

Sygn. akt: KIO 1447/22

WYROK

z dnia 14 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 10 czerwca 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2022 r. przez wykonawcę **J. Z.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **J. Z. DOROTEX, Radzyń Podlaski,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Wołyń,**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **J. Z.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **J. Z. DOROTEX, Radzyń Podlaski** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz 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:

UZASADNIENIE

W dniu 30 maja 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy J. Z. "DOROTEX" (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Gminie Wohyń (dalej „Zamawiający”) naruszenie: (1) art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w wyniku bezzasadnego uznania, że oferta została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu; (2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, wobec uznania złożonych podmiotowych środków dowodowych za niewystarczające do dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, podczas gdy wystosowane do Odwołującego wezwanie zostało wykonane zgodnie z jego treścią, co uniemożliwiało odrzucenie oferty z powodu domniemanego niespełnienia podmiotowych środków dowodowych; (3) art. 255 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania z uwagi na to, że cena oferty najkorzystniejszej i oferty z najniższą ceną była wyższa niż kwota jaką Zamawiający mógł przeznaczyć na realizację zamówienia, pomimo że cena oferty Odwołującego, która została bezpodstawnie odrzucona, była niższa od kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia; (4) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania; unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonanie powtórnego badania i oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający - Gmina Wohyń prowadziła postępowanie w trybie podstawowym, zgodnie z art. 275 pkt 1 ustawy Pzp, o wartości szacunkowej nieprzekraczającej progów unijnych w art. 3 ustawy, pn. „Przebudowa drogi gminnej nr 101883L w m. Wohyń - ul. Strażacka”. 2. Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 20 kwietnia 2022 r. oferty złożyli następujący Wykonawcy:

Lp.	Oferent	Cena oferty brutto	Długość okresu gwarancji jakości na wykonane roboty
-----	---------	--------------------	---

budowlane oraz dostarczone i wbudowane materiały 1. Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich i Drogowych DROGBUD sp. z o.o. ul. Gen. Kleeberga 63, 21-400 Łuków 732 751,53 zł 60 miesięcy 2. DOROTEX Firma Budowlana J. Z. Stasinów 24 b 21-300 Radzyń Podlaski 628 808,94 zł 60 miesięcy 3. PRZEDSIĘBIORSTWO USŁUG KOMUNALNYCH sp. z o.o. w Radzynie Podlaskim ul. Lubelska 5, 21-300 Radzyń Podlaski 733 735,30 zł 60 miesięcy 4. Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „INZYNIERIA” S.A. ul. Łapiguz 102, 21-400 Łuków 646 549,13 60 miesięcy 5. P. R. ul. Rowińska 99 21-580 Wisznice Brak możliwości deszyfrowania i otwarcia oferty. Rezultat deszyfrowania: Informacja o zaszyfrowanym pliku nie istnieje w systemie (miniportal).

Odwołujący wskazał, że w dniu 2 maja 2022 r. Zamawiający wezwał zgodnie z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp Odwołującego, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza do złożenia podmiotowych środków dowodowych w postępowaniu. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie złożył dokumenty w dniu 6 maja 2022r. W trakcie badania złożonych dokumentów Odwołujący w dniu 10 maja 2022r. został w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp został wezwany do uzupełnienia/wyjaśnienia dokumentów składanych w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt. 6.1.4 SWZ: „Wykonawca winien wykazać, że wykonał należycie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: co najmniej dwie roboty budowlane, z których każda polegała na budowie lub przebudowie drogi o nawierzchni z kostki brukowej lub bitumicznej lub betonowej i długości minimum 0,3 km”.

Odwołujący w dniu 12 maja 2022 r. uzupełnił dokumenty wraz z zaktualizowanym wykazem robót. Zdaniem Zamawiającego „złożony w odpowiedzi na wezwanie wykaz dwóch robót budowlanych wraz referencjami złożonymi w auto - uzupełnieniu, które nie zostały wykazane w załączniku nr 7 do SWZ, a także złożone dodatkowe i dokumenty, nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu.” Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, iż „prowadzone postępowanie dotyczy przebudowy drogi publicznej zaliczonej na podstawie ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. z 2020 r. poz. 470 z późn. zm.) do kategorii dróg gminnych. Zgodnie z definicją zawartą w art. 4 ww. ustawy droga jest to budowla wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiąca całość techniczno-użytkową, przeznaczona do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowana w pasie drogowym. Przedstawione w wykazie roboty budowlane dotyczyły budowy placów, dróg wewnętrznych - obiektowych i eksploatacyjnych, nieposiadających pasów drogowych i niebędących drogami publicznymi w rozumieniu przedmiotowej ustawy, nie posiadały parametrów i kategorii drogi.

Ponadto, przedstawione przez Wykonawcę dowody w postaci referencji i oświadczeń nie potwierdziły, że wykonane odcinki dróg posiadały długość minimum 0,3 km — określona jedynie została łączna ilość dróg z kostki betonowej zrealizowana przez Wykonawcę na poszczególnych zadaniach”. Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp z uwagi na to, że w ocenie Zamawiającego złożone wykazy robót budowlanych wraz z referencjami i innymi dokumentami nie potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Zamawiającego, przedłożone dokumenty nie zawierały zamówień odpowiadających stawianym warunkom co do ilości robót, przedmiotu robót, zakresu i kategorii robót.

Odwołujący wskazał, że z uwagi na to, że oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp i postanowieniami rozdziału 6 SWZ Zamawiający w dniu 19 maja 2022 r. przed upływem terminu związania ofertą, zwrócił się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o kolejne 30 dni (tj. do dnia 18 czerwca 2022 r.). W związku z odrzuceniem Odwołującego, Zamawiający z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp wezwał w dniu 17 maja 2022 r. wykonawcę - Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „INŻYNIERIA” S.A., ul. Łapiguz 102, 21-400 Łuków do złożenia w terminie do dnia 24 maja 2022r. aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi dnia 19 maja 2022r. Wykonawca poinformował, że nie wyraża zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 30 dni (tj. do dnia 18 czerwca 2022r.) i odstępuje od dalszego procedowania przetargu z uwagi na brak mocy przerobowych, nie przedkładając ww. dokumentów. 8. Przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, która wyniosła 651 900,00 zł brutto. W konsekwencji, Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie, powołując się art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, z uwagi na to, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Po dokonanej analizie możliwości finansowej jednostki Zamawiający uznał, że nie jest możliwe zwiększenie kwoty pierwotnie przeznaczonej na realizację zamówienia do ceny oferty najkorzystniejszej. II. Uzasadnienie zarzutów: 1 Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w wyniku bezzasadnego uznania, że oferta została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 112 ust. 1 Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności

wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności, zaś art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający zakresie zdolności technicznej i zawodowej sformułował w pkt. 6.1.4. SWZ warunek wykazania przez wykonawcę, że wykonał należycie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: co najmniej dwie roboty budowlane, z których każda polegała na budowie lub przebudowie drogi o nawierzchni z kostki brukowej lub bitumicznej lub betonowej i długości minimum 0,3 km. W treści SWZ zaznaczono, iż zgodnie z art. 3 pkt 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2351 ze zm.), przez budowę rozumie się wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego, zaś zgodnie z art. 3 pkt 7a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, przez przebudowę rozumie się wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów! jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego.

Odwołujący wskazał, że w informacjach dodatkowych, dotyczących warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wskazał, iż Wykonawca powinien w wykazie robót wyraźnie określić zakres robót (w tym długość odcinka i rodzaj nawierzchni), aby można było ustalić, czy spełnia warunek udziału w postępowaniu. W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane (sporządzonego zgodnie z Załącznikiem Nr 7 do SWZ), 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 zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów —inne odpowiednie dokumenty — w odniesieniu do warunku określonego w pkt. 6.1.4. ppkt 1) SWZ.

Odwołujący wskazał, że ze złożonego przez Odwołującego wykazu w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że wykonał on następujące roboty: a) Rozbudowa i modernizacja ujęcia wody i stacji wodociągowej „Swatowska” w Rykach na rzecz Zamawiającego- FUNAM Sp. z

o.o. z siedzibą we Wrocławiu (i) Długość odcinka: 0,42 km (iii) Rodzaj nawierzchni: Kostka granitowa (iv) Data wykonania zamówienia: 12.02.2019 r.- 30.12.2019 r. Przy czym, w odniesieniu do tej roboty w referencjach wyraźnie wskazano, że Odwołujący zrealizował prace budowlane w deklarowanym okresie polegające między innymi na „budowie dróg i chodników wewnątrz - obiektowych”. Łączna długość dróg i kostki betonowej wyniosła ok. 420 mb. Prace wykonano zgodnie z projektem” b) Przebudowa targowiska w Kodniu na rzecz Zamawiającego - Gminy Kodeń (i) Długość odcinka: 0,35 (iii) Rodzaj nawierzchni: Kostka betonowa (iv) Data wykonania zamówienia: 18.07.2019 r.- 13.01.2020 r. Natomiast w odniesieniu do tej roboty w referencjach wyraźnie wskazano, że Odwołujący zrealizował zadanie pn. „Przebudowa Targowiska w Kodniu” zgodnie z projektem, łączna ilość dróg wykonanych przez w/w wykonawcę wynosi 350 mb.

Odwołujący wskazał że w doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że określenie warunków udziału w postępowaniu powinno zostać dokonane precyzyjnie i jednoznacznie. Tylko w taki sposób bowiem będzie możliwe dokonanie oceny zdolności wykonawców przy zachowaniu zasad ich równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz przejrzystości. Wymóg taki nie został wyrażony wprost w komentowanym przepisie, jednakże wynika z ogólnych zasad zamówień publicznych (por. art. 16 PZP), ale także z zasady związania zamawiającego i wykonawców treścią dokumentów zamówienia, w których zamawiający określa wymagane warunki udziału w postępowaniu. Zasada ta ma zastosowanie także do wszystkich innych dokumentów zamówienia, w których zamawiający określa warunki zamówienia, w tym warunki udziału w postępowaniu. Podkreślić należy, iż specyfikacja warunków zamówienia jest podstawowym dokumentem zamówienia, w którym Zamawiający określa jednocześnie zasady wyboru oferty najkorzystniejszej i warunki realizacji udzielanego zamówienia. Dokument ten wiąże zarówno zamawiającego, jak i wykonawców, w toku całego postępowania oraz — pośrednio — w okresie obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Mając to na uwadze, wszelkie wątpliwości dotyczące zapisów SWZ powinny zostać usunięte jeszcze przed upływem terminu składania ofert. Również wszelkie wady treści SWZ powinny zostać naprawione w tym okresie. W przeciwnym wypadku SWZ, nawet jeśli będzie zawierała wady bądź niejasności, będzie musiała być stosowana w brzmieniu, jakie pozostawało aktualne na dzień upływu terminu składania ofert. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 8/17. Nie m

W ocenie Odwołującego nie może być zatem mowy o żadnych negatywnych skutkach dla wykonawcy, w sytuacji gdy Zamawiający zaniedbał zdefiniowania pojęcia „drogi” i wskazał jedynie, że wymaga wykazania należytego wykonania co najmniej dwóch robót budowlanych, z których każda polegała na budowie lub przebudowie drogi o nawierzchni z

kostki brukowej lub bitumicznej lub betonowej i długości minimum 0,3 km. Dokumentacja postępowania w żadnym miejscu nie wspomina o tym, iż wykazana budowa lub przebudowa drogi miała dotyczyć wyłącznie drogi publicznej w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (t. jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1376 ze zm.). Co więcej, dokumentacja w treści warunku udziału w postępowaniu, w ogóle nie wskazywała rodzaju drogi. Zupełnie nieuprawnione zatem, w kontekście powyższego utrwalonego orzecznictwa KIO jest powoływanie się na tym etapie (już po otwarciu ofert) przez Zamawiającego na interpretację warunku udziału w postępowaniu dot. doświadczenia Wykonawców poprzez pryzmat przedmiotu zamówienia, czego Zamawiający dokonał w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający nie jest bowiem uprawniony na etapie oceny ofert do doprecyzowania istniejących warunków i tym samym eliminowania z postępowania wykonawców, którzy złożyli oferty, zgodne z literalnym brzmieniem SWZ. Takie stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO np. wyrok KIO 273/20.

Odwołujący wskazał, iż jakkolwiek wątpliwości interpretacyjne winny być rozstrzygane na korzyść wykonawców, tak w przedmiotowym stanie faktycznym- takowych wątpliwości co do interpretacji warunku udziału w postępowaniu Wykonawcy nie mieli. W warunku tym bowiem Zamawiający określił jedynie rodzaj nawierzchni (kostka brukowa lub bitumiczna lub betonowa oraz minimalną długość drogi (minimum 0,3 km), a nie rodzaj drogi. Z całą pewnością zatem, jak wynika z wykazu robót oraz z referencji, Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu zarówno co do rodzaju przez Zamawiającego nawierzchni, jak i co do długości drogi. To obowiązkiem Zamawiającego jest na tyle jasne i precyzyjne określenie przedmiotu zamówienia, by nie było żadnych wątpliwości co do spełniania warunków określonych w specyfikacji przez przedmioty opisane w ofertach składanych przez wykonawców. Obowiązek ten wynika wprost z dyspozycji art. 112 ust. 1 Pzp. W przedmiotowej sprawie dyspozycji tego przepisu Zamawiający nie wypełnił. Chcąc bowiem zapewnić spełnienie warunku zdolności technicznej i zawodowej w zakresie należytego wykonania co najmniej dwóch robót budowlanych, z których każda polegała na budowie lub przebudowie drogi (publicznej) o nawierzchni z kostki brukowej lub bitumicznej lub betonowej i długości minimum 0,3 km Zamawiający winien w SWZ wyraźnie wskazać o jaki rodzaj „drogi” chodzi, a nie powoływać się na jej definicję w kontekście przedmiotu zamówienia dopiero w momencie oceny ofert. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 1 września 2017 r. KIO 1720/17.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, wobec uznania złożonych podmiotowych środków dowodowych wraz z wyjaśnieniami za niewystarczające do dokonania oceny spełniania

warunku udziału w postępowaniu, podczas gdy wystosowane do Odwołującego wezwanie zostało wykonane zgodnie z jego treścią, co uniemożliwiało odrzucenie oferty z powodu domniemanego niespełnienia podmiotowych środków dowodowych. Art. 128 ust. 1 stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Art. 128 ust. 4 wskazuje, iż Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę: niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b PZP, tj. z uwagi na to, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu jest możliwe dopiero po zastosowaniu procedury, o której mowa w art. 128 ust. 1 PZP. W niniejszej sprawie Zamawiający skorzystał z powyższego przepisu powołując się na okoliczność, iż w jego ocenie spełniania warunku nie potwierdzają przedłożone przez Wykonawcę dokumenty. Wskazać należy, iż zakres dokumentów, do przedstawienia których zobowiązany był wykonawca, określały postanowienia SWZ (w powiązaniu z przepisami 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 (Dz.U. z 2020 r. poz. 2452). W tej mierze Zamawiający w sposób wyraźny określił, iż jedynymi żądanymi przez niego dokumentami są robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane (sporządzonego zgodnie z Załącznikiem Nr 7 do SWZ), 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 zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów —inne odpowiednie dokumenty — w odniesieniu do warunku określonego w pkt. 6.1.4. ppkt. 1) SWZ.

Odwołujący wskazał, że przedłożył takie dokumenty, o treści zgodnej z wymogami SWZ, zamieszczając w nich wszystkie żądane informacje, jednakże Zamawiający zarzucił, to, że

„Przedstawione w wykazie roboty budowlane dotyczą budowy placów, dróg wewnątrz - obiektowych i eksploatacyjnych, nieposiadających wydzielonych pasów drogowych i niebędących drogami publicznymi w rozumieniu przedmiotowej ustawy, nie posiadają parametrów i kategorii drogi. Ponadto przedstawione przez wykonawcę dowody w postaci referencji i oświadczeń nie potwierdziły, że wykonane odcinki dróg posiadały długość minimum 0,3 km — określona jedynie została łączna ilość dróg z kostki betonowej zrealizowana przez Wykonawcę na poszczególnych zadaniach.” Powyższe zarzuty są wręcz kuriozalne- Zamawiający nie może bowiem wywodzić, że niewystarczające dla celów postępowania są dokumenty zgodne co do treści z określoną przez niego w S WZ. Odnosząc się do wątpliwości związanych z wykazem robót, Odwołujący wskazał, że sporządził wykaz robót zgodnie z wytycznymi Zamawiającego, który w załączniku nr 7 do SWZ żądał podania danych takich jak: - rodzaj zrealizowanych robót (podanie nazwy inwestycji i miejsca jej realizacji z opisem pozwalającym na ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu) - długość odcinka km, - rodzaj nawierzchni; - daty rozpoczęcia i zakończenia wykonania zamówienia; nazwę podmiotu na rzecz którego zostały roboty te wykonane. Ponadto, jak już wspomniano Wykonawca miał załączyć dowody (referencje bądź inne dokumenty), określające czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie. Odwołujący wskazał dwa podmioty na rzecz których realizował zamówienia. Pierwszym podmiot to FUNAM sp. z o.o. Wrocław, na rzecz której wykonał rozbudowę i modernizację ujęcia wody i stacji wodociągowej „Swatowska” w Rykach” w terminie od 12 lutego 2019 r. do 30 grudnia 2019 r. Długość nawierzchni wynosiła 0,42 km, zaś nawierzchnia wykonana została z kostki granitowej. Do wykazu załączono referencje należytego wykonania zamówienia podpisane przez prezesa zarządu spółki. Drugim wskazanym podmiotem była Gmina Kodeń. Wykonane zamówienie polegało na przebudowie targowiska w Kodniu na długości 0,35 km. Nawierzchnię pokryto kostką betonową. Realizacja trwała od 18 lipca 2019 r. do 13 stycznia 2020. Do wykazu załączono referencje, których treść była przytaczana wcześniej. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 28 listopada 2016 r., KIO 2145/16 oraz z dnia 6 lipca 2017 r. KIO 1216/17.

W ocenie Odwołującego, uznanie przez Zamawiającego, że przedłożony wykaz robót nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu jest całkowicie nieuzasadnione nie tylko z punktu widzenia merytorycznego (o czym była mowa przy uzasadnieniu zarzutu nr 1), ale i formalnego z uwagi na to, że zawiera dokładnie takie informacje, jakich wymagał i żądał organizator postępowania. Odnosząc się do kwestii referencji, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO Zamawiający nie może bowiem podważać ich treści jako niekompletnych (nieprzydatnych w postępowaniu z tego względu, że nie zawierają one wszystkich informacji, jakie chciałby z nich wywieść Zamawiający. Rolą referencji jest bowiem potwierdzenie

należytego wykonania opisanej w nich usługi (dostawy/ roboty budowlanej i z natury rzeczy mają one bardziej ogólny charakter. Wykonawca nie jest zobligowany (ani nawet, biorąc pod uwagę okres, za jaki mogą być przedkładane referencje, nie ma takiej możliwości) do dostosowywania treści referencji do warunków konkretnego postępowania, w tym - nie może domagać się od wystawcy referencji zamieszczenia w nim elementów dostosowanych do treści, niekiedy bardzo szczegółowych (jak np. w niniejszej sprawie) warunków udziału w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący powołał się na wyrok KIO 477/18, KIO 16/18, KIO 889/15, KIO 550/15.

Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Zaznaczyć należy, że Zamawiający pomimo takiej możliwości nie skorzystał ze swojego uprawnienia i nie wezwał Odwołującego do wyjaśnień złożonego wykazu i referencji. Ponadto, zgodnie z art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. Co więcej, Zamawiający sam w pkt 8. 1 .4. SWZ wskazał, iż jeżeli złożone przez Wykonawcę oświadczenia, o którym mowa w pkt 8.1 SWZ budzą wątpliwości Zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. Odwołujący powołał się na wyrok KIO 2217/16, KIO 2221/16, wyrok KIO z dnia 28 października 2014 r., KJO 2152/14.

W ocenie Odwołującego, w przypadku gdy Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości, winien skorzystać ze swojego uprawnienia określonego w art. 128 ust. 4 ustawy Pzp oraz w art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, nie bezpodstawnie odrzucać ofertę Odwołującego, który spełnił warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego w SWZ.

Zarzut naruszenia art. 255 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania z uwagi na to, że cena oferty najkorzystniejszej i oferty z najniższą ceną była wyższa niż kwota jaką Zamawiający mógł przeznaczyć na realizację zamówienia, pomimo że cena oferty Odwołującego, która została bezpodstawnie odrzucona,

była niższa od kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Przepis określa dwie alternatywne sytuacje stanowiące podstawę unieważnienia postępowania: cena lub koszt najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, lub oferta z najniższą ceną przewyższa tę kwotę. Wystąpienie jednej z nich skutkuje unieważnieniem postępowania. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu, lub oferta z najniższą ceną lub kosztem (art. 239 ust. 2 ustawy Pzp). Ustalenie, która ze złożonych ofert jest najkorzystniejszą ofertą, wymaga zatem dokonania badania i oceny ofert. Natomiast oferta z najniższą ceną oznacza ofertę, która zawiera najniższą cenę, abstrahując od tego, czy miałaby ona szansę zostać uznaną za najkorzystniejszą. W niniejszym postępowaniu, w wyniku błędnej oceny spełnienia warunków przez Odwołującego nastąpiło odrzucenie jego oferty, wybranej jako najkorzystniejszej i zarazem mieszczącej się w kwocie, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący zaproponował bowiem kwotę 628.808,94 zł brutto, zaś Zamawiający przewidywał kwotę 651.900,00 zł brutto. Innymi słowy, skoro zatem, Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego, brak jest również podstaw do przyjęcia, że zachodziły przesłanki określone w art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, które uprawniałyby Zamawiającego do unieważnienia postępowania. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia z dnia 17 czerwca 2011 r. KIO 1206/11. Mając na uwadze fakt, iż, oferta Odwołującego, wybrana jako najkorzystniejsza, nie powinna zostać odrzucona, gdyż wykonawca spełniał określone warunki, Zamawiający nie miał podstaw do unieważnienia postępowania, powołując się na art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. Jak wskazuje KIO, brzmienie przepisu art. 255 pkt 3 PZP nie pozwala na nadawanie temu przepisowi innego znaczenia niż wynikające z jego literalnej wykładni. Unieważnienie postępowania na podstawie 255 pkt 3 Pzp wskazanej ustawy ma miejsce wówczas, gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. (por. Wyrok KIO z dnia 26 października 2011 r. KIO 2244/11). Sytuacja taka nie zaistniała w przedmiotowym postępowaniu, gdyż oferta Odwołującego nie przewyższa przewidzianej przez Zamawiającego kwoty. Zamawiający nie może unieważnić postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy, jeśli cena najkorzystniejszej oferty mieści się w kwocie jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podanej przed otwarciem ofert (por. wyrok ZA z

dnia 09 czerwca 2006 r. UZP/ZO/O- 1627/06). Odwołujący wskazał, że przesłanka unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp stanowi instytucję szczególną, niweczącą cel postępowania o udzielenie zamówienia, jakim jest zawarcie ważnej umowy na realizację zamówienia, dlatego też nie powinna być nadużywana. Z całą stanowczością stwierdzić należy, że nie służy ona konwalidowaniu wszelkich błędów i niedopatrzeń zamawiającego w postępowaniu. III. Pozostałe zarzuty oraz podsumowanie: Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi na niego przez ustawę. Ponadto, Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty zostaną ocenione zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w dokumentacji postępowania, z poszanowaniem wymogów stawianych przez powszechnie obowiązujące przepisy prawa, zaś Zamawiający wykona ciężące na nim ustawowe obowiązki, rzetelnego zbadania złożonych ofert, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Ponadto, zasada równego traktowania wykonawców wskazuje na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców, bez ulg i przywilejów, zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami, jakie ustawodawca nakłada na Zamawiającego, w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w tym dokonania starannej oceny złożonych ofert.

Odwołujący wskazał, że w konsekwencji wyżej opisanych zarzutów, powyżej opisane naruszenia przepisów ustawy PZP doprowadziły ostatecznie również do naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy PZP. Stosownie do przywołanej regulacji Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryterium oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Jak wynika zatem z informacji podanej przez Zamawiającego oferta Odwołującego, gdyby nie została bezpodstawnie odrzucona, powinna zostać wybrana w postępowaniu jako najkorzystniejsza. Została ona tymczasem bezpodstawnie odrzucona i tą czynnością Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, co z kolei prowadzi również do naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy PZP. Wszystkie działania i zaniechania Zamawiającego przedstawione powyżej stanowią dowód na fakt, iż postępowanie było przez niego prowadzone w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz przejrzystości, a tym samym Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy PZP.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa drogi gminnej nr 101883L w m. Wohyń - ul. Strażacka”.

Izba ustaliła, że w SWZ Zamawiający w informacjach o warunkach udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej 6.1.4 pkt 1 wskazał, że Wykonawca winien wykazać, że wykonał należycie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: co najmniej dwie roboty budowlane, z których każda polegała na budowie lub przebudowie drogi o nawierzchni z kostki brukowej lub bitumicznej lub betonowej i długości minimum 0,3 km. W załączniku nr 7 do SWZ, Zamawiający określił wzór wykazu. W wykazie wykonawcy byli zobowiązani do wskazania następujących informacji:

Lp.	Rodzaj zrealizowanych robót (podanie nazwy inwestycji i miejsca jej realizacji z opisem pozwalającym na ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu)	Długość odcinka [km]	Rodzaj nawierzchni	Daty wykonania zamówienia	Zamawiający (nazwa podmiotu, na rzecz którego roboty te zostały wykonane)
------------	--	--------------------------------	---------------------------	----------------------------------	---

Izba ustaliła, że w dniu 20 kwietnia 2022 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert w postępowaniu. Oferty zostały złożone przez następujących wykonawców:

1. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Drogowych DROGBUD sp. z o.o. ul. Gen. Kleeberga 63, 21-400 Łuków 732 751,53 zł 60 miesięcy
2. DOROTEX Firma Budowlana J. Z. Stasinów 24 b 21-300 Radzyń Podlaski 628 808,94 zł 60 miesięcy;
3. PRZEDSIĘBIORSTWO USŁUG KOMUNALNYCH sp. z o.o. w Radzynie Podlaskim ul. Lubelska 5, 21-300 Radzyń Podlaski 733 735,30 zł 60 miesięcy;
4. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „INZYNIERIA” S.A. ul. Łapiguz 102, 21-400 Łuków 646 549,13 60 miesięcy;
5. P. R. ul. Rowińska 99 21-580 Wisznice Brak możliwości deszyfrowania i otwarcia oferty. Rezultat deszyfrowania: Informacja o zaszyfrowanym pliku nie istnieje w systemie (miniportal).

Zamawiający poinformował również, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 651 900,00 zł brutto.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 2 maja 2022 r. Zamawiający na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu tj. wykazu robót budowlanych zgodnie z załącznikiem nr 7 do SWZ wraz z załączeniem dowodów określających, że roboty zostały wykonane należycie. Izba ustaliła, że Odwołujący w wykazie robót budowlanych, stanowiącym załącznik nr 7 do SWZ, wskazał, że wykonał:

- 1) rewitalizację parku przy zespole dworsko - parkowym w Żabikowie w Gminie Radzyń Podlaski na długości odcinka 0,320 km, z kostki granitowej, w okresie od 3 czerwca 2019 r. do 30 września 2020 r.
- 2) Przebudowę targowiska w Kodniu, w Gminie Kodeń, w okresie od 18 lipca 2019 r. do 13 stycznia 2020 r., bez wskazania długości odcinka.

Odwołujący przedłożył referencje dotyczące inwestycji w Gminie Radzyń Podlaski, które nie zawierały informacji o wykonywaniu robót polegających na budowie lub przebudowie drogi o nawierzchni z kostki brukowej lub bitumicznej lub betonowej i długości minimum 0,3 km. Referencje dotyczące inwestycji w Kodniu, wskazywały na wykonanie utwardzenia terenu i instalacji odwodnienia (w tym: drogi dojazdowe ponad 400 m).

Izba ustaliła, że Odwołujący, bez wzywania ze strony Zamawiającego po przedłożeniu wskazanego wyżej wykazu robót i referencji, dołączył poza załącznikiem Nr 7 do SWZ, referencje pochodzące od Usługi Brukarskie D. K. dotyczące realizacji w miejscowości Radawiec inwestycji drogi dojazdowej z kostki betonowej o długości 320 mb, do nieruchomości osoby prywatnej.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 10 maja 2022 r. wezwał Odwołującego do uzupełniania/wyjaśnienia w zakresie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w 6.1.4 SWZ. W ocenie Zamawiającego przedłożone dokumenty nie potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie, w dniu 12.05.2022r., w wykazie robót budowlanych, stanowiącym załącznik nr 7 do SWZ, wskazał, że wykonał:

- 1) Rozbudowę i modernizację ujęcia wody i stacji wodociągowej „Swatowska” w Rykach, o długości odcinka 0,42 km, z kostki granitowej, w okresie od 12 lutego 2019 r. do 30 grudnia 2019 r. jako Zamawiającego wskazał FUNAM sp. z o. o. Wrocław.
- 2) Przebudowę targowiska w Kodniu o długości odcinka 0,35 km, z kostki betonowej, w okresie od 18 lipca 2019 r. do 31 stycznia 2020 r., zamawiający Gmina Kodeń.

Referencje od FUNAM sp. z o. o. wskazywały, że prace budowlane polegały między innymi na budowie dróg i chodników wewnątrz - obiektowych. Z oświadczenia mgr inż. T. S. wynika, że Odwołujący realizując inwestycję Przebudowa targowiska w Kodniu, wykonał 350 mb łącznej ilości dróg.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 17 maja 2022 r. wezwał wykonawcę - Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „INŻYNIERIA” S.A., ul. Łapiguz 102, 21-400 Łuków do złożenia w terminie do dnia 24 maja 2022r. aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi dnia 19 maja 2022r. w/w wykonawca poinformował, że nie wyraża zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 30 dni (tj. do dnia 18 czerwca 2022 r.) i odstępuje od dalszego procedowania przetargu z uwagi na brak mocy przerobowych, nie przedkładając ww. dokumentów.

Pismem z dnia 24 maja 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, iż „prowadzone postępowanie dotyczy przebudowy drogi publicznej zaliczonej na podstawie ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. z 2020 r. poz. 470 z późn. zm.) do kategorii dróg gminnych. Zgodnie z definicją zawartą w art. 4 ww. ustawy droga jest to budowla wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiąca całość techniczno-użytkową, przeznaczona do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowana w pasie drogowym. Przedstawione w wykazie roboty budowlane dotyczyły budowy placów, dróg wewnątrz - obiektowych i eksploatacyjnych, nieposiadających pasów drogowych i niebędących drogami publicznymi w rozumieniu przedmiotowej ustawy, nie posiadały parametrów i kategorii drogi. Ponadto, przedstawione przez Wykonawcę dowody w postaci referencji i oświadczeń nie potwierdziły, że wykonane odcinki dróg posiadały długość minimum 0,3 km — określona jedynie została łączna ilość dróg z kostki betonowej zrealizowana przez Wykonawcę na poszczególnych zadaniach”.

W konsekwencji, Zamawiający powołując się art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, z uwagi na to, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, unieważnił postępowanie.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby, zarzuty podniesione w odwołaniu okazały się niezasadne.

Należy wskazać na wstępie, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę: niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. ustawy Pzp jest dopuszczalne po uprzednim zastosowaniu procedury, o której mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Ponadto wskazać należy, że zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Izba wskazuje ponadto, że zgodnie z art. 4 pkt 2 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1376 z późn. zm.) (dalej „ustawa o drogach publicznych”) drogą jest budowla wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiąca całość techniczno-użytkową, przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowaną w pasie drogowym. Ponadto, zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy Prawo o ruchu drogowym przez drogę należy rozumieć wydzielony pas terenu składający się z jezdni, pobocza, chodnika, drogi dla pieszych lub drogi dla rowerów, łącznie z torowiskiem pojazdów szynowych znajdującym się w obrębie tego pasa, przeznaczony do ruchu lub postoju pojazdów, ruchu pieszych, ruchu osób poruszających się przy użyciu urządzenia wspomagającego ruch, jazdy wierzchem lub pędzenia zwierząt.

Ponadto należy wskazać, że zgodnie z art. 3 pkt 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2021 r., poz. 2351 z późn. zm.) budowlą są między innymi obiekty liniowe. Zgodnie art. 3 pkt 3a ustawy przez obiekt liniowy - należy przez to rozumieć obiekt budowlany, którego charakterystycznym parametrem jest długość, w szczególności droga

wraz ze zjazdami, linia kolejowa, wodociąg, kanał, gazociąg, ciepłociąg, rurociąg, linia i trakcja elektroenergetyczna, linia kablowa nadziemna i, umieszczona bezpośrednio w ziemi, podziemna, wał przeciwpowodziowy oraz kanalizacja kablowa, przy czym kable zainstalowane w kanalizacji kablowej, kable zainstalowane w kanale technologicznym oraz kable telekomunikacyjne dowieszone do już istniejącej linii kablowej nadziemnej nie stanowią obiektu budowlanego lub jego części ani urządzenia budowlanego.

W analizowanym stanie faktycznym, istota sporu pomiędzy stronami sprowadzała się do odmiennej interpretacji postanowienia SWZ zawartego w pkt 6.1.4 i użytego przez Zamawiającego pojęcia „droga”. Odwołujący argumentował, że dokumentacja postępowania w żadnym miejscu nie zawierała definicji pojęcia „droga”, zaś odwołanie się przez Zamawiającego do definicji „drogi publicznej” zawartej w ustawie z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych na etapie badania i oceny spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu było nieuprawnione.

Izba wskazuje, że bezspornym pomiędzy stronami było to, że Zamawiający określając warunek udziału w postępowaniu w pkt 6.1.4 SWZ użył pojęcia „droga” i jednocześnie nie zdefiniował tego pojęcia w SWZ. Izba uznała jednakże, że brak definicji w tym zakresie nie oznacza dowolności wykonawcy w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby, Odwołujący zanegował poprawność decyzji Zamawiającego co do posłużenia się definicją drogi zawartej w ustawie o drogach publicznych, ale jednocześnie nie wskazał na żadną inną definicję drogi, która miałaby zastosowanie w celu oceny spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu.

Uznając prawidłowość decyzji Zamawiającego, Izba wzięła pod uwagę, okoliczność, iż przedmiotowe postępowanie przetargowe jest prowadzone w oparciu o ustawę Pzp. Postępowanie jest kierowane do profesjonalistów działających na rynku w zakresie przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zaś zamówienia jest wykonanie drogi gminnej, której definicja zawarta jest w ustawie o drogach publicznych.

Dalej Izba wskazuje, że w przypadku braku zdefiniowana przez Zamawiającego określonych pojęć w SWZ, należy przypisać im znaczenie powszechnie przyjęte w obrocie profesjonalnym, bo z takim mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Zdaniem Izby nie ma żadnych wątpliwości, że w obrocie profesjonalnym w określeniu znaczenia pojęcia „droga” pomocne jest odwołanie się właśnie do aktów prawnych wskazanych przez Zamawiającego tj.: ustawy o drogach publicznych oraz ustawy Prawo o ruchu drogowym. Zgodnie z art. 4 pkt 2 ustawy o drogach publicznych drogą jest budowla wraz z drogowymi

obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiąca całość techniczno-użytkową, przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowaną w pasie drogowym. Natomiast, zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy Prawo o ruchu drogowym przez drogę należy rozumieć wydzielony pas terenu składający się z jezdni, pobocza, chodnika, drogi dla pieszych lub drogi dla rowerów, łącznie z torowiskiem pojazdów szynowych znajdującym się w obrębie tego pasa, przeznaczony do ruchu lub postoju pojazdów, ruchu pieszych, ruchu osób poruszających się przy użyciu urządzenia wspomagającego ruch, jazdy wierzchem lub pędzenia zwierząt. Obie definicje pozwalają na wskazanie cech charakterystycznych pojęcia „droga”. Należą do nich: 1) budowla liniowa której charakterystycznym parametrem jest długość, 2) wydzielony pas terenu lub pas drogowy.

Zdaniem Izby, dokumenty złożone przez Odwołującego w celu wykazania spełnienia spornego warunku udziału w postępowaniu nie potwierdzały, iż w ramach inwestycji wskazanej w wykazie stanowiącym Załącznik nr 7, Odwołujący wykonał drogę o długości co najmniej 0.3 km, charakteryzującą się w/w cechami. O ile stanowiły budowlę to ich cechą charakterystyczną nie była długość, nie były też zlokalizowane na wydzielonym pasie terenu lub pasie drogowym.

Zdaniem Izby zarówno inwestycja rozbudowy i modernizacji ujęcia wody i stacji wodociągowej „Swatowska” w Rykach, jak też Przebudowa targowiska w Kodniu nie stanowiły budowy lub przebudowy drogi, we wskazanym wyżej rozumieniu. Wykonywane przez Odwołującego w Rykach drogi nie były obiektem liniowym zlokalizowanym na wydzielonym pasie terenu lub pasie drogowym. Stanowiły elementy innych budowli, z którymi były funkcjonalnie i użytkowo związane: ujęcia wody i stacji wodociągowej oraz targowiska.

Przedłożone przez Odwołującego referencje i oświadczenie nie wskazują, że Odwołujący wykonał roboty budowlane, z których każda polegała na budowie lub przebudowie drogi długości minimum 0,3 km. Izba podkreśla, że Zamawiający użył słowa „drogi” w liczbie pojedynczej, co oznacza, że jest to jeden odcinek drogi o długości co najmniej 300 metrów, a nie łączna suma kilku odcinków „dróg” z danej inwestycji. Z treści przedłożonych referencji FUNAM sp. z o. o. i oświadczenia mgr inż. T. S. wynika, że łączna długość wykonanych przez Odwołującego dróg wynosiła 420 mb i 350 mb.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, Izba wskazuje po pierwsze, że przytoczone przez Odwołującego liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące przychylniej

dla wykonawcy interpretacji niezdefiniowanych pojęć zawartych w SWZ ma zastosowanie również w niniejszej sprawie. Jednakże powyższa zasada nie oznacza dowolności wykonawcy w definiowaniu pojęć zawartych w SWZ. Wykładnia takich pojęć musi się odbywać z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, całokształtu postanowień SWZ, profesjonalnego charakteru uczestników biorących udział w przetargu. Jak Izba wskazała powyżej, przedmiotem zamówienia jest wykonanie drogi gminnej, w treści SWZ Zamawiający odwołał się do ustawy Prawo budowlane, która z kolei referuje do ustawy o drogach publicznych. Jest oczywistym dla Izby, że nawet w przypadku braku odwołania się przez Zamawiającego *expressi verbis* do ustawy o drogach publicznych, to akt ten może być zastosowany przy określeniu parametrów charakterystycznych dla drogi.

Po drugie, Izba wskazuje, że Odwołujący neguje możliwość posłużenia się definicjami przywołanymi przez Zamawiającego, przy czym sam jednocześnie nie wskazuje na żadną inną definicję drogi funkcjonującą w obrocie profesjonalnym.

Po trzecie, Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, że w SWZ użyte jest pojęcia „drogi o długości co najmniej 0.3 km”, odnosi się do jednego odcinka drogi. Z treści przedłożonych referencji FUNAM sp. z o. o. i oświadczenia mgr inż. T. S. wynika, że łączna długość wykonanych przez Odwołującego dróg wynosiła 420 mb i 350 mb. Zgodzić się należy z Odwołującym, że treść referencji służy potwierdzeniu prawidłowego wykonania zamówienia. Nie może być jednak tak, że w treści złożonego wykazu wykonawca wskazuje inny zakres zamówienia wykonany na rzecz zamawiającego. W treści wykazu Odwołujący wskazał, że wykonał drogę o określonej długości. Odwołujący pominął jednak okoliczność, iż jest to suma poszczególnych odcinków drogi, co w ocenie Izby, nie potwierdza spełnienia warunku określonego przez Zamawiającego. Po czwarte, Izba podziela stanowiska Odwołującego, że warunki udziału w postępowaniu nie mogą być utożsamiane z opisem przedmiotu zamówienia. Odwołujący jednak pomija istotną okoliczność, że w przypadku sporu co do brzmienia warunku udziału w postępowaniu, interpretacja spornych zapisów odbywa się właśnie z uwzględnieniem opisu przedmiotu zamówienia. Po piąte, zdaniem Izby Zamawiający nie był zobligowany do występowania do wystawców referencji z wnioskiem o sprecyzowanie ich treści. Zdaniem Izby treść referencji była jasna i nie zaistniała potrzeba ich doprecyzowania. Istota sporu sprowadzała się do rozstrzygnięcia czy Odwołujący w sposób prawidłowy zinterpretował treść warunku udziału w postępowaniu. Izba uznała, że przyjęte wykładnia była nieprawidłowa, zaś przedłożone referencje potwierdzają to nieprawidłowe rozumienie zapisów SWZ.

Wobec braku stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp i art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, niezasadny

okazał się również zarzut naruszenia art. 255 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp p i art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Zamawiający prawidłowo unieważnił postępowanie z uwagi na to, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: