

Sygn. akt: KIO 1515/20

WYROK
z dnia 20 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2020 r. przez **K. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Mosty Kujawy K. S.**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Kujawsko-Pomorskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **OPTEM Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, OptemBAU Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku. Grupa BMG Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża K. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Mosty Kujawy K. S.:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Kujawsko-Pomorskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Przebudowa mostu przez rzekę Krówkę w ciągu drogi woj. Nr 243 w km 18+808 w m. Byszewo*. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 24 kwietnia 2020 r. pod numerem 534057-N-2020.

W dniu 6 lipca 2020 r. K. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Mosty Kujawy K. S. wniósł odwołanie wobec wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Konsorcjum: OPTEM Sp. z o.o., OptemBAU Sp. z o.o., Grupa BMG Sp. z o.o. (dalej: Konsorcjum OPTEM) i wobec zaniechania czynności wykluczenia tego wykonawcy z postępowania w sytuacji, gdy nie wykazał on wykonania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej dwóch zamówień obejmujących budowę, przebudowę, remont obiektu mostowego w technologii porównywalnej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w Rozdziale IV SIWZ (Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia) w punkcie 1.3.2.1 Zamawiający zamieścił następujący warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia zawodowego: „Wykonanie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – należycie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie co najmniej dwa zamówienia obejmujące budowę, przebudowę, remont obiektu mostowego w technologii porównywalnej o wartości każdego z zamówień nie mniejszej niż 1 500 000 zł brutto”. Próbując wykazać spełnienie tego warunku, Konsorcjum OPTEM załączyło Wykaz Wykonanych Robót, w którym wyszczególniono 2 rodzaje robót wykonanych na rzecz BUDIMEX S.A. oraz STRABAG S.A. Wykonawca przedłożył też referencje od tych dwóch podmiotów, z których wynika, że ww. roboty zostały wykonane przy użyciu technologii OptemARCH polegającej na zastosowaniu prefabrykowanych płyt żelbetowych.

Odwołujący podniósł, że technologia użyta w ww. zadaniach, i w której specjalizuje się Konsorcjum OPTEM, nie jest porównywalna do technologii, w jakiej ma zostać wykonane zadanie objęte niniejszym przetargiem. Wykonawca we wspomnianych robotach stosował

system prefabrykowanych obiektów mostowych, oparty na konieczności dostarczenia i zamontowania wielkich żelbetowych bloków. Wiąże się to z koniecznością wjazdu na teren budowy ciężkich dźwigów i innego ciężkiego sprzętu, posadowienia potężnych fundamentów (ze względu na ciężar prefabrykatów żelbetowych), co w sposób oczywisty w znacznie większej mierze ingeruje w środowisko niż technologia stosowana przez Odwołującego, która jest zgodna z SIWZ. Odwołujący stwierdził, że swoje projekty wykonuje przy użyciu lekkich elementów blachy falistej, nakładanych na siebie i skręcanych, co czyni konstrukcję lekką i przyjazną środowisku. Dodatkowej nośności tak wykonanej konstrukcji, która została wskazana w SIWZ, dodaje natomiast grunt, w którym ta konstrukcja zostaje zasypana – w odróżnieniu od technologii Konsorcjum OPTEM, w której grunt nie pełni tej funkcji.

Odwołujący załączył do odwołania opisy obu technologii. Przedstawił również opinię techniczną, sporządzoną na jego zlecenie przez dr. hab. inż. A. M. – profesora Politechniki Poznańskiej z Instytutu Inżynierii Lądowej, który zna obydwie technologie i w obu technologiach projektuje. Odwołujący stwierdził, że z opinii tej wynika, że elementy blach falistych używanych przez Odwołującego mogą być montowane sprzętem o małym udźwigu (ważą jedynie 150-200 kg), w odróżnieniu od technologii OptemARCH, w której musi mieć zastosowanie sprzęt o dużej nośności (waga poszczególnych prefabrykatów to kilka a nawet kilkadziesiąt ton). Ekspert zwrócił też uwagę na konieczność posadowienia fundamentów, co wymaga dodatkowych prac ziemnych i w większym zakresie ingeruje w środowisko. We wnioskach opinii ekspert podkreślił, że realizacja budowy konstrukcji w obu technologiach istotnie się różni, i że są to całkowicie odmienne technologie budowy. Nie można zatem ich uznać za porównywalne. Ekspert dodał, że doświadczenie uzyskane przy budowie konstrukcji z prefabrykowanych elementów betonowych nie jest porównywalne z doświadczeniem przy budowie konstrukcji z blach falistych, albowiem użycie tych drugich wymaga znacznie większych, specjalnych umiejętności. Co jest również oczywiste sprzęt niezbędny do wykonania takich konstrukcji w obu technologiach jest zupełnie odmienny.

Zdaniem Odwołującego, mając na uwadze fakt, że dwie ww. technologie nie mają w zasadzie żadnych punktów wspólnych, nie można ich uznać za porównywalne ani podobne. Nie można także zapominać o tym, że celem umieszczenia takiego warunku udziału było dopuszczenie do przetargu jedynie ofert podmiotów, które posiadają doświadczenie w zadaniach porównywalnego typu, co zadanie objęte przetargiem. Dlatego też, skoro wykonawca nie wykazał wykonania w oznaczonym przedziale czasowym ukończenia dwóch budów przy użyciu porównywalnej technologii oraz posiadania niezbędnego doświadczenia, podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zaniechanie tej czynności przez Zamawiającego stanowi zatem naruszenie prawa, które miało decydujący wpływ na wynik przetargu.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z językową wykładnią warunku określonego w SIWZ, jako podstawową wykładnią prawa, która winna być w tym przypadku zastosowana, Konsorcjum OPTEM nie wykazało aby wykonywało porównywalne roboty obejmujące budowę, przebudowę, remont. Porównywalne, a więc takie, które zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego PWN są do siebie podobne. Brak takiego podobieństwa obejmującego wykonanie tych robót jest wręcz w tym przypadku oczywisty, a jego brak dodatkowo wykazuje opinia profesora A. M. .

Dalej Odwołujący podniósł, że wskazane przez Konsorcjum OPTEM zadania obejmowały wykonanie samej tylko konstrukcji łukowej z płyt żelbetowych, a więc jedynie części zadania objętego niniejszym postępowaniem. To samo wynika zresztą z przedstawionych przez wykonawcę referencji. Nie zostały zatem w ich ramach wykonane pozostałe roboty niezbędne dla wykonania całości zadania, tj. w szczególności roboty rozbiórkowe, roboty ziemne, roboty drogowe, organizacja ruchu, urządzenia bezpieczeństwa ruchu etc. Z informacji posiadanych przez Odwołującego i dokumentów znajdujących się w aktach postępowania wynika, że przy zadaniach wymienionych w Wykazie Wykonanych Prac pozostałe czynności były wykonywane przez inne podmioty, a nie przez Konsorcjum OPTEM. Tymczasem przedmiotowe zamówienie dotyczy wykonania całego zakresu robót wchodzących w skład budowy, przebudowy, remontu obiektu mostowego. Także i z tego względu nie można uznać, że wykonawca wykonał w całości dwa zamówienia obejmujące porównywalne roboty do tych, które są objęte niniejszym postępowaniem. Odwołując się również do wykładni językowej SIWZ w niniejszym przypadku, Konsorcjum OPTEM nie wykazało, aby wykonywało porównywalne roboty obejmujące budowę, przebudowę remont obiektu mostowego zgodnie z zamówieniem. Konsorcjum OPTEM wykonało bowiem zaledwie niewielką część robót, które objęte są przedmiotowym zamówieniem, na co wskazuje załączony kosztorys ofertowy z zaznaczonymi pozycjami, gdzie zaledwie 4 na wymaganych 49 pozycji dotyczy referencji wystawionych przez BUDIMEX i 6 na wymaganych 49 pozycji z referencji wystawionych przez STRABAG.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia Konsorcjum: OPTEM Sp. z o.o., OptemBAU Sp. z o.o., Grupa BMG Sp. z o.o. z postępowania oraz powtórzenia czynności wyboru oferty.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło Konsorcjum: OPTEM Sp. z o.o., OptemBAU Sp. z o.o. Grupa BMG Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła, co następuje:

W rozdz. IV pkt 1.3.2.1 SIWZ Zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego: *Wykonanie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – należyście, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie co najmniej dwa zamówienia obejmujące budowę, przebudowę, remont obiektu mostowego w technologii porównywalnej o wartości każdego z zamówień nie mniejszej niż 1 500 000 zł brutto.*

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku, zgodnie z rozdz. V SIWZ, należało złożyć wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż 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, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należyście, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty.

Przystępujący przedstawił wykaz robót budowlanych, w których wskazał na realizację następujących zadań:

L.p.	Rodzaj robót budowlanych	Data wykonania (początek oraz zakończenie realizacji zamówienia)	Miejsce wykonania	Podmiot, na rzecz którego roboty zostały wykonane	Wartość zamówienia w zł brutto
1.	Obiekt PZGd7.05 wykonywany w ramach inwestycji „Budowa drogi S5 Poznań-Wrocław, odcinek Wronczyn-Kościan Południe”; zakres prac zgodnie z załączonymi referencjami	04.2018 r. 08.2019 r.	droga ekspresowa S5 na odcinku Wronczyn-Kościan Południe	BUDIMEX S.A. ul. Siedmiogrodzka 9 01 -204 Warszawa	3 087 300,00 zł

2.	<p>Obiekt PE-I .I oraz PE-1.2 w ramach inwestycji „Budowa drogi S-7 Olsztynek (S-51)-Płońsk (S- 10) od. Nidzica-Napierki. Zadanie nr 2: od węzła Nidzica-Południe (bez węzła) do msc. Napierki-długość ok. 13,6 km”; zakres prac zgodnie z załączonymi referencjami</p>	<p>11.2015 r. 06.2017 r.</p>	<p>droga S-7 Olsztynek (S51) Płońsk (S-10) od. Nidzica-Napierki. Zadanie nr 2: od węzła Nidzica-Południe (bez węzła) do msc. Napierki</p>	<p>STRABAG Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10 05-800 Pruszków</p>	<p>14 078 009,30 zł</p>
----	---	----------------------------------	---	--	-------------------------

Do wykazu Przystępujący załączył następujące referencje:

- 1) wystawione przez Budimex S.A. w których stwierdza się, że firma *Optem Sp. z o.o. (...)* była *Podwykonawcą robót mostowych obiektu PZGd7.05 w ramach inwestycji pod nazwą: „Budowa drogi S5 Poznań-Wrocław, odcinek Wroczyń-Kościan Południe”* Zakres prac: *Wykonanie konstrukcji fundamentów i podpór, montaż prefabrykatów łukowych, wykonanie zamków i uciągłeń, wykonanie uszczelnień i izolacji ustroju nośnego.*

Parametry techniczne obiektu mostowego:

Lp.	Obiekt	Typ konstrukcji	Klasa nośności wg PN-85/S-10300	Szerokość obiektu [m]	Rozpiętość teoretyczna przęseł	Wysokość w świetle [m]
1.	PZGd7.05	<p>Obiekt dwuprzęsłowy, posadowiony bezpośrednio, podpory monolityczne, ustrój nośny z prefabrykatów optemARCH</p>	c	51,5m		57,3

Wartość zleconych prac wyniosła netto: 2 510 000,00 zł

Termin realizacji: kwiecień 2018-sierpień 2019

Firma Optem wywiązała się ze zleconych zadań inwestycyjnych. Roboty wykonano w terminie, w sposób należyty, zgodnie z dokumentacją projektową oraz warunkami technicznymi i obowiązującymi przepisami.

Firma Optem Sp. z o.o. posiada niezbędną wiedzę, doświadczenie oraz potencjał techniczny do wykonywania podobnych realizacji, wobec czego należy uznać, iż jest ona

godnym zaufania, solidnym partnerem przy współpracy w wykonywaniu obiektów mostowych.

- 2) Wystawione przez STRABAG Sp. z o.o., w których stwierdza się, że firma OPTEM Sp. z o.o. (...) była podwykonawcą robót mostowych w ramach inwestycji pod nazwą: „Budowa drogi S-7 Olsztynek (S -51)-Płońsk (S-10) odc. Nidzica-Napierki. Zadanie nr 2: od węzła Nidzica-Południe (bez węzła) do msc. Napierki-długość ok.13,6 km.”

Zakres prac: Opracowanie projektów technologicznych i wykonawczych, dostawa wraz z montażem prefabrykatów optemARCH, wykonanie żelbetowych ścian, izolacji, odwodnienia i drenaży oraz umocnienie stożków kostką kamienną dla obiektów mostowych:

Lp.	Obiekt	Typ konstrukcji	Szerokość obiektu [m]	Rozpiętość obiektu [m]	światło pionowe [m]	Szerokość pojedynczego prefabrykatu
1	PE-1.1	Dwunawowa, konstrukcja łukowa z elementami osadzonych na podporach na prefabrykowanych prefabrykowanych	98,06		8,15	2,49
2	PE-i.2	Jednonawowa, konstrukcja łukowa z elementami osadzonych na podporach na prefabrykowanych prefabrykowanych	93,03	12,30	7,00	2,49

Wartość zleconych prac wyniosła netto : 11 445 536,02 zł

Termin realizacji: listopad 2015 r. - czerwiec 2017 r.

Całość zleconych prac została wykonana w terminie kontraktowym, zgodnie z zatwierdzonym projektem technologicznym (wykonawczym) oraz wymaganiami STWiORB. Wszystkie prace montażowe konstrukcji prefabrykowanych żelbetowych wielkogabarytowych łupin wykonano z zachowaniem bezpieczeństwa i wysokiej jakości robót .

Firma Optem Sp. z o.o. posiada niezbędną wiedzę, doświadczenie oraz potencjał techniczny do wykonywania podobnych realizacji, wobec czego należy uznać, iż jest ona godnym zaufania solidnym partnerem przy współpracy w wykonywaniu tego typu obiektów.

Firma Optem Sp. z o.o. posiada niezbędną wiedzę, doświadczenie oraz potencjał techniczny do wykonywania podobnych realizacji, wobec czego należy uznać, iż jest ona godnym zaufania, solidnym partnerem przy współpracy w wykonywaniu obiektów mostowych.

Pismem z 22 czerwca 2020 r. Zamawiający zwrócił się do GDDKiA Oddział w Poznaniu o podanie szczegółowego zakresu zadania na wykonanie: Budowa drogi S5 Poznań-Wrocław, odcinek Wroczyn-Kościan Południe, z podaniem całkowitego zakresu zadania Wykonanego przez generalnego Wykonawcę (Budimex S.A.) oraz wyszczególnionego zakresu wykonywanego przez podwykonawcę – Optem Sp. z o.o. Zamawiający wskazał, że ww. wykonawca przedstawił poświadczenie (referencje) od firmy Budimex S.A. na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczące zdolności zawodowej wykonawcy.

Analogiczne pismo Zamawiający skierował do GDDKiA Oddział w Olsztynie, w odniesieniu do zadania „Budowa drogi S-7 Olsztynek (S -51)-Płońsk (S-10) odc. Nidzica-Napierki. Zadanie nr 2: od węzła Nidzica-Południe (bez węzła) do msc. Napierki-długość ok.13,6 km.”

W informacji przedstawionej przez GDDKiA Oddział w Poznaniu podano m.in., że: *firma OPTEM Sp. z o.o. (...) jako zatwierdzony podwykonawca Budimex S.A wykonała projekt oraz kompleksowo zrealizowała, w km 6+091, obiekt PZDg-7. W ramach realizacji przejścia górnego dla zwierząt dużych nad drogą ekspresową S5 dostarczono i zamontowano prefabrykaty łupinowe, wykonano podpory monolityczne, uciąglenie, zamki, uszczelnienia i izolację obiektu. Podstawowe parametry obiektu PZDg-7 to:*

- *konstrukcja: obiekt dwuprzęsłowy z prefabrykatów łukowych optemARCH opartych na żelbetonowych ścianach;*
- *długość obiektu: 57,30 m;*
- *kąt skosu konstrukcji: 90,0*
- *szerokość obiektu: 51,5m;*
- *klasa obciążenia: C.*

W informacji przedstawionej przez GDDKiA Oddział w Olsztynie potwierdzono m.in., że OPTEM Sp. z o.o. był zatwierdzonym podwykonawcą i wykonał obiekty inżynierskie PE 1.1 i PE 1.2 o wartości brutto wg umowy 14 877 737,10 zł (13 490 288,12 wg aneksu do umowy).

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

W pierwszej kolejności zaznaczenia wymaga, że warunki udziału w postępowaniu powinny być określone precyzyjnie, a wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp może nastąpić tylko wtedy, gdy nie zostało wykazane spełnianie wymagań, które zostały wprost i precyzyjnie wyartykułowane w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ. Jakiegokolwiek niejasności czy brak precyzji w sformułowaniu warunków udziału w postępowaniu nie mogą być – na etapie badania spełniania tych warunków – interpretowane w taki sposób, że nadaje im się bardziej restrykcyjne znaczenie, niż to wynika z ich literalnego brzmienia.

W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia zawodowego w sposób niejasny i nieprecyzyjny, a niejasności te nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców.

Po pierwsze, Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w wykonaniu dwóch zadań *w technologii porównywalnej*. Pomijając fakt, że Zamawiający nie wskazał nawet, do czego porównywalna ma być ta technologia (nie było między stronami sporne, że porównywalność odnosi się do przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu), to zauważyć należy, że nie zostało w żaden sposób zdefiniowane, jak Zamawiający rozumie *technologię porównywalną*. Ponieważ jest to określenie nieostre, zasadne było zdefiniowanie go, czego jednak Zamawiający zaniechał, nie wskazując jakichkolwiek wytycznych w tym zakresie i nie określając żadnych kryteriów porównywalności. Zredagowanie warunku udziału w postępowaniu z należytą starannością zapobiegłoby zapewne powstaniu sporów na gruncie jego interpretacji.

W związku z takim sformułowaniem warunku udziału w postępowaniu, wymaganie doświadczenia w realizacji zadań w technologii porównywalnej należy interpretować możliwie szeroko, niedopuszczalna jest natomiast taka wykładania treści warunku, która prowadziłaby do nadania mu znaczenia bardziej restrykcyjnego i niekorzystnego dla wykonawców.

Nie było sporne między stronami, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest obiekt o konstrukcji z arkuszy z blach stalowych skręcanych, co potwierdzają poszczególne pozycje przedmiaru robót. Nie było także przedmiotem sporu, że Przystępujący na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazał zadania polegające na wykonaniu

obiektów mostowych z prefabrykowanych elementów żelbetowych. Istotą sporu była kwestia, czy obiekty, których dotyczą zadania podane w wykazie robót, zostały wykonane *w technologii porównywalnej*. Należało więc rozstrzygnąć, czy obiekty mostowe wykonane z prefabrykowanych blach stalowych oraz z prefabrykowanych elementów żelbetowych, są obiektami wykonanymi w technologii porównywalnej.

Wobec braku zdefiniowania przez Zamawiającego sformułowania *technologia porównywalna*, należało oprzeć się na jego językowym znaczeniu, bez jakiegokolwiek zawężania tego znaczenia na niekorzyść wykonawców. Kierując się powyższą zasadą należy stwierdzić, że określenie *technologie porównywalne* nie oznacza technologii tożsamyh/identycznych. Zgodnie z wykładnią językową porównywalność oznacza tyle, co możliwość porównania, w celu wskazania podobieństw i różnic. Za technologię porównywalną należy więc uznać technologię podobną czy zbliżoną.

Nie ma wątpliwości, że istnieją różnice między konstrukcjami z blachy stalowej i z prefabrykatów żelbetowych. Powyższe potwierdza opinia prywatna przedłożona przez Odwołującego, w której wskazano na różnice w rodzaju i właściwościach materiału czy sposobie montażu elementów konstrukcji. Zauważyć jednak należy, że również opinie przedstawione przez Przystępującego i Zamawiającego nie kwestionują istnienia różnic między tymi rodzajami konstrukcji. Jednocześnie z wszystkich przedstawionych opinii wynikają też podobieństwa obu technologii, takie jak fakt, że w obu przypadkach konstrukcje wykonywane są z elementów dostarczanych na teren budowy w formie prefabrykatów czy to, że mają podobny kształt geometryczny. Okoliczność, że wnioski końcowe poszczególnych autorów opinii są różne, odpowiadające stanowisku procesowemu strony, która przedstawiła opinię, może być spowodowana faktem, że Zamawiający nie określił żadnych kryteriów tej porównywalności, a nieostre określenie *technologie porównywalne* może być różnie rozumiane, w zależności od branych pod uwagę aspektów i oceny ich znaczenia. Podobnie inne dowody złożone uczestników postępowania odwoławczego (opisy technologii, porównania graficzne czy publikacje branżowe) potwierdzają istnienie zarówno podobieństw, jak i różnic między obiema technologiami.

W związku z powyższym w ocenie Izby zostało wykazane, że między technologią wykonania obiektów mostowych z prefabrykatów z blachy stalowej oraz z prefabrykatów żelbetowych istnieją zarówno różnice, jak i podobieństwa. Istnienie różnic, przy jednoczesnym występowaniu podobieństw, w szczególności polegających na wykonaniu konstrukcji z dostarczonych na teren budowy elementów prefabrykowanych, nie wyklucza możliwości uznania technologii za porównywalne, w sytuacji, gdy Zamawiający nie wprowadził żadnych kryteriów tej porównywalności i w żaden sposób nie zawęził znaczenia określenia *technologia porównywalna*. Przyjmując nawet, że wykonanie konstrukcji z blachy

stalowej wymaga jakichś specyficznych umiejętności, podkreślić należy, że wykonawca zobowiązany był wykazać się doświadczeniem wyraźnie wymaganym przez Zamawiającego w SIWZ. Nawet jeśli to wymagane doświadczenie nie odpowiada wprost przedmiotowi zamówienia, to wykonawca nie był zobowiązany dowodzić, że ma doświadczenie dalej idące czy bardziej specyficzne, niż to wyrażono w treści warunku. Skoro więc Zamawiający nie zapisał, że za technologię porównywalną uzna technologię polegającą na wykorzystaniu takich samych materiałów, to Przystępujący mógł wykazać się zadaniami polegającymi na wykonaniu obiektów z innych materiałów, jeśli realizacja tych obiektów w niektórych aspektach jest podobna do przedmiotu zamówienia, co oznacza że występuje między obiema technologiami szeroko rozumiana porównywalność.

Jeśli chodzi o kwestionowany zakres robót referencyjnych, Odwołujący podnosił, że obejmowały one węższy zakres, niż będący przedmiotem niniejszego zamówienia, w szczególności, że Przystępujący nie wykonał w ich ramach takich prac, jak roboty rozbiórkowe, roboty ziemne, roboty drogowe, organizacja ruchu, urządzenia bezpieczeństwa ruchu, itp., które to prace zostały zrealizowane przez inne podmioty.

Odnosząc się do powyższych twierdzeń wyraźnie podkreślić należy, że Zamawiający w treści warunku udziału w postępowaniu nie wymagał wykazania się realizacją dwóch zamówień o zakresie odpowiadającym przedmiotowi niniejszego zamówienia. W związku z tym okoliczność, że prace wykonane przez Przystępującego w ramach robót przedstawionych w wykazie miały charakter węższy i nie obejmowały wszystkich prac, które należy wykonać w ramach niniejszego zamówienia (czego zresztą Przystępujący nie kwestionował), nie może prowadzić do wniosku, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Teza Odwołującego, jakoby doświadczenie wykonawcy miało obejmować wszystkie elementy, które składają się na przedmiot niniejszego zamówienia, nie ma oparcia w treści warunku.

Zamawiający, określając warunek doświadczenia wykonawcy, nie musi wymagać, aby doświadczenie to dokładnie odpowiadało przedmiotowi zamówienia, może ograniczyć się do wymagania doświadczenia w zakresie węższym, jeśli uzna, że będzie to wystarczające dla oceny potencjału wykonawcy. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie zapisał w treści warunku, że wymaga doświadczenia w realizacji zadań odpowiadających swoim zakresem przedmiotowi zamówienia, wskazał natomiast że wymaga doświadczenia w budowie/przebudowie/remontcie obiektu mostowego. Podobnie, z brzmienia warunku nie wynika, aby doświadczenie musiało obejmować wykonanie jakichkolwiek robót towarzyszących, w tym wskazanych przez Odwołującego robót rozbiórkowych, robót drogowych, organizacji ruchu, urządzeń bezpieczeństwa ruchu, itp. (co do robót ziemnych, Odwołujący nie wykazał, z czego wywodzi ich niewykonanie w sytuacji, gdy złożone

referencje potwierdzają wykonanie posadowienia obiektów mostowych, co musiało obejmować roboty ziemne).

W ocenie Izby przedstawiony przez Przystępującego wykaz robót oraz załączone do niego referencje potwierdzają, że Przystępujący posiada doświadczenie w wykonaniu dwóch obiektów mostowych o wymaganej wartości. Odwołujący w żadnej mierze nie wykazał, że ww. referencje zawierają informacje niezgodne ze stanem faktycznym. Stanowisko Odwołującego było natomiast – w ocenie Izby – wynikiem nadinterpretacji warunku udziału w postępowaniu, poprzez przypisywanie mu znaczenia w nim niewyrażonego. Przyjąć należy, że gdyby Zamawiający oczekiwał doświadczenia w realizacji zadania w takim zakresie, jaki jest zakres niniejszego zamówienia albo gdyby chciał, aby doświadczenie to obejmowało wykonanie robót towarzyszących wykonaniu obiektów mostowych czy z nimi związanych, to zapisałby to w treści SIWZ. Skoro tak nie zrobił, to należy uznać, że wykonanie samych obiektów mostowych potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Podsumowując należy stwierdzić, że jakkolwiek Izba ma istotne zastrzeżenia co do sposobu sformułowania przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, to brak jest podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania. W związku z tym odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący: