

Sygn. akt: KIO 162/17

**WYROK**

**z dnia 9 lutego 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **P.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa „WANTA” P.Z., J.P.. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J.P.. „SAMBUD”**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie**,

przy udziale:

- 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, PW-ETA Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, J.S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J.S. Przedsiębiorstwo Budowlano-Remontowe „SKO-BUD”**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Interviatech Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, O.N.. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PRODIM O.N..**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **P.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-**

Usługowa „WANTA” P.Z., J.P.. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J.P.. „SAMBUD” i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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 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 Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Naprawy i remonty dróg zarządzanych przez ZIKIT w Krakowie oraz terenów należących do Gminy Miejskiej Kraków w zakresie infrastruktury drogowej z podziałem na 4 obszary utrzymaniowe - Część 4 - Obszar 4 obejmujący Dzielnice XIV-XVIII.*

W dniu 25 stycznia 2017 r. Konsorcjum: Firma Handlowo-Uslugowa „WANTA” P.Z., J.P., „SAMBUD” wniosło odwołanie zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum Interviatech Sp. z o.o., PRODIM O.N. i odrzucenia oferty tego wykonawcy. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22 ust. 1b pkt 2 Pzp, w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 12, art. 7 Pzp w związku z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane § 1 ust. 1 pkt 2, w związku z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 22 lipca 2014 r., w sprawie wyznaczania obszaru i granic aglomeracji w szczególności § 3 i § 4 w związku z art. 43 ust. 2b ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. - Prawo wodne w zw. z ustawą o samorządzie województwa art. 18 pkt 20 oraz art. 89 ust. 1 w zw. z art. 6, 7, 8 Kodeksu postępowania administracyjnego, w związku z uchwałą Sejmiku Województwa Małopolskiego Nr VII/112/15 z dnia 30 marca 2015 r. w sprawie wyznaczenia aglomeracji Kraków wraz z załącznikiem (mapa) oraz uchwałą Sejmiku Województwa Małopolskiego Nr XXIX/415/16 z dnia 28 października 2016 r. w sprawie wyznaczenia aglomeracji Kraków wraz z załącznikiem (mapa);
- art. 7, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22 ust. 1b pkt 2 w zw. z art. 22 c ust. 1 pkt 1 w zw. art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w związku z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane § 1 ust. 1 pkt 9;
- art. 7, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22 ust. 1b pkt 2 Pzp, w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 12, pkt 16, pkt 17 i art. 14 Pzp w związku z w związku z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane § 1 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 355 Kodeksu cywilnego.

Po pierwsze Odwołujący podniósł, że Zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu: *Wykonawca winien wykazać się co najmniej następującą ilością robót zrealizowanych w miastach/aglomeracjach miejskich powyżej 500.000 mieszkańców:*

- *remontów częściowych i bieżących nawierzchni bitumicznych - 50 000 m<sup>2</sup> w tym:*
- *nawierzchni bitumicznych typu SMA-6 000 m<sup>2</sup>*
- *warstwy podbudowy lub wiążącej typu AC WMS -10 000 m<sup>2</sup>*
- *wykonania nawierzchni z asfaltu lanego modyfikowanego - 5 000 m<sup>2</sup>*
- *wykonania nawierzchni ścieżek rowerowych z betonu asfaltowego - 2 000 m<sup>2</sup>*
- *wykonania nawierzchni tłuczniowych lub podbudów -10 000 m<sup>2</sup>*
- *wykonania chodników z płytek i nawierzchni z kostki brukowej - 5 000 m<sup>2</sup>*
- *wykonania krawężników kamiennych - 2 000 mb*
- *wykonania nawierzchni z kamienia naturalnego -1 000 m<sup>2</sup>.*

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum Interviatech nie spełniło warunku zrealizowania robót w miastach/aglomeracjach miejskich powyżej 500.00 mieszkańców w zakresie warstwy podbudowy lub wiążącej typu WMS 10 000 m<sup>2</sup>. Wskazał, że wykonawca ten w załączniku nr 3 podał przebudowę drogi krajowej nr 94 (ulica Częstochowska) oraz ul. Polna w miejscowości Modlnica polegająca na rozbudowie układu drogowego kanalizacji deszczowej, budowie drogi serwisowej oraz przebudowie zjazdów. Zdaniem Odwołującego, ul. Częstochowska oraz ul. Polna w Modlnicy nie znajdują się w mieście/aglomeracji miejskiej powyżej 500.000 mieszkańców (miejsce wykonania zamówienia Modlnica). Zatem w konsekwencji Konsorcjum nie spełniło warunku dotyczącego 10 000m<sup>2</sup> WMS, wykazane 12 008 m<sup>2</sup> należy bowiem pomniejszyć o 2 303,00 m<sup>2</sup>, co daje 9 705,00 m<sup>2</sup>, zamiast żądanej wartości 10.000,00 m<sup>2</sup>. Swoje stanowisko Odwołujący prezentował w pismach do Zamawiającego z 9 stycznia 2017 r., z 13 stycznia 2017 r. oraz z 17 stycznia 2017 r. W odpowiedzi z 16 stycznia 2017 r. Zamawiający powołał się na aglomerację transportową oraz definicję z Wikipedii.

Odwołujący podniósł, że startując w postępowaniu miał wiedzę, że pojęcie miasta lub aglomeracji dotyczy tylko i wyłącznie prawnych aspektów ich powołania, nie zaś kwestii umownych lub interpretacyjnych. Zamawiający na żadnym etapie postępowania nie definiował aglomeracji miejskiej jako transportowej, również nie powoływał się na Wikipedię. Ponadto Wikipedia, jako encyklopedia żywa, która ciągle się zmienia, nie może stanowić przeciwwagi do obowiązujących i wiążących przepisów. Zamawiający powołał się na Wikipedię dopiero 16 stycznia 2017 r., zatem podał definicję aglomeracji z dnia nadania pisma. Bezsprzeczne jest, że to pojęcie aglomeracji w dniu składania ofert mogło mieć całkowicie inne brzmienie. Zdaniem Odwołującego Zamawiający w ten sposób złamał

zasadę konkurencyjności oraz równego traktowania, poprzez ograniczenie lub wyeliminowanie z postępowania większej ilości podmiotów, bowiem rozumienie aglomeracji Kraków w ujęciu obowiązujących przepisów prawa jest pojęciem węższym aniżeli pojęcie prezentowane przez Zmawiającego w definicji określonej w Wikipedii lub aglomeracji transportowej. Przy objęciu większego obszaru dla potrzeb oceny spełnienia posiadania warunku doświadczenia zawodowego, automatycznie więcej podmiotów mogłoby zaprezentować swoje doświadczenie zawodowe.

Odwołujący powołał się na dane z Biuletynu Informacji Publicznej, zgodnie z którymi Modlnica jest miejscowością znajdującą się w Gminie Wielka Wieś, z liczbą mieszkańców 1538 w roku 2015. Zatem Modlnica nie jest miastem, a więc pierwszy warunek nie został spełniony. Zdaniem Odwołującego Modlnica nie jest również aglomeracją miejską powyżej 500 000 mieszkańców. Odwołujący podniósł, że w prawie polskim ustawodawca przewidział podstawy powoływania aglomeracji, zatem Odwołujący mając zaufanie do przepisów prawa złożył ofertę oraz wiedział, że istotne znaczenie mają przepisy ogólne, prawa w tym prawa miejscowego. Jest to zgodne z art. 6, 7, 8 Kodeksu postępowania administracyjnego.

Odwołujący wskazał, że istotne znacznie w tym zakresie mają przepisy: § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...) w związku rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 22 lipca 2014 r., w sprawie wyznaczania obszaru i granic aglomeracji, w szczególności § 3 i § 4 w związku z art. 43 ust 2b ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. - Prawo wodne w zw. z ustawą o samorządzie województwa art. 18 pkt 20 oraz art. 89 ust. 1 w zw. z art. 6, 7, 8 Kodeksu postępowania administracyjnego. Tylko i wyłącznie rozporządzenie Ministra Środowiska stanowi podstawę do wyznaczania aglomeracji, dając dalsze uprawnienia samorządom do określenia ich granic. Inwestycja w Modlnicy była realizowana w okresie 06.2015-12.2015, zatem istotne znacznie będzie miała uchwała Sejmiku Województwa Małopolskiego z 30 marca 2015 roku w sprawie wyznaczenia aglomeracji Kraków oraz Sejmiku Województwa Małopolskiego z 28 października 2016 r., która w swoim zasięgu, zgodnie z opisem oraz szczególnie mapą nie przewiduje, aby Modlnica, ul. Polna znajdowała się w aglomeracji miejskiej Kraków. Mapa załączona do Uchwały wskazuje, że aglomeracja Kraków nie obejmuje Modlnicy, zatem to zadanie oraz referencje nie mogą być brane pod uwagę, a Konsorcjum winno zostać wykluczone z postępowania. Zgodnie z uchwałą § 1 ust. 2 lit. g), do aglomeracji miasta Kraków, została zaliczona część miejscowości Modlnica. Mapa nr 1 jako załącznik do Uchwały określa granice aglomeracji miasta Kraków, bez inwestycji wskazanej przez Konsorcjum.

Odwołujący dodał, że pojęcie aglomeracji transportowej nie jest prawem miejscowym. Aglomerację transportową tworzy się na podstawie porozumień między Gminami (umów).

Umowy te mogą dotyczyć sposobu transportu, rodzaju używanego transportu, ceny, odpowiedzialności. Tak więc jest to zobowiązanie typowo cywilistyczne, które odnosi się do konkretnych stron zobowiązania. Zamawiający w SIWZ, nie wskazał, że aglomeracja nie jest rozumiana zgodnie z przepisami prawa, tylko na zasadzie umownej, nieostrej, zatem dającej bardzo duże możliwości do interpretacji, czego Zamawiający ma obowiązek unikać przy sporządzaniu warunków przetargu oraz w trakcie jego prowadzenia. Uchwała Nr XXVI/11/354/07 Rady Miasta Kraków z dnia 21 listopada 2007 r. nie jest prawem miejscowym, gdyż nie jest związana z art. 40 i 18 ustawy o samorządzie gminnym. Nadto, jak wskazuje jej treść, jest jedynie upoważnieniem, nie umową między Gminami, oraz jej realizacja obarczona jest licznymi warunkami. Na podstawie otrzymanych informacji Odwołujący nie wie, czy umowy zostały zawarte i o jakiej treści.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w piśmie z 16 stycznia 2017 r. powołał się jednocześnie na pojęcie aglomeracji transportowej oraz pojęcie aglomeracji krakowskiej z Wikipedii. Odwołujący stwierdził, że wydruk z Wikipedii nie pokrywa się z Uchwałą Nr XXVII/354/07 Rady Miasta Kraków z 21 listopada 2007 r. Zdaniem Odwołującego, tylko i wyłącznie dokument jasny i pewny może stanowić podstawę do korzystania z prawa, w tym oceny ofert. Nawet gdyby Zamawiający odpowiedział na pytanie, że w jego ujęciu przy definiowaniu aglomeracji krakowskiej należy się kierować aglomeracją transportową i pojęciem z Wikipedii, jego odpowiedź byłaby obarczona licznymi błędami. Zakresy poszczególnych definicji (aglomeracja transportowa, definicja z Wikipedia) są różne i wprowadzają w błąd. Realnie Zamawiający nie miał możliwość udzielania innej odpowiedzi aniżeli w oparciu o przepisy prawa w tym prawa miejscowego.

Odwołujący podniósł analogiczny zarzut co do wskazanego przez Konsorcjum Interviatech zadania dotyczącego realizacji ścieżek rowerowych na terenie Gminy Skawina w okresie 01.10.2015-15.10.2015. Wskazał, że Skawina nie jest miastem ani aglomeracją miejską powyżej 500 000 mieszkańców, zatem doświadczenie dotyczące realizacji 1 370,00m<sup>2</sup> ścieżek rowerowych nie może być brane pod uwagę. Odwołujący powołał się na informację Urzędu Statystycznego w Krakowie, zgodnie z którą Skawina jest gminą miejsko-wiejską o zaludnieniu 43.184 mieszkańców w roku 2015 oraz na mapę administracyjną granic miasta Krakowa, na okoliczność, że Skawina nie jest w częścią miasta Kraków. W pozostałym zakresie Odwołujący przedstawił argumentację tożsamą z przedstawioną w odniesieniu do robót wykonanych na terenie Modlnicy.

Dalej Odwołujący podniósł zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum Interviatech mimo nieprzedstawienia dokumentu określonego w części IV SIWZ

(Wymagane oświadczenia i dokumenty) ust. 3 lit. g, tj. oświadczenia wykonawcy o rocznym obrocie wykonawcy w tym obrocie wykonawcy w obszarze objętym zamówieniem za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres. Odwołujący podniósł, że z tego powodu oferta Konsorcjum Interviatech nie odpowiada SIWZ. Warunki SIWZ, w tym zapis jw., nie określa minimalnego rocznego obrotu, zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 1 SIWZ. Taki zapis może naruszyć zasady konkurencyjności, zgodnie z art. 7 Pzp. Odwołujący podał, że *zmiana SIWZ w tym zakresie faktycznie miała miejsce. Jednocześnie Zamawiający wprowadził zapis dotyczący o sytuacji finansowej, majątkowej. Zgodnie z zapisem SIWZ, część IV (wymagane oświadczenia i dokumenty) w pkt 3, Zamawiający wskazał na dokumenty jakie Wykonawca winien dostarczyć, w tym Oświadczenie. Poinformował, że był w siedzibie zamawiającego wykonał dokumentację zdjęciową wszystkich dokumentów, w tym wezwania Zamawiającego z dnia 29.12.2016 r., do dostarczenia dokumentów, nie stwierdził w nich Oświadczenia, które stanowi jedną z podstawowych przesłanek uczestniczenia w przetargu. Dokumentacja zdjęciowa była wykonywana dwukrotnie 28.12.2016 r. oraz 18.01.2017 r. Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum nie spełniło wymogów ustawy jak również warunków SIWZ, zatem, oferta Konsorcjum nie powinna być uwzględniona w tym przetargu.*

Odwołujący podniósł ponadto, że informacją powszechnie znaną jest, że Konsorcjum Interviatech wykonywało roboty na rzecz Zamawiającego, co zostało potwierdzone w załączniku nr 3 do SIWZ oraz referencjami. Odwołujący stwierdził, że ma wiedzę, że w ramach zadań wykonywanych na rzecz Zamawiającego zostały naliczane kary umowne za nieterminową realizację robót, co zdaniem Odwołującego wyklucza należyte wykonanie. Dotyczy to zadania pn. Naprawa i remont dróg zarządzanych przez ZIKIT w Krakowie oraz terenów należących do Gminy Miejskiej Kraków w zakresie infrastruktury drogowej z podziałem na 4 obszary utrzymaniowe – część 4 – obszar 4 obejmujących Dzielnice XIV-XVIII w okresie 05.02.2014-30.11.2016. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum nie miało prawa powołać się na doświadczenie zawodowe dotyczące wykonania 2 000 m<sup>2</sup> ścieżek rowerowych. Konsorcjum realizowało ww. zadanie z Miejskim Przedsiębiorstwem Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o. Zamawiający nałożył również na Interviatech Sp. z o.o. odpowiedzialnego solidarnie za wykonanie zadania 7 kar umownych o łącznej wartości 28.719,79 zł.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum Interviatech w swoich dokumentach przetargowych jak również zgodnie z wezwaniem Zamawiającego nie przedstawiło referencji dotyczących wskazanego wyżej zadania. Zdaniem Odwołującego, takich referencji nie mogło otrzymać, bowiem Zamawiający nałożył na Wykonawcę aż 7 kar umownych, co potwierdzało

notoryczne, stałe, ciągłe, uporczywe łamanie postanowień umowy. Odwołujący o takiej referencji dowiedział się dopiero z pisma Zamawiającego z 16 stycznia 2017 r., które stanowiło odpowiedź na jego wcześniejsze pisma. Odwołujący dwukrotnie wykonywał dokumentację zdjęciową dokumentacji przetargowej tj. w dniu 28 grudnia 2016 r. oraz 18.01.2017 r. i nie takich referencji w dokumentacji nie było. Zatem jak wynika ze stanu faktycznego, Zamawiający samoczynnie załączył oświadczenie. Wahanie Zamawiającego było uzasadnione, bowiem miał świadomość nałożenia kar umownych i wiedział, że to zadanie nie zostało wykonane w sposób należyty. Zdaniem Odwołującego roboty nie zostały wykonane należycie, jak również nie zostały prawidłowo ukończone. Prawidłowe ukończenie dotyczy zarówno przedmiotu umowy, zadania jak również terminów, które mają istotne znaczenie w tego typu zadaniach, co należy wziąć pod uwagę przy ocenie, czy były wykonane należycie i w terminie. Zadanie dotyczyło naprawy i remontów, zatem rzeczy, które winny być wykonywane praktycznie bez zwłoki lub opóźnienia z uwagi na konieczność utrzymania bezpieczeństwa ludzi lub mienia. Skoro zostały nałożone kary umowne, to oznacza, że naprawy i remonty, nie były wykonywane należycie i w terminie, zatem Konsorcjum łamało podstawowe postanowienia umowy realizowanej.

Odwołujący stwierdził, że mając na uwadze czas wniesienia odwołania jedyną możliwością wykazania tych faktów, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania, jest przedstawienie przez Zamawiającego w szczególności: oświadczeń, porozumień, not obciążeniowych związanych z naliczeniem kar umownych. Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia ww. dokumentów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności badania i oceny ofert, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia Konsorcjum Interviatech z postępowania, ewentualnie odrzucenia jego oferty oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o., PW-ETA Sp. z o.o., J.S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J.S. Przedsiębiorstwo Budowlano-Remontowe „SKO-BUD”, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Interviatech Sp. z o.o., O.N.. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PRODIM O.N., wnosząc o oddalenie odwołania.



***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i 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.

Izba ustaliła, że postępowanie zostało wszczęte w dniu 11 listopada 2016 r., zatem do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Po pierwsze, za niezasadne należało uznać zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wykonania robót w miastach/aglomeracjach miejskich powyżej 500.00 mieszkańców w zakresie warstwy podbudowy lub wiążącej typu WMS 10 000 m<sup>2</sup>.

Izba ustaliła, że zgodnie z Częścią III (Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków) pkt 1.1 SIWZ, Zamawiający wymagał wykazania, że wykonawca w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie zrealizował roboty budowlane polegające na wykonaniu robót zrealizowanych w miastach/aglomeracjach miejskich powyżej 500.000 mieszkańców:

- remontów cząstkowych i bieżących nawierzchni bitumicznych – 50 000 m<sup>2</sup> w tym:
  - o nawierzchni bitumicznych typu SMA – 6 000 m<sup>2</sup>
  - o warstwy podbudowy lub wiążącej typu AC WMS – 10 000 m<sup>2</sup>
- wykonania nawierzchni z asfaltu lanego modyfikowanego – 5 000 m<sup>2</sup>
- wykonania nawierzchni ścieżek rowerowych z betonu asfaltowego – 2 000 m<sup>2</sup>
- wykonania nawierzchni tłuczniowych lub podbudów – 10 000 m<sup>2</sup>
- wykonania stabilizacji gruntu spoiwami hydraulicznymi – 2 000 m<sup>2</sup>
- wykonania chodników z płytek i nawierzchni z kostki brukowej – 5 000 m<sup>2</sup>
- wykonania krawężników kamiennych – 2 000 mb
- wykonania nawierzchni z kamienia naturalnego – 1 000 m<sup>2</sup>.

Konsorcjum Interviatech złożyło wykaz robót, w którym podano m.in. przebudowę drogi krajowej nr 94 (ulica Częstochowska) oraz ul. Polna w miejscowości Modlnica, polegająca na rozbudowie układu drogowego kanalizacji deszczowej, budowie drogi serwisowej oraz przebudowie zjazdów, a także realizację ścieżek rowerowych na terenie Gminy Skawina w okresie 01.10.2015-15.10.2015.

Odwołujący podniósł, że powyższe zadania nie powinny być uwzględnione jako potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu z tego względu, że nie zostały zrealizowane ani w mieście powyżej 500.000 mieszkańców, ani w aglomeracji miejskiej powyżej 500.000 mieszkańców.

Formułując przedmiotowy zarzut Odwołujący zarzucił Zamawiającemu art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22 ust. 1b pkt 2 Pzp, w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 12, art. 7 Pzp w związku z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane § 1 ust. 1 pkt 2, w związku z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 22 lipca 2014 r., w sprawie wyznaczania obszaru i granic aglomeracji w szczególności § 3 i § 4 w związku z art. 43 ust. 2b ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. - Prawo wodne w zw. z ustawą o samorządzie województwa art. 18 pkt 20 oraz art. 89 ust. 1 w zw. z art. 6, 7, 8 Kodeksu postępowania administracyjnego, w związku z uchwałą Sejmiku Województwa Małopolskiego Nr VII/112/15 z dnia 30 marca 2015 r. w sprawie wyznaczenia aglomeracji Kraków wraz z załącznikiem (mapa) oraz uchwałą Sejmiku Województwa Małopolskiego Nr XXIX/415/16 z dnia 28 października 2016 r. w sprawie wyznaczenia aglomeracji Kraków. Odnosząc się do wskazanych przez Odwołującego przepisów zauważyć należy, że art. 22 ust. 1b pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć m.in. sytuacji ekonomicznej lub finansowej, zatem dyspozycja tego przepisu w żaden sposób nie koresponduje z zakresem faktycznym zarzutów. Ponadto wskazanie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 12 należy uznać za omyłkowe – nakaz wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia określa art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy. Zauważyć również należy, że wskazane przez Odwołującego rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane nie znajduje zastosowania w niniejszym postępowaniu, gdyż z dniem 28 lipca 2016 r. weszło w życie rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126).

Abstrahując jednak od błędów i nieścisłości we wskazaniu podstaw prawnych zarzutów, stwierdzić należy, że są one merytorycznie niezasadne.

Poza sporem jest, że kwestionowane roboty nie były wykonane w mieście powyżej 500 000 mieszkańców, nie sposób jednak zgodzić się z Odwołującym, że nie zostały one wykonane w aglomeracji miejskiej o wskazanej przez Zamawiającego liczbie mieszkańców. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający w SIWZ nie zdefiniował pojęcia „aglomeracja miejska”, nie istnieje również definicja legalna, którą z uwagi na przedmiot zamówienia można byłoby zastosować w niniejszym postępowaniu.

Za nietrafione należy uznać powoływanie się przez Odwołującego na aglomeracji określoną w ustawie z dnia 18 lipca 2001 r. Prawo wodne. Zgodnie z art. 43 ust. 2 tej ustawy, ilekroć jest mowa o aglomeracji, należy przez to rozumieć teren, na którym zaludnienie lub działalność gospodarcza są wystarczająco skoncentrowane, aby ścieki komunalne były zbierane i przekazywane do oczyszczalni ścieków albo do końcowego punktu zrzutu tych ścieków. Art. 43 ust. 2b tej ustawy określa organy, z którymi należy uzgodnić wyznaczenie aglomeracji, o których mowa w ust. 1 (tj. aglomeracji o równoważnej liczbie mieszkańców powyżej 2000 powinny być wyposażone w systemy kanalizacji zbiorczej dla ścieków komunalnych, zgodnie z ustaleniami krajowego programu oczyszczania ścieków komunalnych). Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 22 lipca 2014 r. w sprawie wyznaczania obszaru i granic aglomeracji zostało wydane na podstawie delegacji określonej w art. 43 ust. 4a ustawy Prawo wodne, a art. 43 ust. 4b stanowi, że wydając to rozporządzenie minister uwzględni koszty rozwoju i eksploatacji systemów kanalizacji zbiorczej oraz gęstość zaludnienia. Rozporządzenie w § 3 określa podstawy wyznaczania obszaru i granic aglomeracji, w szczególności konieczne do uwzględnienia uwarunkowania związane z istniejącą siecią kanalizacyjną. Zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia, wyznaczenia granic aglomeracji dokonuje przez sejmik województwa obszaru i granic aglomeracji po dokonaniu określonych przepisami konsultacji i uzgodnień.

Biorąc powyższe pod uwagę za niezasadne należy uznać posilkowanie się znaczeniem pojęcia „aglomeracja miejska” wynikającym z ustawy Prawo wodne i przepisów wykonawczych do tej ustawy. Jest to bowiem określenie przyjęte na potrzeby gospodarki ściekowej, co nie pozostaje w żadnym związku przedmiotem zamówienia, a w konsekwencji z wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem wykonawców. W konsekwencji nie sposób przyjąć, że miejscowości nie ujęte w przywołanych przez Odwołującego uchwałach Sejmiku Województwa Małopolskiego nie mogą być uznane za należące do aglomeracji krakowskiej, tj. aglomeracji miejskiej powyżej 500 000 mieszkańców.

Podkreślenia wymaga, że interpretacja warunków udziału w postępowaniu powinna być dokonywana z uwzględnieniem celu, jakiemu te warunki służą, a jest nim zapewnienie wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Skoro Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w celu zagwarantowania, że wykonawca legitymuje się doświadczeniem zapewniającym należyte wykonanie napraw i remontów dróg, to nie sposób przyjąć, że doświadczenie to powinno dotyczyć robót zlokalizowanych w obszarze wyznaczonym dla celów gospodarki ściekowej.

Ponieważ Zamawiający nie zdefiniował pojęcia aglomeracji, a znaczenie tego pojęcia wynikające z ustawy Prawo wodne i przepisów wykonawczych do tej ustawy nie przystaje do przedmiotu zamówienia i nie służy realizacji celów, jakiemu warunki udziału w postępowaniu służą, interpretacja tego pojęcia powinna być zgodna z powszechnie przyjmowanym znaczeniem. Zgodnie ze Słownikiem języka polskiego PWN, aglomeracja to *zespół miast i osiedli, skupionych wokół dużego miasta lub ośrodka przemysłowego*. Za fakt powszechnie znany należy uznać, że Skawina jest miastem w powiecie krakowskim, położonym w bezpośrednim sąsiedztwie Krakowa. Modlnica natomiast, według powszechnie dostępnych informacji, jest miejscowością położoną w powiecie Krakowskim w gminie Wielka Wieś, również bezpośrednio przylegającej do granic miasta Krakowa. Nie sposób bronić poglądu, że miejscowości znajdujące się w tak bliskim sąsiedztwie Krakowa nie należą do aglomeracji krakowskiej, ich usytuowanie posiada bowiem wszelkie cechy aglomeracji w powszechnie funkcjonującym znaczeniu, a powołaną przez Zamawiającego definicję z Wikipedii (według której w granicach aglomeracji krakowskiej leży zarówno Skawina, jak i gmina Wielka Wieś), należy uznać jedynie za dodatkowe potwierdzenie powyższej tezy. Przyjęcie natomiast interpretacji prezentowanej przez Odwołującego prowadziłoby do niedopuszczalnego na etapie oceny ofert zaostżenia warunku udziału w postępowaniu, niemającego oparcia w jego treści.

Odnosząc się do podniesionej na rozprawie przez Przystępującego Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych okoliczności, że roboty wykonane w Modlnicy nie obejmowały konstrukcji WMS, podkreślić należy, że zarzut taki nie został sformułowany w odwołaniu, a zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Wskazać należy, że zarzut to nie tylko kwalifikacja prawna czynności lub zaniechania Zamawiającego, ale przede wszystkim okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje naruszenia przepisów ustawy. Nie może więc być przedmiotem rozstrzygnięcia Izby okoliczność mająca uzasadniać wykluczenie Konsorcjum Interviatech z postępowania, która nie została podniesiona w odwołaniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezłożenia przez Konsorcjum Interviatech oświadczenia o wysokości rocznego obrotu Izba ustaliła, że zgodnie z punktem III.1.2 ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający wymagał aby wykonawca posiadał minimalny roczny obrót w wysokości 10 000 000 PLN netto, w tym minimalny roczny obrót w zakresie robót drogowych w wysokości 8 000 000 PLN netto – w każdym z ostatnich trzech lat (okresach obrachunkowych). Według pierwotnego brzmienia ogłoszenia, Zamawiający wymagał: *A) oświadczenia wykonawcy o rocznym obrocie wykonawcy lub o obrocie wykonawcy w obszarze objętym zamówieniem za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres tzn. wykonawca musi posiadać minimalny roczny obrót wysokości 8 000 000 PLN.* Po zmianie z 16 listopada 2016 r. postanowienie to otrzymało brzmienie: *A) oświadczenie wykonawcy o rocznym obrocie wykonawcy w tym o obrocie wykonawcy w obszarze objętym zamówieniem za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres.*

Konsorcjum Interviatech w punkcie 15 Formularza oferty zamieściło następujące oświadczenie: *Oświadczamy, że posiadamy w ostatnich trzech latach obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, minimalny roczny obrót w wysokości 10 000 000 PLN netto, w tym minimalny roczny obrót w zakresie robót drogowych w wysokości 8 000 000 PLN netto – w każdym z ostatnich trzech lat (okresach obrachunkowych).* Bezpodstawne są zatem twierdzenia Odwołującego, jakoby oświadczenie takie nie zostało złożone. Nie ma przy tym żadnego znaczenia, czy oświadczenie to sporządzone zostało na odrębnej karcie, czy też stanowiło element formularza oferty, istotny jest bowiem sam fakt złożenia oświadczenia, które potwierdzało spełnianie określonego przez Zamawiającego wymogu tak co do wysokości obrotu, jak i okresu poprzedzającego składanie ofert. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający w dniu 16 listopada 2016 r. nie zmienił opisu warunku w tym zakresie.

Odnosząc się natomiast do podniesionej przez Konsorcjum Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych okoliczności, że członkowie Konsorcjum Interviatech rozpoczęli działalność w połowie 2013 roku i mieli mniej czasu na wypracowanie obrotu, dlatego Zamawiający powinien tę kwestię wyjaśnić, ponownie podkreślić należy, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Odwołujący oparł zarzut na okoliczności, że oświadczenie takie zostało złożone, nie podnosił natomiast, że zgodność oświadczenia ze stanem faktycznym jest wątpliwa.

Na marginesie jedynie zauważyć należy, że zarzucane przez Odwołującego niezłożenie oświadczenia o wysokości obrotu nie mogłoby – jak to zakwalifikował

Odwołujący – stanowić podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z SIWZ, oświadczenie składane było bowiem na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, zatem ewentualne braki w tym zakresie pociągałyby za sobą skutki prawne niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, co należy odróżnić od treści oferty i kwestii jej zgodności z SIWZ.

W zakresie zarzutu dotyczącego nienależytego wykonania umowy na rzecz Zamawiającego Izba ustaliła, że Przystępujący wskazał w wykazie robót (poz. 1) zrealizowane na rzecz Zamawiającego zamówienie pn. Naprawa i remont dróg zarządzanych przez ZIKIT w Krakowie oraz terenów należących do Gminy Miejskiej Kraków w zakresie infrastruktury drogowej z podziałem na 4 obszary utrzymaniowe – część 4 – obszar 4 obejmujący Dzielnice XIV-XVIII (wartość 22.469.880,00 zł brutto, data wykonania 05.02.2014-30.11.2016), obejmujące następujący zakres:

- remonty nawierzchni bitumicznych – 154.644,99 m<sup>2</sup>,
- wykonanie nawierzchni asfaltu lanego modyfikowanego – 24.195,38 m<sup>2</sup>,
- wykonanie nawierzchni ścieżek rowerowych z betonu asfaltowego – 2.377,18 m<sup>2</sup>,
- wykonanie podbudów z kruszyw – 78.329,73 m<sup>2</sup>,
- wykonanie chodników z płytek i nawierzchni z kostki brukowej – 39.036,78 m<sup>2</sup>,
- wykonanie krawężników kamiennych – 288,90 mb.

Odwołujący zarzucił, że Przystępujący nie miał prawa powołać się na doświadczenie zawodowe dotyczące wykonania 2 000 m<sup>2</sup> ścieżek rowerowych, bowiem w związku z realizacją tego zadania Zamawiający nałożył na Interviatech, które realizowało zadanie z Miejskim Przedsiębiorstwem Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o. 7 kar umownych o łącznej wartości 28.719,79 zł.

Przystępujący przedłożył na rozprawie wystawione przez Zamawiającego referencje:

- z 27 stycznia 2017 r. dotyczące wykonania umowy Nr 53/ZIKiT/2014 z 5 lutego 2014 r. z Aneksem Nr 1 z dnia 27 października 2016 r., zawartej z Konsorcjum: Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o. (lider), Interviatech Sp. z o.o. (partner), obejmującej m.in. ścieżki rowerowe o powierzchni 2.377,17 m<sup>2</sup>,
- z 27 stycznia 2017 r. dotyczące wykonania umowy Nr 441/ZIKiT/2016 z 4 maja 2016 r. zawartej z Konsorcjum: Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o. (lider), Interviatech Sp. z o.o. (partner).

Zamawiający złożył na rozprawie kopie siedmiu not księgowych wystawionych dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o. w związku z realizacją umowy nr 441/ZIKiT/2016 z 4 maja 2016 r.:

- 1) nota księgowa nr ZIKiT/EK/39/K/2016 na kwotę 17.497,86 zł (dot. remontu chodnika pomiędzy budynkami 4 a 5),
- 2) nota księgowa nr ZIKiT/EK/51/K/2016 na kwotę 927,16 zł (dot. remontu wjazdu pomiędzy blokami 2 i 6 wraz z remontem parkingu przy bloku 2),
- 3) nota księgowa nr ZIKiT/EK/52/K/2016 na kwotę 1.480,97 zł (dot. remontu chodników wokół ogródka jordanowskiego bloki 5, 8),
- 4) nota księgowa nr ZIKiT/EK/53/K/2016 na kwotę 598,71 zł (dot. remontu chodnika przed bl. 14 i 15),
- 5) nota księgowa nr ZIKiT/EK/54/K/2016 na kwotę 2.157,03 zł (dot. remontu chodnika przy bl. 12 w stronę ul. Boruty Spiechowicza),
- 6) nota księgowa nr ZIKiT/EK/55/K/2016 na kwotę 4.146,04 zł (dot. remontu chodników i parkingu przy blokach),
- 7) nota księgowa nr ZIKiT/EK/56/K/2016 na kwotę 1.912,02 zł (dot. remontu chodnika przy bl. 25 do 27).

Odwołujący i Przystępujący wyjaśnili, że umowa nr 441/ZIKiT/2016, w związku z którą naliczono kary umowne, dotyczyła zamówienia uzupełniającego udzielonego w trybie z wolnej ręki. Tymczasem roboty dotyczące ścieżek rowerowych (a tego dotyczył sformułowany w odwołaniu zarzut) objęte były umową Nr 53/ZIKiT/2014, a Odwołujący – na którym spoczywał ciężar dowodu – nie przedstawił żadnych dowodów, że umowa ta była wykonana nienależycie. Już z tego powodu zarzut należało uznać za niezasadny, co czyni bezprzedmiotowym rozważania dotyczące liczby i wysokości naliczonych kar umownych i ich wpływu na ocenę wykonania umowy, jak również kwestii odpowiedzialności partnera konsorcjum za zwłokę w wykonaniu części umowy realizowanej przez lidera tego konsorcjum.

Odwołujący nie podniósł natomiast w odwołaniu, zarzutów dotyczących zakresu robót realizowanych na podstawie umowy nr 441/ZIKiT/2016 zatem – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp – roboty te nie mogły być przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – 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 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 z późn. zm.).

**Przewodniczący:** .....