

Sygn. akt: KIO 3096/22

WYROK
z dnia 6 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 listopada 2022 r. przez wykonawcę: **A. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą AD-BUD P. A., ul. Sienkiewicza 12, 58-308 Dzieńmorowice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Mieroszów, pl. Niepodległości 1, 58-350 Mieroszów,**

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy **S. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno–Handlowe–Usługowe „Sta–Pol” S. S.** do uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w punkcie VIII ust. 2 pkt 4 lit.a SWZ dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego: **Gmina Mieroszów, pl. Niepodległości 1, 58-350 Mieroszów, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **A. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą AD-BUD P. A., ul. Sienkiewicza 12, 58-308 Dzieńmorowice** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego: **Gmina Mieroszów, pl. Niepodległości 1, 58-350 Mieroszów** na rzecz wykonawcy: **A. P. prowadzący działalność gospodarczą**

pod firmą **AD-BUD P. A., ul. Sienkiewicza 12, 58-308 Dzieńmorowice** kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3096/22

U z a s a d n i e

Zamawiający, Gmina Mieroszów, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) w przedmiocie: „Przebudowa drogi gminnej nr 116297 D ul. Powstańców w Mieroszowie wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną – I Etap”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00380944/01 w dniu 06.10.2022 r.

W dniu 17.11.2022 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy: S. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „STA-POL” S. S., jako najkorzystniejszej.

W dniu 21 listopada 2022 r. wykonawca, A. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą AD-BUD P. A. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że w trakcie procesu badania i oceny ofert wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, przedstawił referencje, które nie spełniają wymogów specyfikacji SWZ, określonych w pkt. VIII, ppkt. 4 dot. zdolności technicznej lub zawodowej, gdzie wymagane są min. 2 roboty budowlane polegające na wykonaniu budowy/przebudowy drogi o nawierzchni bitumicznej o długości min. 400m wraz z wykonaniem sieci kanalizacji sanitarnej lub deszczowej.

Zdaniem Odwołującego, warunek powyższy nie został spełniony, ponieważ wykonawca przedstawił w swojej ofercie trzy referencje, z których wynika, iż tylko jedna spełnia wymogi SWZ, tj. Referencje od „S.” Roboty Ziemne i Budowlane - na wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie drogi w ramach zadania pt: „Przebudowa drogi gminnej ul. Leśna w Mieroszowie”, w której zakres robót obejmował wykonanie sieci kanalizacji sanitarnej o dł. 117 mb, oraz wykonanie konstrukcji drogi o nawierzchni bitumicznej o dł. 436 mb. Z pozostałych dwóch referencji wystawionych przez: Gminę Mieroszów wynika, iż wykonawca nie wykonał sieci kanalizacji sanitarnej oraz deszczowej.

Na tym etapie Zamawiający powinien odrzucić powyższą ofertę. Wskazał, że niezgodność treści oferty z treścią SWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (por. wyrok z dnia 24 października 2008 r. KIO/UZP1093/08)

Odwołujący wskazał, że na otwarciu ofert Zamawiający poinformował, że przeznaczył na zadanie 3.080.000,00 zł, wpłynęły trzy oferty, z których każda przekroczyła budżet zamawiającego. Pomimo pkt. XXI SWZ o możliwości przeprowadzenia procedury wraz z negocjacjami, zamawiający nie podjął negocjacji, wybierając ofertę Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowo-Usługowego „STA-POL” S. S. Odwołujący wyjaśnił, że jest to trzecie postępowanie na to samo zadanie, w dwóch poprzednich oferta Odwołującego była najkorzystniejsza względem pozostałych wykonawców lecz postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp, Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 3.080.000,00 zł, natomiast Odwołujący zaoferował cenę 4.680.000,00 zł w postępowaniu nr 1, oraz 4.967.112,31 zł w postępowaniu nr 2.

Odwołujący wskazał, że domaga się ponownego przeprowadzenia procedury sprawdzenia oferty/lub odrzucenia pierwszej oferty.

Zamawiający, pismem z dnia 5 grudnia 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie wskazał interesu prawnego stanowiącego podstawę odwołania, choć biorąc pod uwagę jego status, że jest on profesjonalistą, a tym samym winien dopełnić obowiązków wynikających z przepisów ustawy i wskazanych tam warunków odwołania.

Zamawiający podniósł, że Odwołujący w sposób ogólny sformułował odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty niezgodnej z zapisami SWZ. Odwołujący nie wskazał, jaki przepis przez Zamawiającego został naruszony. Zamawiający stwierdził, że tym samym odrzuca wskazany zarzut. Zamawiający wyjaśnił, że przeprowadził ocenę ofert i dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu ustanowił warunek zdolności technicznej lub zawodowej w punkcie VIII ust. 2 pkt 4 lit. a SWZ *„Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, wykonał należycie min. 2 roboty budowlane polegające na wykonaniu budowy/przebudowy drogi o nawierzchni bitumicznej o długości min. 400 m wraz z wykonaniem sieci kanalizacji sanitarnej lub deszczowej”*. Zgodnie z punktem X ust. 5 pkt 1 SWZ podmiotowy środek dowodowy potwierdzający udział w postępowaniu, określił jako: *„wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, dat i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane*

zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane. Jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów –inne odpowiednie dokumenty -załącznik nr 5 do SWZ”

Wybrany wykonawca PPHU „Sta-Pol” przedłożył na wezwanie Zamawiającego z dnia 9.11.2022 r. w dniu 15.11.2022 r. podmiotowe środki dowodowe, w tym wykaz robót w którym zostały wykazane następujące roboty budowlane:

1. budowa drogi o nawierzchni bitumicznej przy ul. Wysokiej w Mioszowie
2. budowa drogi o nawierzchni bitumicznej drogi wewnętrzne przy ul. Sportowej w Mioszowie
3. budowa drogi o nawierzchni bitumicznej ul. Leśna w Mioszowie

Dla pozycji nr 1 wykazu robót, w kolumnie: „przedmiot zamówienia” opisano zakres zamówienia „budowa drogi o nawierzchni bitumicznej długości min. 400 m wraz z kanalizacją deszczową –wymiana wpustów ulicznych”.

Zgodnie z treścią wykazu robót, Zamawiający uznał, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony. W zakresie długości nowej drogi zamówienie z poz. 1 spełniało warunek udziału w postępowaniu tj. długość obejmowała minimum 400 m.

Wykonanie regulacji urządzeń w postaci wpustów zostało uznane przez Zamawiającego jako wykonanie kanalizacji deszczowej i przez to poz. nr 1 spełnia wymogi warunku opisanego w VIII ust. 2 pkt 4 lit. a SWZ.

Zamawiający interpretuje literalnie warunki udziału w postępowaniu i w każdym z wykazywanych zadań należało wykazać się wykonaniem sieci kanalizacji deszczowej lub sanitarnej. Przez wykonanie sieci Zamawiający rozumie sieci i inne urządzenia stanowiące jej część. Zamawiający w treści warunku nie określił i nie wymagał jakiego rodzaju prace i jakiej wartości czy też długości wymagane są dla tego zakresu prac. Zadanie to obejmowało wymianę istniejących wpustów ulicznych, które bezwzględnie stanowią element kanalizacji deszczowej.

Dla pozycji nr 2 wykazu robót, w kolumnie „przedmiot zamówienia” opisano zakres zamówienia „budowa drogi o nawierzchni bitumicznej długości min. 400 m wraz z kanalizacją deszczową”.

Zgodnie z treścią wykazu robót Zamawiający uznał, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony. Na marginesie należy wskazać, że inwestorem dla zadania wskazanego w pozycji nr 2 był Zamawiający -Gmina Mioszów. Zadanie nosiło nazwę „Przebudowa dróg wewnętrznych zlokalizowanych na terenie nieruchomości oznaczonych w ewidencji jako działki nr 395/7 i 395/14 obr. Mioszów 2 przy ul. Sportowej w Mioszowie”. Przedmiotem zamówienia było wykonanie kompleksowej konstrukcji drogi i wykonanie

nawierzchni bitumicznej w miejsce drogi gruntowej. Przedmiot zamówienia obejmował również wykonanie w trzech miejscach studni wraz z połączeniem ich z wpustami ulicznymi, jako elementów sieci kanalizacji deszczowej.

Wobec powyższego, Zamawiający uznał warunek wiedzy i doświadczenia jako spełniony, co więcej Zamawiający w tym zakresie posiadał dowód z urzędu, oraz wydawał w tym zakresie referencje. Dodatkowo Zamawiający dysponuje kompletną dokumentacją powykonawczą dla powyższego zadania inwestycyjnego, w tym pomiarem geodezyjnym powykonawczym, który jednoznacznie potwierdza zakres wykonanych robót.

Dla pozycji nr 3 wykazu robót, w kolumnie „przedmiot zamówienia” opisano zakres zamówienia „budowa drogi o nawierzchni bitumicznej długości min. 400 m wraz z kanalizacją deszczową”.

Zgodnie z treścią wykazu robót Zamawiający uznał, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony. Na potwierdzenie wykonania prac zostały przedłożone referencje z dnia 28.09.2022 r. wystawione przez firmę „S.” Roboty Zimne i Budowlane T. S. Zarówno z treści wykazu i przedłożonych referencji wynikało, że wykonawca zrealizował inwestycję spełniającą wymogi opisane w warunku SWZ.

Reasumując, przy ocenie ofert Zamawiający uznał, że wykonawca wypełnił warunek udziału w postępowaniu na podstawie pozycji nr 1 nr 2 oraz nr 3 wraz z potwierdzeniem należytego wykonania tych robót w postaci referencji wystawionych w dniach 14.01.2019 r. oraz 08.11.2019 r. przez Gminę Mieroszów oraz z dnia 28.09.2022 r. wystawionych przez „S.” Roboty Zimne i Budowlane T. S.

Co do treści referencji Zamawiający wskazał, że zgodnie z §9 ust.1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415), podmiotowym środkiem dowodowym jest wykaz robót, zaś referencje lub inne dokumenty przedkładane są wyłącznie w celu potwierdzenia należytego wykonania robót, nie zaś zakresu wykonanych robót.

Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Zamawiający nie może oczekiwać i wymagać, aby z treści referencji, pochodzącej od podmiotu trzeciego, zwykle wystawionej wcześniej i nie w związku z postępowaniem, w którym zostaje złożona oferta, wynikało coś więcej niż potwierdzenie należytego wykonania zamówienia scharakteryzowanego pod względem elementów koniecznych dla wykazania warunku w wykazie stanowiącym oświadczenie własne wykonawcy (KIO 1581/17 wyrok z dnia 16 sierpnia 2017 r.)

Co do kwestii wyboru oferty najkorzystniejszej bez przeprowadzenia negocjacji, pomimo przewidzenia w SWZ możliwości ich przeprowadzenia Zamawiający wskazał, że w SWZ przewidział możliwość wyboru oferty najkorzystniejszej z możliwością prowadzenia negocjacji w punkcie III. ust. 1 i 2 SWZ. Zgodnie z treścią art. 275 pkt 2 Pzp, Zamawiający

może prowadzić negocjacje w celu ulepszenia treści złożonych ofert, nie stanowi natomiast obowiązku zastosowania tej procedury w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Zarzut braku legitymacji materialno-prawnej Odwołującego podniesiony w odpowiedzi na odwołanie nie został przez Zamawiającego uzasadniony. Odwołanie wniesione przez wykonawcę A. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AD-BUD P. A. dotyczy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym wpłynęły do Zamawiającego trzy oferty, przy czym oferta złożona przez Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Powyższe dowodzi zarówno posiadania przez wykonawcę interesu w uzyskaniu zamówienia, jak również możliwości poniesienia szkody na skutek ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu przepisów ustawy Pzp.

W ocenie Izby, pomimo braku wskazania przez Odwołującego w treści odwołania naruszenia przez Zamawiającego konkretnych przepisów ustawy Pzp, odwołanie podlegało rozpoznaniu przez Izbę. Przedstawiona w odwołaniu argumentacja jednoznacznie dotyczy nieprawidłowości przy dokonaniu przez Zamawiającego czynności badania i oceny oferty, która została wybrana w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejsza. Izba zważyła, że zgodnie z art. 518 ust. 2 Pzp, nieprawidłowe oznaczenie odwołania lub inne oczywiste niedokładności nie stanowią przeszkody do nadania mu biegu i rozpoznania przez Izbę. Izba wzięła jednocześnie pod uwagę fakt, że Odwołujący występował w niniejszej sprawie osobiście, nie korzystał z jakiegokolwiek pomocy prawnej ani profesjonalnych pełnomocników. Pomimo zatem sformułowania odwołania w sposób zawierający pewne niedokładności co do sposobu sformułowania zarzutów, Izba rozpoznała odwołanie, przyjmując, że istotą odwołania jest zarzut dotyczący czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawcę, nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych i zawodowych, o którym mowa w pkt. VIII ust. 2 pkt 4 lit. a SWZ, tj. naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp. W związku z tym zarzutem Odwołujący sformułował żądanie ponownego

przeprowadzenia przez Zamawiającego procedury sprawdzenia oferty/lub odrzucenia pierwszej oferty.

Izba ustaliła, że zgodnie z postanowieniem zawartym w rozdz. VIII ust. 2 pkt 4 lit. a SWZ, „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: [...] 4) zdolności technicznej lub zawodowej: a) Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie: i) min. 2 roboty budowlane polegające na wykonaniu budowy/przebudowy drogi o nawierzchni bitumicznej o długości min. 400 m wraz z wykonaniem sieci kanalizacji sanitarnej lub deszczowej”.

W niniejszej sprawie kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia odwołania ma kwestia - w jaki sposób należy interpretować treść ww. warunku udziału w postępowaniu w części sformułowanej jako „wraz z wykonaniem sieci kanalizacji sanitarnej lub deszczowej”.

W ocenie Izby, dla interpretacji powyższego wymagania istotne znaczenie ma wykładnia literalna, ze względu na fakt, że użyte w tym zakresie pojęcia są jednoznaczne i wprost wskazują, że Zamawiający oczekuje zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy (doświadczenia) wynikającej z wykonania dwóch robót budowlanych, których przedmiotem była budowa lub przebudowa drogi o nawierzchni bitumicznej o długości min. 400 m, a która obejmowała także „wykonanie sieci kanalizacji sanitarnej lub deszczowej”.

Treść powyższego warunku nie budzi żadnych wątpliwości także w świetle Opisu przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. Zgodnie bowiem z Opisem przedmiotu zamówienia zawartym w rozdz. IV ust. 1 SWZ:

„Przedmiotem zamówienia jest przebudowa ul. Powstańców w Mieroszowie wraz z niezbędną

infrastrukturą techniczną na odcinku od ul. Kopernika - Odcinek w km 0+000 – 0+515,30 (dla odcinka oznaczonego w dokumentacji projektowej jako odcinek A) Przebudowa ul. Powstańców w km 0+000 – 0+515,30 (odcinek A), w ramach której projektuje się wykonanie nowej nawierzchni drogi o szerokości 5,0m. Projektuje się przebudowę chodnika na tym odcinku z kostki betonowej o szerokości min. 2,0m.

Parametry techniczne i geometryczne przyjęto dla klasy drogi L zgodnie z założeniami projektowymi oraz Miejscowego Planu Zagospodarowania Przestrzennego:

- klasa drogi L

- prędkość projektowa 30km/h

- kategoria ruchu – KR-2

- nawierzchnia jezdni o konstrukcji z betonu asfaltowego

- przekrój uliczny – obustronne krawężniki granitowe wystające o świetle 10cm, spadek nawierzchni do ścieku z odzyskanej kostki granitowej zlokalizowanego przy krawężniku.

- szerokość jezdni – 5,0m

- odwodnienie do nowej, zaprojektowanej kanalizacji deszczowej, odprowadzającej wodę opadową z nawierzchni dróg i chodników do rzeki Ścinawka.

- budowa kanalizacji sanitarnej z budową przepompowni oraz przejściem kanałem tłocznym pod rzeką Ścinawką oraz wpięcie do studni w drodze krajowej nr 35. Podłączenie kanalizacji sanitarnej z ul. Kopernika.

- budowa sieci wodociągowej.”

Jak wynika z powyższego Opisu, bardzo istotnym elementem przedmiotu zamówienia jest – wykonanie odwodnienia do nowej, zaprojektowanej kanalizacji deszczowej, odprowadzającej wodę opadową z nawierzchni dróg i chodników do rzeki Ścinawka; budowa kanalizacji sanitarnej z budową przepompowni oraz przejściem kanałem tłocznym pod rzeką Ścinawką oraz wpięcie do studni w drodze krajowej nr 35, podłączenie kanalizacji sanitarnej z ul. Kopernika.

Potwierdzeniem, jak ważną częścią przedmiotu zamówienia są prace związane z wykonaniem sieci kanalizacji sanitarnej i deszczowej, jest również treść warunku udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania przez wykonawcę osobą, pełniącą funkcję kierownika robót - posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych.

Wykonawca P.P.H.U. „STA-POL” S. S. w dniu 15 listopada 2022r. na wezwanie Zamawiającego przedłożył wymagane w SWZ podmiotowe środki dowodowe - wykaz robót oraz referencje dotyczące wykonania 3 robót budowlanych, w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej:

1. budowa drogi o nawierzchni bitumicznej przy ul. Wysokiej w Mieroszowie – w odniesieniu do której wykonawca wskazał zakres zamówienia: „budowa drogi o nawierzchni bitumicznej długości min. 400 m wraz z kanalizacją deszczową – wymiana wpustów ulicznych”.
2. budowa drogi o nawierzchni bitumicznej drogi wewnętrzne przy ul. Sportowej w Mieroszowie - w odniesieniu do której wykonawca wskazał zakres zamówienia: zamówienia „budowa drogi o nawierzchni bitumicznej długości min. 400 m wraz z kanalizacją deszczową”. Jak wyjaśnił Zamawiający, zadanie to „Przebudowa dróg wewnętrznych zlokalizowanych na terenie nieruchomości oznaczonych w ewidencji jako działki nr 395/7 i 395/14 obr. Mieroszów 2 przy ul. Sportowej w Mieroszowie” obejmowało wykonanie kompleksowej konstrukcji drogi i wykonanie nawierzchni bitumicznej w miejsce drogi gruntowej oraz dodatkowo wykonie w trzech miejscach studni wraz z połączeniem ich z wpustami ulicznymi.

3. budowa drogi o nawierzchni bitumicznej ul. Leśna w Mieroszowie - w odniesieniu do której wykonawca wskazał zakres zamówienia: „budowa drogi o nawierzchni bitumicznej długości min. 400 m wraz z kanalizacją deszczową”. W celu potwierdzenia należytego wykonania prac zostały złożone referencje z dnia 28.09.2022 r. wystawione przez firmę „S.” Roboty Zimne i Budowlane T. S. Zarówno z treści wykazu i przedłożonych referencji wynika, że wykonawca zrealizował inwestycję spełniającą wymogi opisane w warunku SWZ.

W ocenie Izby, roboty wykazane przez wykonawcę P.P.H.U. Sta-Pol w wykazie robót w poz. 1 i 2 nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym wykonania sieci kanalizacji sanitarnej lub deszczowej.

W ocenie Izby, nie budzi wątpliwości fakt, że „wykonanie regulacji urządzeń” w postaci wpustów lub studzienek nie jest tożsame z wykonaniem sieci kanalizacji deszczowej.

Izba nie podzieliła poglądu Zamawiającego, że przez wykonanie sieci należy rozumieć sieci i inne urządzenia stanowiące jej część. Zgodnie bowiem z jednoznacznym brzmieniem omawianego warunku określonego w SWZ, Zamawiający wymagał wykonania sieci kanalizacji, a nie pojedynczych jej elementów.

Podkreślić należy, że respektując zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 16 pkt 1 Pzp, Zamawiający nie może modyfikować treści warunku udziału w postępowaniu na etapie badania i oceny ofert wbrew niebudzącym wątpliwości postanowieniom SWZ. Zauważyć należy, że Zamawiający sam wskazał w odpowiedzi na odwołanie, że interpretuje „wykonanie sieci” jako „wykonanie sieci i innych urządzeń stanowiących jej część”, podczas gdy w treści warunku rozszerzenia jego zakresu o „inne urządzenia stanowiące część sieci” nie sformułował.

Z powyższych względów, zarówno regulacja istniejących wpustów ulicznych, albo wykonanie w trzech miejscach studni wraz z połączeniem ich z wpustami ulicznymi (elementów sieci kanalizacyjnej) nie stanowi wykonania sieci, która jest układem połączonych przewodów kanalizacyjnych i obiektów inżynierskich. Ponadto, zauważyć należy, że wykonanie sieci kanalizacyjnej wymaga projektu i szeregu specjalistycznych robót, które przecież sam Zamawiający szczegółowo opisał w ramach Opisu przedmiotu zamówienia w prowadzonym postępowaniu. Nie ulega zatem wątpliwości, że warunek udziału w postępowaniu został sformułowany proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia i w taki sposób należy go interpretować.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że Zamawiający wymagał posiadania przez wykonawcę zamówienia zdolności technicznej i zawodowej proporcjonalnej do przedmiotu zamówienia, w tym - w zakresie wykonania sieci kanalizacji sanitarnej lub deszczowej, natomiast wykonawca P.P.H.U. Sta-Pol nie wykazał, że spełnia ww. warunek, gdyż złożony

przez ww. wykonawcę wykaz robót oraz związane z wykazem referencje potwierdzają doświadczenie wykonawcy nabyte przy wykonaniu jednej roboty budowlanej spełniającej warunek udziału w postępowaniu (poz. 3 wykazu robót), a nie min. dwóch robót o wymaganym przez Zamawiającego zakresie, wymaganych w ramach omawianego warunku. Tym samym ww. wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, co przesądza o tym Zamawiający nieprawidłowo dokonał wyboru oferty tego wykonawcy, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, czym naruszył art. 239 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny, w tym okoliczność, że wykonawca P.P.H.U. Sta-Pol nie był wzywany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, Izba stwierdziła, że zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp, Zamawiający powinien wezwać ww. wykonawcę do uzupełnienia wykazu robót (i odpowiednio dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie), przyjmując, że konieczne jest wykazanie przez wykonawcę jeszcze co najmniej jednej roboty budowlanej obejmującej budowę lub przebudowę drogi o nawierzchni bitumicznej o długości min. 400 m wraz z wykonaniem sieci kanalizacji sanitarnej lub deszczowej. Po dokonaniu oceny uzupełnionych podmiotowych środków dowodowych Zamawiający powinien powtórzyć czynność oceny ofert i dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 554 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: