze w dniu 20.04. 2020 r., korespondencji - w dniu 17.04.2020 r., tj. po otrzymaniu zastrzeżeń od Odwołującego, skierował do wykonawcy BIS WOD-KAN wezwanie w trybie art. 26 ust 3 Pzp. Zgodnie z jego treścią Zamawiający wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust 3 Pzp do udzielenia wyjaśnień dotyczących wykazu robót złożonego przez Wykonawcę w celu, potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności zawodowej w zakresie doświadczenia. Z jednej strony zatem treść wezwania jest konkretna i jednoznaczna i ma związek ze wskazanym przez Odwołującego niewykazaniem spełnienia warunku udziału, z drugiej zaś, jak sam Zamawiający wskazał że wezwanie było kierowane nie rozstrzygając tego, czy Zamawiający zgadza się z interpretacją warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej w zakresie doświadczenia przedstawioną przez Odwołującego. Zamawiający wezwał zatem w dniu 17.04.2020 r. BIS WOD-KAN do udzielenia wyjaśnień, czy roboty wskazane przez Wykonawcę w wykazie robót budowlanych obejmowały swoim zakresem wykonanie ciągów pieszo-jezdnymi.

W odpowiedzi z 20.04.2020 r. BIS WOD-KAN w pierwszej kolejności kontestuje brzmienie warunku udziału w postępowaniu. Jak wynika z treści wyjaśnień uznaje, że: *„W przepisach regulujących ruch drogowy nie ma określenia "ciąg pieszo-jezdny". Jest to pojęcie kolokwialne, powstałe przed bardzo wielu laty; wśród architektów projektujących osiedla mieszkaniowe. W praktyce ciągi te stanowią rodzaj drogi (ale w rozumieniu popularnym a nie ustawowym) służącej do przemieszczania się dla pieszych i pojazdów.*

Brak jest jednak legalnej definicji pojęcia "ciągu pieszo-jezdnego". Oznacza to, że należy je interpretować zgodnie z potocznym znaczeniem, a więc jako część drogi przeznaczona zarówno do ruchu pojazdów, jak i do ruchu pieszych. Ciągi pieszo-jezdne należą do urządzeń infrastruktury technicznej lecz niestety nie istnieje żadna legalna (zawarta w jakimkolwiek akcie prawnym) definicja tego pojęcia.” Powyższe wskazuje wprost po pierwsze na sytuację, gdy BIS WOD-KAN nie zgadza się z brzmieniem warunku udziału w postępowaniu i usiłuje go interpretować w sposób z nim wprost niezgodny i pomijający jego faktyczne brzmienie. Po drugie uznaje, że obowiązujące przepisy nie definiują zakresu określenia ciągu pieszojezdne. W ocenie Odwołującego, zarówno BIS WOD-KAN, jak

i każdego innego wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, jak i przede wszystkim Zamawiającego, obowiązują i wiążą analogiczne warunki podmiotowe udziału w przetargu. Na aktualnym etapie postępowania pomijanie brzmienia warunku czy też nadawanie mu odmiennego kształtu jest niedopuszczalne.

BiS WOD-KAN składając ofertę, jak wynika z wyjaśnień, działał w przekonaniu, że określenie „*ciągi pieszo-jezdne*” jest pojęciem nieokreślonym, obejmującym w jego ocenie same chodniki. Podnosząc w treści wyjaśnienia brak definicji pojęcia, przyznaje de facto, że zaniechał wezwania Zamawiającego do ustalenia co określenie obejmuje, pomimo znaczenia pojęcia jako kluczowego elementu warunku udziału w postępowaniu. Obligacyjny charakter procedury wezwania do wyjaśnień w trybie art. 38 Pzp podkreśla zarówno orzecznictwo KIO jak i orzeczenia Sądu Najwyższego – przykładowo w orzeczeniu o sygn. akt: KIO 82/19 wyrok z 05.02.2019 r.

Zamawiający w piśmie do Odwołującego z 20.04.2020 r. wręcz zarzucił Odwołującemu, że to ten nie wzywał Zamawiającego do wyjaśnień w zakresie warunku udziału. Odwołujący wskazuje, że skoro treść warunku była i jest jednoznaczna i konkretna, wezwanie do jego interpretacji było w jego przypadku zbędne. Wręcz przeciwnie, jak wynika z przebiegu postępowania, to BIS WOD-KAN nie rozumiał brzmienia warunku i odwołuje się do jego „kolokwialnego” rozumienia. Wyjaśnienie BIS WOD-KAN dowodzi dodatkowo nieznamości przez tego wykonawcę obowiązującego Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie.

Dodatkowo w treści wyjaśnień BIS WOD-KAN z 20.04.2020 r. odpowiadając na pytanie Zamawiającego: *„czy roboty wskazane przez Wykonawcę w wykazie robót budowlanych obejmowały swoim zakresem wykonanie ciągów pieszo-jezdnych.”*

Wykonawca ten wskazał: *„Oświadczamy, że nawierzchnie na obiektach zgłoszonych przez nas w wykazie robót budowlanych potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności zawodowej w zakresie doświadczenia (nazwane przez nas ogólnie „chodnikami”) posiadając konstrukcję wzmocnioną tj.: kostkę betonową na podsypce cementowo-piaskowej na podbudowie z kruszywa kamiennego gr.15 cm., która przewiduje również ruch i postój pojazdów, pełni taka sama funkcję, jak tak zwane „ciągi pieszo-jezdne” i naszym zdaniem w pełni obejmują swoim zakresem pojęcie wykonania ciągów pieszo-jezdnych. Wykonane nawierzchnie na zgłoszonych przez nas obiektach zapewniają i dopuszczają dojazdy samochodów w celach eksploatacyjnych tj. wymiana piasku w piaskownicach, pielęgnację zieleni, itp.”*

Odwołujący wskazuje, że nawierzchnie wszystkich obiektów które zostały wykazane w Wykazie BIS WOD-KAN obejmują wyłącznie chodniki czyli ciągi piesze, a nie jak

wymagane w warunku udziału, ciągi pieszojezdne. Z kolei Zamawiający w piśmie do Odwołującego z 20.04.2020 r, w zakresie warunku udziału wskazuje, że: „*prezentowana przez Spółkę Rokom teza, że istnieje legalna definicja ciągu pieszo jezdnego, zdaniem Zamawiającego jest nieprawidłowa. Prawdą jest, że pojęcie ciągu pieszo-jezdnego pojawia się w § 14 ust 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2015.r.,poz. 1422), jednak zawarta tam norma jest przede wszystkim skierowana do inwestorów, którzy mają zapewnić działkom budowlanym oraz budynkom i urządzeniom związanymi z nimi dojście i dojazd umożliwiający dostęp do drogi publicznej. Pogląd ten wynika m.in. z Wyroku NSA, z dnia 6 kwietnia 2018 r. (sygn. II OSK 1494/17).*”. Dalsze stanowisko Zamawiającego odnoszące się do bliżej nieokreślonych ogólnodostępnych opinii prawnych, powieliła w całości wyjaśnienie BIS WOD-KAN.

Zamawiający przywołuje przy tym pojęcie ciągu-pieszo jezdnego, które znajduje się także w innych rozporządzeniach Ministra Infrastruktury np. Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 7 marca 2008 r. w sprawie wymagań, jakie muszą spełniać cmentarze, groby i inne miejsca pochówku zwłoki szczątków (Dz. U. z dnia 21 marca 2008 r.), z którego wynika norma, że ciągi pieszo-jezdne powinny być dostosowane do obciążenia i natężenia ruchu zależnego od potrzeb i uwarunkowań lokalnych, z uwzględnieniem potrzeb osób niepełnosprawnych (§ 9. 3 przywołanego rozporządzenia). Odnosząc się do powołanego przez samego Zamawiającego Rozporządzenia należy wskazać, że w sposób jednoznaczny rozróżnia ono ciągi piesze od ciągów pieszojezdnych. Zgodnie z Rozporządzeniem:

„§ 7. 1. *Przy obliczaniu powierzchni cmentarza należy uwzględnić powierzchnię grzebalną oraz: (...) 2) drogi i ciągi piesze lub pieszo-jezdne:*

§ 9. 3. *Drogi, ciągi piesze i pieszo-jezdne powinny być dostosowane do obciążenia i natężenia ruchu zależnego od potrzeb i uwarunkowań lokalnych, z uwzględnieniem potrzeb osób niepełnosprawnych.*”.

Odwołujący wskazuje ponadto, że określenie ciągu pieszojezdnego nie jest wbrew stanowisku Zamawiającego z pisma z 20.04. 2020 r. pojęciem kolokwialnym. Przykładowo posługuje nim także: Ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o ułatwieniach w przygotowaniu i realizacji inwestycji mieszkaniowych oraz inwestycji towarzyszących: „*Rozdział 3 Standardy lokalizacji i realizacji inwestycji mieszkaniowych Art. 17. (...) 10. Odległości, o których mowa w ust. 2 i 4, ustala się, licząc od granicy terenu inwestycji mieszkaniowej droga dojścia do obiektu ciągiem pieszym albo pieszo-jezdnym. do którego ma być zapewniony dostęp, w tym obiekcie położonego na terenie inwestycji.*”. Zatem skoro w powołanym Rozporządzeniu w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, pojawia się identyfikacja ciągów pieszo-jezdnych i określenie ich parametrów, trudno mówić

o kolokwialności terminu. Inne obowiązujące przepisy nie definiują pojęcia ciągu pieszo-jezdnego w inny sposób. Gdyby Zamawiający, na potrzeby przedmiotowego postępowania i warunków udziału w nim, miał zamiar zdefiniować pojęcie w szczególności, odmienny od Rozporządzenia sposób, winien taką samodzielną definicję do postępowania wprowadzić. Takiej definicji SIWZ nie zawiera. Poza tym gdyby istotnie intencją było dopuszczenie spełniania warunków przez wykonanie wyłącznie ciągów pieszych - chodników, to nic nie stało na przeszkodzie, aby tak właśnie w prosty sposób warunek określić. Zamawiający dopiero na etapie po złożeniu ofert, po zapoznaniu się z zastrzeżeniami Odwołującego stwierdza: *„poprzez ciąg pieszo-jezdny Zamawiający od początku rozumiał ciąg komunikacyjny Dosiadający cechy wynikające z potocznego znaczenia tego pojęcia. Oznacza to, że ciągiem pieszo-jezdnym jest ciąg komunikacyjny służący do ruchu pieszego lub pojazdów (analogicznie do ciągów stanowiących przedmiot zamówienia), a nie ciąg mający na celu zapewnienie dojścia lub dojazdu do drogi publicznej.”*

Podsumowując, w ocenie Odwołującego istota sporu na aktualnym etapie postępowania sprowadza się nie do tego, jak Zamawiający chciałby aby warunek brzmiał, ale jak brzmi i wyłącznie w tym kontekście dokonywana jest ocena spełnienia warunków udziału.

Sam Zamawiający przyznaje to w piśmie z 20.04.2020 r. adresowanym do Odwołującego wskazując: *„Niezależnie od tego; że Zamawiający nie zgadza się z interpretacją warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej w zakresie doświadczenia przedstawioną przez Spółkę Rokom, w dniu 17 kwietnia 2020 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej powtórzył czynność badania oferty Wykonawcy i wezwał Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień dotyczących kwestii spełnienia warunku udziału w postępowaniu, podnoszonych przez Spółkę Rokom. W szczególności Zamawiający wezwał do wyjaśnienia, czy roboty wskazane przez Wykonawcę w wykazie robót budowlanych obejmowały swoim zakresem wykonanie ciągów pieszo-jezdnych.”* Gdyby faktycznie Zamawiający nie zgadzał się z interpretacją warunku przez Odwołującego, anulowanie wyboru oferty najkorzystniejszej z tego powodu i wezwanie wybranego wykonawcy do wykazania że wykonane roboty obejmowały wykonanie ciągów pieszo-jezdnych byłoby zbędne.

Roboty budowlane w wykazie wykonawcy BIS WOD-KAN. Wybrany wykonawca potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu następującymi trzema robotami:

1. Przebudowa placu zabaw Przedszkola nr. 300 w zakresie wymiany nawierzchni wraz z zagospodarowaniem terenu Etap I, II, III - 601.817,60 zł. W tym budowa chodników i urządzenie zieleni w kwocie: 342.000;

2. Zaprojektowanie i wybudowanie placu zabaw przy szkole podstawowej nr. 362 przy ul. Czumy 8 na terenie Dzielnicy Bemowo m.st. Warszawy - 981.380,00 zł. W tym budowa chodników i urządzenie zieleni: 314.500 zł;

3. Zagospodarowanie terenu Boiska przy ul. M. Edelmana 5 w Warszawie. Przekształcenie boiska asfaltowego w Skwer Osiedlowy z alejkami z kostki betonowej zielenią - 664.909,82 zł. W tym budowa chodników i urządzenie zieleni w kwocie: 448.000 zł.

Żadna ze wskazanych w wykazie robót budowlanych nie obejmowała wykonania ciągów pieszojezdnych koniecznych dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wszystkie powyższe roboty były wynikiem jawnych i publicznie dostępnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego co oznacza możliwość ich weryfikacji zarówno przez Zamawiającego jak i każdego z uczestników postępowania. Analiza, dostępnych publicznie i jawnych dokumentacji przetargowych, których wynikiem była realizacja przez wybranego wykonawcę wykazanych robót referencyjnych potwierdza, że w ramach wykazanych robót nie były wykonywane ciągi pieszojezdne. Także na podstawie złożonych przez wykonawcę BIS WOD-KAN dokumentów nie można uznać, że spełniony jest warunek udziału, podczas gdy rolą i obowiązkiem wykonawcy jest wprost wykazać i udowodnić przed Zamawiającym że warunek jest spełniony. Powyższe potwierdza także adnotacja wykonawcy zawarta w wykazie, która zawiera wprost wskazanie, że przedmiot zamówienia obejmował chodniki. Jak wynika z treści warunku udziału w postępowaniu, sam ciąg pieszy - chodniki nie spełnia warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawca wybrany nie uwzględnił po prostu faktycznego brzmienia warunku udziału w postępowaniu. Warunek udziału nie brzmi „ciąg pieszy” czy „chodniki” ale „ciąg pieszojezdny”. Co więcej, treść złożonych przez wybranego wykonawcę wykazów oraz poświadczeń wykonania nie zawiera nawet informacji, że wykazane roboty polegały na wykonaniu ciągów pieszojezdnych.

Ponadto, pomimo wezwania przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust 3 Pzp, Wykaz nie uległ zmianie i na dzień wnoszenia odwołania wykazane roboty to „w tym budowa chodników oraz urządzenie zieleni” Jak potwierdza orzecznictwo KIO, na aktualnym etapie postępowania próby interpretacji rozszerzającej brzmienia warunku udziału w postępowaniu, nie są dozwolone, a Zamawiający jak i wykonawcy są związani treścią SIWZ i warunków w ich ostatecznym kształcie. W ocenie Odwołującego treść warunku udziału w jego ostatecznym i obowiązującym w postępowaniu brzmieniu jest jednoznaczna i nie budząca żadnych wątpliwości interpretacyjnych.

Na etapie po złożeniu ofert w przetargu dokonywana jest wyłącznie ocena spełnienia warunku w jego obowiązującym kształcie. W szczególności nie ma mowy o dokonywaniu na tym etapie oceny intencji Zamawiającego, jakimi kierował się kształtując brzmienie warunku. Zamawiający w piśmie z 20.04.2020 r. adresowanym do Odwołującego wskazuje, że: „biorąc

pod uwagę, że intencją Zamawiającego nie było jakiegokolwiek ograniczanie konkurencji, w dniu 23 marca 2020 r., Zamawiający zmienił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej w zakresie doświadczenia. (...) Biorąc pod uwagę, że większość robót budowlanych związana jest z wykonaniem prac na terenie patio, w tym remontem ciągów pieszych, wykorzystywanych częściowo do przejazdów technicznych oraz urządzeniem zieleni, Zamawiający postanowił wymagać wykazania doświadczenia polegającego na wykonaniu ciągów pieszo-jezdnych wraz z urządzeniem zieleni.”

Z kolei wybrany wykonawca wyjaśniając na wezwanie Zamawiającego, czy wykazane roboty miały za przedmiot ciągu pieszojezdne, w piśmie z 20.04.2020 r. wskazał: „Oświadczamy, że nawierzchnie na obiektach zgłoszonych przez nas w wykazie robót budowlanych potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności zawodowej w zakresie doświadczenia (nazwanie przez nas ogólnie „chodnikami”) posiadają konstrukcję wzmocnioną tj.: kostkę betonową na podsypce cementowo-piaskowej na podbudowie z kruszywa kamiennego gr. 15 cm., która przewiduje również ruch i postój pojazdów, pełnią taką samą funkcję jak tak zwane „ciągi pieszo-jezdne” i naszym zdaniem w pełni obejmują pojęcie wykonania ciągów pieszo jezdnych. Wykonane nawierzchnie na zgłoszonych przez nas obiektach zapewniają i dopuszczają dojazdy samochodów w celach eksploatacyjnych tj. wymian piasku w piaskownicach, pielęgnację zieleni, itp.”. Powyższe w ocenie Odwołującego potwierdza wprost niespełnienie warunku udziału w postępowaniu, bowiem jego przedmiotem było wykonanie robót polegających na wykonaniu ciągów pieszojezdnych, a nie pieszych. Trudno mówić, że ciągi piesze pełnią taką samą funkcję, jak ciągi pieszojezdne. W przypadku tych pierwszych zarówno dokumentacja projektowa, jak i decyzje administracyjne nie przewidują w ogóle ruchu kołowego - ani przejazdu ani też parkowania.

Wykonawca powołuje się na dojazdy samochodów dla celów eksploatacyjnych - było tak wyłącznie w dokumentacji dla Poz. 1 Wykazu (dosłowne brzmienie marginalnej części projektu: „N01 b Nawierzchnia z kostki betonowej 8cm

Nawierzchnia z kostki betonowej grubości 8cm w kolorze piaskowym - melanż. Powierzchnia gładka uszlachetniana. Kostka bez fazy lub z mikrofazą. Wymiary kostek i wzór układania wg rys. 1-04. Nawierzchnia o konstrukcji przewidującej okazjonalny wjazd samochodów obsługi (wymiana piasku).”

I to tylko co celu ew. wjazdu na potrzebę wymiany piasku z piaskownicy, podczas gdy w przypadku dwóch pozostałych robót nie ma mowy nawet o takim „okazjonalnym” ruchu samochodowym.

Dodatkowo wskazał, że zgodnie z powołanym Rozporządzeniem ciągi pieszojezdne mają charakteryzować się poza konieczną szerokością (niespełnioną bez wątpliwości przez

żadną z wykazanych robót) także właściwościami pozwalającymi zarówno na postój, jak i przemieszczanie się pojazdów, których to cech nie posiada nawet powołana w poz. 1 Wykazu robota („wjazd okazjonalny”).

Potwierdza powyższe orzecznictwo KIO, przykładowo wyrok z 21.01.2020 r., sygn. akt: KIO 37/20, wyrok z 23.01.2020 r., sygn. akt: KIO 42/20, uchwała z 30.04.2019 r., sygn. akt: KIO/KU 35/19, wyrok z 23.09.2019 r., sygn. akt: KIO 1713/19, wyrok z 04.03.2019 r., sygn. akt: KIO 272/19, wyrok z 30.10.2018 r., sygn. akt: KIO 2118/18, czy też wyrok z 19.05.2017 r., sygn. akt: KIO 901/17,

W tej sytuacji mając na uwadze, że wykazane roboty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Wykonawca BIS WOD-KAN winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp.

Odnosząc się do poszczególnych robót wykazanych w wykazie BIS WOD-KAN:

Przebudowa placu zabaw Przedszkola nr 300. Zgodnie z opisem zamówienia zawartym w wykazie, zamówienia obejmowało wymiany nawierzchni wraz z zagospodarowaniem terenu-Etap I, II, III. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że Inwestorem dla wskazanej roboty był sam Zamawiający urząd Dzielnicy Mokotów m.st Warszawy. Z tego powodu wykonawca nie składał w postępowaniu poświadczeń należytego wykonania zamówienia. Wymieniona w poz. 1 Wykazu robota nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazuje, że warunek udziału w postępowaniu obejmował wykazanie się „*wykonaniem co najmniej trzech robót budowlanych o wartości nie mniejszej niż 300 000 zł brutto każda, polegających na wykonaniu ciągów pieszojezdnych wraz z urządzeniem zieleni*”. Wykonawca wybrany wskazał w złożonym Wykazie wyłącznie trzy roboty, w tym robotę pod poz. 1. Tymczasem pod poz. 1 Wykazu w istocie mieszczą się 3 odrębne zamówienia na wykonanie robót budowlanych. Potwierdzają powyższe dostępne dokumentacje przetargowe dla poszczególnych zamówień: Zamówienie nr 1: Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Mokotów: Przebudowa placu zabaw Przedszkola nr 300 w zakresie wymiany nawierzchni oraz urządzeń zabawowych -1 etap. Zamówienie nr 2: DPC nr 15/WID/2018 Przebudowa placu zabaw Przedszkola nr 300 w zakresie wymiany nawierzchni wraz z zagospodarowaniem terenu - II etap w ramach zadania inwestycyjnego pn. "Przebudowa placu zabaw wraz z zagospodarowaniem terenu w Przedszkolu nr 300 przy ul. Portofino 4" w Warszawie. Zamówienie nr 3: Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Mokotów: "Przebudowa placu zabaw wraz z zagospodarowaniem terenu w Przedszkolu nr 300 przy ul. Portofino 4" - III etap.

Wykonawca BIS WOD-KAN wykonywał zatem odrębne zamówienia stanowiące przedmiot odrębnych zarówno przetargów jak i umów na wykonanie robót budowlanych. Tym samym nie może być mowy aby uzyskane i zrealizowane samodzielnie roboty budowlane

mogły być uznane za wykonanie 1 roboty budowlanej o wysokości min. 300 000 zł brutto. Warunek udziału w aktualnym przetargu jest adresowany do minimum 3 samodzielnych robót każda z nich o określonej wartości minimalnej i określonym zakresie rzeczowym. Warunek udziału nie dopuszczał sumowania większej ilości zamówień dla wykazania się jedną robotą budowlaną. Powyższe wprost oznacza, że każda samodzielna robota budowlana referencyjna miała mieć odpowiednią wartość i zakres. Tym samym za niedopuszczalne należy uznać spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie jednej roboty budowlanej o wartości co najmniej 300 tys. zł kilkoma mniejszymi. Sam fakt realizacji każdego z tych zamówień na rzecz tego samego nie ma dla oceny spełnienia warunku żadnego znaczenia. W ocenie Odwołującego Wykonawca nie wykazał w ramach poz. 1 Wykazu wykonania 1 roboty budowlanej o wartości zamówienia powyżej 300 000 zł brutto, której przedmiot dodatkowo obejmował wykonanie ciągów pieszojezdnych. Nawet w przypadku Etapu nr I pomimo, że wartość umowna wynosiła ponad 300 000 zł netto - udział wartości prac koniecznych dla spełnienia warunku udziału nie spełnia wartości granicznej.

Zaprojektowanie i wybudowanie placu zabaw przy szkole podstawowej nr 362 przy ul. Czumy 8 w Warszawie Druga pozycja wykazu robót zawiera pozycję opisaną jako „Zaprojektowanie i wybudowanie placu zabaw przy szkole podstawowej nr 362 przy ul. Czumy 8 na terenie Dzielnicy Bemowo m.st. Warszawy”. Pełna dokumentacja postępowania jest dostępna na stronie internetowej Zamawiającego: https://www.bemowo.waw.pl/zamowienie_publiczne/zaprojektowanie-i-wybudowanie-placu-zabaw-przy-szkole-podstawowej-nr-362-przy-ul-czummy-8-na-terenie-dzielnicy-bemowo-m-st-warszawy-postepowanie-numer-ud-i-wzp-271-22-2019-msa/ w szczególności opis przedmiotu zamówienia w postaci PFU inwestycji z załącznikami: <https://www.bemowo.waw.pl/wp-content/uploads/2019/04/za%C5%82.I-do-SIWZ.pdf>
<https://www.bemowo.waw.pl/wp-content/uploads/2019/04/za%C5%82.I-do-I-SIWZ.pdf>

Dostępna dokumentacja postępowania o zamówienie publiczne potwierdza, że w ramach zamówienia nie były w ogóle wykonywane ciągi pieszojezdne.

Ponadto przeprowadzona przez Odwołującego wizja lokalna i wykonana dokumentacja fotograficzna potwierdzają że na istniejącym placu zabaw przy przedszkolu wybudowano nawierzchnie bezpieczną pod elementami zabawek, natomiast przy szkole wybudowana drugi plac kompletnie ogrodzony z furtką i wysokimi ogrodzeniami. Nie istnieje techniczna możliwość wjazdu na teren placu jakimkolwiek pojazdem z uwagi wysokie ogrodzenia, w których jest umieszczona tylko furtka wejściowa dla pieszych.

Zgodnie z PFU dla tego zamówienia: „1.1. Opis ogólny przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i budowa ogrodzonych placów zabaw w Szkole Podstawowej nr 362 przy ul. Czumy 8. Zadanie obejmuje także przedstawienie ogrodzenia przedszkolnego o 15 m w głąb terenu szkoły na długości ok. 60 - 62 m. Na

terenie należącym do przedszkola po przestawieniu ogrodzenia i furtki ma pozostać istniejąca tam piaskownica. Na terenie przedszkola zaprojektować i posadzić zabawki wybrane z załącznika nr 2 urządzeń zabawowych wskazanych dla oddziałów przedszkolnych. Na terenie przedszkolnym konieczne jest także wykonanie nawierzchni bezpiecznej pod urządzeniami zabawowymi nowo instalowanymi - zgodnie z zaleceniami producenta. Na pozostałym terenie istniejącego placu zabaw mają pozostać zainstalowane zabawki wraz z powierzchnią bezpieczną placu zabaw. Należy zaprojektować i wykonać posadowienie nowych zabawek i elementów placów zabaw z zachowaniem stref bezpieczeństwa.”.

Ponadto przeprowadzona przez Odwołującego wizja lokalna i wykonana dokumentacja fotograficzna potwierdzają, że wykonano w ramach realizacji zamówienia wyłącznie ciągi pieszce i nawierzchnie bezpieczne pod elementami zabawek. Podsumowując inwestycja wyszczególniona w poz. 2 Wykazu robota nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. W tym miejscu dowołania zostały dołączone do tekstu dwa zdjęcia przykładowe z inwestycji.

Zagospodarowanie terenu Boiska przy ul. M. Edelmana 5 w Warszawie. Trzecia pozycja wykazu robót zawiera inwestycję opisaną jako przekształcenie boiska asfaltowego w Skwer Osiedlowy z alejkami z kostki betonowej i zielenią. Także w tym przypadku dostępna jest pełna dokumentacja przetargowa postępowania:

<http://www.zgn.waw.Dl/index.Dho?s=7&Drzetarg=f31646c5e901340b4f62fd8141785ef2>

Załącznik nr 7 do SIWZ Projekt wykonawczy potwierdza, że zakres rzeczowy zamówienia w ogóle nie zawierał wykonania ciągów pieszojezdnych. Zgodnie z projektem przedmiot zamówienia obejmował: „7.1. Układ komunikacyjny. Rozwiązania projektowe sprowadzają się do zagospodarowania terenu na działce nr ewidencyjny nr 22 i części działki 23/5, które polegają na wyznaczeniu ciągów pieszych o szerokości od 2.0m do 4.0m o nawierzchni z betonowej kostki brukowej, strefy do Street workout wraz z urządzeniami oraz elementów małej architektury tj. ławki, kosze na śmiecie, stojaki rowerowe, pergola, stoliki do gry w szachy i tenisa stołowego. Pozostałe tereny działki nr 22 i 23/5 zostaną przeznaczone pod zieleni tj. trawniki, nasadzenia drzew i zieleni niskiej - krzewy i inne rośliny ozdobne.”.

W zakresie konstrukcji nawierzchni projekt wskazuje wprost na konstrukcję przeznaczoną wyłącznie do ruchu pieszego: „7.3. Konstrukcja nawierzchni.

Dla projektowanych ciągów pieszych przewidziano nawierzchnie z betonowej kostki brukowej o nośności przewidzianej pod ruch pieszych w oparciu o zapisy Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 roku w sprawie warunków

technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 43 poz. 430 z późniejszymi zmianami):

7.4. Odwodnienie. Projektowane odwodnienie terenów rekreacyjnych przewidziano w tereny zielone przyległe do utwardzenia terenu, poprzez nadanie spadków poprzecznych i podłużnych projektowanych nawierzchni. Tereny przewidziane są jedynie dla ruchu pieszych, w związku z tym nie przewiduje się powstawania zanieczyszczeń wymagających stosowania urządzeń do oczyszczania wód opadowych

8. Zestawienie powierzchni części zagospodarowania terenu W ramach projektu przewidziano wykonanie nawierzchni:

- Ciągów pieszych z kostki betonowej - 740m²

- Utwardzenia terenu geokratą i kruszywem - 203m²

Ponadto przeprowadzona przez Odwołującego wizja lokalna i wykonana dokumentacja fotograficzna potwierdzają, że w przypadku tego zamówienia zostały wybudowane ciągi piesze z utwardzonym terenem pod strefy plenerowej rekreacji. Także w przypadku tej inwestycji nie ma możliwości ruchu pojazdów. Nie istnieje techniczna możliwość wjazdu na teren inwestycji jakimkolwiek pojazdem z uwagi na słupki blokujące wjazd na ten teren. Wykonano w ramach realizacji tego zamówienia wyłącznie ciągi piesze. Podsumowując inwestycja wyszczególniona w poz. 3 Wykazu robota nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. W tym miejscu dowołania zostały dołączone do tekstu trzy zdjęcia przykładowe z inwestycji/.

Zamawiający w dniu 28.04.2020 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 04.05.2020 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum BIS WOD-KAN zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Stwierdził, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z SIWZ jest remont dziedzińca, patio oraz ciągów pieszych w Szkole Podstawowej nr 69 przy ul. Wiktorskiej 73 w Warszawie. Przystępujący składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu zapoznał się z w całości z dokumentacją przedstawioną przez zamawiającego to jest : - siwz, - opisem przedmiotu zamówienia (zał. nr 11) - dokumentacją projektową (zał. nr 12) - specyfikacją techniczną wykonania robót (zał. nr 13). Po dokonaniu analizy w/w dokumentów ocenił że posiada zdolność zawodową do wykonania przedmiotu zamówienia tj. może wykazać się, że „w okresie ostatnich pięciu lat wykonał co najmniej trzy roboty budowlane o wartości nie mniejszej niż 300 000 zł brutto każda polegające na wykonaniu ciągów pieszo-jezdnych wraz z urządzeniem zieleni”. Odwołujący skupia się na

udowodnieniu swoich racji i przekonaniu uczestników postępowania że w jego mniemaniu istnieje definicja legalna ciągu pieszo-jezdnego, powołując się na Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2012 r., w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. Przystępujący uważa, że na gruncie funkcjonującego prawa nie ma takiej definicji. Owszem pojęcie jako takie występuje w różnego rodzaju przepisach ale tylko w rozumieniu popularnym a nie ustawowym. Definicja pojęcia ciągu pieszo-jezdnego wymagała by zmiany Ustawy o drogach publicznych oraz Ustawy o gospodarowaniu nieruchomościami a w szczególności uznania że ciągi pieszo-jezdne to drogi o charakterze publicznym - jeżeli są publiczne dostępne. Ciągi pieszo-jezdne, to drogi nie posiadające parametrów technicznych drogi, ale są niezbędne dla mieszkańców. Odwołujący przytacza rozporządzenie które odnosi się do sporządzania planów zagospodarowania działek które nie są terenami publicznymi a wspomniane ciągi pieszo-jezdne to drogi wewnętrzne mające zapewnić dojazd do drogi publicznej. Na gruncie funkcjonującego prawa określenie drogi publicznej związane jest z finansowaniem inwestycji ze środków publicznych Ciągi pieszo-jezdne, o jakich mowa we wspomnianym Rozporządzeniu, nie zawsze są dostępne publicznie zwłaszcza na zamkniętych obiektach mieszkaniowych czy innych tego typu inwestycjach. BIS WOD-KAN przyjął że ciągiem pieszo-jezdnym jest ciąg komunikacyjny służący do ruchu pieszego lub pojazdów zwłaszcza, że przedmiotem zamówienia jest remont dziedzińca, patio oraz ciągów pieszych w Szkole Podstawowej . Ciągi pieszo-jezdne w rozumieniu przyjętym na potrzeby szeroko rozumianej praktyki budownictwa drogowego powinny w szczególności charakteryzować się wzmocnioną konstrukcją podbudową z kruszywa kamiennego o grubości 15 cm. Wszystkie wymienione roboty budowlane potwierdzające zdobyte doświadczenie zwierają w swoim zakresie wykonanie ciągów pieszo-jezdnych na wzmocnionej podbudowie. Konstrukcja taka ma zapewnić ruch pieszego jak i dojazd oraz postój samochodów w celach eksploatacyjnych obiektu tj. wymiany piasku w piaskownicach, konserwację zieleni itp. Odwołujący neguje wykonanie przez Przystępującego ciągów pieszo-jezdnych, na str. 9 odwołania, stwierdza że żadna ze wskazanych w wykazie robót budowlanych nie obejmowała wykonania ciągów pieszojezdnych. Odwołujący w swoim odwołaniu raz posługuje się wyrażeniem ciągu pieszojezdne innym razem ciągi pieszo-jezdne. W SIWZ mowa jest o ciągach pieszo-jezdnych dla jasności. Użycie myślnika w wyrażeniu sugeruje, że Zamawiający miał na myśli zarówno ciągi piesze, jak i jezdne. Odwołujący odnosi się do treści poświadczeń jakie Przystępujący przedstawił w postępowaniu stwierdzając że treść tych poświadczeń nie zawiera informacji że wykazane roboty polegały na wykonaniu ciągów pieszo-jezdnych. Składając dowody potwierdzające udział w postępowaniu wykonawca nie ma wpływu na treść jaką napisze podmiot potwierdzający wykonanie danej roboty budowlanej. Istotą oceny

jest fakt wykonania robót budowlanych potwierdzających doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotowego zamówienia tj. remont dziedzińca, patio oraz ciągów pieszych w Szkole Podstawowej. Często myląca, a nawet niespójna jest nazwa samego wykonanego zamówienia, które ma potwierdzić wykonanie konkretnych robót. Odnosząc się do poszczególnych robót wykazanych przez Przystępującego:

Przebudowa placu zabaw Przedszkola nr 300. Odwołujący kwestionuje to poświadczenie argumentując że roboty budowlane wykonywane w trzech etapach na podstawie trzech różnych umów nie mogą potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamówienie było wykonywane na podstawie jeden dokumentacji projektowej a podział na trzy etapy wynikał z konieczności etapowego finansowania inwestycji. Zamawiający nie mógł zapewnić jednorazowo środków wystarczających na finansowanie zadania w związku z tym zmuszony był do podziału inwestycji na trzy zadania. W ramach tego wykonywane były ciągi pieszo-jezdne o konstrukcji wzmocnionej. W § 1. umowy z 12.12.2018 r. o wykonanie robót budowlanych zawartej pomiędzy Zamawiającym a BIS WOD-KAN jako przedmiot umowy wykazana jest przebudowa placu zabaw Przedszkola nr 300 w zakresie wymiany nawierzchni, podobnie jest w Umowie dot. III etapu z 29.05.2019 r., gdzie w § 1 jako przedmiot robót określa się wymiana nawierzchni pieszo-jezdnej .

„Zaprojektowanie i wybudowanie placu zabaw przy szkole podstawowej nr 362 przy ul. Czumy 8 w Warszawie”. Odnosząc się do zarzutów Odwołującego, że w ramach zamówienia na terenie przy ul. Czumy 8 nie były wykonywane ciągi i nie istnieje techniczna wjazdu na teren szkoły stwierdzamy, że nawierzchnia wraz z podbudową została zaprojektowana i wykonana aby umożliwić dojazd sprzętem służącym do serwisowania placu zabaw. Ponadto dostęp na teren szkoły został uwzględniony poprzez wykonanie uchylnego prześła umożliwiającego wjazd sprzętu od strony ulicy do celów serwisowych oraz ppoż. (fot. 1) Dodatkowo istnieje drugi wjazd na teren Przedszkola nr 214 i Szkoły Podstawowej nr 362 od strony ul. Powstańców Śląskich. (fot. 2). W tym miejscu przystąpienia zostały dołączone do tekstu dwa zdjęcia z inwestycji – fot. 1 i 2/. Na potwierdzenie wykonania konstrukcji wzmocnionej przedstawił w załączeniu (Zał. nr 1) przekrój poprzeczny konstrukcji zawarty w dokumentacji projektowej zadania dotyczący faktycznie wykonanych nawierzchni z kostki betonowej na podbudowie z tłuczni kamiennego 4-31.5 mm Konstrukcja taka spełnia warunki dla ciągów pieszo-jezdnych, a więc warunek potwierdzenia doświadczenia udziału w postępowaniu należy uznać za spełniony.

Zagospodarowanie terenu boiska przy ul. M. Edelmana 5. Odnosząc się do zarzutów Odwołującego, że w ramach zamówienia na terenie Skweru przy ul. Edelmana 5, konstrukcja nawierzchni z betonowej kostki brukowej przewidziana jest pod ruch pieszy oraz że nie istnieje techniczna możliwość wjazdu na teren Skweru z uwagi na słupki blokujące wjazd

stwierdzamy, że nawierzchnia wraz z podbudową została zaprojektowana i wykonana aby umożliwić dojazd sprzętem służącym do serwisowania urządzeń na Skwerze. Ponadto dostęp na Skwer jest realizowany od strony osiedla tj. od budynku ul. Dubois 4. Ponadto w awaryjnych sytuacjach zarządca tego terenu jeden ze słupków pozostawił jako wyjmowany. (fot. 3 , 4). Fot 3 przedstawia teren z zamontowanym słupkiem a na fot. 4 przedstawia to samo miejsce ze zdemontowanym słupkiem - który ma możliwość szybkiego demontażu na potrzeby serwisowania i obsługi skweru. W tym miejscu przystąpienia została dołączona do tekstu fot. 3 z inwestycji.

Ponadto dokumentacja projektowa zawiera przekrój konstrukcyjny nawierzchni z kostki brukowej do wykonania, potwierdzający konstrukcję wzmocnioną umożliwiającą wjazd samochodów. Wykonano 740 m² nawierzchni ciągów komunikacyjnych spełniających funkcję ciągów „pieszo-jezdnych” oraz 203 m² terenu utwardzonego „geokratą” na podbudowie z kruszywa gr 15 cm. W tym miejscu przystąpienia została dołączona do tekstu fot. 4 z inwestycji.

W dniu 26.05.2020 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) ROKOM Sp. z o. o. wniosła pismo procesowe Odwołującego wnosząc o dołączenie do akt postępowania dowodów rzeczowych uzyskanych przez Odwołującego, tj.

A) Pismo Dzielnicy Bemowo M. St. Warszawy z 20.05.2020 r. - odpowiedź na wniosek o udzielenie informacji publicznej ws. realizacji zadania pn. *„Zaprojektowanie i wybudowanie placu zabaw przy Szkole Podstawowej nr 352 przy ul. Czumy 8 na terenie Dzielnicy Bemowo w Warszawie”* (poz. 2 w wykazie robót Wykonawcy BIS WOD-KAN)

B) Pismo Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Śródmieście M. St. Warszawy z dnia 25.05.2020 - odpowiedź na wniosek o udzielenie informacji publicznej ws. realizacji zadania pn. *„Zagospodarowanie terenu boiska przy ul. M. Edelmana 5 w Warszawie.”* (poz. 3 w wykazie robót Wykonawcy BIS WOD-KAN).

Wskazane wyżej zadania zostały zrealizowane przez Przystępującego i przedłożone w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego wykonawcy (po modyfikacji z dnia 23.02.2020 r.) został określony przez Zamawiającego następująco: *„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy na potwierdzenie zdolności zawodowej: w zakresie doświadczenia - wykażą, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonanie co najmniej trzech robót budowlanych o wartości nie mniejszej niż 300 000 zł brutto każda, polegających na wykonaniu ciągów pieszojezdnych wraz z urządzeniem zieleni”*.

Żadna ze wskazanych w wykazie robót budowlanych, nie obejmowała wykonania ciągów pieszojezdnych, koniecznych dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający w uzasadnieniu ponownego wyboru ofert z 20.05.2020r. przytacza i opiera się na wyjaśnieniach Przystępującego: *„zakresem wykonanie ciągów pieszo-jezdnych. W dniu 20 kwietnia 2020 r. Wykonawca udzielił wyjaśnień, w których zawarte zostało oświadczenie, następującej treści: „Oświadczamy, że nawierzchnie na obiektach zgłoszonych przez nas w wykazie robót budowlanych potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności zawodowej w zakresie doświadczenia (nazwanie przez nas ogólnie „chodnikami”) posiadają konstrukcję wzmocnioną tj.: kostkę betonową na podsypce cementowo-piaskowej na podbudowie z kruszywa kamiennego gr. 15 cm. , która przewiduje również ruch i postój pojazdów, pełnią taką samą funkcję jak tak zwane „ciągi pieszo-jezdne i naszym zdaniem w pełni obejmują pojęcie wykonania ciągów pieszo jezdnych. Wykonane nawierzchnie na zgłoszonych przez nas obiektach zapewniają i dopuszczają dojazdy samochodów w celach eksploatacyjnych tj. wymian piasku w piaskownicach, pielęgnację zieleni, itp.”. W związku z powyższym Zamawiający ponownie uznał, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej w zakresie doświadczenia. Konsekwentnie także w treści zgłoszonego przystąpienia wykonawca potwierdza, w odniesieniu do poszczególnych inwestycji, że faktycznie ich zakres rzeczowy rzekomo obejmował ciągi pieszo-jezdne.*

Zgodnie z treścią przystąpienia: 2. „Zaprojektowanie i wybudowanie placu zabaw przy szkole podstawowej nr 362 przy ul. Czumy 8 w Warszawie” *„(...) wjazdu na teren szkoły stwierdzamy, że nawierzchnia wraz z podbudową została zaprojektowana i wykonana aby umożliwić dojazd sprzętem służącym do serwisowania (...) podbudowie z tłuczni kamiennego 4-31.5 mm Konstrukcja taka spełnia warunki dla ciągów pieszo-jezdnych, a więc warunek potwierdzenia doświadczenia udziału w postępowaniu należy uznać za spełniony.”*

3. Zagospodarowanie terenu boiska przy ul. M. Edelmana 5. *„(...) Ponadto dokumentacja projektowa zawiera przekrój konstrukcyjny nawierzchni z kostki brukowej do wykonania, potwierdzający konstrukcję wzmocnioną umożliwiającą wjazd samochodów . Wykonano 740 m2 nawierzchni ciągów komunikacyjnych spełniających funkcję ciągów „pieszo-jezdnych” oraz 203 m2 terenu utwardzonego „geokratą” na podbudowie z kruszywa gr 15 cm.”*

W świetle dokumentów otrzymanych od Zamawiających, na rzecz których były realizowane inwestycje wymienione w wykazie robót wybranego wykonawcy, należy uznać, że Zamawiający - Miasto Stołeczne Warszawa - Dzielnica Mokotów został wprowadzony przez Przystępującego w błąd. Z treści udzielonych informacji jednoznacznie wynika, że:

Ad. A) - 2 poz. Wykazu robót *„w ramach w/w inwestycji nie były budowane ciągi pieszo-jezdne a chodniki z kostki betonowej na podsypce cementowo-piaskowej z podbudową z kruszywa łamanego”*

Ad. B) - 3 poz. Wykazu robót „w ramach realizowanych prac, nie było wykonywanych ciągów pieszojezdnych, [...] zaprojektowana konstrukcja nawierzchni nie przewiduje postępu i przejazdu pojazdów”. Otrzymane w ramach informacji publicznej informacje stoją w oczywistej sprzeczności z oświadczeniem złożonym przez Przystępującego BIS WOD-KAN.

W dniu 02.06.2020 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum BIS WOD-KAN wniosło pismo procesowe Przystępującego wnosząc o dołączenie do akt postępowania dowodów rzeczowych uzyskanych przez Przystępującego.

- 1) przekrój konstrukcyjny zawarty w projekcie technicznym stanowiącym załącznik do SIWZ dot. przedmiotowego postępowania: pn. „*Remont dziedzińca, patio oraz ciągów pieszych w Szkole Podstawowej nr.69 przy ul. Wiktorskiej 73 w Warszawie*”.
- 2) Konstrukcja nawierzchni chodników dla zagospodarowania terenu boiska przy ul. Lewartowskiego 5 (Edelmana 5) z adnotacją autora projektu.

W nawiązaniu do pisma procesowego Odwołującego z 26.05.2020r. - oświadczył co następuje: Kategorie nie zgadzamy się z tezą zawartą w otrzymanym piśmie Procesowym Odwołującego: „*W świetle dokumentów otrzymanych od Zamawiających, na rzecz których były realizowane inwestycje wymienione w wykazie robót wybranego wykonawcy należy uznać, że Zamawiający - Miasto Stołeczne Warszawa-Dzielnica Mokotów został wprowadzony przez Przystępującego w błąd*”. Przystępujący w złożonych dokumentach i oświadczeniach nie twierdził wprost, że wykonywał ciągi „*pieszo-jezdne*” a jedynie wykazał, że wykonał podobne swym zakresem prace i zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo je ukończył. Zostało to ocenione przez Zamawiającego jako wystarczające do spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia.

Przystępujący przygotowując się do złożenia oferty dokonał wnikliwej analizy SIWZ włącznie z zawartym tam Projektem Technicznym i opierając się na zaprojektowanych tam przekrojach konstrukcyjnych nawierzchni: /chodniki piesze - kostka betonowa 6cm, podsypka cementowo - piaskowa gr. 3 cm, pospółka gr. 10 cm. ciągi pieszo-jezdne (dojazd do piaskownicy w celu wymiany okresowej piasku), kostka betonowa 6 cm, podsypka cementowo - piaskowa gr. 3 cm, podbudowa tłuczeń kamienny 0-31.5 mm gr. 15cm./ uznał, że posiada wiedzę i doświadczenie potwierdzające warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ zgłoszone w wykazie obiekty:

- Przebudowa placu zabaw Przedszkola nr. 300,
- Zaprojektowanie i wybudowanie placu zabaw przy Sp.362, ul. Czumy 8
- Zagospodarowanie terenu boiska przy ul. Edelmana 5 w Warszawie

są tożsame w zakresie zaprojektowanej i wykonanej konstrukcji nawierzchni, tj. /kostka bet. 6cm, podsypka cementowo-piaskowa 3 cm, podbudowa z tłuczni kamiennego 15 cm./

z zawartą w projekcie technicznym projektowaną nawierzchnią dojazdu do piaskownicy nazwanego przez autora projektu „ciągiem pieszo-jezdny” i dowodzą w przekonaniu Przystępującego, że posiada zdolność zawodową do wykonania przedmiotu zamówienia. Odwołujący, toczy spór o nazewnictwo robót nie biorąc pod uwagę lub celowo pomijając technologię wykonania robót jak i rodzaj użytych materiałów, które są tożsame w toczącym się postępowaniu jak wykazanych robotach mających udokumentować wiedzę i doświadczenie Przystępującego. Odwołujący dołączył do postępowania:

- Dowód A - pismo ZGN Śródmieście, które potwierdza, że Odwołujący nie wykonywał ciągów „pieszo-jezdnych” oraz stwierdzenie, że zaprojektowana konstrukcja nie przewiduje postoi i przejazdu. Zaprzecza temu adnotacja autora projektu przebudowy boiska przy ul. Edelmana 5, który dopuszcza ruch i postój pojazdów serwisowych;
- Dowód B/ (pismo z Dzielnicy Bemowo), który potwierdza, że Odwołujący wykonywał chodniki z kostki betonowej na podsypce cementowo piaskowej z podbudową z kruszywa kamiennego - która to konstrukcja i wykonanie od strony sztuki budowlanej odpowiada, tak zwanym ciągom „pieszo-jezdny”.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: całej dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ po modyfikacji z 23.03.2020 r., opisu przedmiotu zamówienia (zał. nr 11 do SIWZ) - dokumentacji projektowej (zał. nr 12 do SIWZ) - specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót /STWiOR/ (zał. nr 13 do SIWZ), oferty Przystępującego, wykazu robót wraz ze złożonym oświadczeniem według wzoru, tj. zał. nr 9 i 5 do SIWZ.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczył także złożone przez Odwołującego wraz z pismem procesowym Odwołującego:

- 1) Pismo Dzielnicy Bemowo M. St. Warszawy z 20.05.2020 r.;
- 2) Pismo Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Śródmieście M. St. Warszawy z 25.05.2020 r.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczył także złożone przez Odwołującego na rozprawie:

- 1) Kopie ogłoszenia o zmianie ogłoszenia 23.03.2020 r., BZP Nr 540052175-N-2020;
- 2) Wydruk projektu budowanego /z grudnia 2017 r./ na inwestycję zagospodarowania terenu boiska przy ul. Lewartowskiego 5 (obecnie Edelmana 5).

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczył także złożone przez Zamawiającego na rozprawie wraz z odpowiedzią na odwołanie:

1. Kopia rysunku przedstawiającego zakres wykonania zadania inwestycyjnego pod nazwą: „Przebudowa placu zabaw wraz z zagospodarowaniem terenu w Przedszkolu nr 300 przy ul. Portofino 4 w Warszawie”;
2. Kopia tabel elementów rozliczeniowych poszczególnych etapów (od I do III) zadania inwestycyjnego;
3. Kopia wyjaśnień i zmian treści SIWZ z 23.03.2020 r.;
4. Kopia wezwania do wyjaśnienia z 17.04.2020 r.;
5. Kopia wyjaśnienia udzielonego przez Przystępującego w dniu 20.04.2020 r.;
6. Kopia zastrzeżeń Odwołującego z 17.04.2020 r.;
7. Kopia odpowiedzi Zamawiającego z 20.04.2020 r.;
8. Kopia informacji o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty z 20.04.2020 r.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczył także złożone przez Przystępującego wraz z przystąpieniem:

- 1) przekrój konstrukcyjny wykonanych nawierzchni dot. zadania: „Zaprojektowanie i wybudowanie placu zabaw przy szkole podstawowej nr.362 przy ul. Czumy 8 w Warszawie”
- 2) przekrój konstrukcyjny wykonanych nawierzchni dot. zadania: „Zagospodarowanie terenu boiska przy ul. M. Edelmana 5.”.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczył także złożone przez Przystępującego wraz z pismem procesowym Przystępującego:

- 1) konstrukcja nawierzchni chodników dla zagospodarowania terenu boiska przy ul. Lewartowskiego 5 (Edelmana 5) z adnotacją autora projektu;

2) przekrój konstrukcyjny zawarty w projekcie technicznym stanowiącym załącznik do SIWZ dot. przedmiotowego postępowania: pn. „*Remont dziedzińca, patio oraz ciągów pieszych w Szkole Podstawowej nr.69 przy ul. Wiktorskiej 73 w Warszawie*”.

Izba dopuściła dowód z okazania treści wyświetlonych dokumentów, tj. wniosków do Burmistrza Dzielnicy Bemowo oraz Dyrektora Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Śródmieście M. St. Warszawy (dowód z oględzin) przeprowadzony na rozprawie przez Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, odpowiedź na odwołanie, a nadto stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołania zarzutu stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. 24 ust 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy BIS WOD-KAN pomimo, że ten nie udowodnił spełnienia warunku udziału w postępowaniu,
2. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania.

Pierwotnie Zamawiający wymagał w pkt II SIWZ: „*O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy na potwierdzenie: zdolności zawodowej: W zakresie doświadczenia - wykażą, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie wykonali co najmniej trzy roboty budowlane o wartości nie mniejszej niż 350.000,00 zł brutto każda polegające na budowie, przebudowie lub remoncie placów zabaw.*”. Po modyfikacji z 23.03.2020 r.: „*O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy na potwierdzenie zdolności zawodowej: w zakresie doświadczenia - wykażą, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonanie co najmniej trzech robót budowlanych o wartości nie mniejszej niż 300 000 zł brutto każda, polegających na wykonaniu ciągów pieszo - jezdnych wraz z urządzeniem zieleni*”.

Niniejsze było efektem odpowiedzi na pytanie 6: „*Wnosimy o zmianę lub rozszerzenie wymogów warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia tj. o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy na potwierdzenie: zdolności*

zawodowej: w zakresie doświadczenia - wykażą, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie wykonali co najmniej trzy roboty budowlane o wartości nie mniejszej niż 350.000,00 zł brutto każda polegające na budowie, przebudowie lub remoncie placów zabaw na trzy roboty budowlane o wartości nie mniejszej niż 350.000 zł brutto polegające na budowie, przebudowie lub remoncie placów zabaw, dróg, ciągów pieszych lub placów postojowych z elementów betonowych. Postawiony przez Zamawiającego wymóg nie stanowi głównego elementu robót w postępowaniu przetargowym (plac zabaw stanowi mniej niż 20% wartości całego zadania), a ograniczenie Wykonawców tylko do grupy podmiotów wykonujących tylko place zabaw znacznie ogranicza konkurencję, co w konsekwencji będzie miało wpływ na wysokie ceny ofert pozyskanych podczas przetargu.” Odpowiedź:

„Zamawiający uznaje zasadność wniosku i dokonuje zmiany treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia zawodowego. W związku z powyższym treść SIWZ w części II „Warunki udziału w postępowaniu” pkt 2 otrzymuje brzmienie: „2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy na potwierdzenie zdolności zawodowej: w zakresie doświadczenia - wykażą, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonanie co najmniej trzech robót budowlanych o wartości nie mniejszej niż 300 000 zł brutto każda, polegających na wykonaniu ciągów pieszo-jezdnych wraz z urządzeniem zieleni” .

W przypadku podania w dokumentach złożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu kwot w walutach obcych, Zamawiający do przeliczenia na PLN przyjmie średni kurs Narodowego Banku Polskiego (NBP) z dnia opublikowania ogłoszenia o zamówieniu. Jeżeli w dniu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu NBP nie opublikuje informacji o średnim kursie walut, należy dokonać odpowiednich przeliczeń wg średniego kursu z pierwszego, kolejnego dnia, w którym NBP opublikuje ww. informacje).

w zakresie kwalifikacji zawodowych - wykażą osobę skierowaną przez wykonawcę do realizacji zamówienia spełniającą niżej określone wymagania:

Kierownik Robót - jedna osoba posiadająca uprawnienia budowlane co najmniej z ograniczeniami do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno - budowlanej. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w/w warunki wykonawcy mogą spełniać łącznie. W przypadku, gdy wykonawca polega na zdolnościach innego podmiotu, podmiot udostępniający zasób zobowiązany będzie zrealizować roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą (podwykonawstwo)”.

Przystępujący wykazał się trzema zadaniami:

1. Przebudowa placu zabaw Przedszkola nr. 300 w zakresie wymiany nawierzchni wraz z zagospodarowaniem terenu Etap I, II, III - 601.817,60 zł. W tym budowa chodników i urządzenie zieleni w kwocie: 342.000;
2. Zaprojektowanie i wybudowanie placu zabaw przy szkole podstawowej nr. 362 przy ul. Czumy 8 na terenie Dzielnicy Bemowo m.st. Warszawy - 981.380,00 zł. W tym budowa chodników i urządzenie zieleni: 314.500 zł;
3. Zagospodarowanie terenu Boiska przy ul. M. Edelmana 5 w Warszawie. Przekształcenie boiska asfaltowego w Skwer Osiedlowy z alejkami z kostki betonowej zielenią - 664.909,82 zł. W tym budowa chodników i urządzenie zieleni w kwocie: 448.000 zł.

Pierwotny wybór oferty najkorzystniejszej miał miejsce 14.04.2020 r. Wobec niego obecny Odwołujący złożył zastrzeżenia w dniu 17.04.2020 r. podważając m.in. wybór w zakresie tożsamym z zawartym w odwołaniu z 27.04.2020 r. W dniu 17.04.2020 r., po unieważnieniu pierwotnego wyboru, Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał obecnego Przystępującego: „(...) do udzielenia wyjaśnień dotyczących wykazu robót złożonego przez Wykonawcę w celu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności zawodowej, w zakresie doświadczenia. W dniu 31 marca 2020 r. wykonawca Rokom Sp. z o.o. (zwany dalej Spółką Rokom) zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie oferty złożonej przez Wykonawcę - Konsorcjum: BIS WOD-KAN Roboty Inżynieryjno Budowlane J. C. IKB G. C. (zwanego dalej Wykonawcą). Zamawiający udostępnił Spółce Rokom dokumenty w dniu 1 kwietnia 2020 r. W dniu 15 kwietnia 2020 r. Spółka Rokom zwróciła się do Zamawiającego o udostępnienie korespondencji z Wykonawcą oraz protokołu postępowania. Zamawiający udostępnił dokumenty zgodnie ze złożonym wnioskiem w dniu 15 kwietnia 2020 r. W dniu 17 kwietnia 2020 r. Spółka Rokom zgłosiła Zamawiającemu zastrzeżenia wobec wyboru oferty Wykonawcy, jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu. Zastrzeżenia dotyczą m.in. spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej w zakresie doświadczenia przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Zdaniem Spółki Rokom „żadna ze wskazanych w wykazie robót budowlanych nie obejmowała wykonania ciągów pieszojezdnych koniecznych dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu. (...) Powyższe potwierdza także adnotacja wykonawcy zawarta w wykazie, która zawiera wprost wskazanie, że przedmiot zamówienia obejmował chodniki”. Zdaniem Spółki Rokom z treści warunku udziału w postępowaniu wynika, że „sam ciąg pieszy - chodniki nie spełnia warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu. Najprawdopodobniej wykonawca wybrany nie uwzględnił po prostu faktycznego brzmienia warunku udziału w postępowaniu. Warunek nie brzmi „ciąg pieszy” czy „chodniki” ale „ciąg pieszojezdny”. Nie rozstrzygając tego, czy Zamawiający zgadza się z interpretacją warunku

udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej w zakresie doświadczenia przedstawioną przez Spółkę Rokom Zamawiający postanawia wezwać Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień dotyczących wymienionych powyżej kwestii podnoszonych przez Spółkę Rokom, a w szczególności do wyjaśnienia czy roboty wskazane przez Wykonawcę w wykazie robót budowlanych obejmowały swoim zakresem wykonanie ciągów pieszo-jezdnych.”.

W odpowiedzi z 20.04.2020 r. BIS WOD-KAN stwierdził: „W przepisach regulujących ruch drogowy nie ma określenia "ciąg pieszo-jezdny". Jest to pojęcie kolokwialne, powstałe przed bardzo wielu laty, wśród architektów projektujących osiedla mieszkaniowe. W praktyce ciągi te stanowią rodzaj drogi (ale w rozumieniu popularnym a nie ustawowym) służącej do przemieszczania się dla pieszych i pojazdów.

Brak jest jednak legalnej definicji pojęcia "ciągu pieszo-jezdnego". Oznacza to, że należy je interpretować zgodnie z potocznym znaczeniem, a więc jako część drogi przeznaczoną zarówno do ruchu pojazdów, jak i do ruchu pieszych. Ciągi pieszo-jezdne należą do urządzeń infrastruktury technicznej lecz niestety nie istnieje żadna legalna (zawarta w jakimkolwiek akcie prawnym) definicja tego pojęcia. Najważniejszą i najistotniejszą cechą dla ciągów pieszych z dopuszczeniem do ruchu pojazdów (czyli pieszo-jezdnych) jest wzmocniona konstrukcja nośna nawierzchni, w terminologii budowlanej nazywana podbudową. Oświadczamy , że nawierzchnie na obiektach zgłoszonych przez Nas w wykazie robót budowlanych potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności zawodowej w zakresie doświadczenia (nazwane przez nas ogólnie „chodnikami”) posiadając konstrukcję wzmocnioną tj.: kostkę betonową na podsypce cementowo-piaskowej na podbudowie z kruszywa kamiennego gr.15 cm. , która przewiduje również ruch i postój pojazdów, pełnią taką samą funkcję jak tak zwane „ciągi pieszo-jezdne” i naszym zdaniem w pełni obejmują swoim zakresem pojęcie wykonania ciągów pieszo-jezdnych. Wykonane nawierzchnie na zgłoszonych przez nas obiektach zapewniają i dopuszczają dojazdy samochodów w celach eksploatacyjnych tj. wymiana piasku w piaskownicach, pielęgnację zieleni , itp.”.

W odpowiedzi na zastrzeżenia obecnego Odwołującego – w dniu 20.04.2020 r. Zamawiający wskazał: „(...) teza, że istnieje legalna definicja ciągu pieszo jezdnego, zdaniem Zamawiającego jest nieprawidłowa. Prawdą jest, że pojęcie ciągu pieszo-jezdnego pojawia się w 5 14 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2015r., poz. 1422), jednak zawarta tam norma jest przede wszystkim skierowana do inwestorów, którzy mają zapewnić działkom budowlanym oraz budynkom i urządzeniom związanymi z nimi dojście i dojazd umożliwiający dostęp do drogi publicznej. Pogląd ten

wynika m.in. z Wyroku NSA, z dnia 6 kwietnia 2018 r. (sygn. II OSK 1494/17). W ogólnodostępnych opiniach prawnych można znaleźć również stwierdzenie, iż jest to pojęcie kolokwialne powstałe, przed bardzo wielu laty, wśród architektów projektujących osiedla mieszkaniowe. W praktyce - jak to obserwujemy - ciągi te stanowią rodzaj drogi (w rozumieniu popularnym a nie ustawowym) służącej do przemieszczania się pieszych i pojazdów.

Podkreślenia wymaga, iż pojęcie ciągu-pieszo-jezdnego znajduje się także w innych rozporządzeniach Ministra Infrastruktury. Przykładem jest Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 7 marca 2008 r. w sprawie wymagań, jakie muszą spełniać cmentarze, groby i inne miejsca pochówku zwłok i szczątków (Dz. U. z dnia 21 marca 2008 r.), z którego wynika jedynie norma, że ciągi pieszo-jezdne powinny być dostosowane do obciążenia i natężenia ruchu zależnego od potrzeb i uwarunkowań lokalnych, z uwzględnieniem potrzeb osób niepełnosprawnych (§ 9. 3 przywołanego rozporządzenia). W związku z tym należy uznać, że zawarte w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie szczególne wymogi odnoszące się do ciągu pieszo-jezdnego, dotyczą jedynie takiego ciągu pieszo-jezdnego, który ma pełnić dla działek budowlanych oraz budynków i urządzeń z nimi związanych funkcję dojścia i dojazdu umożliwiającego dostęp do drogi publicznej i nie powinny być automatycznie stosowane jako definicja legalna ciągu pieszego. W związku z powyższym nieuprawnione jest twierdzenie, że Zamawiający powinien brać pod uwagę, przy ocenie spełnienia warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu, parametry ciągu pieszo-jezdnego, określone w § 14 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie.

Po drugie Zamawiający, konstruując warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu, po uwzględnieniu argumentów Spółki Rokom, zgłoszonych w dniu 13 marca 2020 r., w szczególności dotyczących ułatwienia udziału w postępowaniu możliwie największej ilości podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia, dokonał wnikliwej analizy przedmiotu zamówienia. Biorąc pod uwagę, że większość robót budowlanych związana jest z wykonaniem prac na terenie patio, w tym remontem ciągów pieszych, wykorzystywanych częściowo do przejazdów technicznych oraz urządzaniem zieleni, Zamawiający postanowił wymagać wykazania doświadczenia polegającego na wykonaniu ciągów pieszo-jezdnych wraz z urządzeniem zieleni.

Podkreślenia wymaga, że poprzez ciąg pieszo-jezdny Zamawiający od początku rozumiał ciąg komunikacyjny posiadający cechy wynikające z potocznego znaczenia tego pojęcia. Oznacza to, że ciągiem pieszo-jezdnym jest ciąg komunikacyjny służący do ruchu

pieszego lub pojazdów (analogicznie do ciągów stanowiących przedmiot zamówienia), a nie ciąg mający na celu zapewnienie dojścia lub dojazdu do drogi publicznej.

W świetle powyższego zdaniem Zamawiającego nieuprawniona jest teza Spółki Rokom, prezentowana w cytowanych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, jakoby Zamawiający dokonał zmiany warunku udziału w postępowaniu po otwarciu ofert. Podkreślenia wymaga, że jedyna zmiana warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu nastąpiła w dniu 23 marca 2020 r. na wniosek Spółki Rokom, po dokonaniu której żaden z wykonawców, w tym Spółka Rokom, nie zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie lub zmianę treści warunku udziału w postępowaniu.

Niezależnie od tego, że Zamawiający nie zgadza się z interpretacją warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej w zakresie doświadczenia przedstawioną przez Spółkę Rokom, w dniu 17 kwietnia 2020 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzył czynność badania oferty Wykonawcy i wezwał Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień dotyczących kwestii spełnienia warunku udziału w postępowaniu, podnoszonych przez Spółkę Rokom. W szczególności Zamawiający wezwał do wyjaśnienia czy roboty wskazane przez Wykonawcę w wykazie robót budowlanych obejmowały swoim zakresem wykonanie ciągów pieszo-jezdnych. W dniu 20 kwietnia 2020 r. Wykonawca udzielił wyjaśnień, w których zawarte zostało oświadczenie, następującej treści: „Oświadczamy, że nawierzchnie na obiektach zgłoszonych przez nas w wykazie robót budowlanych potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności zawodowej w zakresie doświadczenia (nazwanie przez nas ogólnie „chodnikami”) posiadają konstrukcję wzmocnioną tj.: kostkę betonową na podsypce cementowo-piaskowej na podbudowie z kruszywa kamiennego gr. 15 cm., która przewiduje również ruch i postój pojazdów, pełnią taką samą funkcję jak tak zwane „ciągi pieszo-jezdne” i naszym zdaniem w pełni obejmują pojęcie wykonania ciągów pieszo-jezdnych. Wykonane nawierzchnie na zgłoszonych przez nas obiektach zapewniają i dopuszczają dojazdy samochodów w celach eksploatacyjnych tj. wymian piasku w piaskownicach, pielęgnację zieleni, itp.”.

W konsekwencji, Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 20.04.2020 r. tego samego Wykonawcy, co w dniu 14.04.2020 r. W stosunku do niej złożono odwołanie z 27.04.2020 r.

Na posiedzeniu Zamawiający złożył pisemną odповідź na odwołanie, gdzie stwierdził: „Odwołanie oparte jest na interpretacji warunku udziału w postępowaniu dokonanej przez Odwołującego, który stawia tezę o istnieniu definicji legalnej ciągu pieszo-jezdnego. Zdaniem Odwołującego definicja ciągu pieszo-jezdnego znajduje się w § 14, w ust. 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków

technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. z 2019 r., poz. 1065), zwane dalej Rozporządzeniem w sprawie warunków technicznych. W konsekwencji Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że nieprawidłowo uznał spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego, który złożył ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia przedmiotowego postępowania - zwanej dalej SIWZ.

Warunek udziału w postępowaniu po dokonanej zmianie SIWZ z dnia 23 marca 2020 r. brzmi: O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy na potwierdzenie zdolności zawodowej: w zakresie doświadczenia - wykażą, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonanie co najmniej trzech robót budowlanych o wartości nie mniejszej niż 300 000 zł brutto każda, polegających na wykonaniu ciągów pieszo-jezdnych wraz z urządzeniem zieleni.

Odwołujący twierdzi, że warunek udziału w postępowaniu nie został spełniony przez Przystępującego, ponieważ Przystępujący nie wykazał wykonania ciągów pieszo-jezdnych w rozumieniu § 14, ust. 2 przywołanego Rozporządzenia. Zdaniem Zamawiającego nie istnieje legalna definicja ciągu pieszo-jezdnego, a w szczególności definicja tego określenia nie została zawarta w Rozporządzeniu w sprawie warunków technicznych.

W celu poprawnego odkodowania normy zawartej w przywołanym przez Odwołującego § 14, w ust. 2 Rozporządzenia w sprawie warunków technicznych należy spojrzeć na ten przepis przez pryzmat zasad prawidłowej legislacji oraz praktyki stosowania tego przepisu. Zasady prawidłowej legislacji zawarte są w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie Zasad techniki prawodawczej (Dz.U. 2016 poz. 283) - zwanego dalej Zasadami techniki prawodawczej. Wśród typowych środków techniki prawodawczej zawarto m.in. regulacje dotyczące definicji.

Z regulacji tych wynika przede wszystkim, że definicję formułuje się tak, aby wskazywała ona w sposób niebudzący wątpliwości, że odnosi się do znaczenia określeń, a w szczególności nadaje się jej postać: „Określenie „a” oznacza „b”.” albo „Określenie „a” znaczy tyle co wyrażenie „b”.”. Jeżeli względy stylistyczne przemawiają za inną formą definicji, używa się zwrotu łączącego "jest to" (§ 151 Zasad techniki prawodawczej).

Ponadto w Zasadach techniki prawodawczej wskazano, gdzie w obrębie danego aktu normatywnego należy umieszczać definicje. W przypadku rozporządzeń postanowienia o stosowanych definicjach i skrótach umieszcza się w przepisach ogólnych. Analogiczne rozwiązanie wskazane jest dla ustaw i innych aktów normatywnych, w których określenia, jakie mają mieć zastosowanie w obrębie całego aktu prawnego lub całej jednostki systematyzującej zamieszcza się odpowiednio w przepisach ogólnych tego aktu albo

w przepisach ogólnych danej jednostki systematyzacyjnej. Od powyższej zasady Ustawodawca przewidział wyjątek, z którego wynika, że jeśli dane określenie ma być używane w ustalonym znaczeniu tylko w obrębie zespołu przepisów, jego definicję zamieszcza się w bezpośrednim sąsiedztwie tych przepisów. (§ 125 i 146 Zasad techniki prawodawczej).

Ważną dyspozycją dotyczącą definicji jest zastrzeżenie, że w akcie normatywnym niższym rangą niż ustawa bez upoważnienia ustawowego nie formułuje się definicji ustalających znaczenia określeń ustawowych. W szczególności w akcie wykonawczym nie formułuje się definicji, które ustalałyby znaczenia określeń zawartych w ustawie upoważniającej (§ 149 Zasad techniki prawodawczej).

W wyniku analizy Rozporządzenia w sprawie warunków technicznych stwierdzić należy, że w świetle przywołanych zasad poprawnej legislacji, istnieją co najmniej trzy argumenty przeczące tezie Odwoływającego, że przepis zawarty w §14 w ust. 2 stanowi definicję legalną ciągu pieszo-jezdnego.

Po pierwsze pojęcia, których zdefiniowania podjął się ustawodawca w Rozporządzeniu w sprawie warunków technicznych znajdują się § 3, czyli w części ogólnej tego aktu normatywnego. Jest to katalog zamknięty, który był kilkakrotnie rozszerzany o nowe określenia. Podkreślenia wymaga, że żadna z nowelizacji nie uzupełniła tego katalogu o pojęcie ciągu pieszo-jezdnego. Biorąc pod uwagę umiejscowienie §14 w części szczegółowej Rozporządzenia w sprawie warunków technicznych, w Rozdziale 2 „Dojścia i dojazdy”, jeśli teza Odwoływającego o umieszczeniu w treści tego przepisu definicji ciągu pieszo-jezdnego byłaby prawdziwa, należałoby stwierdzić, że Ustawodawca postanowił, że określenie to ma być używane w tym znaczeniu tylko w obrębie zespołu przepisów dotyczących zapewnienia dojścia i dojazdu. Oznacza to, że nie ma podstaw do uznania, tak jak chciałby Odwoływający, że użyty w § 14, w ust. 2 Rozporządzenia w sprawie warunków technicznych opis stanowi legalną definicję ciągu pieszo-jezdnego.

Po drugie redakcja § 14, ust. 2 Rozporządzenia w sprawie warunków technicznych, nie wskazuje w sposób niebudzący wątpliwości, że odnosi się do znaczenia określenia ciągu pieszo-jezdnego.

W szczególności ustawodawca nie nadał temu przepisowi formy, jaka powinna być zastosowana do definicji. Z literalnego brzmienia § 14 wprost wynika, że przepis dotyczy obowiązku zapewnienia działce budowlanej dojścia i dojazdu do drogi publicznej. Podstawową dyrektywą w tym zakresie jest to, aby dojście i dojazd były odpowiednie do przeznaczenia i sposobu użytkowania działki budowlanej oraz wymagań dotyczących ochrony przeciwpożarowej, określonych w przepisach odrębnych. W § 14, w ust. 1 Ustawodawca wskazał, że szerokość jezdni stanowiącej dojazd nie może być mniejsza niż 3

m. W § 14, w ust.2 Ustawodawca dopuścił możliwość realizacji obowiązku zapewnienia dojścia i dojazdu do działki budowlanej za pomocą ciągu pieszo-jezdnego, pod warunkiem, że ciąg pieszo-jezdny spełnia szczególny warunek, określony w dalszej części tego przepisu. Jest to szerokość ciągu pieszo-jezdnego, która nie może być mniejsza niż 5 m i powinna umożliwiać jednocześnie ruch pieszki oraz ruch i postój pojazdów. W związku z tym z przepisu, na który powołuje się Odwołujący, nie wynika, aby Ustawodawca wykluczał istnienie innych ciągów pieszo-jezdnych, tj. takich, które mają szerokość mniejszą niż 5 m, która nie będzie umożliwiać jednoczesnego ruchu pieszkiego oraz ruchu i postoju pojazdów. Z przepisu wynika jedynie fakt, że taki ciąg pieszo-jezdny nie może pełnić funkcji dojścia i dojazdu do drogi publicznej, o których mowa w §14, ust. 1 Rozporządzenia w sprawie warunków technicznych. Z powyższego wynika, że przepis zawarty w Rozdziale 2 Rozporządzenia „Dojścia i dojazdy” (w §14 ust. 2), należy traktować jako dyrektywę dla inwestorów, wskazującą jakich parametrów powinien być ciąg pieszo-jezdny, jeżeli dany ciąg pieszo-jezdny miałby pełnić funkcję dojścia i dojazdu do działek budowlanych oraz do budynków i urządzeń z nimi związanych. Powyższy pogląd wskazany został w Wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 6 kwietnia 2018 r. II OSK 1494/17.

Po trzecie pojęcie ciągu pieszo-jezdnego pojawia się nie tylko w treści Rozporządzenia w sprawie warunków technicznych. Odwołujący wskazuje w tym zakresie ustawę z dnia 5 lipca 2018 r. o ułatwieniach w przygotowaniu i realizacji inwestycji mieszkaniowych oraz inwestycji towarzyszących (Dz. U. z 2020 r., poz. 219). Zamawiający, w piśmie z dnia 20 kwietnia 2020 r., stanowiącym odpowiedź na pismo Odwołującego z dnia 17 kwietnia 2020 r., wskazał Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 7 marca 2008 r. w sprawie wymagań, jakie muszą spełniać cmentarze, groby i inne miejsca pochówku zwłok i szczątków (Dz. U. 2008 r., nr 48, poz. 284) - zwane dalej Rozporządzeniem w sprawie cmentarzy.

Podkreślenia wymaga, że zarówno Rozporządzenie w sprawie cmentarzy, jak również przywołana przez Odwołującego ustawa z dnia 5 lipca 2008 r., nie zawierają w katalogu definiowanych pojęć definicji ciągu pieszo-jezdnego. Żaden przepis w przywołanych aktach normatywnych nie odsyła do Rozporządzenia w sprawie warunków technicznych, a w szczególności nie wskazuje, że należy w tym Rozporządzeniu poszukiwać znaczenia pojęcia ciągu pieszo-jezdnego.

Dodatkowo Rozporządzenie w sprawie cmentarzy w sposób odmienny (bardziej ogólny) od Rozporządzenia w sprawie warunków technicznych określa wymagania dla ciągu pieszo-jezdnego. Zgodnie z §9, ust. 3 Rozporządzenia w sprawie cmentarzy ciąg pieszo-jezdny powinien być dostosowany do obciążenia i natężenia ruchu zależnego od potrzeb i uwarunkowań lokalnych, z uwzględnieniem potrzeb osób niepełnosprawnych. W związku

z tym, zgodnie z Rozporządzeniem w sprawie cmentarzy ciąg pieszo-jezdny nie wymaga szerokości nie mniejszej niż 5 m, umożliwiającej ruch pieszy oraz ruch i postój pojazdów.

Uznanie tezy Odwołującego, dotyczącej istnienia legalnej definicji ciągu pieszo-jezdnego w dokumencie rangi podstawowej, za prawidłową, skutkowałoby faktem istnienia w obrocie prawnym dwóch odmiennych definicji tego określenia. Konsekwencją byłaby konieczność stosowania odpowiednich reguł inferencyjnych, co, biorąc pod uwagę, że są to akty równorzędne, wydane przez ten sam organ, na podstawie delegacji ustawowych, jest utrudnione. Jediną wskazówką interpretacyjną może być fakt, że Rozporządzenie w sprawie cmentarzy zostało wydane później, co mogłoby skutkować derogacją definicji zawartej w Rozporządzeniu w sprawie warunków technicznych, na której istnienie powołuje się Odwołujący.

Istotnym argumentem za nieuznaniem wytycznych dotyczących ciągu pieszo-jezdnego, zawartych w Rozporządzeniu w sprawie warunków technicznych, za definicję legalną tego pojęcia, jest wskazana powyżej norma, która zakazuje formułowania definicji ustalających znaczenia określeń ustawowych w akcie normatywnym niższym rangą niż ustawa bez upoważnienia ustawowego. Jak wskazał Odwołujący w ustawie z dnia 5 lipca 2008 r. użyto pojęcia ciąg pieszo-jezdny. W związku z tym, że w przywołanej ustawie brak jest zarówno delegacji dla Ministra Infrastruktury do zdefiniowania pojęcia ciąg pieszo-jezdny, jak również jakiegokolwiek odesłania do Rozporządzenia w sprawie warunków technicznych, nie ma podstaw do uznania treści zawartej w §14 w ust. 2 tego rozporządzenia za definicję legalną pojęcia użytego w ustawie.

Powyższe argumenty prowadzić mogą do jednego wniosku. Zakładając racjonalność Ustawodawcy, należałoby uznać, że nie było jego wolą tworzenie definicji legalnej pojęcia ciąg pieszo-jezdny. Ustawodawca prawdopodobnie uznał, że to potoczne pojęcie jest powszechnie zrozumiałe a ewentualna nieostrość tego określenia nie wymaga ograniczenia. Zgodnie z tym założeniem opisy towarzyszące pojęciu ciąg pieszo-jezdny w wymienionych powyżej rozporządzeniach traktować należy jako wynikające z potrzeby dookreślenia ze względu na dziedzinę regulowanych przez te rozporządzenia spraw.

Biorąc pod uwagę, że Odwołujący nie wskazał żadnego orzeczenia sądu lub rozstrzygnięcia administracji publicznej, z którego wprost wynikałoby, że przepis zawarty w §14 w ust. 2 Rozporządzenia w sprawie warunków technicznych uznawany jest za legalną definicję ciągu pieszo - jezdnego, w szczególności w zakresie spraw wykraczających poza obszar regulowany przywołanym rozporządzeniem, należy uznać, że Odwołujący nie dowiódł stawianej tezy o istnieniu definicji legalnej ciągu pieszo-jezdnego. Jedyne na marginesie należy ponownie przywołać wymieniony powyżej wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 6 kwietnia 2018 r. (II OSK 1494/17), z którego wynika, że przywołany przepis należy

traktować jako dyrektywę dla inwestorów, wskazującą jakich parametrów powinien być ciąg pieszo-jezdny, jeżeli dany ciąg pieszo-jezdny miałby pełnić funkcję dojścia i dojazdu do działek budowlanych oraz do budynków i urządzeń z nimi związanych.

Pomimo nie dowiedzenia tezy, że przepis zawarty w § 14, w ust. 2 Rozporządzenia w sprawie warunków technicznych, stanowi definicję legalną ciągu pieszo-jezdnego, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że ten dokonał zmiany warunku udziału w postępowaniu po otwarciu ofert. Odwołujący przytacza ugruntowaną linię orzeczniczą w zakresie braku możliwości zmiany warunku udziału w postępowaniu po otwarciu ofert. W związku z przedstawionymi faktami orzeczenia te nie powinny stanowić wzorca dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania. W świetle powyższej analizy przepisu zawartego w §14, w ust. 2 Rozporządzenia w sprawie warunków technicznych, będącego filarem przedmiotowego odwołania, z której wynika, że pogląd Odwołującego w zakresie istnienia definicji legalnej ciągu pieszo-jezdnego jest nieprawidłowy, stwierdzić należy, że zarzut Odwołującego, iż Zamawiający zmienił warunek udziału w postępowaniu po otwarciu ofert, jest bezpodstawny i nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutów w zakresie poszczególnych robót wykazanych w wykazie robót budowlanych złożonym przez Przystępującego Zamawiający stwierdza co następuje:

W pozycji 1 wykazu robót Przystępujący wykazał robotę budowlaną „Przebudowa placu zabaw Przedszkola nr 300 w zakresie wymiany nawierzchni wraz z zagospodarowaniem terenu - Etap I, II, III”, która została wykonana na rzecz Zamawiającego. W ocenie Odwołującego wykazana robota budowlana nie może potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego, ponieważ realizacja przedmiotowego zadania nastąpiła w ramach trzech odrębnych umów.

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający w treści postawionego warunku nie zastrzegł, aby dana robota budowlana, wykazywana na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, była wykonana na podstawie tylko jednej umowy. Robota budowlana wykazana przez Przystępującego w pozycji nr 1 wykazu robót budowlanych, była zadaniem inwestycyjnym pod nazwą „Przebudowa placu zabaw wraz z zagospodarowaniem terenu w Przedszkolu nr 300 przy ul. Portofino 4 w Warszawie”. Robotę wykonano w ramach trzech kolejno następujących po sobie umów. Podzielnie zamówienia na części nastąpiło z powodu braku wystarczających środków w budżecie na rok 2018 na wykonanie całości zadania inwestycyjnego. Realizacja I etapu rozpoczęła się 21.09.2018 r., a zakończyła się 23.11.2018 r. Realizacja II etapu rozpoczęła się 12.12.2018 r., a zakończyła się dnia 30.04.2019 r. Realizacja III etapu rozpoczęła się 29.05.2019 r., a zakończyła dnia 31.07.2019 r.

Z powyższego wynika, że roboty budowlane stanowiły jedną funkcjonalną całość. Podkreślenia wymaga, że każdy etap obejmował wykonanie ciągów pieszo-jezdnych. (Dowód nr 1: Rysunek przedstawiający zakres wykonania zadania inwestycyjnego pod nazwą: „Przebudowa placu zabaw wraz z zagospodarowaniem terenu w Przedszkolu nr 300 przy ul. Portofino 4 w Warszawie”; Dowód nr 2: Tabele elementów rozliczeniowych poszczególnych etapów zadania inwestycyjnego).

Zamawiający potwierdził, iż Przystępujący zrealizował należycie na jego rzecz robotę budowlaną, wskazaną w pozycji nr 1 wykazu robót, oraz uznał, że powyższa robota budowlana, stanowiąca jedno zadanie inwestycyjne, wykonane w trzech następujących po sobie etapach, stanowiących funkcjonalną całość, spełnia wymagania określone w warunku udziału w postępowaniu. Jedynie na marginesie należy wskazać, że dwa pierwsze etapy były objęte jedną dokumentacją projektową i pod względem wartości oraz zakresu potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Ponadto sam Odwołujący wskazał, że w dokumentacji dotyczącej powyższego zadania inwestycyjnego wskazano konieczność zapewnienia dojazdu samochodów dla celów eksploatacyjnych.

W kwestii ograniczenia ilości umów, składających się na jedno zamówienie, wskazywane w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu wielokrotnie wypowiedała się Krajowa Izba Odwoławcza. Sygn. akt: KIO 1691/11 WYROK z dnia 19 sierpnia 2011 r. (...) Sygn. akt KIO 231/13 WYROK z dnia 15 lutego 2013 r. (...) Sygn. akt: KIO 2490/11 KIO 2496/11 WYROK z dnia 2 grudnia 2011 r.

W pozycji 2 i 3 wykazu robót Przystępujący wskazał roboty budowlane polegające na zagospodarowaniu placu zabaw oraz terenu boiska. Zamawiający badając ofertę Przystępującego dokonał oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu na podstawie złożonych oświadczeń i dokumentów. Zarówno z wymienionych dokumentów, jak również z wyjaśnień Przystępującego złożonych w dniu 20 kwietnia 2020 r. wynika, że Przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu.

Odwołujący podważa fakt wykonania ciągów pieszo-jezdnych w ramach robót wykazanych w pozycji 2 i 3 wykazu robót budowlanych, wskazując, iż nie spełniają one wymogów określonych w §14 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie warunków technicznych. Przystępujący, zarówno w wyjaśnieniach z dnia 20 kwietnia 2020 r., jak również w treści przystąpienia wykazał, że zakres przedmiotowych robót obejmował wykonanie ciągów pieszo-jezdnych w potocznym znaczeniu tego pojęcia. W szczególności przystępujący wykazał, że wykonane ciągi pieszo-jezdne, ze względu na swoją konstrukcję i przeznaczenie, umożliwiają ruch pieszcy oraz ruch i postój pojazdów. W związku z tym dokumenty składane przez Przystępującego w trakcie postępowania odwoławczego

potwierdzają prawidłowość podjętej przez Zamawiającego decyzji o uznaniu, że Przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Powyższą decyzję neguje Odwołujący oczekując, że warunek udziału w postępowaniu będzie rozumiany w świetle § 14 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie warunków technicznych. Odwołujący wskazał, że „Gdyby Zamawiający na potrzeby przedmiotowego postępowania i warunków udziału w postępowaniu w nim, miał zamiar zdefiniować pojęcie w sposób szczególny, odmienny od Rozporządzenia sposób, winien taką samodzielną definicję do postępowania wprowadzić.” W świetle powyższej analizy dotyczącej możliwości uznania opisu zawartego w §14, w ust. 2 Rozporządzenia w sprawie warunków technicznych, za definicję legalną pojęcia „ciąg pieszo-jezdny”, bezpodstawne jest twierdzenie Odwołującego o jakimkolwiek obowiązku tworzenia przez Zamawiającego szczególnej i odmiennej definicji tego pojęcia. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie tylko nie utworzył, żadnej szczególnej definicji ciągu pieszo-jezdnego, ale także nie odwołał się do Rozporządzenia w sprawie warunków technicznych, czy innego dokumentu, w którym pojęcie to funkcjonuje. Zdaniem Zamawiającego treść warunku jest konkretna i jednoznaczna. W szczególności dotyczy to ciągu pieszo-jezdnego, jako ciągu komunikacyjnego posiadającego cechy wynikające z potocznego znaczenia tego pojęcia. Zgodnie z potocznym znaczeniem ciągiem pieszo-jezdnym jest ciąg komunikacyjny służący do ruchu pieszego lub pojazdów (analogicznie do ciągów stanowiących przedmiot zamówienia), a nie ciąg mający na celu zapewnienie dojścia lub dojazdu do drogi publicznej zgodnie z obowiązkiem wynikającym z Rozporządzenia w sprawie warunków technicznych.

Zamawiający, w szczególności gdy dokonywał zmiany warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu, która nastąpiła w dniu 23 marca 2020 r., na wniosek Odwołującego, postanowił nie tworzyć żadnej szczegółowej definicji ciągu pieszo-jezdnego i pozostać na potocznym znaczeniu tego określenia, ponieważ zdaniem Zamawiającego uszczegółowienie takie mogłoby spowodować nieproporcjonalność warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Mogłoby to prowadzić do ograniczenia konkurencji, a w szczególności do dyskryminacji podmiotów, które mogłyby z powodzeniem wykonać przedmiot zamówienia. (Dowód nr 3: Wyjaśnienie i zmiana treści SIWZ z dnia 23 marca 2020 r.).

W sprawie proporcjonalności warunku udziału w postępowaniu wielokrotnie wypowiadała się Krajowa Izba Odwoławcza. Sygn. akt: KIO 2507/19 WYROK z dnia 20 grudnia 2019 r. (...) Sygn. akt: KIO 1030/17 WYROK z dnia 8 czerwca 2017 r. (...)

Zamawiający, wykonując czynności w przedmiotowym postępowaniu, w szczególności w zakresie oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, miał na

względzie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która wielokrotnie rozstrzygała wątpliwości interpretacyjne na korzyść wykonawców.

W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z powstałą wątpliwością. Z jednej strony jest Przystępujący, który rozumie ciąg pieszo-jezdny w potocznym znaczeniu tego pojęcia oraz uważa, że spełnia warunek udziału w postępowaniu wykazując jako doświadczenie m.in. robotę budowlaną wykonaną w ramach trzech umów, z których każda zawierała elementy wymienione w przedmiotowym warunku. Z drugiej strony jest Odwołujący, który postrzega to pojęcie przez pryzmat Rozporządzenia w sprawie warunków technicznych i uważa, że nie można wykazać roboty budowlanej wykonanej w oparciu o trzy umowy, bez względu na to, czy stanowiły one jedno przedsięwzięcie inwestycyjne wykonane dla jednego zamawiającego.

Abstrahując od faktu, że Zamawiający zgadza się argumentami Przystępującego, podkreślić należy, że ani Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, ani normy prawne, nie rozstrzygają tego sporu. Rozstrzygnięcie powstałej wątpliwości na korzyść Odwołującego, będzie oznaczało, jeżeli Odwołujący wykaże spełnienie warunków udziału w postępowaniu, wybór oferty złożonej przez Odwołującego.

W konsekwencji również wykluczenie z udziału w postępowaniu Przystępującego, co jest jednoznaczne z nieudzieleniem zamówienia wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów określonych w SIWZ, oraz zatrzymaniem Przystępującemu wadium. Sygn. akt: KIO 799/12 WYROK z dnia 10 maja 2012 r.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie oraz mając na uwadze dążenie do zwiększenia konkurencji i dopuszczenie do udziału szerszego kręgu wykonawców, zdaniem Izby w sytuacji rozbieżności w interpretacji warunku udziału w postępowaniu, należy przyjąć interpretację rozszerzającą, bardziej korzystną dla wykonawców. W tych okolicznościach zasadnym jest przyjęcie, że dla spełnienia warunku wymaganego doświadczenia dopuszczalnym było podanie całkowitej łącznej powierzchni budynków, którymi zarządza wykonawca, niezależnie od tego, że właściciele lokali ustanowili, zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy o własności lokali, sposób zarządu wyłącznie nieruchomością wspólną i powierzyli go osobie prawnej.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający, bez zbędnej zwłoki reagował na zastrzeżenia zgłaszane przez Odwołującego. W szczególności Zamawiający, dokonał w dniu 23 marca 2020 r. modyfikacji warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności zawodowej w zakresie doświadczenia, postanowił unieważnić wybór oferty Przystępującego z dnia 14 kwietnia 2020 r. oraz wezwać Przystępującego do udzielenia wyjaśnień (ustosunkowania się do zastrzeżeń Odwołującego z dnia 17 kwietnia 2020 r.). Zamawiający o wszystkich czynnościach wykonanych w dniach 17-20 kwietnia 2020 r.,

w tym o: swoim stanowisku w kwestii zastrzeżeń Odwołującego, uznaniu oświadczenia złożonego przez Przystępującego i ponownym wyborze oferty Przystępującego, jako najkorzystniejszej, poinformował Odwołującego w dniu 20 kwietnia 2020 r. (Dowód nr 4: wezwanie do wyjaśnienia z dnia 17 kwietnia 2020 r.; Dowód nr 5: wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego w dniu 20 kwietnia 2020 r.; Dowód nr 6: Zastrzeżenia Odwołującego z dnia 17 kwietnia 2020 r.; Dowód nr 7: Odpowiedź Zamawiającego z dnia 20 kwietnia 2020 r.; Dowód nr 8: Informacja o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 20 kwietnia 2020 r.).”.

W pozostałym zakresie, Izba odniesie się do dalszych kwestii w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu 1, Izba uznała, że podlega on uwzględnieniu.

W ocenie Izby, należy podzielić stanowisko oraz argumentację Odwołującego w zakresie rozumienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia zawodowego po modyfikacji z 23.03.2020 r. Niewątpliwie należy rozumieć niniejszy warunek, a ściśle pojęcie ciągu pieszojezdnego w kontekście Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (tj. Dz.U. 2019 poz. 1065 Obwieszczenie Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 8 kwietnia 2019 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie) zwanego dalej: „*Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych*”. Rozdział 2 Dojścia i dojazdy - § 14 ust. 2. Dopuszcza się zastosowanie dojścia i dojazdu do działek budowlanych w postaci ciągu pieszo-jezdnego, pod warunkiem że ma on szerokość nie mniejszą niż 5 m, umożliwiającą ruch pieszy oraz ruch i postoi pojazdów. Definicja tam wskazana określa funkcje ciągu pieszo-jezdnego, czyli ruch jednoczesny pojazdów i osób, szerokość i dopuszczenie ruchu i postoi. Jednocześnie zgodnie z § 1. przywołanego rozporządzenia ustala ono warunki techniczne, jakim powinny odpowiadać budynki i związane z nimi urządzenia, ich usytuowanie na działce budowlanej oraz zagospodarowanie działek przeznaczonych pod zabudowę, zapewniające spełnienie wymagań art. 5 i 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, zaś według § 2 ust. 1 - Przepisy rozporządzenia stosuje się przy projektowaniu, budowie i przebudowie oraz przy zmianie sposobu użytkowania budynków oraz budowli nadziemnych i podziemnych spełniających funkcje użytkowe budynków, a także do związanych z nimi urządzeń

budowlanych, z zastrzeżeniem § 207 ust. 2. Wyjątek określa ust. 2 - Przy nadbudowie, rozbudowie, przebudowie i zmianie sposobu użytkowania: 1) budynków o powierzchni użytkowej nieprzekraczającej 1000 m², 2) budynków o powierzchni użytkowej przekraczającej 1000 m², o których mowa w art. 5 ust. 7 pkt 1–4 i 63) ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane – wymagania, o których mowa w § 1, mogą być spełnione w sposób inny niż określony w rozporządzeniu, stosownie do wskazań ekspertyzy technicznej właściwej jednostki badawczo-rozwojowej albo rzeczoznawcy budowlanego oraz do spraw zabezpieczeń przeciwpożarowych, uzgodnionych z właściwym komendantem wojewódzkim Państwowej Straży Pożarnej lub państwowym wojewódzkim inspektorem sanitarnym, odpowiednio do przedmiotu tej ekspertyzy. Wynika więc z obu paragrafów, a zwłaszcza § 2 tego rozporządzenia, który opisuje, w jakich przypadkach stosuje się przepisy tego rozporządzenia, że ma ono zastosowanie do inwestycji Zamawiającego.

Podczas rozprawy de facto także Zamawiający potwierdził, że niniejsze rozporządzenie ma generalnie zastosowanie w stosunku do jego inwestycji. Stwierdzając, że: *„W ocenie zamawiającego, ponieważ nie planował on dojścia i dojazdu definicja paragrafu 14 nie ma zastosowania w przedmiotowym postępowaniu, choć samo rozporządzenie jak najbardziej ma zastosowanie”*. Przy czym, uzależnił zastosowanie tego konkretnego paragrafu od zaistnienia konieczności dojścia lub dojazdu. W tym kontekście należy zauważyć, że Zamawiający nie zaprzeczył, gdy Odwołujący w odpowiedzi na niniejsze stwierdzenie wskazał, że: *„do dziedzica przed szkołą jest konieczny dojazd, więc w takim wypadku także z tych względów ta definicja ma zastosowanie”*. Idąc dalej tą wykładnią wskazaną przez Zamawiającego należy uznać, że uregulowanie dotyczące ciągu pieszojezdnego w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 7 marca 2008 r. w sprawie wymagań, jakie muszą spełniać cmentarze, groby i inne miejsca pochówku zwłok i szczątków (Dz. U. 2008 r., nr 48, poz. 284) nie może mieć zastosowania, gdyż jest dedykowane ściśle określonym obiektom. W ocenie Izby, zbyt daleko idącą tezę Zamawiającego i Przystępującego jest z kolei twierdzenie że rozumienie pojęcia ciągu pieszojezdnego ma charakter potoczny, czy też kolokwialny. Abstrahując od tego, należy jednoznacznie wskazać, że wyraźnie w przepisach wyróżnia się ciąg pieszy oraz pieszojezdny i nie stanowią one synonimów, ani też nie są stosowane zamiennie. W konsekwencji, jeśli Przystępujący zamierzał się wykazać chodnikami, czy też pracami które swoim zakresem są podobne do ciągów pieszojezdnych winien przed złożeniem oferty na etapie SIWZ uzyskać stosowną akceptację Zamawiającego. Z kolei, jeśli Zamawiający chciał w sposób odrębny zdefiniować pojęcie ciągu pieszojezdnego mógł to uczynić i zakwalifikować do niego również chodniki, czego nie uczynił.

Odnosząc się zaś do samych wykazanych zadań przez Przystępującego, w ocenie Izby, za rozstrzygające względem poz. 2 i 3 wykazu należy uznać należy stanowisko wyrażone w dowodach złożonych przez Odwołującego wraz z pismem procesowym Odwołującego z 26.05.2020 r. W piśmie Dzielnicy Bemowo M. St. Warszawy z 20.05.2020 r. inwestor stwierdza: „*w ramach w/w inwestycji nie były budowane ciągi pieszo-jezdne a chodniki z kostki betonowej na podsypce cementowo-piaskowej z podbudową z kruszywa łamanego*”, czyli jednoznacznie rozróżnienie ciągu pieszo-jezdnego od chodników. Z kolei w pismo Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Śródmieście M. St. Warszawy z 25.05.2020 r. inwestor określił, że: „*w ramach realizowanych prac, nie było wykonywanych ciągów pieszojezdnych, (...) zaprojektowana konstrukcja nawierzchni nie przewiduje postoju i przejazdu pojazdów*”. Okazane na laptopie (dowód z okazania) przez Odwołującego wnioski wystosowane do obu inwestorów nie wskazywały na sugerowanie i powoływanie się na § 14 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. W pierwszym wypadku zadał pytanie, czy w ramach realizowanych prac były wykonywane ciągi pieszo-jezdne, a w drugim pytanie czy zaprojektowana konstrukcja nawierzchni przewiduje postój i przejazd pojazdów – oba pisma są z 13.05.2020 r. W konsekwencji na podstawie niniejszych dowodów należy stwierdzić, że sami inwestorzy na rzecz których realizował zadania wykazane w poz. 2 i 3 zaprzeczyli realizacji ciągów pieszojezdnych przesądając definitywnie, że Przystępujący nie spełnia warunku dotyczącego doświadczenia zawodowego, były to chodniki.

Nadto, na str. 7 - Wydruku projektu budowanego /z grudnia 2017 r./ na inwestycję zagospodarowania terenu boiska przy ul. Lewartowskiego 5 (obecnie Edelmana 5), złożonego przez Odwołującego na rozprawie, wskazuje się, że nośność przewidziana jest do ruchu pieszego, więc wszelkie tezy Przystępującego w tym zakresie, czy też dowody dołączone do przystąpienia, czy też pisma procesowego Przystępującego, są nieuprawnione, a grubość podbudowy nie ma znaczenia, gdyż nie ma równości między ciągiem pieszym, a ciągiem pieszojezdnym.

Odnosząc adnotacją autora projektu na dowodzie złożonym przez Przystępującego wraz z pismem procesowym Przystępującego z 02.06.2020 r. należy zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego z rozprawy, że jest mowa w tej adnotacji o sporadycznym przejeździe, a nie postoju – nadto poniżej jest uwaga mówiąca o charakterze ciągu, który ma charakter ciągu pieszego.

Jeżeli chodzi o poz. 1 wykazu, to Izba nie przeczy, że pod pewnymi warunkami orzecznictwo dopuszcza możliwość sumowanie w ramach jednej inwestycji zdobytego

doświadczenia, ale w tym wypadku mamy do czynienia z wieloma wątpliwościami. Abstrahując bowiem od tego, że w wykazie w tej pozycji, jak i w poz. 2 i 3, jest również chodnik, stanowisko Zmawiającego z rozprawy co do samego sumowania było niekonsekwentne. Stwierdził bowiem, że etap I i II z poz. 1 wykazu należy sumować, gdyż były one objęte jedną dokumentacją projektową. Przy czym, podkreślał że z etapu I należy uznać, jak stwierdził pozycję 2, 5 i 14, a z II etapu pozycję 1.2 oraz 1.5. Następnie, po przedstawieniu stanowiska Odwołującego, że nadal nie jest osiągnięty pułap 300 000 PLN, rozszerzył wskazany zakres, uznając, że w drugim etapie należy zaliczyć również pozycję 1.1 z II etapu. Powyższe, uwidocznili niekonsekwencje w stanowisku Zamawiającego i niewielką wiarygodność jego stanowiska, gdyż rozbiórki nie były przez niego zaliczone w I etapie. Świadczy to także o tym, że stanowisko Zamawiającego było w dużej mierze przejawem taktyki procesowej.

Izba także zwraca uwagę, na to, że sam Przystępujący w swoim piśmie procesowym z 02.06.2020 r. stwierdził, że: „(...) *nie twierdził wprost, że wykonywał ciągi „pieszojezdne”, a jedynie wykazał, że wykonywał podobne swym zakresem prace (...)*”. Jeżeli jednak, tak uważał, to tak jak Izba podnosił na wstępie winien uzyskać stosowną akceptację Zamawiającego, tym bardziej, że po modyfikacji z 23.03.2020 r. „*ciąg pieszy*” został zastąpiony „*ciągiem pieszojezdnym*”. Jest to o tyle istotne, że w ramach zakresu rzeczowego do realizacji w tym postępowaniu po zawarciu umowy były ciągi piesze, więc takie analogie są nietrafne. Zaś, twierdzenia Przystępującego, iż zgłoszone w wykazie obiekty są tożsame do zakresu rzeczowego w tym postępowaniu nie są zgodne ze stanem rzeczywistym.

Reasumując wobec wyczerpania trybu wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp, Izba uznała, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego, co skutkuje koniecznością wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu i uznania jego oferty za odrzuconą. Izba wzięła także pod uwagę, że Przystępujący nie kwestionował w udzielonych wyjaśnieniach trybu w jakim został do nich wezwany. Nadto, generalnie stawiał w swojej odpowiedzi z 20.04.2020 r. znak równości między ciągami pieszymi, a ciągami pieszojezdnymi czego w żadnym wypadku nie można podzielić. Od początku w wykazie są chodniki i nie zostało to zmienione w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, skutkuje to wyczerpaniem przedmiotowego trybu i koniecznością wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu i uznania jego oferty za odrzuconą.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu drugiego, Izba z uwagi na uwzględnienie pierwszego zarzutu, jako konsekwencję, uznała, że także ten zarzut podlega uwzględnieniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 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 (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....