

**WYROK
z dnia 30 maja 2016 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 maja 2016r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne TRAKT B., T. sp.j., 99-300 Kutno, Woźniaków 110 w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Kłodawa, 62-650 Kłodawa, ul Dąbska 17

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania przetargowego i uznania jego oferty za odrzuconą, nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Gminę Kłodawa, 62-650 Kłodawa, ul Dąbska 17 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne TRAKT B., T. sp.j., 99-300 Kutno, Woźniaków 110 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego: Gminy Kłodawa, 62-650 Kłodawa, ul Dąbska 17 na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlano-Produkcyjnego TRAKT B., T. sp.j., 99-300 Kutno, Woźniaków 110 kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Koninie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Kłodawa, 62-650 Kłodawa, ul Dąbska 17 wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia na wykonanie budowy i rozbudowy ulicy Barbary w Kłodawie wraz z usunięciem kolizji telekomunikacyjnej.

Przedmiotowe postępowanie ogłoszono w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 marca 2016 r. pod numerem 50236-2016.

W dniu 9 maja 2016 r. Odwołujący: Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne TRAKT B., T. sp.j., 99-300 Kutno, Woźniaków 110 otrzymał zawiadomienie o wykluczeniu go z przetargu i odrzuceniu jego oferty oraz o wyborze oferty innego wykonawcy konkurencyjnego.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 13 maja 2016r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od:

a) czynności wykluczenia go - za niespełnienie warunku wiedzy i doświadczenia sformułowanego w warunkach przetargowych — z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt. 4) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), zwanej dalej ustawą Pzp;

b) czynności odrzucenia jego oferty - z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp; w wyniku czego Zamawiający naruszył jego interes poprzez bezpodstawne pozbawienie go korzyści z realizacji przedmiotowego zamówienia, mimo iż ten złożył ofertę najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

W związku z tym Odwołujący się zażądał:

- a) unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania;
- b) uznania jego oferty za ważną;
- c) unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy P.H. U. „CHOD-DRÓG” A.P., ul Kwiatowa 11, 63-840 Krobica;
- d) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem jego oferty i wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej;
- e) obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i kosztami wynagrodzenia pełnomocnika.

W pierwszej kolejności Odwołujący zarzucił Zamawiającemu bezpodstawne

wykluczenie go z postępowania z powodu niespełniania warunku wiedzy i doświadczenia, gdzie – jak wskazał - zgodnie z cytowanym w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów warunkiem wiedzy i doświadczenia, stanowiącym powtórzenie warunku III. 3.2) ogłoszenia o zamówieniu i warunku w rozdz. I, pkt. 2 SIWZ: Wykonawcy mieli wykazać się zrealizowaniem, co najmniej dwóch robot w zakresie budowy/rozbudowy/przebudowy dróg/ulic publicznych o nawierzchni z kostki betonowej o wartości co najmniej 1.000.000 zł brutto każda, niezbędnych do wykazywania ww warunku, wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (...).

Powołał się na przedmiot i zakres zamówienia określony rozdz. II SIWZ przez Zamawiającego na odcinku o dł 785,50 m i obejmujący:

- a) branżę drogową:
 - roboty przygotowawcze i rozbiórkowe,
 - roboty ziemne,
 - odwodnienie,
 - profilowanie i zagęszczenie podłoża pod warstwy konstrukcyjne nawierzchni jezdni, chodnika i zjazdów,
 - wykonanie podbudowy,
 - wykonanie nawierzchni jezdni, chodnika i zjazdów.
 - humusowanie i obsianie trawą,
 - wykonanie oznakowania pionowego i poziomego.
 - roboty towarzyszące.
- b) branżę telekomunikacyjną:
 - przebudowę kanalizacji teletechnicznej,
 - przebudowę linii kablowych miedzianych,
 - przebudowę linii kablowych optotelekomunikacyjnych,
 - zabezpieczenie istniejącej sieci rura dwudzielna,
 - regulację wysokościowa studni.

Zwrócił również uwagę, że w obrębie przebudowywanej ulicy istnieje sieć telekomunikacyjna należąca do operatora Orange Polska S.A. i INEA SA. Jest to sieć doziemna. W wyniku przebudowy ulicy, wystąpiła kolizja z istniejącymi urządzeniami telekomunikacyjnymi.

Kolizyjne odcinki należy przebudować zgodnie z wydanymi przez właścicieli sieci warunkami technicznymi i opracowanym projektem-budowlano - wykonawczym.

W swoim odwołaniu wskazał na definicję legalną drogi lub ulicy publicznej oraz budowy i przebudowy drogi, gdzie zgodnie z art. 4 pkt. 1-3, 5-9, 11 a, 15, 15a, ustawy z dnia

21 marca 1985 r. o drogach publicznych (j.t. Dz. U. 2015.460 z późn.zm.) przez drogę i jej elementy składowe należy rozumieć:

1) pas drogowy - wydzielony liniami granicznymi grunt wraz z przestrzenią nad i pod jego powierzchnią, w którym są zlokalizowane drom oraz obiekty budowlane i urządzenia techniczne związane z prowadzeniem, zabezpieczeniem i obsługą ruchu, a także urządzenia związane z potrzebami zarządzania drom:

2) droga - budowlę wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiąca całość techniczno-użytkowa przeznaczona do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowana w pasie drogowym:

3) ulica - drogę na terenie zabudowy lub przeznaczonym do zabudowy zgodnie z przepisami o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, w której ciągu może być zlokalizowane torowisko tramwajowe;

5) jezdnia - część drogi przeznaczoną do ruchu pojazdów;

6) chodnik - część drogi przeznaczona do ruchu pieszych;

7) korona drogi - jezdnie z poboczami, pasami awaryjnego postoju lub pasami przeznaczonymi do ruchu pieszych zatokami autobusowymi lub postojowymi, a przy drogach dwujezdniowych - również z pasem dzielącym jezdnie:

8) zjazd - połączenie drogi publicznej z nieruchomością położona przy drodze, stanowiące bezpośrednie miejsce dostępu do drogi publicznej w rozumieniu przepisów o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym;

9) skrzyżowanie dróg publicznych:

a) jednopoziomowe - przecięcie się lub połączenie dróg publicznych na jednym poziomie,

b) wielopoziomowe - krzyżowanie się lub połączenie dróg publicznych na różnych poziomach, zapewniające pełną lub częściową możliwość wyboru kierunku jazdy (węzeł drogowy) lub krzyżowanie się dróg na różnych poziomach, uniemożliwiające wybór kierunku jazdy (przejazd drogowy);

11 a) droga rowerowa - drogę przeznaczoną do ruchu rowerów albo rowerów i pieszych, z której może korzystać każdy, zgodnie z jej przeznaczeniem;

15) przepust - budowlę o przekroju poprzecznym zamkniętym, przeznaczoną do przeprowadzenia cieków, szlaków wędrówek zwierząt dziko żyjących lub urządzeń technicznych przez nasyp drogi;

15a) kanał technologiczny - ciąg osłonowych elementów obudowy, studni kablowych oraz innych obiektów lub urządzeń służących umieszczeniu lub eksploatacji:

a) urządzeń infrastruktury technicznej związanych z potrzebami zarządzania drogami lub potrzebami ruchu drogowego,

b) linii telekomunikacyjnych wraz z zasilaniem oraz linii elektroenergetycznych, niezwiązanych z potrzebami zarządzania drogami lub potrzebami ruchu drogowego.

Zauważył również, że zgodnie z art. 4 pkt. 17 i 18 ustawy z dnia 21 marca 1985r. o drogach publicznych (j.t. Dz. U. 2015.460 z późn. zm.) przez budowę lub przebudowę drogi należy rozumieć:

17) budowa drogi - wykonywanie połączenia drogowego między określonymi miejscami lub miejscowościami, a także jego odbudowę i rozbudowę;

18) przebudowa drogi - wykonywanie robót, w których wyniku następuje podwyższenie parametrów technicznych i eksploatacyjnych istniejącej drogi, niewymagających zmiany granic pasa drogowego.

Odwołujący w swoim odwołaniu przedstawił własną interpretację warunku wiedzy i doświadczenia, gdzie: wykonawcy mieli wykazać się zrealizowaniem, co najmniej dwóch robot w zakresie budowy/rozbudowy/przebudowy dróg/ulic publicznych (przeznaczonych do prowadzenia ruchu drogowego - art. 4 pkt. 2) ustawy o drogach publicznych, a nie ruchu pojazdów - przyp. Odwołującego się) o nawierzchni z kostki betonowej o wartości co najmniej 1.000.000 zł brutto każda, niezbędnych do wykazywania ww warunku, wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (...). wykonawcy byli zobowiązani wykazać:

a) dwie roboty budowlane w zakresie rozbudowy i przebudowy dróg i ulic publicznych przeznaczonych do prowadzenia ruchu drogowego (a nie tylko i wyłącznie ruchu pojazdów);

b) o nawierzchni z kostki betonowej, niekoniecznie samej jezdni dla ruchu pojazdów,

c) o wartości co najmniej 1.000.000 zł brutto każda (cała robota obejmująca elementy dróg wymienione w art. 4 ustawy o drogach publicznych - przyp. Odwołującego się).

Zaznaczył również, że przedmiot zamówienia obejmował w szczególności:

a) branżę drogową:

- roboty przygotowawcze i rozbiórkowe,

- roboty ziemne,

- odwodnienie,

- profilowanie i zagęszczenie podłoża pod warstwy konstrukcyjne nawierzchni jezdni, chodnika i zjazdów,

- wykonanie podbudowy,

- wykonanie nawierzchni jezdni, chodnika i zjazdów,

- humusowanie i. obsianie trawą,

- wykonanie oznakowania pionowego i poziomego,

- roboty towarzyszące.

b) branżę telekomunikacyjną:

- przebudowę kanalizacji teletechnicznej.
- przebudowę linii kablowych miedzianych,
- przebudowę linii kablowych optotelekomunikacyjnych,
- zabezpieczenie istniejącej sieci rura dwudzielna.
- regulację wysokościową studni.

Zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający jest obowiązany stosować opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Wskazał, że z uwagi na fakt, że za treść ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ odpowiada wyłącznie Zamawiający, wszelkie błędy czy niedomówienia w tych postanowieniach powinny być interpretowane na korzyść wykonawców ubiegających się o zamówienie.

Zdaniem Odwołującego uwzględniając:

- treść warunku wiedzy i doświadczenia;
- zakres robót będących przedmiotem zamówienia;
- definicje legalne drogi, ulicy oraz ich elementów składowych;
- przepis art. 22 ust 4 ustawy Pzp;

wykonawcy ubiegający się o zamówienie mieli prawo do następującej interpretacji warunku wiedzy i doświadczenia.

Według Odwołującego mieli oni wykazać wykonanie dwóch robót budowlanych w zakresie budowy, rozbudowy lub przebudowy dróg lub ulic publicznych służących do prowadzenia ruchu drogowego, a nie tylko ruchu pojazdów, a wartość każdej wykazanej roboty powinna wynosić, co najmniej 1.000.000 zł brutto.

W ocenie Odwołującego każda wykazana robota powinna dotyczyć dróg lub ulic, w zakresie, których wchodziło wykonanie nawierzchni dowolnych, wymienionych w art. 4 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (j.t. Dz. U. 2015.460 z późn.zm.) elementów składowych tych dróg i ulic (nie tylko samej jezdni) z kostki betonowej, takich jak: korona drogi, chodnik, ścieżka rowerowa, zjazd, skrzyżowania wszelkiego rodzaju itp., a także innych elementów dróg publicznych ogólnie wymienionych w art. 4 pkt. 2) ustawy o drogach publicznych.

Odwołujący stanął na stanowisku, że wykonanie dwóch robót budowlanych w zakresie budowy, rozbudowy lub przebudowy dróg lub ulic publicznych, bez wskazania elementów istotnych z punktu widzenia zastosowanego warunku wiedzy i doświadczenia,

powoduje ten skutek, że wykonawcy byli uprawnieni wykazywać każdą robotę, której celem jest budowa, rozbudowa lub przebudowa dróg lub ulic publicznych, obejmującą swoim zakresem wszystkie elementy składające się na drogi lub ulice, w tym elementy nawierzchniowe wykonane z betonowej kostki, zdefiniowane w art. 4 ustawy o drogach publicznych.

Stwierdził, że wartość 1.000.000 zł brutto należy odnieść do każdej tak określonej roboty, a nie do wskazanego przez Zamawiającego w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów elementu - jezdni drogi lub ulicy.

Odwołujący nie podzielił również interpretacji warunku wiedzy i doświadczenia dokonanej przez Zamawiającego w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z 1 kwietnia 2016 r., gdzie Zamawiający stwierdził w piśmie o wykluczeniu go na podstawie referencji oraz innych dokumentów:

1) dotyczących poz. 1 Wykazu wykonanych robót, to jest „ Budowy ulicy Śliwowej wraz z sięgaczem w kierunku ulicy Orzechowej oraz brakującą infrastrukturą na osiedlu Imielnica ” zleconej przez Gminę Miasta Płocka, że wartość robót drogowych wyniosła 580:537,64 zł brutto, a więc mniej niż wartość minimalna określona w warunku wiedzy i doświadczenia; pomijając zakres rzeczowy pozostałych elementów robót drogowych obejmujący wykonanie:

- kanału dla kanalizacji deszczowej (art. 4 pkt 15a) ustawy o drogach),
- kanałów dla instalacji sanitarnych (art. 4 pkt 15a) ustawy o drogach),
- kanałów dla instalacji telekomunikacyjnych i elektroenergetycznych (art. 4 pkt 15a) ustawy o drogach), Dowód: protokół odbioru końcowego robót z dnia 13.11.2012r. wraz z referencją.

2) dotyczących poz. 2 Wykazu, to jest „Przebudowy dróg gminnych na terenie miasta Łęczyca - ulica Ozorkowska”, że robota dotyczyła nawierzchni asfaltowej; pomijając zakres rzeczowy pozostałych elementów robót drogowych obejmujący wykonanie:

- kanału dla instalacji wodociągowej w ulicy Ozorkowskiej (art. 4 pkt 15a) ustawy o drogach),
- kanału dla kanalizacji deszczowej (art 4 pkt 15a) ustawy o drogach),
- nawierzchni z kostki betonowej chodników, zatok autobusowych - 4070 m² i pozostałych elementów robót drogowych: krawężników i obrzeży. Dowód: protokół odbioru końcowego robót z dnia 06.12.2011r. wraz z poświadczeniem.

3) dotyczących poz. 3 Wykazu, to jest „Przebudowy ulicy Medycznej, Papieskiej, Tuszewskiej, Piaskowej oraz Jana Pawła II wzdłuż osiedla Bartkowice i drogi krajowej nr 14 w Łowiczu w ramach Narodowego Programu Przebudowy Dróg Lokalnych - etap II, że robota dotyczyła nawierzchni mineralno-bitumicznej; pomijając zakres rzeczowy pozostałych elementów robót drogowych obejmujący wykonanie:

- nawierzchni z kostki betonowej: ścieżki rowerowej, chodników, parkingów, przekładek w ilości 16.733 m² (art. 4pkt. 6), 7) 1 la), ustawy o drogach),

- innych elementów niezbędne dla bezpieczeństwa ruchu drogowego, np. bariery, zieleń osłonowa, krawężniki i obrzeża,

- elementów kanałów dla instalacji wodociągowej i sanitarnej (art. 4 pkt 15a) ustawy o drogach), Dowód: protokół odbioru końcowego robót z dnia 23.11.2012r. wraz z poświadczeniem.

4) dotyczących poz. 4 (uzupełnionej), to jest „Przebudowy ul. 1 Maja w Kutnie wraz z budową infrastruktury, w tym kanalizacji deszczowej i oświetlenia ulicznego oraz remontu mostu na rzece Ochni" zleconej przez Miasto Kutno, że robota dotyczyła nawierzchni z betonu asfaltowego; pomijając zakres rzeczowy pozostałych elementów robót drogowych obejmujący wykonanie:

- nawierzchni z kostki betonowej: ścieżki rowerowej, chodników, zatok parkingowych, zjazdów, w ilości 4.701 m² (art. 4 pkt. 6), 7) lid), ustawy o drogach), kanałów dla instalacji kanalizacji deszczowej, instalacji sanitarnej, wodociągowej (art. 4 pkt 15a) ustawy o drogach), - oświetlenia ulicznego (art. 4 pkt 15a) lit. a) ustawy o drogach),

Dowód: protokół odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji zadania z dnia 23.12.2013r. wraz z poświadczeniem.

5) dotyczących poz. 5 (uzupełnionej), to jest „ Rozbudowy ul. Otolińskiej w Płocku wraz z brakującą infrastrukturą ” zleconej przez BUDIMEX S.A., że wykonane roboty nie dotyczyły jezdni, pomijając zakres rzeczowy pozostałych elementów robót drogowych obejmujący wykonanie:

- nawierzchni z kostki betonowej chodników, zjazdów, parkingów w ilości 15.510 m² (art. 4 pkt. 6), 7) ustawy o drogach),

pozostałych elementów robót drogowych: krawężników i obrzeży, mimo iż w warunkach wiedzy i doświadczenia nie wskazano, iż liczy się wyłącznie wykonanie jezdni przeznaczonej do ruchu pojazdów, z wyłączeniem pozostałych nawierzchniowych elementów drogowych w rozumieniu art. 4 ustawy o drogach publicznych, służących do prowadzenia ruchu drogowego (obejmującego w szczególności ruch pojazdów).

- Dowód: protokół odbioru końcowego robót z dnia 30.07.2013r. wraz z

referencjami.

W konkluzji, Odwołujący stwierdził, że dokumenty zarówno dołączone do oferty w terminie składania ofert, jak i dokumenty uzupełnione na wezwanie Zamawiającego, potwierdziły spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia sformułowanego w ogłoszeniu o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - zgodnie z jego literalną interpretacją.

W szczególności, zdaniem Odwołującego - wykazał się wiedzą i doświadczeniem w zakresie wykonywania:

- nawierzchni jezdni z kostki betonowej (poz. 1 wykazu dołączonego do oferty) w ramach kontraktu o wartości większej niż 1.000.000 zł;
- nawierzchni jezdni z kostki betonowej (poz. 6 wykazu uzupełnionego - uznana przez Zamawiającego) w ramach kontraktu o wartości wielokrotnie przekraczającej wartość określoną w warunku wiedzy i doświadczenia;
- nawierzchni z kostki betonowej dróg rowerowych, chodników, parkingów, zatok parkingowych, zjazdów, przekładek (poz. 2 - 5) w ramach kontraktów o wartościach większych od wartości określonej w warunku wiedzy i doświadczenia.

W ocenie Odwołującego - Zamawiający, dokonując po otwarciu ofert zawężającej interpretacji sformułowanego przez siebie warunku wiedzy i doświadczenia:

- poprzez odniesienie wartości wykazanych robót wyłącznie do robót związanych wyłącznie z wykonaniem jezdni z kostki betonowej;
- pominięcie w wycenie wykazanych realizacji robót związanych z pozostałymi elementami składowymi dróg publicznych w rozumieniu art. 4 ustawy o drogach publicznych, w tym polegających na wykonaniu z kostki betonowej dróg rowerowych, chodników, parkingów, zatok parkingowych, zjazdów, przekładek; rażąco naruszył warunki prowadzonego przez siebie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i dokonał wyboru oferty innego wykonawcy z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Wywodził, że gdyby warunek wiedzy i doświadczenia brzmiał, iż wykonawcy są obowiązani wykazać wykonanie robót polegających na budowie, rozbudowie, przebudowie samych jezdni dróg lub ulic publicznych, przeznaczonych do ruchu pojazdów, o nawierzchni z kostki betonowej, o wartości każdej roboty 1.000.000 zł brutto, wówczas czynność wykluczenia byłaby uzasadniona.

Jednakże tak brzmiącego warunku Zamawiający nie sformułował, a mimo to postanowił trzymać się tej interpretacji z naruszeniem definicji legalnych art. 4 ustawy o drogach publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Odwołującego, odwołania, wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów z dnia 1 kwietnia 2016r., pisma Odwołującego z dnia 6 kwietnia 2016r. wraz z uzupełnionym wykazem i załącznikami, zawiadomienia Zamawiającego z dnia 9 maja 2016r. o wykluczeniu wykonawcy i uznaniu jego oferty za odrzuconą w postępowaniu, jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.22 ust.4, art.24 ust.2 pkt. 4, art.24 ust.4 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do podjęcia czynności wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego przetargu ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu niespełniania warunku wiedzy i doświadczenia.

Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale I Instrukcja dla wykonawców w pkt. 2 warunki udziału w postępowaniu, opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych Warunków oraz oświadczenia i dokumenty wymagane od wykonawców określił warunek posiadania wiedzy i doświadczenia wraz z opisem sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku w następujący sposób: Za spełniających w/w warunek udziału zostaną uznani wykonawcy, którzy:

- wykażą się zrealizowaniem, co najmniej dwóch robot w zakresie budowy/rozbudowy/przebudowy dróg/ulic publicznych o nawierzchni z kostki betonowej o wartości co najmniej 1.000.000 zł brutto każda, niezbędnych do wykazywania spełniania ww warunku, wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a

jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dowodów określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone,

- dołączą oświadczenie, że spełniają warunki określone w art.22 ust.1 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący w następstwie wezwania go pismem z dnia 1 kwietnia 2016r. przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu złożył przy piśmie z dnia 6 kwietnia 2016r. uzupełniony wykaz robót obejmujący 6 pozycji wraz z referencjami.

W zaskarżonej czynności z dnia 9 maja 2016r. Zamawiający uznał, że Odwołujący wykazał jedynie jedną robotę spełniającą postawiony przez Zamawiającego warunek - ujętą w pozycji nr 6 wykazu.

Do oceny i rozstrzygnięcia sprawy pozostała, zatem kwestia spełniania przez Odwołującego warunku w zakresie wykonania jednej roboty w zakresie budowy/rozbudowy/przebudowy dróg/ulic publicznych o nawierzchni z kostki betonowej o wartości, co najmniej 1.000.000 zł brutto.

W ocenie Izby Odwołujący powyższy warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia spełnił.

Analizując powyższy opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków wynikający z SIWZ Izba uznała, że nie uprawniał on Zamawiającego do żądania wykazania się robotami tylko w zakresie wykonania nawierzchni jezdni z kostki betonowej, lecz również umożliwiał wykonawcom wykazanie się całokształtem wykonania robót budowlanych związanych z przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z art.22 ust.4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust.1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Oczekiwanie Zamawiającego mogłoby zostać uwzględnione, tylko w przypadku szczegółowego opisanie przez niego, jaka wartość i jakie konkretnie roboty budowlane mają być wykazane na potwierdzenie warunku.

W omawianym przypadku Zamawiający posłużył się jedynie terminologią określenia zadania inwestycyjnego: „...robót w zakresie budowy/rozbudowy/przebudowy dróg/ulic publicznych o nawierzchni z kostki betonowej o wartości co najmniej 1.000.000 zł brutto każda...”, co oznacza tyle, że chodzi drogę/ulicę publiczną o nawierzchni z kostki betonowej.

Według zapatrywania Izby, warunek ten nie przesądza, jaki ma być zakres wartościowy i dla jakich robót w obrębie zadania wskazanego przez Zamawiającego.

Izba wzięła również pod uwagę, że Zamawiający przy swojej ocenie warunku abstrahował od pojęć legalnych takich jak droga, która jest budowlą wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiącą całość techniczno-użytkową przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowaną w pasie drogowym w rozumieniu przepisów art. 4 pkt. 2 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (j.t. Dz. U. 2015.460 z późn.zm.).

Powyższe pojęcie drogi ma charakter sensu stricte, natomiast powyższa ustawa wymienia również drogę i jej elementy składowe obejmujące swoim działaniem znacznie szerszy zakres znaczeniowy.

Z powyższych względów Izba nie mogła przyjąć, iż zachodzą przesłanki do wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego przetargu ze skutkiem odrzucenia jego oferty na zasadzie art.24 ust.2 pkt. 4 w związku z art.24 ust.4 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....